Colección Trabajos de Investigación

Juan Gil Plana
(Director)

Yolanda Sánchez-Urán Azaña
Nuria P. García Piñeiro
(Coordinadoras)

LA CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL Y EUROPEA DEL DERECHO SOCIAL

Autores:

Raquel Aguilera Izquierdo
Macarena Ángel Quiroga
Alberto Cámara Botía
Rosario Cristóbal Roncero
Nuria De Nieves Nieto
Noelia De Torres Bóveda
Joaquín García Murcia
Nuria P. García Piñeiro
Juan Carlos García Quiñones
Alba García Torres
Miguel Ángel Garrido Palacios
Juan Gil Plana
Ángel Jurado Segovia
Magdalena Llompart Bennàssar
Francisca Moreno Romero
Sira Pérez Agulla
Giuseppina Pensabene Lionti
Daniel Redondo Torres
Iván Antonio Rodríguez Cardo
Yolanda Sánchez-Urán Azaña
José Luis Tortuero Plaza

Universidad Complutense Madrid
Laborum Ediciones
Open Access

Editorial

Francisco Ortiz Castillo
Director editorial

Consejo Editorial

Guillermo Rodríguez Iniesta
Director General de Publicaciones
Catedrático (acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia

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

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

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

Cristina Sánchez-Rodas Navarro
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

Consejo Científico

Jaime Cabeza Pereiro
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Vigo

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

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

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

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

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

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

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

Margarita Ramos Quintana
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de La Laguna

Pilar Rivas Vallejo
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Barcelona

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

Carmen Sáez Lara
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Córdoba

Antonio V. Sempere Navarro
Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (exc.)

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

Consejo Colección Trabajos de Investigación

Belén Del Mar López Insua
Directora
Catedrática (acreditada) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Granada

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

Guillermo Rodríguez Iniesta
Catedrático (acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Murcia. Magistrado (Supl.) del Tribunal Superior de Justicia de Murcia

María Del Carmen Salcedo Beltrán
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia

Juan Gil Plana
(Director)

Yolanda Sánchez-Urán Azaña
Nuria P. García Piñeiro
(Coordinadoras)

LA CONSTRUCCIÓN INTERNACIONAL Y EUROPEA DEL DERECHO SOCIAL

Autores:

Raquel Aguilera Izquierdo
Macarena Ángel Quiroga
Alberto Cámara Botía
Rosario Cristóbal Roncero
Nuria De Nieves Nieto
Noelia De Torres Bóveda
Joaquín García Murcia
Nuria P. García Piñeiro
Juan Carlos García Quiñones
Alba García Torres
Miguel Ángel Garrido Palacios
Juan Gil Plana
Ángel Jurado Segovia
Magdalena Llompart Bennàssar
Francisca Moreno Romero
Sira Pérez Agulla
Giuseppina Pensabene Lionti
Daniel Redondo Torres
Iván Antonio Rodríguez Cardo
Yolanda Sánchez-Urán Azaña
José Luis Tortuero Plaza

Laborum
EDICIONES

Investigación financiada por la Universidad Complutense de Madrid, realizada en el marco del Proyecto de Investigación UCM-PR12/24-31563, titulado "Internacionalización y europeización del Derecho del Trabajo: desafíos en un contexto globalizado de los instrumentos de flexibilidad (EUROILABOUR)

Edita:
Ediciones Laborum, S.L.
Avda. Gutiérrez Mellado, 9 - Planta 3ª, Oficina 21
30008 Murcia
Tel.: 968 24 10 97
E-mail: laborum@laborum.es
www.laborum.es

1.ª Edición, Ediciones Laborum S.L., 2025

ISBN: 978-84-10262-66-9

© Copyright de la edición, Ediciones Laborum, 2025
© Copyright del texto, sus respectivos autores, 2025

Ediciones Laborum, S.L. no comparte necesariamente los criterios manifestados por los autores en el trabajo publicado.

La información contenida en esta publicación constituye únicamente, y salvo error u omisión involuntarios, la opinión de su autor con arreglo a su leal saber y entender, opinión que subordinan tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado.

Ni el editor, ni el autor, pueden responsabilizarse de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones o informaciones contenidas en esta publicación.

Reconocimiento - No comercial - Sin obra derivada (BY-NC-ND): El material puede ser distribuido, copiado y exhibido por terceros si se muestra en los créditos. No se puede obtener ningún beneficio comercial. No se pueden realizar obras derivadas.

Índice

PRESENTACIÓN 19
Juan Gil Plana

CAPÍTULO PRIMERO. La aportación de la OIT a la construcción del Derecho del Trabajo 23
Nuria P. García Piñeiro
1. Introducción 23
2. Fines y objetivos 24
3. Evolución histórica de la Organización Internacional del Trabajo: una organización permanente ante un escenario cambiante 25
3.1. Primer período: de la Constitución de la OIT (1919) a la Declaración de Filadelfia sobre los fines y objetivos de la OIT (1944) 26
3.2. Segundo período: de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998) a la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo (2019) 28
4. Composición y estructura 31
4.1. Tripartismo 31
4.2. Estructura 32
5. La acción normativa de la OIT 33
5.1. Los Convenios y los estándares laborales internacionales 34
A. Adopción 34
B. Ratificación 34
C. Tipología 36
a) Convenios fundamentales 37
b) Convenios de gobernanza 39
c) Convenios técnicos 39
D. Eficacia jurídica 40
a) El control de convencionalidad 42
E. Aplicación de las normas: sistema de control de cumplimiento 44
a) El mecanismo de control periódico de la aplicación de las normas 44
b) Los procedimientos especiales 45
5.2. Las Recomendaciones 46

5.3. Las Resoluciones y los Protocolos 47
6. Las nuevas vías de acción para la consecución de la justicia social....47
7. Conclusiones....49
8. Bibliografía....51

CAPÍTULO SEGUNDO. La dimensión social del Consejo de Europa.... **53**
Joaquín García Murcia
Iván Antonio Rodríguez Cardo
1. Origen, estructura y función institucional del Consejo de Europa....53
2. La actividad normativa del Consejo de Europa con trascendencia laboral y social 56
3. La proyección laboral y social del Convenio Europeo de Derechos Humanos....59
4. La virtualidad de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el campo laboral y social 61
5. La Carta Social Europea: estructura y contenido de sus sucesivas versiones....66
6. Los mecanismos de exigencia de la CSE y el Comité Europeo de Derechos Sociales 73
7. Bibliografía....76

CAPÍTULO TERCERO. El marco normativo e institucional del Derecho de la Unión Europea **79**
Macarena Ángel Quiroga
1. Origen y configuración progresiva de la Unión Europea....79
2. Competencias y principios rectores en materia social 83
3. Fuentes del Derecho de la Unión Europea: vertiente social 90
3.1. Derecho originario 90
3.2. Derecho derivado 91
A. Reglamentos 92
B. Directivas....92
C. Decisiones....95
D. Actos no vinculantes: *soft law* 95
E. Actos atípicos....95
4. Instituciones....96
4.1. El Parlamento Europeo 96
4.2. El Consejo Europeo....99
4.3. El Consejo de la Unión Europea....101
4.4. La Comisión Europea....104
4.5. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea 105
A. El Tribunal de Justicia 105
B. Tribunal General 107
4.6. El Banco Central Europeo 108
4.7. El Tribunal de Cuentas....108
5. Bibliografía....109

CAPÍTULO CUARTO. Libre Circulación de Trabajadores 111
Yolanda Sánchez-Urán Azaña
1. Introducción 111
2. Libre Circulación de Trabajadores: Derecho básico en la Unión Europea 113
3. Ámbito Personal de la Libre circulación de trabajadores. Concepto de trabajador en el Derecho de la UE 115
3.1. El Test Lawrie-Blum y su posterior recepción 115
3.2. La noción de "actividad económica". Trabajo auténtico o efectivo versus trabajo marginal o accesorio 118
3.3. Superación del criterio cuantitativo remuneratorio 123
3.4. Vínculo jurídico 124
3.5. Dependencia o subordinación 125
4. Extensión del concepto de trabajador y supuestos especiales 128
4.1. Trabajador, prestador de servicios autónomo y falso autónomo 128
4.2. Trabajador migrante. Concepto extensivo 130
4.3. Familia del trabajador 131
4.4. Ciudadanos económicamente no activos y la vinculación económica indirecta o mediata del ciudadano de la UE con el mercado laboral del Estado de acogida 132
5. Contenido del derecho a la libre circulación y limitaciones 134
5.1. Contenido básico 134
5.2. Contenido adicional o específico 137
5.3. Restricciones y limitaciones 139
A. Por orden público, seguridad y salud públicas 139
B. Restricciones relacionadas con el empleo en las AAPP 140
C. Otras consideraciones. Los efectos del Brexit en la libre circulación 141
6. Bibliografía 141

CAPÍTULO QUINTO. Libertad de establecimiento y de prestación de servicios. Criterios sobre norma aplicable y jurisdicción competente 143
Yolanda Sánchez-Urán Azaña
1. Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios. Similitudes y diferencias 143
2. Libertad de prestación de servicios e intermediación en el mercado de trabajo 145
3. Libertad de prestación de servicios y desplazamiento de trabajadores 146
3.1. Concepto de desplazamiento y de trabajador a estos efectos 150
3.2. Sobre las condiciones de trabajo y protección de los trabajadores desplazados 152
4. Libertad de circulación, determinación de la legislación aplicable y competencia judicial 158
4.1. Las normas aplicables al contrato individual de trabajo 158
4.2. La competencia judicial 163
5. Bibliografía 167

CAPÍTULO SEXTO. El Trabajo en plataformas digitales..... 169
Yolanda Sánchez-Urán Azaña
Noelia de Torres Bóveda
1. El contexto de la Directiva y el largo proceso político-legislativo en la Unión Europea 170
2. Base jurídica, fundamento y objetivos de la Directiva 177
3. Ámbito de aplicación personal de la Directiva 181
3.1. Plataforma Digital de Trabajo como sujeto obligado.....181
3.2. Extensión del ámbito de aplicación.....187
A. La intermediación en el contexto de la Directiva.....187
B. Ámbito geográfico.....189
3.3. Destinatarios de las garantías de la Directiva. Personas que trabajan en la economía de plataformas 189
A. La calificación jurídica de la relación contractual entre la plataforma digital de trabajo y estos trabajadores 190
4. Contenido de la Directiva. Derechos y garantías de las personas que prestan servicios en plataformas digitales de trabajo frente a los efectos de la gestión algorítmica.....196
4.1. Garantías en materia de protección de datos personales 199
4.2. Derechos de información respecto de la utilización de los sistemas 203
4.3. Derechos de información y consulta.....207
4.4. Supervisión y revisión humana.....208
A. Supervisión humana.....209
B. Revisión humana.....211
4.5. Seguridad y salud laboral.....216
4.6. La dimensión colectiva de la economía de plataformas 218
5. La protección de los prestadores de servicios en el ejercicio de sus derechos en el contexto algorítmico.....219
5.1. Protección durante el ejercicio.....220
5.2. Garantías posteriores a la vulneración de los derechos.....220
6. Bibliografía.....222

CAPÍTULO SÉPTIMO. Principio de igualdad y no discriminación. Igualdad y no discriminación por razón de género; orientación sexual e identidad de género 227
Nuria de Nieves Nieto
1. Introducción 227
2. El principio de igualdad y no discriminación en la normativa comunitaria.....228
3. El alcance del principio de igualdad y no discriminación por razón de género.....231
3.1. La discriminación directa e indirecta 231
3.2. El acoso sexual y por razón de sexo 234
3.3. Las acciones positivas como medidas de igualdad.....235
3.4. Diferencias de trato no discriminatorias 236
4. La aplicación de la igualdad y no discriminación por razón de género en el marco de la relación de trabajo.....237
4.1. El acceso a la orientación y formación profesional 238

4.2. El acceso al empleo 239
A. La publicación de ofertas de trabajo....240
B. Los procesos de selección....241
4.3. Las condiciones de trabajo 242
4.4. Las condiciones retributivas....244
A. El concepto amplio y complejo de retribución 245
B. El significado de "igual trabajo o trabajo de igual valor"....246
C. La eliminación de discriminaciones indirectas en materia retributiva 248
4.5. Extinción de la relación de trabajo 249
4.6. La participación en organizaciones sindicales y profesionales....250
5. El principio de igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género....250
6. Bibliografía....254

CAPÍTULO OCTAVO. Igualdad y no discriminación por origen racial o étnico; religión; convicciones; discapacidad; edad 257
Raquel Aguilera Izquierdo
1. Introducción 257
2. Discriminación por motivos de origen racial o étnico....260
3. Discriminación por motivos de religión o convicciones....265
3.1. Normativa de la ONU 265
3.2. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la prohibición de discriminación por motivos religiosos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos 266
3.3. La prohibición de discriminación por razón de religión o convicciones en la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, y en la jurisprudencia del TJUE....267
4. Discriminación por motivos de edad 273
5. Discriminación por motivos de discapacidad 279
5.1. Normativa de la ONU 279
5.2. El Consejo de Europa 280
5.3. La Unión Europea....281
5.4. Otros organismos internacionales....282
5.5. Jurisprudencia del TJUE....283
A. Concepto de discapacidad....283
B. Ajustes razonables 284
C. Supuestos en los que puede entenderse que existe una discriminación por discapacidad 285
6. Bibliografía....287

CAPÍTULO NOVENO. Los derechos de información y consulta de las personas trabajadoras.... 289
Miguel Ángel Garrido Palacios
1. Introducción 289
2. Antecedentes y marco normativo en el derecho comunitario....291
3. Objetivos, principios y ámbito de aplicación de la Directiva 2002/14/CE....293

3.1. Objetivos de la directiva....293
3.2. Definiciones y ámbito de aplicación de la Directiva 2002/14/CE....295
4. Derechos, límites y garantías de la Directiva 2002/14/CE....298
4.1. Derechos que incorpora la Directiva 2002/14/CE....298
4.2. Límites: información confidencial....299
4.3. Garantías en la aplicación de la directiva: visión crítica....300
5. Referencias al contenido ejecutivo, el ámbito competencial, el contenido sancionador y el régimen transitorio de la Directiva 2002/14/CE....303
5.1. Delimitación competencial....303
5.2. Contenido ejecutivo y sancionador....304
5.3. Referencias a su régimen transitorio....304
5.4. Transposición....304
6. Conclusiones....305
7. Bibliografía....306

CAPÍTULO DÉCIMO. Condiciones de trabajo transparentes y previsibles y protección de datos personales del trabajador 309
Sira Pérez Agulla
1. Planteamiento y líneas estructurales....309
2. Reglamento General de Protección de Datos (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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE....311
2.1. Antecedentes....311
2.2. Cuestiones Generales....312
A. Conceptualización....312
B. Principios generales....313
C. Consentimiento explícito del interesado....315
D. Categorías especiales de datos personales....317
E. Derechos de los interesados....319
F. Principio de privacidad desde el diseño....320
G. Evaluación de impacto....320
H. Delegado de protección de datos (*Data Protection Officer*)....321
2.3. Protección de datos en el ámbito laboral....322
2.4. Grupo de Trabajo del artículo 29: Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo....323
3. 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....326
3.1. Antecedentes....326
3.2. Objeto....327
3.3. Ámbito de aplicación....327
3.4. Obligación empresarial de proporcionar información....328
3.5. Requisitos mínimos relacionados con las condiciones de trabajo....330

3.6. Resolución de conflictos y sanciones 332
4. Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la comisión sobre el derecho a la desconexión....332
5. Bibliografía....335

CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO. Salarios mínimos adecuados en la Unión Europea.... **337**
Daniel Redondo Torres
1. Introducción 337
2. Antecedentes de la Directiva....339
2.1. Política europea sobre salarios mínimos anterior a 2020....339
2.2. Tramitación de la Directiva....340
A. Informes y dictámenes....340
a) Evaluación de impacto de la Directiva....340
b) Dictamen del Comité Económico y Social....342
c) Dictamen del Comité Europeo de las Regiones....343
d) Informe de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales....344
B. Acuerdo provisional y aprobación de la Directiva....344
3. Análisis de la Directiva aprobada por el Consejo....345
3.1. Considerandos previos....345
3.2. Finalidad y ámbito de aplicación....346
A. Propósito....346
B. Ámbito subjetivo 347
C. Ámbito objetivo 348
3.3. El fomento de la negociación colectiva y del diálogo social 350
A. Negociación colectiva....351
B. Interlocutores Sociales....352
3.4. Obligaciones complementarias....353
A. Seguimiento y recogida de datos 353
B. Derecho de reparación y protección....353
C. Sanciones....354
4. Conclusiones....354
5. Bibliografía....355

CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO. La prestación de trabajo de duración determinada y el trabajo a tiempo parcial.... **357**
Magdalena Llompart Bennàssar
1. Duración determinada....357
1.1. Introducción....357
1.2. Ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CEE....358
A. Inclusiones....359
B. Exclusiones....361
1.3. Igualdad de trato....362
A. Trabajador indefinido comparable....364
B. Condiciones de trabajo....366

C. Razones objetivas 368
a) Supuestos en los que se entiende que concurren razones objetivas 369
b) Supuestos en los que se entiende que no concurren razones objetivas 372
1.4. Prevención de la utilización abusiva de la contratación temporal sucesiva 373
A. Razones objetivas 376
B. Contratación sucesiva 380
C. Medidas legales equivalentes 382
D. Posibles sanciones. Especial referencia a la conversión de los contratos temporales en indefinidos 383
2. Tiempo parcial 386
2.1. Introducción 386
2.2. Ámbito de aplicación de la Directiva 97/81/CE 387
2.3. Igualdad de trato 389
A. Trabajador a tiempo completo comparable 390
B. Condiciones de empleo 391
C. Razones objetivas 393
2.4. Proporcionalidad 395
2.5. Promoción del contrato a tiempo parcial 397
2.6. Voluntariedad en la novación del contrato 398
3. Bibliografía 399

CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO. La prestación de trabajo a través de empresas de trabajo temporal y la prestación a través del teletrabajo 403
Giuseppina Pensabene Lionti
1. El empleo a través de ETTs: marco normativo 404
2. Análisis de la Directiva 2008/104/ce relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal 404
2.1. La estructura de la Directiva 404
2.2. Los objetivos inspirados en los principios de flexiseguridad 405
2.3. El ámbito de aplicación y las definiciones a efectos de los dispuesto en la normativa comunitaria 405
2.4. La revisión de las prohibiciones o restricciones al recurso a la cesión temporal de trabajadores por ETT 407
2.5. El régimen de protección del trabajador cedido 409
A. El principio de igualdad de trato (y sus excepciones) 409
B. El reconocimiento de derechos específicos de los trabajadores cedidos 413
a) Acceso al empleo y obligaciones informativas 413
b) Nulidad de cláusulas que prohíben o impidan la contratación directa 413
c) Prohibición del cobro a los trabajadores cedidos 414
d) Instalaciones comunes 414
e) Formación profesional 414
C. Representación de los trabajadores cedidos 415
D. Requisitos mínimos de protección 415

2.6. Régimen sancionador....416
3. Apuntes sobre seguridad y salud en el trabajo a través de ETTs....416
4. El teletrabajo: definición y marco normativo....418
5. Análisis del acuerdo marco europeo sobre teletrabajo de 23 de mayo de 2002....419
5.1. El carácter voluntario del teletrabajo y el derecho de información del teletrabajador....419
5.2. La equiparación de los derechos de los teletrabajadores con los trabajadores presenciales....421
A. Las condiciones de empleo....421
B. La formación....421
C. Los derechos colectivos....422
5.3. La protección de la privacidad del teletrabajador....422
A. La protección de los datos de los teletrabajadores....422
B. El respeto del ámbito de la vida privada de los teletrabajadores....423
5.4. Equipamientos....424
5.5. Salud y seguridad de los teletrabajadores y organización del teletrabajo....425
5.6. Eficacia jurídica del AMET....426
6. ¿Cómo encajan estas dos formas de trabajo atípico en la Estrategia Europea para el crecimiento 2020?....427
7. Bibliografía....429

CAPÍTULO DÉCIMO CUARTO. Seguridad y salud en el trabajo y prevención de riesgos laborales....431
Ángel Jurado Segovia
1. Aproximación a la evolución y caracterización general de la acción política y normativa europea en materia de prevención de riesgos laborales....431
2. La Directiva Marco 89/391....435
2.1. Consideraciones generales....435
2.2. Ámbito de aplicación....435
2.3. El deber general de seguridad y salud en el trabajo y los principios generales de prevención....437
2.4. Las principales obligaciones preventivas....438
A. Evaluación de riesgos y determinación, integración y documentación de la actividad preventiva....438
B. Información y formación de los trabajadores....439
C. Coordinación entre empresarios....440
D. Primeros auxilios, lucha contra incendios, evacuación de los trabajadores, riesgo grave e inminente....440
E. Obligaciones de los trabajadores....441
2.5. Servicios de protección y de prevención....442
2.6. Vigilancia de la salud....443
2.7. Derechos de consulta y participación....443
3. Las Directivas específicas....444
3.1. Directivas sobre las condiciones de seguridad y salud relativas a los lugares y equipos de trabajo....445

3.2. Directivas sobre exposición a determinados agentes (riesgos químicos, físicos, biológicos, etc.) 446
3.3. Directivas relativas a sectores de actividad particulares 448
3.4. Directivas relativas a colectivos específicos de trabajadores 449
4. Bibliografía 450

CAPÍTULO DÉCIMO QUINTO. Tiempo de trabajo 453
Alberto Cámara Botía
1. La regulación comunitaria del tiempo de trabajo: un instrumento al servicio de la protección de la salud y seguridad de los trabajadores 453
2. El ámbito de aplicación de la Directiva 2003/88 455
2.1. El ámbito personal: la Directiva 2003/88 se aplica a los trabajadores 456
2.2. El ámbito funcional: la Directiva 2003/88 se aplica a todos los sectores de actividad, públicos y privados 457
3. Noción de tiempo de trabajo 459
4. La duración máxima de la jornada de trabajo 463
4.1. Excepciones e inaplicación de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal 466
A. La llamada *excepción de los "trabajadores autónomos"* 466
B. La inaplicación o exclusión voluntaria del art. 6 de la Directiva 2003/88 467
4.2. Excepciones al período de referencia 468
A. La excepción genérica mediante convenios colectivos 468
B. Las excepciones para actividades específicas 469
C. Los límites a las excepciones al período de referencia 469
5. Los períodos mínimos de descanso: las pausas en el trabajo y los descansos entre jornadas y semanal 469
5.1. Las pausas en el trabajo 470
5.2. El descanso entre jornadas 471
5.3. El descanso semanal 471
5.4. Excepciones a las normas sobre descansos 472
6. Trabajo nocturno 473
7. Trabajo a turnos y ritmo de trabajo 475
8. Vacaciones anuales 476
8.1. El derecho a vacaciones anuales retribuidas 476
8.2. Contenido y requisitos del derecho 477
8.3. El ejercicio del derecho a las vacaciones 479
8.4. Retribución de las vacaciones 480
8.5. Prohibición de solapamiento con las situaciones de maternidad e incapacidad temporal 482
8.6. Prohibición de compensación económica 484
9. Bibliografía 485

CAPÍTULO DÉCIMO SEXTO. La conciliación de la vida familiar y la vida profesional en la Unión Europea 487
Rosario Cristóbal Roncero
1. La evolución de la conciliación de la vida familiar y profesional en la normativa europea 487
1.1. La igualdad de género se conecta con el reparto de responsabilidades de mujeres y hombres en el ámbito privado 488
1.2. La conciliación se vincula al mercado de trabajo y a la competitividad empresarial 491
1.3. La conciliación se "reconecta" con la igualdad de género, integrándose la figura paterna en el reparto de responsabilidades de cuidado 493
2. Mecanismos para favorecer la conciliación de la vida laboral familiar y profesional 496
2.1. El permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores 496
A. Permiso de paternidad 496
B. Permiso parental 498
C. Permiso para cuidadores 500
D. Ausencia del trabajo por causa de fuerza mayor 501
2.2. Fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores 502
3. Protección de los trabajadores en el ejercicio de sus derechos de conciliación 504
3.1. Derechos laborales 505
3.2. Discriminación 505
3.3. Protección contra el despido y carga de la prueba 508
4. Bibliografía 510

CAPÍTULO DÉCIMO SÉPTIMO. La transmisión de empresas 511
Noelia de Torres Bóveda
1. Introducción 511
2. El ámbito de la transmisión de empresa. Extensión de la norma 512
2.1. Ámbito subjetivo 513
A. Trabajadores amparados 513
B. Empresas vinculadas por la norma 513
2.2. Ámbito objetivo. La noción de transmisión de empresa 516
3. Garantías laborales y vicisitudes del traspaso 523
3.1. Relaciones laborales individuales 524
A. Mantenimiento de las condiciones laborales 524
B. Responsabilidad solidaria 525
3.2. Relaciones laborales colectivas 526
A. Negociación colectiva 526
B. Representantes de los trabajadores 528
C. Información y consulta 530
4. Extinción de la relación laboral en procesos de transmisión 531
5. Traspaso en empresas en situación de insolvencia o circunstancias análogas 533
6. Bibliografía 535

CAPÍTULO DÉCIMO OCTAVO. La protección comunitaria en materia de despidos colectivos 537
Juan Gil Plana
1. Introducción 538
2. Evolución de la normativa sobre protección frente al despido colectivo 539
2.1. Propuesta de Directiva de 18 de noviembre de 1972 539
2.2. Programa de acción social de 1974 541
2.3. Las Directivas en materia de despido colectivo 542
3. Configuración de la normativa 545
3.1. Finalidad 545
A. Doble finalidad 545
B. La identificación de la finalidad en la interpretación del TJUE 547
3.2. Libertad de empresa y de establecimiento 549
4. Ámbito de aplicación 551
4.1. Ámbito subjetivo 552
A. Concepto de empresario 552
B. Concepto de trabajador 553
4.2. Ámbito objetivo 557
A. La delimitación de lo que es un despido colectivo 557
a) Concepto de despido 558
b) Motivos no inherentes a la persona del trabajador 562
c) Distinción entre despido y extinción asimilada 562
B. Umbrales numéricos 565
a) El centro de trabajo como unidad de referencia 566
b) El concepto de centro de trabajo 568
c) Trabajador habitualmente empleado 569
d) Modo de computar los umbrales 570
e) La necesaria reforma de la configuración de los umbrales 571
C. Exclusiones 575
a) Contratos temporales 576
b) Trabajadores de Administraciones Públicas 580
4.3. Representantes de los trabajadores 581
5. Obligaciones empresariales 585
5.1. Información y consulta con los representantes de los trabajadores 585
A. Obligación empresarial de consultar a los representantes de los trabajadores 585
a) Objeto y naturaleza de la obligación de consultar 586
b) Nacimiento de la obligación de consultar 587
c) Obligación de informar 590
B. Grupo de empresas 592
C. Notificación a la autoridad pública: copia de la comunicación escrita 594
5.2. Procedimiento de despido colectivo 595
A. Notificación a la autoridad pública del proyecto de despido colectivo 595
B. Efectividad de los despidos colectivos 597
6. Margen de actuación de los Estados miembros 601

6.1. Establecimiento de disposiciones más favorables 601
6.2. Establecimiento de medidas de control 603
7. Bibliografía 605

CAPÍTULO DÉCIMO NOVENO. Protección del trabajador en caso de insolvencia empresarial, protección del denunciante y secretos empresariales 609
Juan Carlos García Quiñones
1. Introducción 609
2. Protección del trabajador en caso de insolvencia empresarial 611
2.1. Directiva (UE) 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario 613
2.2. Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 -Directiva sobre reestructuración e insolvencia- 618
3. Directiva de protección de denunciantes (Directiva [UE] 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión) 626
4. Secretos empresariales (Directiva [UE] 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (Texto pertinente a efectos del EEE) 639
5. Valoración conclusiva 643
6. Bibliografía 645

CAPÍTULO VIGÉSIMO. Derecho colectivo del trabajo 647
Alba García Torres
1. Los derechos colectivos y la Unión Europea 647
2. El diálogo social europeo 649
3. Los comités de empresa europeos 653
4. Negociación colectiva y huelga en el ámbito de la Unión Europea 656
5. Bibliografía 665

CAPÍTULO VIGÉSIMO PRIMERO. Libre Circulación de Trabajadores y Seguridad Social 667
José Luis Tortuero Plaza
Francisca Moreno Romero
1. Introducción 667
2. Marco jurídico 670
3. Estructura del Reglamento Base 675

3.1. Ámbito de aplicación personal 675
3.2. Ámbito de aplicación territorial.....677
3.3. Ámbito de aplicación temporal.....678
3.4. Ámbito de aplicación material 680
4. Principios básicos de la normativa de coordinación de la Unión Europea 683
4.1. Principio de igualdad de trato por razón de nacionalidad.....683
4.2. Determinación de la Ley aplicable: observancia del principio *lex loci laboris* como regla general.....687
4.3. Principio de asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos 689
A. Regla de totalización de períodos.....690
B. Regla *prorrata temporis* 692
4.4. Principio de no acumulación de prestaciones 692
4.5. Principio de exportación de prestaciones.....693
A. Exportación de las prestaciones por desempleo y por cese en la actividad profesional.....694
B. Exportación de prestaciones especiales en metálico no contributivas.....696
C. Disposiciones particulares para las distintas categorías de prestaciones 698
a) Prestaciones de enfermedad, maternidad y paternidad.....698
b) Prestaciones de invalidez 699
c) Jubilación y supervivencia 699
d) Prestaciones de accidente de trabajo y enfermedad profesional 701
e) Prestaciones familiares 701
f) Subsidio de defunción 702
4.6. Principio de cooperación administrativa 702
5. Bibliografía.....703

Presentación

Desde hace tiempo la globalización, seña de identidad de este tiempo en el que vivimos, ha modelado y condicionado múltiples aspectos del mundo del trabajo, desde las estructuras empresariales a las estructuras de defensa y representación de los trabajadores, afectando por supuesto, a la configuración jurídica de las relaciones individuales y colectivas de trabajo, así como de la protección social a dispensar a las personas trabajadoras. Prueba de esto último es la innegable evidencia de estar asistiendo a un proceso de internacionalización y europeización del Derecho del Social que si bien no es algo novedoso si se ha acelerado exponencialmente en las últimas décadas, de suerte que actualmente la norma internacional ha dejado de ser una mera herramienta de interpretación de la norma interna para elevarse en instrumento de ordenación y transformación del derecho interno, llegando incluso a imponerse sobre este último dejándolo inaplicado.

No es discutible que en este proceso de internacionalización del Derecho Social, para los países europeos, ha ocupado un lugar preeminente la pertenencia a la Unión Europea. Es evidente el profundo impacto que el derecho de la Unión en general, y el derecho social de la Unión en particular, ha provocado en la realidad sociopolítica y jurídica de los Estados miembros, de tal manera que se constata, por un lado, el papel cada vez menos protagonista de los legisladores nacionales, y, por otro, la repercusión del ordenamiento comunitario en los cambios normativos y su influencia en el poder de los jueces, convirtiéndose, como ha señalado la doctrina, en jueces de la "aplicación/inaplicación de la ley".

Mirando nuestro marco jurídico, no debemos olvidar que en nuestra Constitución, por un lado, su artículo 10.2 llama a interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España; y, por otro lado, su artículo 96.1 admite implícitamente la superioridad de los tratados internacionales sobre las normas internas en caso de conflicto entre ellas.

Esta prevalencia de las normas internacionales, implícita en el artículo 96.1 de la CE, ha sido claramente confirmada por sucesivas intervenciones normativas

y jurisprudenciales. Así, por ejemplo, en el plano normativo interesa señalar la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, cuyo artículo 31, titulado "prevalencia de los tratados", dispone con toda claridad la prevalencia de las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente sobre cualquier norma del ordenamiento interno en caso de conflicto entre ellas, salvo las normas de rango constitucional. En esa línea, el artículo 29 del mismo texto legal obliga a todos los poderes públicos, órganos y organismos del Estado a respetar las obligaciones y a velar por el cumplimiento de los tratados internacionales en los que España sea parte.

De otro lado, la jurisprudencia constitucional ha ratificado igualmente este planteamiento, si bien ha descartado que la "prevalencia de los tratados", a la que se refiere la rúbrica de este último precepto, constituya jerarquía normativa en sentido estricto puesto que el art. 96.1 CE "no atribuye superioridad jerárquica a los tratados sobre las leyes internas. Aunque establece, de un lado, una regla de desplazamiento por parte del tratado de la norma interna anterior, sin que ello suponga su derogación; y, de otro, define la resistencia del tratado a ser derogado por las disposiciones internas posteriores en el tiempo, sin que esto último suponga la exclusión de la norma interna del ordenamiento nacional, sino su mera inaplicación. Dicho en otros términos, la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario" (STC 140/2018, 20 diciembre).

La jurisprudencia ordinaria no ha cuestionado en ningún momento la prevalencia de los tratados internacionales ni su capacidad para proceder a su aplicación directa en caso de conflicto con las normas internas, sin embargo, se ha abierto una brecha en la reflexión científica que preconiza una nueva interpretación que anticipa la defensa de un cambio de signo o de tendencia, que es contestada con sólidos argumentos por otro sector doctrinal.

En efecto, tradicionalmente, las normas internacionales de carácter laboral han tenido en nuestro marco jurídico más bien la condición de herramientas interpretativas de las correspondientes reglas internas. En este sentido, ha señalado el Tribunal Constitucional que, aunque "los Tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal" (SSTC 49/1988, de 22 de marzo; 28/1991, de 14 de febrero; 254/1993, de 20 de julio; 235/2000, de 5 de octubre, y 12/2008, de 29 de febrero), no obstante, ello "no puede ser óbice para subrayar la importancia que reviste la remisión constitucional (art. 10.2 CE) a determinados instrumentos de Derecho internacional como criterio interpretativo de los derechos fundamentales" (STC 12/2008, de 29 de enero) y ello porque, según reitera la STC 236/2007, de 7

de noviembre, "esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado". En suma, venimos obligados interpretar el contenido de los derechos fundamentales de conformidad con lo dispuesto en los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

Sin embargo, un sector doctrinal viene propugnando un cambio interpretativo que nos lleve a abandonar el enfoque tradicional en la que las normas internacionales tenían la condición de herramienta interpretativa de refuerzo, aclaración o integración de las correspondientes reglas internas, para preconizar que los órganos judiciales intervengan activamente en un control directo de las normas legales acudiendo a la norma internacional, corrigiendo su alcance o condenándolas directamente a la inaplicación. De este modo, los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional social deben convertirse en órganos especialmente activos en la nueva dimensión que la aplicación de las normas internacionales presenta en los últimos años, aplicando el denominado control de convencionalidad en asuntos laborales de índole variada. Es verdad que la posibilidad de declinar la eficacia de una norma legal para aplicar en su lugar un precepto contenido en un tratado internacional -con fundamento en lo que, con cierta carga retórica, se viene conociendo como "control de convencionalidad"- forma parte y ha formado siempre parte de las competencias más típicas y genuinas de los jueces y magistrados de la jurisdicción ordinaria. No es algo que derive de la jurisdicción constitucional; pero esta competencia se ha desarrollado bajo determinadas condiciones como nos recuerda la sentencia del Tribunal Supremo 270/2022 al señalar de forma meridianamente clara que "el ejercicio del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria debe realizarse en aquellos supuestos en que la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica", lo cual significa, que la inaplicación de la norma interna sólo podrá ser decidida cuando de forma "clara y cierta" sea contradictoria con la norma internacional de referencia.

Singular es también la interacción del Derecho de la Unión Europea con los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, pues como acertadamente se ha advertido por la doctrina académica, nada se dice en los Tratados, salvo la referencia a la directa aplicación de los reglamentos, de cómo se produce la eficacia tanto del derecho originario como del derecho derivado de la Unión Europea en los derechos internos, lo que ha llevado a lo largo de estos años a la construcción de conceptos como la eficacia directa y la eficacia reaccional, la interpretación conforme al Derecho de la Unión, la primacía del Derecho de la Unión, la equivalencia y la efectividad en la aplicación del Derecho de la Unión.

Estamos, sin duda, ante un tema de primer orden que ha llamado la atención de la doctrina científica en general, y de la iuslaboralista en particular, dado que este

proceso acelerado de internacionalización no está exento de problemas y aristas que demandan una solución que puede ser abordada desde distintas opciones legislativas y prismas interpretativos.

En este contexto, un grupo de investigadores, en el marco del proyecto UCM-PR12/24-31563, denominado *"Internacionalización y europeización del Derecho del Trabajo: desafíos en un contexto globalizado de los instrumentos de flexibilidad (EUROILABOUR)"*, se ha propuesto abordar este proceso de transformación internacional y europea del Derecho Social trazando dos objetivos. Por un lado, como primer y previo objetivo, proceder a una comprensión, análisis y exposición de las normas internacionales, así como la interpretación que de las mismas hacen los correspondientes organismos internacionales. Por otro lado, como segundo objetivo, proceder al análisis de cómo se ha recepcionado el ordenamiento internacional en nuestro derecho interno, así como determinar cómo se está interpretando por nuestros órganos jurisdiccionales, para determinar si nuestro ordenamiento interno y nuestros operadores jurídicos se ajustan o no a aquel.

Al primer objetivo responde este libro en el que investigadores de solvencia contrastada pertenecientes a varias universidades españolas han procedido a una detallado análisis del marco jurídico internacional social, exponiéndolo al tiempo que se vierte sobre dicha exposición, cuando así es factible, su posible interpretación por las instancias internacionales, no rehuyéndose la aproximación crítica que permite también ofrecer vectores de reforma a tener en cuenta por las instancias internacionales. No encontrará el lector en este ensayo colectivo referencia singularizada a nuestro derecho interno, más allá de la posible exposición de planteamientos genéricos atinentes a la interpretación de la norma internacional, no de nuestras normas internas -lo que será objeto de una ulterior investigación, que se reflejará en otro ensayo colectivo-.

Quien suscribe estas líneas, en mi condición de investigador principal del proyecto, quiere dar las gracias a todas/os las/os que generosamente han participado en este ensayo. Quiero dejar constancia del trabajo de coordinación llevado a cabo por las profesoras Sánchez-Urán Azaña y García Piñeiro; y de forma destacada quiero reconocer y agradecer la labor de los miembros que forman parte de este proyecto, Noelia de Torres Bóveda y Daniel Redondo Torres, quienes además de asumir la investigación de sendos aspectos concretos de este proceso de transformación del Derecho Social, se han encargado conmigo de revisar el aspecto formal de los distintos trabajos recogidos en esta obra colectiva, en una impagable labor de pre-edición que muchas veces no resulta valorada como debiera y que tan importante es para que el lector pueda tener un cabal entendimiento del derecho social internacional y europeo al concluir la lectura de este libro.

Juan Gil Plana
Investigador Principal

CAPÍTULO PRIMERO. La aportación de la OIT a la construcción del Derecho del Trabajo

Nuria P. García Piñeiro
Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0001-5254-1421

Sumario: 1. Introducción. 2. Fines y objetivos. 3. Evolución histórica de la Organización Internacional del Trabajo: una organización permanente ante un escenario cambiante. 3.1. Primer período: de la Constitución de la OIT (1919) a la Declaración de Filadelfia sobre los fines y objetivos de la OIT (1944). 3.2. Segundo período: de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998) a la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo (2019). 4. Composición y estructura: 4.1. Tripartismo. 4.2. Estructura. 5. La acción normativa de la OIT. 5.1. Los Convenios y los estándares laborales internacionales. A. Adopción. B. Ratificación. C. Tipología. a) Convenios fundamentales. b) Convenios de gobernanza. c) Convenios técnicos. D. Eficacia jurídica. a) El control de convencionalidad. E. Aplicación de las normas: sistema de control de cumplimiento. a) El mecanismo de control periódico de la aplicación de las normas. b) Los procedimientos especiales. 5.2. Las Recomendaciones. 5.3. Las Resoluciones y los Protocolos. 6. Las nuevas vías de acción para la consecución de la justicia social. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

1. Introducción

El mundo del trabajo está en plena transformación y la globalización, la internacionalización y la digitalización se han convertido en sus principales características. Las empresas concurren a nivel mundial y los gobiernos se enfrentan a la competencia entre los distintos ordenamientos jurídicos por la regulación de las condiciones de trabajo. En este contexto desempeñan un papel fundamental las organizaciones supranacionales y la legislación laboral internacional, y en este ámbito resulta decisiva la actuación de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT).

La legislación laboral internacional abarca todas las normas emanadas de organismos supranacionales, y no sólo de la OIT, siendo relevante el papel que juegan el Consejo de Europa y la Unión Europea, tal y como se verá en los capítulos siguientes. La importancia de la OIT, como agencia especializada de la Organización de Naciones Unidas, descansa en que es la fuente institucional básica del Derecho Internacional "uniforme" del Trabajo, esto es, del conjunto de normas internacionales emanadas de acuerdos adoptados en el seno de entes internacionales de carácter institucional, que aspira a convertirse en un Derecho universal aplicable a todos los Estados[1].

La presencia de la OIT en el sistema de relaciones laborales español es notable, ya que ha sido un foco de inspiración y promoción de la legislación laboral española, en especial en sus primeras fases y en la transición democrática[2]. Los preámbulos de algunas leyes recientes han reconocido los instrumentos normativos de la Organización, como es el caso de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia respecto del Convenio núm. 177 y la Recomendación núm. 184 sobre el trabajo a domicilio de 1996; del RD-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, respecto del Convenio núm. 189 sobre condiciones relativas al trabajo decente para los trabajadores domésticos

Además, tal y como se verá a lo largo de estas páginas el carácter centenario, su configuración tripartita y su universalidad contribuyen a buen seguro a aportar singularidad y relevancia a esta organización internacional especializada para actuar en el ámbito de las relaciones laborales.

2. Fines y objetivos

La Organización Internacional del Trabajo ha transitado, desde su fundación en 1919, por diferentes escenarios que necesariamente han determinado transformaciones en su propia configuración y acción, pero ha mantenido constantes sus fines y objetivos. La justicia social constituye el objetivo primordial sobre el que se sustenta la OIT, configurando la primera línea en el Preámbulo de la Constitución de 1919 bajo la consideración de "que la paz universal y permanente sólo puede basarse en la justicia social". Esto significa que la consecución de la paz en el plano político sólo puede conseguirse a través de la justicia en el ámbito de lo social.

Los principios fundamentales en los que reposa la OIT, reafirmados en la Declaración de Filadelfia de 1944, son los siguientes: "el trabajo no es una mercancía; la libertad de expresión y de asociación es esencial para el progreso constante; la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos; la lucha contra la necesidad debe proseguirse con incesante energía dentro de cada

[1] Montoya Melgar, 2024, pp. 215-221.

[2] García Murcia, 2024, p. 14.

nación y mediante un esfuerzo internacional continuo y concertado, en el cual los representantes de los trabajadores y de los empleadores, colaborando en un pie de igualdad con los representantes de los gobiernos, participen en discusiones libres y en decisiones de carácter democrático, a fin de promover el bienestar común".

Tradicionalmente se han distinguido dos funciones institucionales que dotan de identidad a la OIT entre las organizaciones internacionales[3]. La primera función, de orden político, consiste en difundir y promover un modelo tripartito de progreso social, cuya legitimidad se asienta en el carácter tripartito. La segunda, de orden económico, conciliar los avances hacia los objetivos de progreso social que enuncia su Constitución y las exigencias inherentes a la apertura e interdependencia de las economías, que deben impulsar el progreso social.

Para la consecución de sus fines de justicia social y mejora de las condiciones de trabajo la OIT dispone de dos importantes instrumentos, uno jurídico, las normas internacionales del trabajo, y otro técnico, los programas de asistencia a los países y entidades que la requieran. Así, además de la elaboración de instrumentos normativos, la OIT lleva a cabo importantes funciones de asistencia, asesoramiento y cooperación técnica a los Estados miembros, de elaboración de informes y recopilación de datos o la celebración de reuniones de carácter internacional sobre asuntos determinados, todo lo cual coadyuva en una labor principalmente promocional.

Tal y como se verá a lo largo del capítulo, la OIT dispone de la acción normativa como medio principal para la consecución de sus fines, ya que los Convenios establecen los principios básicos y los estándares mínimos internacionales en la materia que regulan. No obstante, en los últimos tiempos ha tenido que ir acomodándose a un mundo globalizado con importantes crisis económicas y sociales, y el enfoque tradicional de adopción de normas internacionales del trabajo (Convenios, Recomendaciones), ha dejado paso a un enfoque más funcional centrado en la promoción de principios y derechos fundamentales en el trabajo[4].

3. Evolución histórica de la Organización Internacional del Trabajo: una organización permanente ante un escenario cambiante

En la evolución histórica de la OIT se distinguen dos grandes períodos, el primero abarca desde su constitución en 1919 hasta la Declaración de Filadelfia sobre fines y objetivos de la OIT de 1944. El segundo, desde la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 a la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo de 2019.

[3] Maupain, 2012, p. 8 y ss.

[4] Gil y Gil, 2016, p. 2.

3.1. Primer período: de la Constitución de la OIT (1919) a la Declaración de Filadelfia sobre los fines y objetivos de la OIT (1944)

La Organización Internacional del Trabajo nace oficialmente el 28 de junio de 1919, fruto de su creación en la Parte XIII (arts. 387-487) del Tratado de Versalles que pone fin a la Primera Guerra Mundial. La OIT surge como organismo internacional integrado en la Sociedad de Naciones, antecedente de la Organización Internacional de Naciones Unidas de la que ahora es parte, si bien con la autonomía y capacidad jurídica necesaria para llevar a cabo sus actuaciones.

Su creación estuvo precedida de diversas conferencias y encuentros sindicales, y fue una imposición aliada aceptada por los alemanes[5]. Bajo la pretensión de garantía de la paz universal y con base en la consideración de que la existencia de condiciones de trabajo desfavorables "engendra tal descontento que la paz y la armonía universal se ponen en peligro", se crea una organización permanente encargada de mantener un umbral mínimo de bienestar social. La primera Conferencia Internacional del Trabajo se celebró en 1919, y los primeros Convenios que se adoptaron ese mismo año versaban sobre las horas de trabajo (industria) -C001-, sobre el desempleo -C002-, sobre la protección de la maternidad -C003-, sobre el trabajo nocturno (mujeres) -C004-, sobre la edad mínima (industria) -C005-, y sobre el trabajo nocturno de los menores (industria) -C006-. Hasta 1939 se introdujeron pocos cambios en la organización y funcionamiento de la institución.

Los Estados miembros de la OIT son los Estados que suscribieron la citada Parte XIII del Tratado de Versalles, así como quienes, siendo miembros de la ONU, remitan una comunicación de adhesión formal al Director General. Asimismo, se admite la inclusión de los Estados que, no siendo miembros de la ONU, sean admitidos por mayoría de dos tercios de la Conferencia General de la OIT.

En la actualidad forman parte de la OIT 187 países, conformando el carácter universal de la Organización. Entre estos, 29 son los Estados que, en calidad de firmantes del Tratado de Versalles, ostentan el título de miembros originarios. Esta se extendió a otros trece Estados que fueron invitados a adherirse al pacto de la Sociedad de Naciones, entre los cuales se encuentra España.

España forma parte de la Organización desde su fundación en 1919, en virtud de su adhesión al Pacto de la Sociedad de Naciones a través de la Ley de 14 de agosto del mismo año. Sin embargo, la llegada de la dictadura franquista en

[5] García Fernández, 1984, pp. 261-264.
El precedente más inmediato de la OIT es la Asociación Internacional para la Protección Legal de los Trabajadores (AIPLT) que empezó a funcionar el 1 de mayo de 1901, e influyó notablemente en la actitud de los gobiernos sobre el objeto de su actividad. La Asociación tenía carácter privado, y secciones nacionales autónomas abiertas a todos cuantos considerasen necesario o conveniente la creación de normas internacionales de protección de los trabajadores. Los gobiernos podían designar representantes en estas secciones, además de subvencionar su funcionamiento.

1939 supuso el abandono de la Organización, a raíz de su retirada de la Sociedad de Naciones. De este modo, la normativa de la etapa franquista, presidida por el Fuero del Trabajo de 1938 y las leyes sindicales de 1940 dieron lugar a la prohibición de huelgas y organizaciones de trabajadores, estableciendo en su lugar el denominado "sindicato vertical", que aglutinaba a trabajadores y empresarios en una misma estructura.

De este modo, las relaciones laborales en España pasan a quedar configuradas mediante un sistema totalmente incompatible con los principios de la OIT, el cual atentaba de lleno contra la libertad sindical. Ello dio lugar a las denuncias iniciales presentadas por representantes de los trabajadores ante la OIT en 1941, momento en que aún no resultaba posible el envío de un grupo de estudio dada la ausencia de autorización por parte de España[6]. No obstante, en 1955 el gobierno franquista será invitado a la Conferencia Internacional para el envío de una delegación de observadores, hito que permitirá el acercamiento de España a la Organización. De este modo, la reincorporación de España en la OIT tendrá lugar en 1956, tras el ingreso en la ONU en diciembre del año anterior.

La II Guerra Mundial supuso un cambio fundamental para la Organización, pues la Guerra "acabó con la Sociedad de las Naciones, y podría fácilmente haber acabado también con la OIT"[7]. Sin embargo, ésta comprendió rápidamente que su supervivencia pasaba por su adaptación a la crítica situación en que se encontraba, motivo por el cual celebró una Conferencia Internacional cuyo único objetivo, ajeno a cualquier acción normativa, quedó centrado en la redefinición de la OIT de conformidad con el momento en que se encontraba. Tres años después, una nueva reunión de la Conferencia dio lugar a la conocida Declaración de Filadelfia de 1944, en la actualidad anexa a la versión revisada de la Constitución de la OIT de 1946. El amplio carácter subjetivo de la Declaración y el establecimiento explícito de los principios fundamentales de la Organización supuso la supervivencia de la OIT en un momento tan crítico como el de la segunda contienda mundial.

La Declaración de Filadelfia supuso una importante innovación en cuanto a la afirmación de una serie de principios como la libertad sindical y la acción contra la discriminación racial, además se introdujo también una amplia concepción de la política de Seguridad Social. La constitución de la ONU provocó sendas enmiendas de la Constitución de la OIT que se convirtió en instituto especializado de aquélla. Las transformaciones internacionales que siguieron a la II GM, en especial la descolonización, provocaron asimismo importantes cambios en la composición de la OIT, y en la correlación de fuerzas políticas internacionales.

De este modo, en vísperas del fin de la Guerra y ante la repulsa de la situación vivida, se crea la Organización de las Naciones Unidas tras la reunión de representantes de cincuenta países en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre

[6] Mateos López, 1997, p. 30.

[7] Rodgers, G./Lee, E./Swepston, L./Van Daele, J., 2009, p. 31.

la Organización Internacional celebrada en San Francisco en 1945. En su seno encontrará su lugar la OIT, configurada como una agencia especializada encargada de las cuestiones sociales de carácter global. En este sentido, queda reforzada la idea de la consecución de la justicia social como fin principal de la Organización.

La capacidad de adaptación de la OIT resultó esencial para su conservación y el diálogo social constituyó un elemento de continuidad y permanencia en períodos de inestabilidad, pues se alzó como necesario para superar el crítico momento que atravesaba la OIT.

3.2. Segundo período: de la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo (1998) a la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo (2019)

En los últimos tiempos la OIT más allá de su actividad normativa de Convenios y Recomendaciones, ha aprobado importantes Declaraciones que pretenden reforzar la efectividad en el cumplimiento de las normas internacionales del trabajo. Tras la Declaración de Filadelfia deben mencionarse la Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social (1977), la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo (1998), la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa (2008) y la Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo (2019).

La Declaración tripartita de principios sobre las empresas multinacionales y la política social (1977) (Declaración EMN) es el único instrumento de la OIT, aprobada por el Consejo de Administración de la Oficina Internacional del Trabajo, que brinda orientación dirigida directamente a las empresas sobre política social y prácticas inclusivas, responsables y sostenibles en el lugar de trabajo. Se adoptó en 1977 y ha sido modificada en varias ocasiones (2000, 2006, 2017, y más recientemente en 2022). Los principios de la Declaración EMN están dirigidos a empresas multinacionales, gobiernos y organizaciones de empleadores y trabajadores y cubren las áreas de empleo, formación, condiciones de trabajo y vida y relaciones industriales, así como la política general. Todos sus principios están basados en las normas internacionales del trabajo (Convenios y Recomendaciones de la OIT).

En 1998 la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, modificada en 2022. La citada Declaración es el resultado del fracaso de intentar que la Organización Internacional del Comercio asumiera una cláusula social en las relaciones comerciales entre los países[8]. En virtud de la misma, todos los Estados miembros tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad los principios y

[8] Ojeda Avilés, 2019, pp. 35 y ss.

derechos fundamentales en el trabajo previstos en los Convenios considerados fundamentales. A saber, la libertad de asociación y la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; entorno de trabajo seguro y saludable.

En un intento de promover no solo las ratificaciones, sino también el cumplimiento efectivo de las normas fundamentales del trabajo en todos los Estados Miembros, la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó en 2008 la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa, actualizada también en 2022. Esta Declaración reafirma los valores de la OIT, y expresa la visión contemporánea del mandato de la OIT en la era de la globalización. La Declaración institucionaliza el concepto de trabajo decente desarrollado por la OIT desde 1999, y lo sitúa en el epicentro para alcanzar sus fines y objetivos. Esta Declaración inicia una nueva era para la promoción eficaz de los cuatro objetivos estratégicos, a saber, el empleo, la protección social, el diálogo social, y los principios y derechos fundamentales en el trabajo, en el marco de una estrategia global e integrada. La Declaración pretende crear una convergencia eficaz de las políticas nacionales e internacionales con el objetivo de alcanzar una globalización equitativa y un mayor acceso al trabajo decente, y para conseguirlo hace hincapié en las normas internacionales del trabajo[9].

La Declaración incide en un enfoque global de los objetivos, y considera las normas internacionales el medio adecuado para conseguir esos objetivos. La Declaración subraya la necesidad de promover la normativa de la OIT como piedra angular de sus actividades realzando su pertinencia para el mundo del trabajo, y garantizando la función de las normas como medio útil para alcanzar los objetivos constitucionales de la OIT.

En 2019 la Conferencia Internacional del Trabajo adoptó la Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo que incide en que "la elaboración, la promoción, la ratificación y el control del cumplimiento de las normas internacionales del trabajo tienen una importancia fundamental para la OIT. Para ello, la Organización debe tener y promover un corpus de normas internacionales del trabajo sólido, claramente definido y actualizado y seguir aumentando la transparencia. Las normas internacionales del trabajo también deben responder a la evolución del mundo del trabajo, proteger a los trabajadores y tener en cuenta las necesidades de las empresas sostenibles, y estar sujetas a un control reconocido

[9] La Declaración reconoce y declara que: "En el contexto de cambios acelerados, los compromisos y esfuerzos de los Miembros y de la Organización para poner en práctica el mandato constitucional de la OIT, *en particular mediante las normas internacionales del trabajo*, y para situar el empleo pleno y productivo y el trabajo decente como elemento central de las políticas económicas y sociales, deberían basarse en los cuatro objetivos estratégicos de la OIT de igual importancia, a través de los cuales se plasma el Programa de Trabajo Decente…", *Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, adoptada por la CIT en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008.

y efectivo…". Después de 100 años la OIT considera que la normativa es, y debe seguir siendo sin ninguna duda, el pilar fundamental de la gobernanza mundial del trabajo, ahora bien, se plantea la conveniencia de culminar el adelgazamiento normativo y, de revisar, actualizar y refundir la normativa internacional[10].

Más allá de las Declaraciones citadas, también merece una mención especial el Llamamiento mundial a la acción para una recuperación centrada en las personas de la crisis causada por la COVID-19 que sea inclusiva, sostenible y resiliente (2021), Resolución aprobada por la 109ª CIT en junio de 2021. El llamamiento promueve medidas urgentes para promover una recuperación centrada en las personas que sea inclusiva, sostenible y resiliente, y propone trabajar para un crecimiento económico y empleo inclusivos, protección de todos los trabajadores, protección social universal aprovechado el papel del diálogo social.

La capacidad de adaptación que durante toda su existencia ha demostrado la OIT continúa vigente. En la actualidad, la Organización está embarcada en construir un futuro basado en la justicia social para todos a través de la Coalición Mundial para la Justicia Social con la vista puesta en la próxima Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social de las Naciones Unidas que se celebrará en 2025, al entender que renovar el contrato social es necesario para facilitar el logro de la justicia social en los próximos decenios y para satisfacer las aspiraciones de las personas mediante la creación de empleos decentes y respetuosos con el clima en el marco de una transición justa. En la 112ª Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en 2024, tanto la Conferencia como los 300 asociados de la Coalición han expresado su firme compromiso con la promoción de la justicia social mediante el refuerzo de la cooperación para emprender acciones concretas.

La Coalición está anclada en los principales textos fundacionales de la OIT, y ponen de manifiesto el poder de la justicia social para favorecer sociedades solidarias y productivas, reducir la pobreza y el hambre, las desigualdades y las tensiones sociales. Bajo el lema "promover la justicia social para todos, en todas partes" la OIT trata de favorecer la cooperación multilateral y acelerar los progresos hacia la realización de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, al defender la justicia social a escala mundial. La Coalición considera como temas fundamentales la creación de empleo, la protección social, las empresas sostenibles y la inversión en competencias. Se persigue luchar contra las desigualdades a fin de crear un mundo donde los derechos en el trabajo sean considerados derechos humanos. Su objetivo fundamental es reconstruir el contrato social a través de políticas centradas en las personas basadas en la justicia social y el trabajo decente. La participación en la Coalición, al igual que la iniciativa del Centenario de la OIT, es voluntaria y abierta a una gran diversidad de socios, incluidos gobiernos, organizaciones de trabajadores y de empleadores, instituciones internacionales, empresas, organizaciones no gubernamentales e instituciones académicas.

[10] OIT, 2019, pp. 23 y ss.

El reto al que se enfrenta la OIT en la actualidad es su capacidad futura para cumplir sus objetivos constitucionales en un nuevo contexto mundial, más globalizado y en crisis casi permanente. La OIT actúa bajo la convivencia de normas de carácter vinculante -*hard law*- (convenios) y de resoluciones calificables de *soft law* (Declaraciones, Recomendaciones). Repárese en que, tal y como se ha señalado de forma certera, los nuevos métodos de acción normativa de la OIT no suponen un abandono del *hard law* en beneficio del *soft law*, sino un paso del *self-service* normativo a un orden público universal, recogido en la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998 y en la Declaración de la OIT sobre justicia social para una globalización equitativa de 2008, ambas actualizadas en 2022[11].

4. Composición y estructura

4.1. Tripartismo

El carácter tripartito que preside el funcionamiento de la Organización Internacional del Trabajo unido a su carácter universal la convierten en una organización única en su género. La OIT es la única agencia "tripartita" de las Naciones Unidas que congrega a representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores para diseñar conjuntamente las normas de trabajo, las políticas y los programas de acción. La OIT se diferencia así de los otros organismos internacionales que se limitan a la mera representación estatal de los estados miembros.

La Organización Internacional del Trabajo fue incorporando paulatinamente a su estructura el tripartismo. Tras hacerlo por primera vez en la Constitución de 1919, la pertinencia del tripartismo ha ido aumentando a la vista de los desafíos de un mundo globalizado. El tripartismo conjuga adecuadamente los imperativos de la justicia social con la competitividad de las empresas y el desarrollo económico. El tripartismo debe entenderse en sentido amplio y se refiere, en general, a todos los tratos entre los Estados –representados por los gobiernos–, los empleadores y los trabajadores que versan sobre la formulación o la aplicación de la política económica y social. En todas las actividades de la OIT es importante la cooperación entre gobiernos y organizaciones de empleadores y trabajadores para fomentar el progreso social y económico.

El objetivo de la OIT es reunir a gobiernos, empleadores y trabajadores para establecer normas del trabajo, desarrollar políticas y concebir programas.

[11] Gil y Gil, 2016, pp. 228-229.
El autor añade que "la OIT puede: mejorar la política normativa y los instrumentos vinculantes ya existentes, para lograr un código internacional del trabajo más moderno y propio del siglo XXI; explorar nuevos modelos para la elaboración de las normas; conseguir que el *soft law* no sea una alternativa, sino un complemento del *hard law* y, asimismo, propugnar una mejor articulación y coherencia entre las distintas iniciativas tendentes a logar una regulación social de la globalización que concilie la eficacia económica y la justicia social".

La estructura de la OIT, en la cual trabajadores y empleadores tienen el mismo derecho a voto que los gobiernos en sus deliberaciones, es una muestra del verdadero diálogo social. El diálogo entre los gobiernos y los "interlocutores sociales" promueve los consensos y la participación democrática de los actores clave del mundo del trabajo. Repárese en que el diálogo social no tiene por qué conllevar siempre al acuerdo, puede significar negociación, consulta o simplemente un intercambio de información y opiniones entre representantes de gobiernos, empleadores y trabajadores.

El tripartismo se refleja en la propia estructura de la OIT pues tanto la Conferencia Internacional del Trabajo como el Consejo de Administración se componen de un número equivalente de representantes de los gobiernos, de los empleadores y de los trabajadores. El tripartismo en el plano nacional se encuentra incorporado a su vez en numerosos convenios y recomendaciones. Concretamente, el Convenio sobre la consulta tripartita, 1976 (núm. 144) exige que tengan lugar consultas entre los gobiernos y los representantes de los empleadores y los trabajadores en cada etapa de la actividad normativa de la OIT.

El escenario en el que la Organización se ve envuelta desde hace unos años, consistente en un mundo cada vez más globalizado, sitúa el foco del problema en lo que en otros tiempos se ha considerado su solución, su estructura tripartita. En efecto, este principio orgánico resulta "tan […] encomiable y satisfactorio como controvertido y paralizante"[12]. Repárese en que el establecimiento de su funcionamiento sobre la base del consenso a fin de alcanzar una mayor actividad normativa ha terminado por derivar en una parálisis normativa fruto de la rápida evolución de la economía capitalista y el individualismo configurado en su seno.

4.2. Estructura

La OIT cuenta con tres órganos fundamentales en su funcionamiento: la Conferencia Internacional del Trabajo, el Consejo de Administración y la Oficina Internacional del Trabajo. En los dos primeros, en su calidad de órgano normativo y ejecutivo de la Organización, respectivamente, cuentan con voz y voto los delegados de los gobiernos, sindicatos y organizaciones de empleadores, manifestándose asimismo el carácter tripartito a través de las comisiones que asisten al Consejo de Administración y la Oficina.

La Conferencia Internacional del Trabajo, también denominada habitualmente "parlamento del trabajo", se encarga de la acción normativa propiamente dicha a través de la adopción de Convenios y Recomendaciones, define las políticas generales de la Organización, aprueba el presupuesto de la OIT, y elige al Consejo de Administración, cuya actuación supervisa. También es foro de discusión de las cuestiones sociales y laborales fundamentales. Está integrada por cuatro representantes de cada Estado miembro, correspondiendo dos

[12] Palomeque López, M.C., 2020, p. 36.

en representación del Gobierno, uno para los sindicatos y otro en representación de las organizaciones de empleadores. Se reúne una vez al año.

En calidad de órgano ejecutivo se alza el Consejo de Administración que, entre otras cuestiones, asume la toma de decisiones relativa a la política de la OIT, así como la elección del Director General y la preparación de las actuaciones de la Conferencia (adopción del Presupuesto, determinación del orden del día, entre otras). Desempeña una importante labor en el control del cumplimiento de la normativa de la Organización, pues se encarga del nombramiento de los miembros de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, y acoge en su seno al Comité de Libertad Sindical. De este modo, interviene tanto en la garantía del cumplimiento de los convenios con carácter general, como en el control del cumplimiento del derecho a la libertad sindical en particular. El Consejo se encuentra compuesto por 56 representantes, 28 de los cuales corresponden a los Gobiernos -diez de ellos reservados a los Miembros de mayor importancia industrial (Alemania, Brasil, China, Estados Unidos de América, Federación de Rusia, Francia, India, Italia, Japón, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte); 14 a los trabajadores y 14 a los empresarios. Se reúne tres veces al año.

Por último, la Oficina Internacional del Trabajo es la secretaría permanente de la Organización, está presidida por el Director General nombrado por el Consejo de Administración. En 2022 se eligió a Gilbert F. Houngbo como undécimo Director General de la Organización. La función de la Oficina se centra en el aspecto teórico y de asistencia técnica de la Organización, siendo la encargada de la elaboración de documentos e informes para su remisión a la Conferencia Internacional, así como para su publicación, en su condición de editorial.

5. La acción normativa de la OIT

Las normas de la OIT no son un fin en sí mismo, sino el medio más importante de que dispone la OIT para la consecución de sus fines y objetivos, y la concreción de los principios que establecen el Preámbulo de la Constitución y la Declaración de Filadelfia[13]. Hay dos tipos de normas, los convenios y las recomendaciones. Los Convenios son tratados internacionales jurídicamente vinculantes suscritos en la Conferencia Internacional del Trabajo que pueden ser ratificados por los Estados Miembros. Las Recomendaciones actúan como directrices no vinculantes, y no crean obligaciones jurídicas a los Estados miembros, pero si generan la obligación de informar a la OIT del estado de la legislación interna sobre la materia recomendada, así como su grado de observancia. Tanto los convenios como las recomendaciones sólo crean efectos jurídicos en la medida en que los estados miembros aceptan incorporarlos al ordenamiento jurídico interno.

Los Convenios y Recomendaciones gozan de reconocimiento constitucional y constituyen los ejes principales a través de los cuales la OIT articula

[13] Gil y Gil, 2015, p. 2.

tradicionalmente la consecución de sus objetivos, si bien a ellos han de añadirse los Protocolos, destinados a revisar o modificar parcialmente un convenio ya existente.

Si bien los Estados Miembros pueden elegir entre ratificar o no un Convenio determinado, la OIT considera importante seguir la evolución en todos los países, aunque no los hayan ratificado. En virtud del art. 19 de la Constitución de la OIT, los Estados Miembros están obligados a informar con intervalos regulares sobre las medidas que han adoptado para dar efecto a las disposiciones de algunos convenios y recomendaciones, y para indicar cualquier obstáculo que les impida o retrase la ratificación de un determinado Convenio.

5.1. Los Convenios y los estándares laborales internacionales

Los Convenios son auténticos tratados internacionales que, como tales, se ofrecen a la ratificación por parte de los Estados miembros a fin de que éstos los incorporen en su ordenamiento jurídico interno de conformidad con su propia configuración nacional. Se trata del instrumento normativo de la OIT por antonomasia, dado su carácter jurídicamente vinculante. No obstante, el método para su adopción no difiere en gran medida del de las recomendaciones que, aunque no gocen de la pretendida eficacia jurídica, nacen asimismo de la estructura tripartita de la Organización.

A. Adopción

Los Convenios tienen su origen en los Gobiernos de los Estados miembros o en las organizaciones de trabajadores o empleadores con representación en la Organización, que presentan sus propuestas al Consejo de Administración y, tras los trámites de consulta pertinentes con el resto de los Estados miembros, remite finalmente a la Conferencia Internacional del Trabajo a través de su inclusión en el orden del día. El convenio únicamente será aprobado si se alcanza una mayoría de dos tercios de los votos emitidos por los delegados presentes, debiendo asimismo alcanzar un umbral mínimo de ratificaciones.

Los convenios se adoptan en el seno de la Conferencia Internacional del Trabajo, y pueden distinguirse las siguientes fases. La iniciación, mediante la proposición de adopción de un Convenio; la consulta, en la que participan los Estados miembros y las organizaciones representativas de trabajadores y empleadores; la redacción, en la que se fija el texto que se somete a consideración de la CIT; y la conclusión, que implica su aprobación formal y el registro del texto auténtico del Convenio[14].

B. Ratificación

Una vez aprobado el convenio se comunica a todos los Miembros para su ratificación, y de conformidad con lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución de la

[14] Arias Domínguez, 2009, pp. 56 y ss.

OIT cada uno de los Estados se obliga a someter el convenio en el plazo de un año a la autoridad o autoridades a quienes competa el asunto, al efecto de que le den forma de ley o adopten otras medidas. Los Estados informarán al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo sobre las medidas adoptadas para someter el convenio a la autoridad o autoridades competentes, comunicándole, al mismo tiempo, los datos relativos a la autoridad o autoridades consideradas competentes y a las medidas por ellas adoptadas.

En el supuesto de que el Estado obtenga el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes competa el asunto, comunicará la ratificación formal al Director General y adoptará las medidas necesarias para hacer efectivas las disposiciones de dicho convenio. De conformidad con el art. 22 de la Constitución de la OIT los Estados miembros tienen la obligación de presentar a la Oficina una memoria anual sobre los convenios ratificados, que contenga las medidas que hayan adoptado para poner en ejecución los convenios ratificados.

Si no se obtiene el consentimiento de la autoridad o autoridades a quienes competa el asunto, no recaerá sobre el Estado miembro ninguna otra obligación, a excepción de la de informar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, con la frecuencia que fije el Consejo de Administración, sobre el estado de su legislación y la práctica en lo que respecta a los asuntos tratados en el convenio, precisando en qué medida se ha puesto o se propone poner en ejecución cualquiera de las disposiciones del convenio, por vía legislativa o administrativa, por medio de *convenios colectivos*, o de otro modo, e indicando las dificultades que impiden o retrasan la ratificación de dicho convenio[15].

En el proceso de ratificación es importante tener en cuenta el carácter flexible con que el propio contenido de los convenios se configura, fruto de la conciencia de que la universalidad de la Organización debe conjugarse con la variedad de intereses y situaciones entre los Estados miembros que la conforman. En este sentido, los convenios se articulan conforme a cláusulas de flexibilidad en virtud de las cuales pueden ser modulados sus ámbitos de aplicación (en el caso del Convenio núm. 95 sobre la protección del salario de 1949, que permite excluir determinadas regiones de un Estado) o el propio alcance de sus obligaciones (en este sentido, el Convenio núm. 102 sobre la seguridad social de 1952). Todo ello, junto al hecho de que formar parte de la OIT no implica obligación alguna de cumplir con los estándares que en materia social promueve, construye un sistema de *self-service* o de *pick and choose* normativo que pone en cuestión la utilidad y pervivencia de la Organización[16]. A ello pretende enfrentarse la Declaración de 1998 relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento. Con ella, la OIT recuerda que "todos los Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios […], tienen un compromiso que se deriva de su mera pertenencia a la Organización de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad

[15] Art. 19.5 (e) Constitución de la OIT.

[16] Gil y Gil, 2015, p. 28.

con la Constitución, los principios relativos a los derechos fundamentales que son objeto de esos convenios".

C. Tipología

La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, modificada en 2022 para incluir los Convenios relativos a la seguridad y salud en el trabajo, establece dos categorías privilegiadas de Convenios, los "fundamentales" y los "prioritarios" o "de gobernanza", ostentando el resto la calificación de "técnicos"[17]. Además, de la citada Declaración se desprende un principio de eficacia general de las materias tratadas en estos convenios incluso por los países que no los han ratificado, otorgándole la condición de normas fundamentales del trabajo que deben ser respetadas por todos los países formen parte o no de la OIT.

La Declaración de 1998 logra sistematizar, en cierta medida, la dispersión de la acción normativa emitida por la Organización, y consiguió un aumento significativo de la ratificación de Convenios, en especial de los denominados fundamentales, a través de una norma de *soft law*.

Hasta la fecha la OIT ha producido 191 convenios y 208 recomendaciones, habiéndose aprobado últimamente en 2019 el Convenio 190 sobre la violencia y el acoso y la Recomendación 206 sobre la violencia y el acoso, y en 2023 el Convenio 191 sobre un entorno de trabajo seguro y saludable, y la Recomendación 208 sobre los aprendizajes de calidad[18]. La OIT concede diferente valor a los Convenios, distinguiéndose tres tipos: Convenios fundamentales, Convenios de gobernanza también llamados prioritarios, y los denominados Convenios técnicos.

La OIT califica 10 convenios como fundamentales, que regulan los siguientes principios y derechos fundamentales en el trabajo: la libertad de asociación y la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva, la igualdad de remuneración, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio, la abolición del trabajo infantil, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; entorno de trabajo seguro y saludable.

La selección de los convenios considerados fundamentales es discutible, dado el carácter arbitrario que parece esconderse tras su clasificación y más aun teniendo en cuenta que ello supone dejar fuera convenios que se encuentran en la base de su propia eficacia, como es el Convenio núm. 81 sobre inspección de trabajo de 1947. Ahora bien, la selección no se erige con carácter estático, sino que está

[17] Para un estudio en detalle de los convenios fundamentales y de gobernanza puede consultarse el número monográfico de la Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, Derecho social Internacional y Comunitario, núm. 147, 2020, dedicado a la Organización Internacional del Trabajo (Casas Baamonde, 2020, pp. 51-89; de la Puebla Pinilla, 2020, pp. 91-111).

[18] Toda la información sobre la normativa OIT puede consultarse en su página web en el apartado NORMLEX (Information System on International Labour Standards), en el siguiente enlace https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:1:0::NO:::.

abierta al devenir y necesidades de la realidad social. Por este motivo, la versión revisada de la citada Declaración del año 2022 acogió como derecho fundamental el principio relativo a un entorno de trabajo seguro y saludable, incorporando dos convenios más a la lista de los fundamentales junto con el ya añadido en 2014 tras la adopción del Protocolo al Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930[19].

a) Convenios fundamentales

Los Convenios fundamentales[20] obligan a los miembros de la OIT que lo ratifiquen a:

1º) Suprimir, lo más pronto posible, el empleo del trabajo forzoso u obligatorio en todas sus formas. A los efectos del Convenio núm. 29 sobre el trabajo forzoso, 1930 se entiende por trabajo forzoso u obligatorio todo trabajo o servicio exigido a una persona bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente. El hecho de exigir ilegalmente el trabajo forzoso será objeto de sanciones penales, y todo miembro que ratifique el Convenio tendrá la obligación de cerciorarse de que las sanciones impuestas por la ley son realmente eficaces y se aplican estrictamente.

2º) Reconocer que los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de estas [cfr. Convenio núm. 87 sobre libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948]

3º) Garantizar que los trabajadores gocen de una adecuada protección contra todo acto de discriminación tendente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. Esta protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato, y despedir a un trabajador o perjudicarle en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo. Además, se deberán adoptar medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar el pleno desarrollo y uso de los procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo [cfr. Convenio núm. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949].

[19] En concreto, la OIT declara como principios fundamentales: "a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; c) la abolición efectiva del trabajo infantil; d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación; y e) un entorno de trabajo seguro y saludable.".

[20] Sobre los convenios fundamentales, véase, Casas Baamonde, M.E, 2020, pp. 51 y ss.

4º) Promover y, garantizar la aplicación a todos los trabajadores del principio de igualdad de remuneración entre la mano obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor. Este principio se deberá aplicar sea por medio de la legislación nacional; cualquier sistema para la fijación de la remuneración, establecido o reconocido por la legislación; contratos colectivos celebrados entre empleadores y trabajadores; o la acción conjunta de estos diversos medios [cfr. Convenio núm. 100 sobre igualdad de remuneración de 1951].

5º) Suprimir y a no hacer uso de ninguna forma de trabajo forzoso como medio de coerción o de educación políticas o como castiga por tener o expresar determinadas opiniones políticas o por manifestar oposición ideológica al orden político, social o económico establecido; como método de movilización y utilización de la mano de obra con fines de fomento económico; como medida de disciplina en el trabajo; como castigo por haber participado en huelgas; como medida de discriminación racial, social, nacional o religiosa [cfr. Convenio núm. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957].

6º) Formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto [cfr. Convenio núm. 111 sobre discriminación en el empleo y la ocupación de 1958].

7º) Seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores [cfr. Convenio núm. 138 sobre la edad mínima de 1973].

8º) Formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores interesadas y habida cuenta de las condiciones y práctica nacionales. Esta política tendrá por objeto prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo, reduciendo al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo [cfr. Convenio núm. 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores de 1981].

9º) Adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia. Repárese en que el término "niño" designa a toda persona menor de 18 años. [cfr. Convenio núm. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil de 1999].

10º) Promover la mejora continua de la seguridad y salud en el trabajo con el fin de prevenir las lesiones, enfermedades y muertes ocasionadas por el trabajo

mediante el desarrollo de una política, un sistema y un programa nacionales, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores. Además, deberá adoptar medidas activas con miras a conseguir de forma progresiva un medio ambiente de trabajo seguro y saludable mediante un sistema y programas nacionales de seguridad y salud en el trabajo [cfr. Convenio núm. 187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo de 2006].

España ha ratificado todos los convenios fundamentales, en 1932 ratificó el C29 sobre trabajo forzoso, durante la transición democrática ratificó el C87 y el C98, y más recientemente en 2009 el C187 sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo.

b) Convenios de gobernanza

Se consideran convenios prioritarios, los instrumentos de gobernanza, que no regulan materias propiamente laborales, sino aspectos técnicos de control del cumplimiento de las normas emanadas de la OIT. Se impulsa a los Estados a su ratificación, dada la relevancia para el funcionamiento de la normativa internacional. La Declaración de la OIT sobre justicia social para una globalización equitativa de 2008 señala la importancia de los mismos.

Los convenios de la gobernanza, también denominados prioritarios, son el Convenio núm. 81 sobre la inspección de trabajo de 1947 (C81), Convenio núm. 122 sobre la política de empleo de 1964 (C122), Convenio núm. 169 sobre la inspección de trabajo (agricultura) de 1969 (C169), y Convenio núm. 144 sobre la consulta tripartita de 1976 (C144).

La identificación de los citados convenios como de gobernanza deriva tal y como ha señalado la doctrina "de la vinculación de su contenido con los principios básicos que ordenan la actuación normativa de la OIT y, singularmente, con el papel del diálogo social en todo el proceso de propuesta, elaboración, aprobación, aplicación y seguimiento de las normas, nacionales e internacionales"[21].

c) Convenios técnicos

El resto de convenios se denominan técnicos, y abarcan una diversidad de materias y categorías de trabajadores. Así, se encargan de regular entre otras materias las horas de trabajo, el desempleo, la protección por maternidad, el trabajo nocturno, la edad mínima, descanso semanal, las enfermedades profesionales, la igualdad de trabajo, el seguro de enfermedad, métodos para la fijación de salarios mínimos, sobre las agencias retribuidas de colocación, el seguro de vejez, el seguro de invalidez, el seguro de muerte, el trabajo nocturno, trabajo subterráneo, las vacaciones pagadas, los certificados de capacidad de los oficiales, seguridad social, política social, desarrollo de los recursos humanos, marina mercante, personal

[21] Puebla Pinilla, A. de la, 2020, p. 93.

de enfermería, negociación colectiva, terminación de la relación de trabajo, estadísticas del trabajo, readaptación profesional y empleo, servicios de salud en el trabajo, trabajo a domicilio, trabajo a tiempo parcial. Además, afectan a distintos colectivos de trabajadores, entre otros, los del mar, la construcción, agricultura, pesca, hoteles y restaurantes, minas, etc.

El último Convenio, el núm. 191 sobre un entorno de trabajo seguro y saludable de 2023, ha sido ratificado sólo por Guatemala. La OIT está trabajando en un nuevo convenio sobre trabajadores de plataformas, ya que el auge de la economía digital ha modificado la forma de trabajar, y ha abierto nuevos mercados y perspectivas de empleo en el ámbito de las plataformas que ofrecen una mayor flexibilidad y accesibilidad a los trabajadores, pero que al mismo tiempo presentan nuevos retos para garantizar el trabajo decente en la economía de plataformas.

España ha ratificado 139 Convenios, de los cuales 10 son convenios fundamentales, 4 de gobernanza y 125 de los 177 convenios técnicos. De los 139 Convenios ratificados, 87 están en vigor, 27 han sido denunciados, 14 instrumentos derogados, y 2 han sido ratificados en los últimos tiempos (C 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos de 2011, ratificado en febrero de 2023 y C 190 sobre la violencia y el acoso de 2019, ratificado en mayo de 2022). España se erige en perfecta sintonía con la Organización, no solo por los convenios ratificados, sino por los acuerdos y colaboración que mantiene con ella y que precisamente inciden en la producción de informes y publicaciones que refuerzan la propia actividad de la institución[22].

D. Eficacia jurídica

Los Convenios de la OIT surten efectos en el Derecho interno cuando se procede a su ratificación y publicación oficial tal y como dispone el art. 96.1 CE, en términos semejantes a los establecidos en el art. 1.5 del Código Civil y en el art. 23 de la Ley 25/2015, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, los tratados internacionales forman parte del ordenamiento interno "una vez publicados oficialmente en España", esto es, "mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado".

Del art. 96. 1 de la Constitución Española se desprende que los Convenios OIT priman sobre las leyes posteriores en base al principio de *supralegalidad*, jerarquía normativa o primacía reconocido a los tratados internacionales[23]. La

[22] En este sentido, como indica la página web de la OIT, España cuenta con una Oficina de la OIT tras el Acuerdo de sede entre el Gobierno y la Organización en 1985. A su vez, cuenta con los siguientes instrumentos de colaboración, en cuyo marco desarrollan las actividades conjuntamente: Acuerdo entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de España y la OIT en materia de publicaciones, firmado en Madrid el 15 de abril de 2002; Convenio de colaboración entre el Consejo Económico y Social de España y la OIT, firmado en Madrid el 25 de febrero de 1994; Marco de asociación estratégica España-OIT 2011-2015, firmado en Ginebra el 24 de octubre de 2011.

[23] Andrés Sáenz de Santa María, P., 2020, pp. 241-243.

Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales contempla la eficacia jurídica de los tratados internacionales, en los mismos términos que el precepto constitucional, al señalar que "las disposiciones de los tratados internacionales válidamente celebrados sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales de Derecho Internacional". Esta ley condiciona la aplicación e interpretación de los Convenios de la OIT por jueces y tribunales al cumplimiento de las previsiones legales sobre ejecución y prevalencia[24].

Al efecto, la Ley de Tratados y Acuerdos Internacionales dispone que "los tratados internacionales serán de aplicación directa, a menos que de su texto se desprenda que dicha aplicación queda condicionada a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias pertinentes" (art. 30.1), y que "las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional (art. 31). De los citados preceptos se infiere que los órganos judiciales para poder aplicar e interpretar las disposiciones de los Convenios deben conjugar adecuadamente las normas sobre ejecución y prevalencia previstas en la citada Ley.

La OIT convive con otros sistemas normativos de ámbito internacional con mayor influencia en la cuestión social, tal y como se verá en los próximos capítulos. Desde el ámbito universal, la Organización de las Naciones Unidas cuenta con la Declaración de Derechos Humanos de 1948 y los Pactos que la complementan, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuyo seno quedan reflejados algunos de los derechos de alcance específicamente laboral, como es el derecho al trabajo, a un salario equitativo y a la libertad sindical, entre otros. La misma distribución entre derechos civiles y sociales se articula en el ámbito del Consejo de Europa, donde el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH) convive con la Carta Social Europea (en su versión original y revisada). Si bien ésta última reviste un contenido de alcance laboral, el CEDH logra atraer mayor atención gracias a su sistema de cumplimiento mediante un auténtico órgano jurisdiccional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya fuerza ejecutiva se materializa en un mayor respeto hacia los derechos sociales que se configuran como objeto de su protección por vía interpretativa.

En un sentido similar, el Derecho de la Unión Europea se erige como el ámbito desde el cual la acción normativa alcanza mayores cuotas de eficacia. Su configuración como derecho autónomo supone que, en garantía de su aplicación uniforme, deba articularse un sistema de garantías que lo asegure. De este modo, mediante el principio de primacía deviene inaplicable toda normativa incompatible con la europea, al tiempo que un órgano jurisdiccional, el Tribunal de Justicia de

[24] Arts. 29-31 Ley de Tratados y Acuerdos Internacionales.

la Unión Europea, emite sentencias con carácter vinculante y prevalente respecto del derecho nacional.

a) El control de convencionalidad

La aplicación por el juez español de los Convenios de la OIT, que se ha incrementado en los últimos años por el auge de su consideración e invocación[25], debe llevarse a cabo teniendo en cuenta los propios términos de los Convenios, y de conformidad con los arts. 10.2 y 96.1 de la Constitución, el máximo intérprete constitucional, la Ley de Tratados Internacionales, y la doctrina jurisprudencial.

Las pautas que deben guiar la actuación del juez español al aplicar los Convenios de la OIT pueden sintetizarse en[26]:

Primera, los Convenios forman parte del ordenamiento jurídico y han de interpretarse en concordancia con las restantes normas, no de forma aislada. Además, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas se interpretarán de conformidad con los estándares laborales internacionales contenidos en los Convenios.

Segunda, se consagra el control difuso de convencionalidad, en el sentido de que cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna para aplicar preferentemente una disposición de un Convenio, sin que tal desplazamiento implique la expulsión de la norma, sino su inaplicación al caso concreto[27].

Tercera, para aplicar directamente los Convenios sus disposiciones tienen que ser de aplicación directa, esto es de carácter auto ejecutivo o *self-executing, y no estar condicionadas a la aprobación de leyes o disposiciones reglamentarias. Dicho en otras palabras, que* "*el ejercicio del control de convencionalidad por la jurisdicción ordinaria debe realizarse en aquellos supuestos en que la norma internacional ofrezca claridad y certeza, evitando la inseguridad jurídica*"[28].

---

[25] García Murcia, 2019, p. 10.

[26] García Piñeiro, 2024, pp. 44-45.

[27] Al respecto el Fundamento Jurídico 9º de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 28 de marzo de 2022 , núm. 268/2022, otorga carta de naturaleza al control de convencionalidad al señalar que "la jurisprudencia constitucional viene entendiendo que cualquier juez ordinario puede desplazar la aplicación de una norma interna con rango de Ley para aplicar de modo preferente la disposición contenida en un tratado internacional, sin que de tal desplazamiento derive la expulsión de la norma interna del ordenamiento, como resulta obvio, sino su mera inaplicación al caso concreto. El análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de Derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional [SSTC 10/2019 (FJ 4º), 23/2019 (FJ 2º), 35/2019 (FJ 2º), 36/2019 (FJ 2º), 80/2019 (FJ 3º) y 87/2019]".

[28] En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 29 de marzo de 2022, núm. 270/2022 en relación con la Carta Social Europea. En materia de Convenios de la OIT, refiriéndose a la audiencia previa al trabajador anterior a la decisión empresarial de despido

Cuarta, el control de convencionalidad de los Convenios de la OIT compete a los jueces y tribunales del orden jurisdiccional social y, consistirá en la selección del derecho aplicable al caso concreto, desplazando en su caso a una norma interna con rango de ley para aplicar preferentemente la disposición del Convenio. Adviértase que el control de convencionalidad es un juicio de aplicabilidad de las normas, de selección del derecho aplicable que compete a los órganos judiciales y en principio queda fuera de las competencias del Tribunal Constitucional.

Quinta, el Tribunal Constitucional, a través del recurso de amparo, podrá revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del artículo 24.1 CE, que garantiza "que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho…"[29].

El debate sobre el control de convencionalidad y la aplicabilidad de los Convenios de la OIT ha sido avivado desde un sector doctrinal y judicial, que busca cobijo en los estándares laborales internacionales frente a los estándares nacionales. Los debates están siendo complejos, planteándose multitud de interrogantes[30] a los que el Tribunal Supremo está empezando a dar respuesta.

Así, con respecto a los artículos 7 y 10 del Convenio núm. 158 OIT sobre la terminación de la relación de trabajo de 1982, deben citarse las sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo núm. 1250/2024 de 18 de noviembre de 2024, y núm. 1350/2024 de 19 de diciembre de 2024, respectivamente. En la primera, ante un despido disciplinario sin audiencia previa del trabajador, el Tribunal Supremo aceptando el control de convencionalidad entiende que "no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no

prevista en el art. 7 del Convenio núm. 158 OIT, El Tribunal Supremo entendió hace tiempo que "las normas del convenio en este punto no son de directa aplicación en España al precisar su efectividad de un desarrollo normativo interno, existiendo, por otra parte, en la regulación del despido garantías suficientes para la defensa del trabajador", Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1987, 8 de marzo de 1988 (núm. 218), y 31 de enero de 1990 (núm. 111). En la actualidad existe una doctrina judicial dispar en los Juzgados de lo Social y en las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia sobre la aplicabilidad directa o no de la audiencia previa al despido que será unificada en un futuro próximo por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo. Entre otras, véanse, STSJ Baleares de 13 de febrero de 2023 (rec. 545/2022); STSJ Madrid de 28 de abril de 2023 (rec. 1436/2022); STSJ Cataluña de 7 de julio de 2023 (rec. 1749/2023).

[29] En este sentido, véase Fundamento Jurídico 6º de la STC 140/2018, de 20 de diciembre. La Sentencia del Tribunal Constitucional 84/1989, de 10 de mayo, recoge la doctrina de que los Convenios de la OIT publicados oficialmente en España pueden fundamentar pretensiones ante los órganos de la jurisdicción social, pero no pueden sustentar por sí solos demandas de amparo.

[30] Alonso Olea, R., 2020, pp. 13-51.

pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad, tal y como dispone el art. 7 del Convenio núm. 158 de la OIT". En la segunda, ante la indemnización tasada por despido improcedente, el Tribunal Supremo negando el control de convencionalidad en este caso entiende que "la indemnización por despido improcedente del art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores no puede verse incrementada en vía judicial con otras cuantías que atiendan a las circunstancias concretas del caso, sin que ello suponga una vulneración del art. 10 del Convenio núm. 158 de la OIT, en el que tan solo se indica que la indemnización sea adecuada, siendo el legislador nacional el que la ha determinado en el citado art. 56.1 del ET".

E. Aplicación de las normas: sistema de control de cumplimiento

Las normas internacionales del trabajo están respaldadas por un sistema de control compuesto por expertos jurídicos independientes y órganos tripartitos para garantizar que los países apliquen los convenios que ratifican. Este sistema de control es único en el ámbito internacional, se instauró en la Declaración de 1998 y quedó asimilado tras la Declaración de 2008, y contribuye a garantizar que los países apliquen los convenios que ratifican. La OIT examina regularmente la aplicación de las normas en los Estados Miembros y señala áreas en las que se podría mejorar su aplicación. Si existe algún problema en la aplicación de las normas, la OIT se dirige a asistir a los países, a través del diálogo social y de la asistencia técnica.

La OIT ha creado diversos mecanismos de control que permiten hacer un seguimiento de las medidas adoptadas para hacer efectivos los convenios y recomendaciones por ley y en la práctica, tras su aprobación por la Conferencia Internacional del Trabajo y su ratificación por los Estados. Existen dos tipos de mecanismos de control, el sistema de control periódico que prevé el examen de las memorias que presentan periódicamente los Estados Miembros sobre las medidas que han adoptado para poner en ejecución los convenios a los cuales se han adherido. Y, los procedimientos especiales que incluyen un procedimiento de reclamaciones y un procedimiento de quejas de aplicación general, así como un procedimiento especial en materia de libertad sindical.

a) El mecanismo de control periódico de la aplicación de las normas

El mecanismo de control periódico se basa en el examen de las memorias sobre la que los Estados Miembros envían, así como en las observaciones a ese respecto remitidas por las organizaciones de trabajadores y de empleadores. La OIT lleva a cabo dicho examen a través de dos órganos, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y la Comisión de Aplicación de Normas (CAN).

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) es un órgano independiente compuesto por 20 juristas nacionales

e internacionales de alto nivel, encargados de examinar la aplicación de los Convenios, Protocolos y Recomendaciones de la OIT por parte de los Estados miembros de la Organización. Cuando un país ratifica un convenio de la OIT, se ve obligado a presentar memorias regulares sobre las medidas que ha adoptado para aplicarlo. Cada tres años, los gobiernos deben transmitir memorias con información detallada sobre las medidas que se han adoptado, en la legislación y en la práctica, para aplicar cualesquiera de los diez convenios fundamentales y los cuatro convenios de gobernanza que hubiesen ratificado. En cuanto a los demás convenios, las memorias deben presentarse cada seis años.

La Comisión de Expertos efectúa dos tipos de actuaciones, observaciones y solicitudes directas. Las observaciones contienen comentarios sobre las cuestiones fundamentales planteadas por la aplicación de un determinado convenio por parte de un Estado. Estas observaciones se publican en el informe anual de la Comisión. Las solicitudes directas se relacionan con cuestiones más técnicas o con peticiones de mayor información. No se publican en el informe, sino que se comunican directamente a los gobiernos concernidos. Cada año la Comisión de Expertos publica un informe anual que contiene un informe general con comentarios sobre el respeto de los Estados Miembros de sus obligaciones constitucionales, y las observaciones sobre la aplicación de las normas internacionales del trabajo. Y, un estudio general sobre un tema particular elegido por el Consejo de Administración de la OIT.

La Comisión de Aplicación de Normas de la Conferencia (CAN) es un órgano permanente de composición tripartita de la Conferencia International del Trabajo y mecanismo esencial del sistema de control de la OIT, está encargada de examinar cada año en qué medida los Estados Miembros de la OIT aplican las normas internacionales del trabajo y de presentar un informe a la Conferencia sobre este tema.

b) Los procedimientos especiales

Están previstos tres procedimientos especiales, a saber, el procedimiento de reclamación con respecto a la aplicación de convenios ratificados, el procedimiento de queja con respecto a la aplicación de convenios ratificados, y el procedimiento especial de queja por violación de la libertad sindical por el Comité de Libertad Sindical[31]. Estos procedimientos otorgan mayor protagonismo a los sujetos que integran la OIT al concederles legitimación activa frente a un Estado miembro incumplidor, pudiendo ser emitida tal reivindicación por parte de organizaciones de empleadores y trabajadores (reclamaciones) o por los propios Estados miembros (quejas). Si bien las *reclamaciones* dan lugar nuevamente a recomendaciones dirigidas al Estado miembro incumplidor, las *quejas* son susceptibles de derivar en

[31] La Recopilación de las decisiones del Comité de Libertad Sindical recoge más de 3200 casos en los últimos 65 años, y puede consultarse en https://www.ilo.org/es/publications/la-libertad-sindical-recopilacion-de-decisiones-del-comite-de-libertad.

la constitución de una comisión de encuesta, considerada como el "procedimiento de investigación de más alto nivel de la OIT"[32]. Esta tiene lugar cuando, recibida una queja por el Consejo de Administración, ésta responde a una violación persistente y grave por parte de un Estado miembro que, además, rechaza su subsanación. Cada uno de los gobiernos interesados deberá comunicar al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, dentro de un plazo de tres meses, si acepta o no las recomendaciones contenidas en el informe de la comisión y, en caso de que no las acepte, si desea someter la queja a la Corte Internacional de Justicia (art. 29.2 Constitución de la OIT). Sin embargo, adoptada una recomendación por la citada comisión e incumplida de manera reiterada por el Estado miembro, la acción más extrema que la OIT puede tomar al respecto es acudir al artículo 33 de su Constitución, esto es, facultar al Consejo de Administración para que "recomiende" a la Conferencia "las medidas que estime convenientes".

5.2. Las Recomendaciones

Las Recomendaciones están llamadas a cumplir una función muy importante en una Organización, como la OIT, cuyo papel principal se centra en la persuasión del seguimiento de orientaciones comunes. Por ello, la recomendación se alza como un instrumento necesario ante el constante riesgo de parálisis normativa, constituyendo en muchos de los casos no solo un primer paso hacia la adopción de un instrumento con fuerza jurídica, sino el resultado mismo ante un problema de alcance mundial, pero con aristas difíciles de conjugar.

La Recomendación se utiliza en lugar del Convenio en dos supuestos. El primero, cuando la CIT al recibir la propuesta inicial de Convenio acuerda que la materia a regular sea objeto de una mera Recomendación. El segundo, cuando en la deliberación sobre la adopción del Convenio no alcanza la mayoría reglamentaria de dos tercios de los delegados presentes para su aprobación.

Las recomendaciones no se ofrecen para la ratificación por los países de la OIT, sino que a éstos únicamente les incumbe su examen y evaluación de su posible traslación en su normativa o práctica interna. Sobre ellos recae un sistema de control de su cumplimiento similar al de los convenios, comenzando por el sometimiento de la recomendación a la autoridad competente para su asunción por el ordenamiento jurídico interno. Sin embargo, como consecuencia de la carencia de fuerza vinculante[33], sobre estos instrumentos no operan las comisiones de encuesta y tampoco pueden ser derogadas, sino únicamente retiradas.

La Recomendación complementa al convenio, proporcionando directrices más detalladas sobre su aplicación (por ejemplo, el C177 sobre el trabajo a domicilio de 1996, y la R184 sobre el trabajo a domicilio de 1996, ambos instrumentos son

[32] OIT, 2019, p. 112.

[33] La STC 38/1981, de 23 de diciembre, sostiene que las Recomendaciones son "textos orientativos que sin eficacia vinculante pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los convenios".

citados por el legislador español en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia). También existen, aunque en menor medida, Recomendaciones autónomas que no están vinculadas a ningún convenio, entre otras pueden citarse la R117 sobre la formación profesional de 1962 (núm. 117); R128 sobre el peso máximo de 1967 (núm. 128); R200 sobre el VIH y el sida de 2010 (núm. 200).

5.3. Las Resoluciones y los Protocolos

Junto a los Convenios y a las Recomendaciones se distinguen las Resoluciones y los Protocolos de la OIT. Las Resoluciones son documentos informales elaborados por la OIT que expresan el parecer de la organización sobre una materia concreta, y carecen de eficacia jurídica alguna, y suelen ser anticipaciones de futuros Convenios y Recomendaciones. Los Protocolos adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo se suelen utilizar para la revisión y la modificación parcial de Convenios, convirtiéndose en un instrumento de relevancia creciente dado el elevado número de normas anticuadas y en desuso.

6. Las nuevas vías de acción para la consecución de la justicia social

La acción normativa de la OIT, entendida en un sentido estrictamente jurídico, se haya en evidente decadencia en la actualidad, habida cuenta de la escasa adopción de convenios y de la reducida ratificación de los Convenios no fundamentales. La producción normativa de la Organización descendió significativamente a partir del año 2007, quedando parcialmente interrumpida por la adopción de algún Convenio esporádico, como el núm. 189 para el trabajo doméstico en el año 2011, el Convenio sobre la violencia y el acoso núm. 190 de 2019, y el Convenio sobre un entorno de trabajo seguro y saludable en 2023.

La OIT, nacida en un escenario de producción normativa para la sociedad industrial, se enfrenta en la actualidad a un contexto radicalmente distinto caracterizado por la arrolladora presencia de la globalización, la intromisión de las tecnologías en las relaciones laborales y los nuevos modos de empleo derivados de la economía de plataformas. Se trata de algunas de las cuestiones actuales, todas ellas relativas a asuntos alejados de los tradicionales, centrados en la mera regulación de las condiciones de trabajo basado en un espacio y tiempo determinados, como reflejaba el primer convenio internacional de la Organización, relativo al tiempo de trabajo (Convenio núm. 1 sobre las horas de trabajo de 1919).

En la actualidad, la acción normativa de la OIT no aborda de manera suficiente estas cuestiones, que ni siquiera han merecido un instrumento específico al respecto. Sin embargo, no por ello el papel de la OIT ha perdido vigencia, pues lo cierto es que, ante el nuevo escenario que se le plantea, afronta nuevamente la obligación de reinventarse, como ya hiciera durante la II Guerra Mundial o tras el fracaso en la inclusión de cláusulas sociales en los acuerdos de comercio internacionales. En un caso y en otro la solución pasó por adoptar instrumentos no

vinculantes, calificados como *soft law*, como fueron las Declaraciones (de Filadelfia en 1944, la relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998, y sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008), lo cual dio lugar tanto a la propia pervivencia de la Organización como al progresivo cumplimiento de los objetivos que la inspiran.

La Organización Internacional del Trabajo, que fue origen de la posibilidad de consenso en cuestiones sociales ante escenarios cambiantes, no ha dejado en ningún momento de desempeñar ese papel, pero bajo la premisa de adaptarse a las nuevas circunstancias. En este sentido y frente a la consideración de que la ausencia de acción normativa equivale al deterioro de la Organización, ésta comprende que la demanda del escenario actual, novedoso e inseguro, no es la de instrumentos jurídicamente vinculantes, independientes de los diferentes compases en que evoluciona cada país, sino la de orientaciones que ofrezcan una guía que permita seguir manteniendo la idea de justicia social ante un sistema económico que avanza de manera inexorable.

En la actualidad los principales impulsos han venido de la mano de las Memorias del Director General presentadas ante la Conferencia Internacional del Trabajo, las cuales han dado lugar a la creación de comisiones e informes y publicaciones que han sido tenidos en cuenta por los Estados miembros. En este sentido, en 1999 el entonces Director General de la OIT, Juan Somavía, presentó la Memoria relativa al Trabajo Decente en la 87ª reunión de la Conferencia, que introdujo el Programa de Trabajo Decente en un contexto de cambios e inseguridad que ponía en peligro la garantía de los derechos sociales frente al desarrollo de la actividad económica. De este modo, este concepto constituye para la OIT, "el punto de convergencia de sus cuatro objetivos estratégicos: la promoción de los derechos fundamentales en el trabajo; el empleo; la protección social y el diálogo social". El impacto que su introducción supuso dio lugar a su institucionalización en la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa de 2008, así como a su proclamación por las Naciones Unidas como uno de los diecisiete nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible, integrantes de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

Unos años después, en conmemoración del centenario de la Organización, una nueva Memoria del Director General, cargo esta vez ostentado por Guy Rider, propuso la denominada "Iniciativa relativa al futuro del trabajo" que, en la línea de la consecución del trabajo decente, proponía la celebración de diálogos de carácter tripartito que culminasen en una mayor comprensión de los escenarios a los que se enfrentaba la Organización.

Esto derivó en la creación de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo y finalmente, en el año 2019, en el Informe "Trabajar para un futuro más prometedor", que establece algunas de las líneas fundamentales a seguir en el marco de relaciones laborales del futuro. En este sentido, la OIT aborda cuestiones

fundamentales que, aunque no son tratadas en instrumentos internacionales, son muestra de su preocupación por la actualidad más inmediata. De este modo, tiene en cuenta la intervención de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales, llamando la atención sobre sus repercusiones, tanto en términos de seguridad y salud en el trabajo (en relación con las enfermedades que pudieren derivar de ello o de las necesidades de conciliación y control horario) como en materia de poder organizativo de la empresa. En la línea del Programa de Trabajo Decente, el informe subraya la necesaria garantía de la dignidad de las personas trabajadoras, teniendo en cuenta los riesgos de discriminación que, en relación con las nuevas tecnologías, puede suponer el uso de la Inteligencia Artificial en la actuación empresarial.

Más recientemente, la 111ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo celebrada en junio de 2023 tuvo como uno de los puntos de discusión la Memoria del Director General "Promoción de la justicia social" en la que, integrando el concepto de trabajo decente en el de justicia social, llama la atención sobre poner el foco en su consecución, especialmente teniendo en cuenta la difícil situación económica derivada de la "policrisis" causada por la pandemia, la guerra de Ucrania y los fenómenos meteorológicos extremos[34].

En este contexto, la Memoria propone la creación de una Coalición Mundial para la Justicia Social con el objeto de concienciar sobre los objetivos clave, a fin de recolectar informes sobre la situación actual en los diferentes países y así abordar estrategias que reduzcan los déficits de justicia social. En este contexto, resulta esencial el diálogo social, pues "en muchas ocasiones anteriores en las que parecía que las posturas eran diametralmente opuestas y sería inevitable tomar decisiones difíciles, los Gobiernos y las organizaciones de empleadores y de trabajadores fueron capaces de alcanzar un consenso a través del diálogo social"[35].

Siguiendo a Gil y Gil puede afirmarse que toda esta evolución es una muestra de que la OIT ha dado el "paso del *self-service* normativo a un orden público social universal"[36], de manera que el foco ya no se sitúa en la elaboración de instrumentos jurídicamente vinculantes que establezcan obligaciones concretas, sino en la garantía básica de unos principios y derechos fundamentales como denominador común que den lugar a unas orientaciones a seguir por parte de los Estados miembros.

7. Conclusiones

La Organización Internacional del Trabajo constituye una de las fuentes de producción normativa más longevas del Derecho del Trabajo, motivo por el cual cuenta con una experiencia y recorrido que, junto con las orientaciones primigenias ofrecidas por su acción normativa y el carácter tripartito de su estructura, la

[34] OIT, 2023, p. 16.

[35] OIT, 2023, p. 33.

[36] Gil y Gil, 2015, p. 39.

erigen como una de las principales instituciones de ámbito internacional en el ámbito laboral. Ese largo recorrido ha supuesto la superación de inconvenientes y obstáculos a fin de garantizar su supervivencia.

La OIT ha actuado siempre bajo la convivencia de normas de carácter vinculante (convenios) y de resoluciones calificables en el ámbito del *soft law* (recomendaciones y declaraciones, entre otras), sin que por ello haya devenido ineficaz la consecución de sus objetivos. En la actualidad, como ya reconocía la Memoria de 1999 relativa al Trabajo Decente, la OIT ha asumido su función y reconocido que "no hay más remedio que amoldarse a las nuevas exigencias con un presupuesto congelado, lo cual desemboca en unas actividades forzosamente modestas y a menudo fragmentadas". En este sentido, la pretensión de emitir normas jurídicamente vinculantes ha dado paso a la publicación de informes y publicaciones en virtud de los cuales el conocimiento del estado actual de los Estados miembros permite ofrecer recomendaciones y pautas de acción para el futuro.

Estas recomendaciones, aunque no siempre reconocidas a la Organización, se han materializado en ordenamientos jurídicos como el español, donde se aprecia una tendencia de la normativa en consenso con los principios promulgados por la OIT. España es una buena muestra de la capacidad de persuasión que ejerce la OIT, cuya fuerza de atracción no solo propició la transición del sistema franquista de relaciones laborales al democrático, sino que en la actualidad continúa vigente en la normativa y jurisprudencia nacional.

La labor de la OIT en la internacionalización del Derecho del Trabajo y en la consecución de los estándares laborales internacionales se mantiene, a pesar de las dificultades a las que se enfrenta. La doctrina académica aboga por dar un "nuevo y difícil salto vertical en el elenco de los actuales convenios e incluso la aprobación de alguno con la categoría efectiva de "marco" respecto a los otros derechos fundamentales"[37]. En el mismo sentido, el profesor García Murcia se plantea si pudiera tener sentido la «internacionalización» de las relaciones laborales, o de parte de las mismas, con vistas a la creación de un espacio propio para la acción normativa de la OIT, más allá de los espacios puramente nacionales[38]. Quizás debería profundizarse en esta hipótesis, ya que de conseguirse se lograría una gobernanza mundial de las relaciones laborales, necesaria e indispensable en un mundo global como el actual, de forma semejante al Convenio sobre el trabajo marítimo de 2006[39] configurado como "un código mundial del trabajo para la gente

[37] Ojeda Avilés, 2019, pp. 36-37.

[38] García Murcia, 2016, p. 12.

[39] Ratificado por España en 2013, Instrumento de Ratificación del Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006, hecho en Ginebra el 23 de febrero de 2006 (BOE 22-01-2013). El Convenio refunde en un texto único todos los instrumentos sobre el trabajo marítimo, e incorpora y actualiza las normas internacionales destinadas a reglamentar las condiciones de vida y de trabajo decentes para la gente de mar. El convenio, conocido como «Carta de derechos de los marineros» fija estándares internacionales para el trabajo marítimo. El convenio nace con la vocación de convertirse en el «cuarto pilar» del régimen normativa

de mar, que es fuente de inspiración para abordar los retos de los trabajadores, los empleadores, las plataformas y los clientes que operan en diferentes jurisdicciones".

8. Bibliografía

Alonso García, R. (2020): "El control de convencionalidad: cinco interrogantes", en Revista Española de Derecho Constitucional", nº 119.

Andrés Sáenz de Santa María, P. (2020): *Sistema de Derecho Internacional Público*, 6ª ed. Civitas-Thomson Reuters.

Arias Domínguez, A. (2009): La acción normativa en la Organización Internacional del Trabajo, ed. Abecedario.

Casas Baamonde, M.E. (2020): "Los convenios fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo", en Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, Derecho social Internacional y Comunitario, nº 147.

García Fernández, M. (1984): *La Formación del Derecho del Trabajo*, Facultad de Derecho Palma de Mallorca/Consellería de Transportes y Trabajo.

García Murcia, J. (2016): "La legislación laboral internacional: mandato y función de la Organización Internacional del Trabajo", en Documentación Laboral, nº 116, 2019, vol. I.

García Murcia, J. (2024): *La influencia de los convenios y recomendaciones de la OIT en la legislación social española*, ed. BOE.

García Piñeiro, N.P. (2024): "El juez español y la Carta Social Europea revisada", en R. Alonso García/J.I. Ugartemendía Eceizabarrena (dirs.): *El juez nacional y los derechos fundamentales europeos*, IVAP.

Gil y Gil, J.L. (2015): "Justicia social y acción normativa de la OIT", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, nº 4.

Maupain, F. (2012): L'OIT à l'épreuve de la mondialisation financière. Peut-on réguler sans contraindre?, Institut International d'Études Sociales, Organisation Internationale du Travail, Genève (citado por Gil y Gil, J.L. (2015): "Justicia social y acción normativa de la OIT", en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 3, nº 4, p. 4).

Mateos López, A. (1997): *La denuncia del sindicato vertical. Las relaciones entre España y la Organización Internacional del Trabajo.* Volumen II (Primera parte), Consejo Económico y Social.

internacional garante de un transporte marítimo de calidad y para complementar a los Convenios fundamentales de la Organización Marítima Internacional. Sobre el citado convenio, véase, https://www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/what-it-does/lang--es/index.htm.

Montoya Melgar, A. (2024): *Derecho del Trabajo*, 44ª ed., ed. Tecnos.

Ojeda Avilés, A. (2019): "Del mundialismo a la globalización. Un balance de los convenios de la OIT y su proyección futura", en Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF, nº 434.

OIT (2019): *Las reglas del juego. Una introducción a la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

OIT (2023): Oficina Internacional del Trabajo. *Promoción de la justicia social*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.

Puebla Pinilla, Ana de la: "Los convenios de gobernanza de la OIT", Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social, Derecho social Internacional y Comunitario, nº 147, 2020.

Rodgers, G.; Lee, E.; Swepston, L.; Van Daele, J. (2009): *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, OIT.

CAPÍTULO SEGUNDO. La dimensión social del Consejo de Europa[1]

Joaquín García Murcia
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0001-9586-7544

Iván Antonio Rodríguez Cardo
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Oviedo
https://orcid.org/0000-0003-0721-467X

Sumario: 1. Origen, estructura y función institucional del Consejo de Europa. 2. La actividad normativa del Consejo de Europa con trascendencia laboral y social. 3. La proyección laboral y social del Convenio Europeo de Derechos Humanos. 4. La virtualidad de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el campo laboral y social. 5. La Carta Social Europea: estructura y contenido de sus sucesivas versiones. 6. Los mecanismos de exigencia de la CSE y el Comité Europeo de Derechos Sociales. 7. Bibliografía.

1. Origen, estructura y función institucional del Consejo de Europa

El Consejo de Europa (CE) nació a partir del propósito de diversos países europeos de estrechar lazos políticos y económicos para favorecer la paz, la justicia y la cooperación tras la fatídica experiencia de la Segunda Guerra Mundial. Su origen más directo se encuentra en el "Pacto de Bruselas" firmado por Francia, Reino Unido, Bélgica, Holanda y Luxemburgo con fecha de 17 de marzo de 1948 con fines de cooperación, especialmente en el terreno militar. A partir de ese acuerdo fue creado un Consejo Consultivo que desembocó en la denominada

[1] Expertos Nacionales en la European Labour Law Network. Trabajo realizado en el marco de los Proyectos I+D+i coordinados, financiados por el Ministerio de Ciencia e Innovación, que llevan por título "El influjo de la Unión Europea y del entorno internacional" (PID2020-118499GB-C31) y "El impacto de los cambios tecnológicos, económicos y sociales" (PID2020-118499GB-C32).

"Conferencia de los Diez" de 1949, a la que también se adhirieron Dinamarca, Irlanda, Italia, Noruega y Suecia. De esa nueva plataforma interestatal nacería precisamente el CE, constituido formalmente el día 5 de mayo de 1949 con sede en Estrasburgo y abierto desde ese momento a la posible incorporación de los restantes países europeos[2]. A sus miembros originales y a los que se han ido integrando con posterioridad se suelen referir las normas del CE con la denominación de "Altas Partes Contratantes", "Partes Contratantes" o simplemente "Partes".

Desde su constitución, la estructura orgánica del CE se distribuye en tres instancias básicas: el Comité de Ministros como órgano de dirección y decisión, integrado por los responsables de Asuntos Exteriores de los Estados Miembros; la Asamblea Parlamentaria (inicialmente Asamblea Consultiva) como órgano de deliberación, compuesta por representantes políticos de los países miembros, y la Secretaría, como órgano de gestión. También cuenta con una Comisaría de Derechos Humanos, con funciones de informe y recomendación en esa materia, y con una Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (también conocida como "Comisión de Venecia"), como órgano consultivo[3]. Sus competencias de supervisión de la acción de los Estados miembros se desarrollan principalmente a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), órgano típicamente jurisdiccional integrado por jueces, y del Comité Europeo de Derechos Sociales, órgano de informe y estudio de quejas compuesto por expertos independientes, cuyas conclusiones son examinadas posteriormente por un Comité Gubernamental integrado por representantes de los Estados.

El Estatuto del CE, que lleva la misma fecha que su acto de constitución, atribuye a dicha Organización la misión de "realizar una unión más estrecha entre sus miembros para salvaguardar y promover los ideales y los principios que constituyen su patrimonio común y favorecer su progreso económico y social" [art. 1.a)]. Tales fines deben perseguirse, específicamente, "mediante el examen de los asuntos de interés común, la conclusión de acuerdos y la adopción de una

[2] El Estatuto del CE de 5 de mayo de 1949 aparece encabezado concretamente por los Gobiernos del Reino de Bélgica, del Reino de Dinamarca, de la República francesa, de la República irlandesa, de la República italiana, del Gran Ducado de Luxemburgo, del Reino de los Países Bajos, del Reino de Noruega, del Reino de Suecia y del Reino de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte. Según el artículo 4 del Estatuto, "cualquier Estado europeo, considerado capaz de cumplir las disposiciones del artículo 3, y que tenga voluntad de hacerlo, podrá ser invitado por el Comité de Ministros a convertirse en Miembro del Consejo de Europa", de modo que "el Estado así invitado tendrá la calidad de Miembro tan pronto como se remita en su nombre al Secretario general un instrumento de adhesión al presente Estatuto". Los miembros pueden retirarse conforme al procedimiento establecido a tal efecto (art. 7 del Estatuto), y el Comité de Ministros del CE puede dejar en suspenso el derecho de representación de aquellos miembros que infrinjan gravemente los principios fundacionales (art. 8 en relación con art. 3 del Estatuto).

[3] Dicha Comisión se encarga específicamente de proporcionar asistencia jurídica a los Estados que la conforman para acomodar sus estructuras a los estándares fijados por el propio Consejo de Europa en relación con los valores de la democracia, el respeto de los derechos humanos y la salvaguarda del Estado de Derecho. En ella participan en la actualidad sesenta y siete Estados, veinte más que los que forman parte estrictamente del Consejo de Europa.

acción conjunta en los campos económicos, social, cultural, científico, jurídico y administrativo, así como la salvaguardia y la mayor efectividad de los derechos humanos y las libertades fundamentales" [art. 1.b)]. Todo ello, sobre la base de que los miembros del CE reconocen "el principio del imperio del Derecho y el principio en virtud del cual cualquier persona que se halle bajo su jurisdicción ha de gozar de los derechos humanos y de las libertades fundamentales", al mismo tiempo que se comprometen "a colaborar sincera y activamente en la consecución de la finalidad definida en el capítulo primero" (art. 3). Y con la peculiar cautela de que la participación en el CE no altere la contribución de las Partes Contratantes "a la obra de las Naciones Unidas y de las restantes organizaciones o uniones internacionales de las que formen parte" [art. 1.c)].

Aunque en sus primeros pasos se concebía como un medio de protección frente a posibles amenazas militares, finalmente los "asuntos relativos a la defensa nacional" quedaron fuera de las competencias estatutarias del CE [art. 1.d) del Estatuto]. También las aspiraciones federalistas que originalmente parecían estar presentes en esta organización europea quedaron diluidas en objetivos más modestos y realistas, que por lo demás fueron evolucionando y reajustándose a lo largo del tiempo. En verdad, entre sus impulsores existieron diferencias acerca de la concepción y la dotación de funciones al CE, pues mientras un grupo de ellos, liderado principalmente por Francia, ansiaba avanzar en el proceso de integración económica, otro grupo de países, y en particular Gran Bretaña, no se mostraba partidario de compromisos de tanta envergadura. Por ello, el CE acabaría asumiendo limitadas facultades de incidencia en la estrategia política y económica de los Estados miembros y, sobre todo, con escasas competencias de armonización de los ordenamientos nacionales.

En un primer momento, la falta de una postura única acerca de su papel institucional condicionó la proyección del CE, que en diversas ocasiones trató de llevar adelante proyectos de cooperación en determinados sectores productivos (como el transporte y la agricultura) pero sin resultados prácticos. No obstante, una de sus iniciativas económicas adquiriría especial relevancia al cabo de algunos años, bien es verdad que mediante la apertura de otros senderos de integración supranacional en el espacio europeo. Se trata del proyecto de creación de una Autoridad Especializada en el sector del carbón presentado por Francia ante la Asamblea Parlamentaria, que supuso efectivamente la creación de la Comunidad Económica del Carbón y del Acero (CECA). No obstante, la nueva Organización quedó fuera del organigrama del CE y constituyó en cambio el punto de partida de la actual Unión Europea (UE).

Desde entonces, el contraste con las Comunidades Europeas es inevitable. A diferencia de esta otra Organización, el CE tuvo que concentrarse en sus fines más genuinos de cooperación interestatal en el plano de los valores democráticos, la paz, el imperio de la ley y el respeto a los derechos humanos, lo cual, de todos modos, facilitó la incorporación progresiva de Estados europeos de muy diversas

características. Por ejemplo, Grecia y Turquía se integraron en agosto de 1949. España, por razones políticas, hubo de esperar hasta 1977, en plena transición hacia el actual régimen democrático. En la actualidad, forman parte del CE un total de 46 países[4] (tras la expulsión de Rusia el 16 de marzo de 2022 a consecuencia de la invasión de Ucrania), la práctica totalidad de las naciones europeas, aunque aún permanecen al margen algunas de ellas[5], así como también diversos territorios con autonomía política que no tienen reconocido plenamente el estatus de Estado por la comunidad internacional[6]. Además, en las actividades del CE intervienen varios Estados en calidad de observadores[7].

En todo caso, y aunque su espacio de juego sea reducido, el CE ha sabido ganarse un puesto relevante en el contexto europeo. Entre otras razones, porque ha sido capaz de dar cabida a la práctica totalidad de los países europeos. Poco tiempo después de su creación tuvo que empezar a convivir con la UE, pero sus relaciones con esa nueva estructura supranacional europea han sido siempre de colaboración y buena convivencia. Si la UE nació más preocupada por las relaciones económicas y comerciales, el CE se ha concentrado desde sus inicios en la defensa de esos principios y objetivos de buen gobierno democrático. A diferencia de la UE, no trata de dirigir el conjunto de la vida económica y social en los Estados miembros, sino más bien orientarlos en el camino de la paz y la defensa de la democracia. Si la UE exige una mínima homogeneidad económica, financiera e incluso institucional en su ámbito de actuación, el CE se detiene en el plano de la cooperación y la promoción y defensa de valores comunes.

2. La actividad normativa del Consejo de Europa con trascendencia laboral y social

El CE ejerce básicamente competencias de impulso y dirección de la acción de los Estados miembros dentro del terreno que le es propio, aunque también les impone obligaciones y vela por su cumplimiento. Dentro de ese marco, puede adoptar medidas de muy diverso tipo, incluida la producción de normas y la activación de mecanismos de control para su adecuada aplicación. El campo potencial de su producción normativa viene diseñado con carácter general en su Estatuto, pero en realidad se ha ido perfilando y precisando con el paso de los años, al hilo de la propia evolución del continente europeo y de las preocupaciones de sus sociedades. Durante sus primeras décadas de funcionamiento, los instrumentos normativos del CE se concentraron prácticamente en los objetivos esenciales

[4] Albania, Alemania, Andorra, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Holanda, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Macedonia del Norte, Malta, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía, San Marino, Serbia, Suecia, Suiza, Turquía y Ucrania.

[5] Bielorrusia y Kazajistán.

[6] Como Kosovo, la República Turca del Norte de Chipre, Osetia del Sur, Abjasia, Transnistria y Artsaj.

[7] Como EE.UU, Canadá, Japón, Israel y México, además de Ciudad del Vaticano.

de salvaguardia y "mayor efectividad" de los derechos humanos y las libertades fundamentales en el espacio europeo, terreno en el que muy probablemente se encuentra aún su más importante y reconocible ámbito de actuación e influencia. Pero las cuestiones abordadas por sus iniciativas de regulación desbordan desde hace tiempo ese espacio más clásico.

Seguramente la norma más destacada del CE sigue siendo el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), hecho en Roma con fecha de 4 de noviembre de 1950 para proyectar sobre el ámbito europeo los principales mimbres de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948[8]. Su impacto jurídico es no obstante mucho mayor que el de ese precedente. En parte, porque no se limita a la consagración de meros principios o declaraciones programáticas, sino que reconoce derechos y libertades públicas de contenido pleno y susceptibles de invocación por sus titulares ante cualquier sede o instancia, incluidas las de tipo jurisdiccional. Y sobre todo, porque para garantizar su aplicación y efectividad en las relaciones sociales cuenta con un entramado institucional de primer nivel, dentro del que destaca el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), cuya interpretación del CEDH es de obligado respeto para las jurisdicciones nacionales. El CEDH, por otro lado, ha sido completado y reforzado desde su aprobación con numerosos Protocolos adicionales.

En el ámbito estrictamente laboral y social, la principal aportación del CE es la Carta Social Europea (CSE), cuya primera versión fue aprobada en Turín con fecha de 18 de octubre de 1961 y cuya versión revisada fue hecha en Estrasburgo el día 3 de mayo de 1996. La CSE fue concebida inicialmente como un texto paralelo al CEDH en el ámbito concreto del trabajo y la seguridad social[9], pero su fuerza jurídica es muy diferente. Desde su aprobación actúa indiscutiblemente como referencia para el reconocimiento y delimitación de los derechos laborales y de protección social y la configuración de la legislación laboral y social, pero se trata de un catálogo dirigido a los Estados para que acomoden sus ordenamientos internos a los correspondientes niveles o estándares de regulación. No contiene derechos directamente ejercitables ante los tribunales, y su aplicación no está supervisada por un órgano jurisdiccional sino por un órgano de expertos denominado desde hace algún tiempo Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS).

Dentro de lo que habitualmente conocemos como ámbito social, conviene precisar que la parcela más estricta de la seguridad social o la protección social ha recibido más atención por parte del CE que las materias propiamente laborales.

[8] De ahí que el contenido del CEDH también muestre proximidad con los grandes Pactos de derechos aprobados en 1966 en el seno de la propia ONU, especialmente con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[9] La aprobación de la CSE en el seno del CE se asemeja, de algún modo, a la operación normativa desarrollada en la ONU en 1966, en la que, junto a la ya referida proclamación de los derechos civiles y políticos, fue aprobado el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Entre los primeros instrumentos aprobados por el CE con dimensión social hay que registrar en efecto las normas encaminadas a diseñar los moldes básicos de los sistemas de seguridad social y a garantizar la igualdad de trato y la no discriminación por razón de nacionalidad en el campo de la seguridad social y la asistencia sanitaria, en buena medida por impulso de la propia CSE. Parte de ese acervo normativo se dedica a la generalidad de trabajadores migrantes, pero algunos instrumentos se ocupan exclusivamente de grupos de población más acotados o definidos, como los veteranos de guerra o las personas con necesidad de asistencia especial.

Especial relevancia reviste en ese contexto el Código Europeo de Seguridad Social de 1964 (CESS), que nació con los objetivos de armonización y coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social, a partir de los niveles mínimos establecidos por el Convenio número 102 de la OIT pero con un propósito de mejorarlos. También la tiene el Acuerdo Europeo de Seguridad Social de 1972 (AESS), que se dedica eminentemente a la coordinación de los sistemas nacionales para garantizar a los trabajadores migrantes la conservación de los derechos adquiridos mediante la totalización de períodos de cotización o seguro y la exportación de prestaciones. Tanto el CESS como el AESS alcanzaron en su momento gran relevancia desde una perspectiva jurídica y política, pero en buena parte del territorio europeo quedaron oscurecidos por las normas de coordinación de la UE, que, aunque cuenten con un ámbito territorial más restringido, presentan mayor grado de precisión y mayor dimensión práctica. Dentro aún de la protección social, el CE se ha ocupado especialmente de los trabajadores agrarios por cuenta propia.

También podrían citarse algunas otras iniciativas del CE en terrenos próximos al ámbito laboral o profesional, como la regulación del trabajo "a la par"[10] o la armonización de las reglas de formación en ciertos ámbitos profesionales (como el de la enfermería). Un poco más allá de esa línea de frontera pueden localizarse asimismo diversos instrumentos normativos que, siendo de orden general, no dejan de tener interés directo para el ámbito laboral y social. Por su carácter pionero en la materia, quizá el más sobresaliente de ellos sea el Convenio número 108, hecho en Estrasburgo con fecha de 28 de enero de 1981 y dedicado al tratamiento automatizado de datos personales. Impulsado por diversas iniciativas del CE[11], y revisado en 2018 para fortalecer sus previsiones y garantías, ha sido completado en el ámbito estrictamente laboral por diversas Recomendaciones

[10] Acuerdo Europeo sobre Colocación "Au Pair" hecho en Estrasburgo con fecha 24 de noviembre de 1969.

[11] Principalmente por la Resolución (73) 22, de 26 de septiembre de 1973, sobre la protección de la intimidad frente a los bancos electrónicos de datos en el sector privado, y la Resolución (74) 29, de 20 de septiembre de 1974, sobre la protección de la intimidad frente a los bancos electrónicos de datos en el sector público.

del Comité de Ministros de dicha organización[12]. Estas adaptaciones más modernas de la normativa del CE en materia de protección de datos personales se sitúan precisamente en la línea del Reglamento 2016/679 de la UE, y se ocupan preferentemente de la protección de la persona del trabajador ante determinadas prácticas o medidas empresariales de selección de trabajadores y control del trabajo, especialmente a través de test psicológicos o medios de videovigilancia o geolocalización.

El CE acumula, pues, un significativo acervo de instrumentos normativos de contenido laboral y social o de proyección relevante en los ámbitos del trabajo asalariado y la protección social. Naturalmente, no todos ellos presentan la misma naturaleza ni la misma fuerza vinculante. Algunos tienen eficacia directa en las relaciones sociales de referencia, como es el caso del CEDH o el AESS. Otros, sin embargo, se dirigen más bien a los Estados para que acomoden su ordenamiento interno a las correspondientes directrices o exigencias, como ocurre con la CSE o el CESS. Otros, en fin, operan a la manera del *soft law*, como sucede con las recomendaciones provenientes del Comité de Ministros o de algunas otras de sus instancias orgánicas.

3. La proyección laboral y social del Convenio Europeo de Derechos Humanos

El CEDH es el principal producto normativo del CE, por su propio contenido y por la extraordinaria labor de garantía desarrollada por el TEDH. Hoy en día es una referencia ineludible en materia de derechos fundamentales y libertades públicas. En los primeros lustros de vida del CE su impacto fue muy reducido, entre otras razones porque de su supervisión se encargaban esencialmente los propios Estados y porque no se daban cauces completamente efectivos para la presentación de demandas individuales, pese a la creación de la Comisión Europea de Derechos Humanos en 1956 y del TEDH en 1959. Pero su protagonismo fue creciendo a partir de los años setenta del siglo pasado con el aumento del número de ratificaciones y con la implantación de una vía de recurso individual ante el TEDH, aceptada progresivamente por los Estados. También ayudó a esa mejora la ampliación de su catálogo de derechos y el perfeccionamiento de los procedimientos de reclamación y supervisión jurisdiccional mediante sucesivos protocolos adicionales. Un decisivo punto de inflexión tuvo lugar con el Protocolo número 11 de 1994, que entró en vigor con fecha de 1 de noviembre de 1998 y que supuso en esencia la supresión de la Comisión de Derechos Humanos y la reconfiguración del TEDH. Desde entonces, el TEDH actúa como una especie de "tribunal constitucional común" para los Estados integrantes del CE, que vela por la aplicación efectiva del CEDH y sus Protocolos, y proporciona una doctrina unificada para su observancia y aplicación.

[12] Recomendación CM/Rec(2015)5 del Comité de Ministros del CE sobre tratamiento de datos personales en el contexto del empleo, que revisa otra de 1989.

El CEDH constituye una auténtica carta de derechos para los ciudadanos de los países miembros del CE, que, como reza su artículo 1, "reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio". Se trata en esencia de derechos fundamentales "de primera generación", esto es, de aquellos que tienen contenido civil o político y que han nacido históricamente para proteger las libertades del individuo frente al Estado, pero progresivamente se han extendido también al conjunto de las relaciones sociales, incluidas las relaciones privadas. (art. 1). Vinculan a todos los jueces y tribunales dentro de su ámbito territorial y cuentan con la garantía última del TEDH. Ninguno de ellos puede interpretarse "en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que ésta sea parte" (art. 53 CEDH), aunque los Estados pueden formular en el momento de la ratificación "reservas" en la medida en que "una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo" con una determinada disposición del CEDH (art. 57 CEDH). Según su artículo 59.2, la UE puede adherirse al CEDH.

El texto vigente del CEDH contiene los siguientes pasajes, enunciados normalmente como "derechos" pero a veces también como "libertades", "garantías", "principios" o incluso como mandatos: el derecho a la vida (art. 2); la prohibición de la tortura (art. 3); la erradicación de la esclavitud y los trabajos forzados (art. 4); el derecho a la libertad y seguridad (art. 5); el derecho a un proceso equitativo (art. 6); el principio de legalidad para las sanciones penales (art. 7); el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8); la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9); la libertad de expresión (art. 10); la libertad de reunión y asociación, incluido el derecho a fundar sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de los correspondientes intereses (art. 11); el derecho a contraer matrimonio (art. 12); el derecho a un recurso efectivo (art. 13), y la prohibición de discriminación (art. 14).

La lista inicial fue ampliándose con el paso del tiempo a través de protocolos, algunos de ellos refundidos posteriormente con el texto base (como los protocolos 3 y 5) y otros simplemente yuxtapuestos. Mediante esta técnica de los protocolos adicionales se han incorporado nuevos derechos (propiedad, igualdad entre cónyuges o indemnización por error judicial, por ejemplo), se ha extendido el ámbito de aplicación de alguno de los ya reconocidos (como la exigencia de no discriminación en el ejercicio de derechos de matriz nacional) y se han previsto nuevas garantías procedimentales o jurisdiccionales para diversos ámbitos de la actividad pública (como las decisiones de expulsión de extranjeros o el doble grado en la justicia penal) [13]. Naturalmente, los Protocolos son auténticos tratados

[13] La versión oficial del CEDH está acompañada de los siguientes Protocolos: adicional de 1952 que incluyó el derecho a la propiedad (art. 1), el derecho a la educación (art. 2) y el derecho a que el Estado organice periódicamente elecciones libres (art. 3); número 4 de 1963, que añadió la prohibición de la pena de prisión por deudas (art. 1), la libertad de circulación dentro del territorio del Estado de residencia legal (art. 2), la prohibición de expulsión de nacionales del país (art. 3) y la prohibición de

internacionales, que exigen la correspondiente ratificación y admiten la típica formulación de reservas y declaraciones interpretativas, lo cual ha creado en el ámbito del CE una especie de geometría variable en el reconocimiento de derechos y la aplicación de garantías, en función de las decisiones de ratificación de cada Estado.

El carácter eminentemente "civil" y "político" de los derechos que contiene, y su proyección general sobre las diversas parcelas que componen el sistema jurídico, no excluyen por supuesto la proyección del CEDH sobre el ámbito laboral y de la protección social[14]. No olvidemos que el CEDH alberga algunos derechos de clara impronta laboral, como el de fundar sindicatos y afiliarse a los mismos, que figura en su artículo 11 como subespecie de la libertad de asociación. Por otro lado, los derechos de la persona (como el derecho a la vida, el derecho a la vida privada y familiar, la "libertad de pensamiento, de conciencia y de religión" o la "libertad de expresión") han llegado con frecuencia a la relación de trabajo por vía jurisdiccional, normalmente con la pertinente modulación[15]. A ello cabría añadir que la prohibición de trabajos forzados guarda conexión con el derecho al trabajo, que la prohibición de discriminación se aplica desde luego al ejercicio de derechos laborales y que el derecho a la propiedad privada ha servido en buen número de casos para amparar derechos de seguridad social o reclamaciones salariales.

4. La virtualidad de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el campo laboral y social

Dentro de la estructura institucional del CE, el TEDH es el órgano jurisdiccional específicamente encargado de asegurar el respeto de los compromisos que resultan del CEDH y de sus Protocolos para los Estados miembros (art. 19 CEDH), lo cual quiere decir que sólo puede actuar una vez agotados los cauces internos de reclamación o recurso. Reformado por el Protocolo número 11 de 1994, se compone de un número de jueces igual al de los Estados miembros (art.

expulsiones colectivas de extranjeros (art. 4); número 6 de 1983, que impuso la abolición de la pena de muerte salvo en tiempos de guerra, excepción que fue suprimida por el Protocolo número 13 de 2002 al extender la prohibición a "cualquier circunstancia"; número 7 de 1984, incorporó la exigencia de procedimientos garantistas para la expulsión de extranjeros (art. 1), el doble grado de jurisdicción en el ámbito penal (art. 2), el derecho a la indemnización para las víctimas de errores judiciales (art. 3), el principio *non bis in idem* en la imposición de sanciones (art. 4) y la igualdad entre cónyuges (art. 5); número 12 de 2000, que extendió la prohibición de discriminación del artículo 14 CEDH a todos los derechos reconocidos, no sólo por el CE, sino también por la legislación de los Estados parte, y número 16 de 2013, que regula posibilidad de solicitar al TEDH "opiniones consultivas".

[14] Como puso de manifiesto la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada por la ONU en Viena en el año 1993, y específicamente su "Declaración y Programa de Acción", "todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí".

[15] Podrían citarse muchas sentencias TEDH en ese sentido, y algunas se citan a lo largo de este capítulo. Para el ámbito más concreto de la prevención de riesgos laborales pueden verse la STEDH de 5 de diciembre de 2013, *Vilnes y otros vs. Noruega* (recurso 52806/09 y 22703/10), en relación con submarinistas, y la STEDH de 24 de julio 2014, *Brincat y otros vs. Malta* (recurso 60908/11, 62110/11, 62129/11, 62312/11 y 62338/11), sobre exposición al amianto.

20 CEDH), elegidos para un periodo de nueve años por la Asamblea Parlamentaria del CE a partir de la terna presentada por cada Estado (arts. 22 y 23 CEDH). Su competencia se extiende a "todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación" de dichos instrumentos (art. 32 CEDH), y actúa en salas de siete jueces o Gran Sala de diecisiete jueces, aunque las decisiones sobre admisión pueden adoptarse a través de juez único o comités de tres jueces (art. 26 CEDH). Pueden demandar ante el TEDH personas físicas, organizaciones no gubernamentales o grupos de particulares que se consideren víctima de una violación por parte de los Estados miembros de algún derecho reconocido en el CEDH o en sus Protocolos (art. 34 CEDH). El procedimiento puede concluir mediante "acuerdo amistoso" (art. 39 CEDH) o mediante sentencia de Sala, que debe ser motivada (art. 45 CEDH) y que en principio es "definitiva" (arts. 42 y 44 CEDH), aunque en "casos excepcionales" cualquier parte del proceso puede pedir su remisión a Gran Sala en el plazo de tres meses (art. 43 CEDH). Las sentencias del TEDH gozan de "fuerza obligatoria" (art. 46 CEDH), pero su ejecución, de la que debe velar el Comité de Ministros del CE, corresponde a las instancias competentes del Estado afectado. De ser estimatoria, exige una reparación completa de las consecuencias de la lesión o, si no fuera posible, una "satisfacción equitativa" para la víctima (arts. 41 y 46 CEDH). El TEDH también puede emitir "opiniones consultivas" a solicitud del Comité de Ministros del CE "acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos" (art. 47 CEDH).

Obviamente, el TEDH no es un tribunal laboral ni restringe su competencia a los asuntos sociales, pero puede conocer reclamaciones y controversias de ese carácter y puede elaborar jurisprudencia en esas materias. Unas veces porque se refiere a la libertad sindical o a derechos conexos (huelga o negociación colectiva, básicamente), otras porque valora la incidencia de derechos de la persona (como la libertad de creencias, la libertad de expresión o el respeto a la vida privada) en el ámbito del contrato de trabajo, y otras porque se enfrenta a la virtualidad de derechos generales (como el de igualdad y no discriminación o el de propiedad privada) en litigios promovidos por trabajadores o beneficiarios de la seguridad social. Como es comprensible, la jurisprudencia laboral y social del TEDH se ha ido forjando a partir de casos concretos y al calor de las preocupaciones o aspiraciones sociales de cada momento, sin una programación previsible y sin un diagnóstico seguro acerca del grado de litigiosidad que pudieran tener los derechos con trascendencia laboral o social. En todo caso, el volumen de dicha jurisprudencia ha ido creciendo con el paso del tiempo y hoy en día es prácticamente inabarcable, tanto por su amplitud como por su riqueza temática.

En un somero repaso de esa veta de jurisprudencia del TEDH podríamos referirnos en primer término a los derechos laborales de dimensión colectiva, que, como cabe imaginarse, han aparecido en esta jurisdicción especializada a partir del reconocimiento expreso del derecho de asociación con fines de defensa de intereses profesionales (la libertad sindical *tout court*). En verdad constituye esta materia una

de las parcelas sociales de más temprana consideración por parte del TEDH, que desde sus primeros años de funcionamiento tuvo que pronunciarse sobre el alcance de la libertad sindical negativa o la posición jurídica del afiliado en el seno del sindicato, originados predominantemente en algunos países del norte de Europa[16], Más allá del tenor literal del art. 11 CEDH, y en la línea de los Convenios de la OIT, el TEDH ha sostenido desde el principio una concepción amplia de la libertad sindical, de la que emanan facultades de negociación colectiva[17] y de convocatoria de huelga[18] (también para los funcionarios públicos)[19], y de la que pueden extraerse garantías específicas para hacer frente a medidas de represalia o discriminación por el hecho de mera afiliación a un sindicato, al igual que a un partido político[20], y para proteger a quien denuncia irregularidades (*whistleblowers*)[21].

Mención específica ha de hacerse también a la eficacia de los derechos de la persona en el ámbito del contrato de trabajo, aceptada e impulsada por el TEDH[22].

[16] Entre los casos "históricos" de contenido sindical pueden citarse las SSTEDH de 27 de octubre de1975, *Sindicato Nacional de la Policía Belga vs. Bélgica* (recurso 4464/70), en relación con la exclusión de un sindicato del derecho a consulta; de 6 de febrero de 1976, *Sindicato de maquinistas vs. Suecia* (recurso 5614/72), advirtiendo que el CEDH no garantiza a todo sindicato el derecho a que un empresario celebre con él un convenio colectivo; de 13 de agosto de 1981, *Young, James y Webster vs. Reino Unido* (recurso 7601/76), acerca de la obligación de afiliarse a un sindicato impuesta a los trabajadores en virtud de un acuerdo *closed shop*, exigencia que el Tribunal suele considerar contraria a la vertiente negativa de la libertad sindical, como reitera la STEDH de 11 de enero de 2006, *Sørensen y Rasmussen vs. Dinamarca* (recursos 52562/99 y 52620/99), aunque se requiere un análisis casuístico, como demuestra la STEDH de 20 de abril de 1993, *Sibson vs. United Kingdom* (recurso 4/1992/349/422), que no consideró una transgresión del Convenio el traslado de un trabajador ante la negativa a la petición empresarial de afiliarse a un sindicato; o de 30 de junio de 1993, *Sigurdur A. Sigurjónsson vs. Islandia* (recurso 16130/90), declarando contrario al art. 11 del Convenio la obligación de permanecer afiliado a una asociación profesional como requisito para mantener la licencia como conductor de taxi. Más allá de la afiliación, se considera contrario al Convenio, y no sólo al derecho de asociación, sino también al derecho de propiedad, la exigencia de una cuota a los trabajadores no sindicados para financiar las inspecciones realizadas por los sindicatos destinadas a comprobar el cumplimiento de la legislación laboral, *vid*. STEDH de 13 de febrero de 2007, *Evaldsson y otros vs. Suecia* (recurso 75252/01). Como se dijo, algunos asuntos ni siquiera llegaban al TEDH y eran resueltos directamente por la Comisión Europea de Derechos Humanos, como sucedió, por ejemplo, en la Decisión de 7 de mayo de 1990, *Johansson vs. Suecia* (recurso 13537/88), que legitimó a un sindicato para imponer a sus miembros la obligación de suscribir una póliza colectiva de seguro de hogar.

[17] *Vid*. STEDH de 12 de noviembre de 2008, *Demir Baykara vs. Turquía* (recurso 34503/97).

[18] *Vid*. Decisión de Admisibilidad de 15 de mayo de 2018, *Association of Academics vs. Islandia* (recurso 2451/16).

[19] Según el TEDH, la continuidad de los servicios públicos no exige que todos ellos presten servicios al mismo tiempo, aunque caben restricciones para colectivos concretos en función de las circunstancias (STEDH de 21 de abril de 2015, *Junta Rectora del Ertzainen Nazional Elkartasuna vs. España*, recurso 45892/09).

[20] *Vid*. STEDH de 26 de septiembre de 1995, *Vogt vs. Alemania* (recurso 17851/91).

[21] *Vid*. STEDH de 19 de febrero de 2009, *Marchenko vs. Ucrania* (recurso 4063/04) y STEDH de 27 de marzo de 1996, *Goodwin vs. Reino Unido* (recurso 17488/90).

[22] *Vid*. sentencias TEDH de 8 de diciembre de 2009, *Aguilera Jiménez y otros vs. España* (recursos 28389/06, 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28961/06 y 28964/06), así como la STEDH de 12 de septiembre de 2011 (procedente del asunto anterior y que el Tribunal resuelve en Gran Sala, en una sentencia que lleva por nombre *Palomo Sánchez y otros vs. España*).

En ese contexto, el derecho al respeto a la vida privada y familiar reconocido en el artículo 8 CEDH ha sido la base jurídica de una rica doctrina del TEDH sobre el ejercicio por parte del empresario de sus facultades de vigilancia y control del trabajo, con especial énfasis en el respeto de la intimidad del trabajador con ocasión de la supervisión de los medios de trabajo o el uso de cámaras de videovigilancia y con una doctrina que parte de la llamada "expectativa de privacidad" y del deber empresarial de informar al trabajador, pero con amplio margen para la ponderación en función de las circunstancias de cada caso[23]. Por su parte, el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión reconocido en el artículo 9 CEDH ha dado lugar a una nutrida doctrina, muy matizada, sobre los márgenes y límites de la exhibición de símbolos religiosos por el trabajador durante su prestación de servicios o la eventual negativa a realizar trabajos por razones ideológicas o de creencias[24]. Sobre la libertad de expresión del artículo 10 CEDH, finalmente, el TEDH considera en esencia que hay que distinguir entre información y opinión y que han de valorarse en su conjunto factores como el daño producido, la intención del autor, el canal o medio utilizado y, en su caso, el uso o no de conductos internos con carácter previo, con la precisión de que muchas veces el ejercicio de ese derecho se ve reforzado por otros análogos, como la libertad ideológica o el derecho de libertad sindical[25].

Tampoco conviene olvidar la virtualidad para la jurisdicción social del derecho a un "proceso equitativo" del artículo 6 CEDH, en la medida en que el TEDH ha recordado que los procesos laborales han de ajustarse a tales exigencias[26], sin perjuicio de que el principio de celeridad propio del proceso laboral requiera una "particular diligencia"[27]. También ha precisado que ese derecho exige garantizar una vía de reclamación para todo trabajador, incluidos colectivos particulares como los empleados de las embajadas, pues la inmunidad del Estado no puede alcanzar a las controversias laborales[28]. El TEDH ha declarado, además, que por exigencias de ese derecho la estimación de la pretensión del trabajador no puede derivar en una

[23] Sentencias de 5 de septiembre de 2017, *Bărbulescu* (recurso 61496/08) y de 17 de octubre de 2019, *López Ribalda* (recursos 1874/13 y 8567/13).

[24] Sentencia de 15 de enero de 2013, *Eweida y otros vs. Reino Unido* (recursos 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10).

[25] Principalmente, sentencias de 29 de febrero de 2000, *Fuentes Bobo* y de 14 de marzo de 2002, *Diego Nafría*.

[26] A modo de ejemplo, *vid*. STEDH de 24 de agosto de 1993, *Massa vs. Italia* (recurso 14399/88), en un asunto sobre pensiones, o de STEDH de 6 de mayo de 1981, *Buchholz vs. Alemania* (recurso 7759/77), en relación con un despido.

[27] *Vid*. STEDH de 27 de octubre de 2009, *Ferreira Araújo do Vale vs. Portugal* (recurso 6655/07). En relación con España, *vid*. STEDH de 27 de abril de 2004, *Quiles González vs. España* (recurso 71752/01), sobre la posibilidad de lucrar dos pensiones en supuestos de pluriempleo. El procedimiento, que alcanzó al TC, se prolongó durante un total de siete años, duración irrazonable en opinión del TEDH.

[28] *Vid*. SSTEDH de 23 de marzo de 2010, *Cudak vs. Lituania* (recurso 15869/02); de 29 de junio de 2011, *Sabeh El Leil vs. Francia* (recurso 34869/05); de 17 de julio de 2012, *Wallishauser vs. Austria* (recurso 156/04) y de 25 de octubre de 2016, *Radunović y otros vs. Montenegro* (recursos 45197/13, 53000/13 y 73404/13).

tutela meramente formal, sino que es necesario garantizar la satisfacción efectiva del derecho[29]. Y ha insistido reiteradamente en que las garantías procesales dependen en ocasiones de la legislación sustantiva, de modo que, por imposición del artículo 6 CEDH, las normas nacionales deben establecer la obligación empresarial de informar al trabajador sobre las razones del despido, dado que sin esos datos no es posible articular eficazmente una demanda judicial[30].

El propio artículo 6 CEDH ha permitido la extensión de ciertas garantías propias del procedimiento penal no sólo a los procesos desarrollados ante la jurisdicción social, sino también al ejercicio del poder disciplinario empresarial. En concreto, el TEDH ha señalado que si un proceso penal finaliza sin condena al trabajador, la presunción de inocencia "debe ser respetada en cualquier otro procedimiento sea cual sea su naturaleza, inclusive los procedimientos disciplinarios"[31]. La extensión de la presunción de inocencia no requiere, por cierto, la absolución en el proceso penal, sino meramente la ausencia de condena, de modo, por ejemplo, que la eventual prescripción de la infracción penal no puede servir de base a interpretaciones incompatibles con la presunción de inocencia en el ámbito laboral, ya sea en procedimientos intraempresariales, ya sea en el proceso jurisdiccional social, pudiendo inferirse el prejuicio de los términos en los que se redacta la resolución o sentencia sancionadora[32]. Ahora bien, ello no implica que la falta de condena en el proceso penal impida una sanción laboral, sino únicamente que durante el proceso disciplinario o judicial se respete la presunción de inocencia, de modo que es necesaria una actividad probatoria específica que demuestre la infracción cometida[33], y desde luego no cabe fundar la sanción laboral en pruebas que no fueron admisibles en el procedimiento penal[34]. En esa línea, la declaración de inocencia en el ámbito penal obliga a reforzar notablemente los fundamentos de una posterior sanción laboral[35].

Como valoración general puede decirse que la jurisprudencia del TEDH representa una gran aportación para el ordenamiento laboral y de seguridad social, siempre desde ese particular ángulo de la preservación de los derechos humanos y las libertades públicas en el ámbito de las relaciones de trabajo o del acceso a las prestaciones sociales. Desde una perspectiva más amplia, también podría decirse

[29] Por ejemplo, no basta con la concesión del amparo por parte del TC ante la negativa empresarial a la reducción de jornada en ejercicio por el trabajador de los derechos de conciliación si no produce efectos prácticos, pues la jornada de trabajo no había llegado a minorarse debido a que durante el procedimiento judicial el hijo había superado la edad legal que justifica esa medida y el TC rechazó conceder una indemnización. Sentencia de 19-2-2013, recurso 38285/09.

[30] *Vid*. STEDH de 10 de julio de 2012, *K.M.C. vs. Hungría* (recurso 19554/11).

[31] *Vid*. SSTEDH de 27 de abril de 2010, *Vanjak vs. Croacia* (recurso 29889/04) y de 15 de julio de 2010, Šikić *vs*. Croacia (recurso 9143/08).

[32] *Vid*. SSTEDH de 19 de abril de 2011, *Erkol vs. Turquía* (recurso 50172/06); de 28 de agosto de 2012, *Fazli Diri vs. Turquía* (recurso 4062/07) y de 4 de junio de 2013, *Teodor vs. Rumanía* (recurso 46878/06).

[33] *Vid*. STEDH de 28 de marzo de 2017, *Kemal Coşkun vs. Turquía* (recurso 45028/07).

[34] *Vid*. STEDH de 18 de octubre de 2016, *Alkaşi vs. Turquía* (recurso 21107/07).

[35] *Vid*. STEDH de 23 de enero de 2018, *Seven vs. Turquía* (recurso 60392/08).

que las sentencias dictadas por esa jurisdicción especializada en materia laboral y social han servido para enriquecer la doctrina general sobre el CEDH y perfilar sus criterios de interpretación y aplicación, al mismo tiempo que han puesto de relieve las dificultades que muchas veces encuentra la víctima para obtener una reparación justa y completa de las consecuencias de la lesión del derecho.

5. La Carta Social Europea: estructura y contenido de sus sucesivas versiones

Como se ha podido ver, el CEDH consagra una tabla de derechos de orden general, válidos para todos los ciudadanos y para el conjunto de las relaciones sociales. Apenas contiene derechos de contenido laboral, y mucho menos derechos de protección social. No obstante, estas concretas parcelas de las relaciones sociales fueron atendidas por el CE algunos años más tarde a través de la CSE, con la que esa institución amplió su acción normativa y orientadora hacia el campo de los "derechos sociales". Conocidos también como derechos "de segunda o tercera generación", son, a diferencia de los civiles y políticos, derechos de prestación en mayor medida que derechos de libertad, y seguramente por ello quedaron fuera del CEDH. Naturalmente, no es fácil la elaboración de un catálogo completo y exacto de los derechos sociales, pero tras la revisión de 1996 puede decirse a buen seguro que la CSE da cobijo prácticamente a todos los que puedan tener ese carácter. Alberga sobre todo derechos relacionados con el trabajo y la protección social, pero también se refiere a la vivienda, la educación, la cultura o la protección de las situaciones de pobreza. Salvando las lógicas distancias, la CSE viene a cumplir en el seno del CE un papel similar al que en el seno de la ONU desempeña el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado, curiosamente, un poco después de la primera versión de la CSE y un par de décadas antes de la versión revisada.

Resueltos los Estados miembros del CE "a desplegar en común todos los esfuerzos posibles para mejorar el nivel de vida y promover el bienestar de todas las categorías de sus poblaciones, tanto rurales como urbanas, por medio de instituciones y actividades apropiadas", con fecha de 18 de octubre de 1961 fue aprobada en Turín la primera versión de la CSE, que entró en vigor el día 26 de febrero de 1965, una vez conseguidas las pertinentes ratificaciones. Muchos Estados miembros del CE la adoptaron durante la década de los 60 del pasado siglo, y algunos otros lo hicieron en los años setenta y ochenta[36]. Fue complementada por tres Protocolos adicionales. El primero de ellos (de 5 de mayo de 1988 y en vigor desde el 4 de septiembre de 1992), procedió a una ampliación del catálogo de derechos mediante la consagración de la no discriminación por razón de sexo,

[36] Fue firmada en los sesenta por Alemania, Austria, Chipre, Dinamarca, Irlanda, Italia, Noruega, Reino Unido y Suecia, países a los que se uniría Francia en 1973. No la han ratificado, en cambio, Albania, Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Eslovenia, Estonia, Georgia, Liechtenstein, Lituania, Mónaco, Montenegro, Moldavia, Rumanía, San Marino, Serbia, Suiza y Ucrania.

de los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores, y de la protección de la tercera edad. El segundo Protocolo es de 21 de octubre de 1991 y se ocupa de los órganos involucrados en garantizar la efectividad de la CSE. Finalmente, el tercero (de 9 de noviembre de 1995 y en vigor desde el 1 de julio de 1998) implantó un sistema de reclamaciones colectivas que permite la presentación de quejas por parte de sindicatos, organizaciones no gubernamentales u otros agentes sociales. Con esos precedentes, con fecha de 3 de mayo de 1996 fue aprobada una nueva versión, conocida como CSE "revisada". No es reforma de la anterior sino un nuevo tratado internacional de estructura equivalente aunque con un contenido más ambicioso y con mecanismos de garantía más reforzados. La versión de 1996 entró en vigor el día 1 de julio de 1999, y también ha sido ratificada por un gran número de miembros del CE[37]. La ratificación de ese nuevo texto, como es de esperar, implica la sustitución del anterior en el Estado de referencia, pero no su derogación[38]. En conjunto, la práctica totalidad de las Altas Partes Contratantes del CE está vinculada por una u otra versión de la CSE[39].

La CSE de 1961 –que sigue rigiendo en aquellos países que no han optado aún por la de 1996– quedó estructurada en cinco partes. En la primera se consagran derechos y principios (en una lista de 19 puntos), en la segunda se dan pautas para determinar el alcance de los mismos (arts. 1 a 19), en la tercera se ofrecen ciertas opciones a los Estados a la hora de su ratificación (art. 20), en la cuarta se prevén los mecanismos de garantía (arts.21 a 29), y en la quinta se contemplan algunas posibles incidencias y otros aspectos relativos a su vigencia, dinámica y eventual denuncia (arts. 30 a 38). Se completa con un Anexo de contenido esencialmente aclaratorio, en el que se delimita con mayor precisión el alcance o el ámbito de aplicación de ciertos derechos y se ofrece una interpretación auténtica de algunos conceptos jurídicos utilizados a lo largo de su catálogo de derechos, y con la típica lista de "declaraciones y reservas" de los Estados que proceden a su ratificación.

El contenido de la CSE de 1961 prácticamente se dedicó al reconocimiento de derechos de contenido laboral o de protección social, aunque también se han contemplado algunos otros aspectos de la política social. La lista de "derechos y principios" de su Parte I se podría sistematizar en seis grupos: 1) derechos y principios destinados a facilitar el acceso al mercado de trabajo y al empleo (derecho a "ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido", derecho "a medios apropiados de orientación profesional", derecho "a medios adecuados de formación profesional"; derecho "a la formación profesional y a la readaptación

[37] La Carta revisada no ha sido ratificada por Croacia, Dinamarca, Islandia, Liechtenstein, Luxemburgo, Mónaco, Polonia, República Checa, San Marino, Suiza y Reino Unido.

[38] Según el párrafo 2 del artículo B de la CSE de 1996, "la aceptación de las obligaciones de cualquier disposición de la presente Carta tendrá como consecuencia que, a partir de la fecha de entrada en vigor de esas obligaciones para la Parte interesada, la disposición correspondiente de la Carta Social Europea y, en su caso, de su Protocolo Adicional de 1988 dejará de aplicarse a la Parte interesada en el caso de que dicha Parte esté obligada por el 49 primero de dichos instrumentos o por ambos instrumentos".

[39] Únicamente quedan al margen de estos textos Liechtenstein, Mónaco, San Marino y Suiza.

profesional y social" de quienes sufran invalidez; 2) derechos relativos al trabajo y las condiciones de trabajo (derecho "a unas condiciones de trabajo equitativas", derecho "a la seguridad y a la higiene en el trabajo", derecho a una "remuneración suficiente", derecho de las trabajadoras "a una protección especial en su trabajo" especialmente en caso de maternidad); 3) derechos laborales de dimensión colectiva (derecho "a asociarse libremente" a organizaciones de defensa de intereses, derecho "a la negociación colectiva")[40]; 4) derechos de protección social (derecho "a beneficiarse de cuantas medidas le permitan gozar del mejor estado de salud que pueda alcanzar", derecho "a la seguridad social", derecho "a la asistencia social y médica"); 5) derechos y principios de política social (derecho de niños y adolescentes "a una protección especial contra los peligros físicos y morales", derecho "a beneficiarse de servicios de bienestar social", derecho de la familia "a una adecuada protección social, jurídica y económica", derecho de la madre y el niño "a una adecuada protección social y económica"), y 6) derechos de desplazamiento o movilidad por el territorio de las Partes Contratantes (derecho a ejercer en el territorio de otro Estado "cualquier actividad lucrativa en condiciones de igualdad" con los nacionales de ese país, derecho "a la protección y a la asistencia en el territorio de cualquiera otra Parte Contratante").

El alcance material o funcional de los derechos, por su parte, cuenta como regla general con alguna descripción o explicación dentro de la propia CSE, a través de dos senderos. En primer término, y de manera más lacónica o aproximativa, a través del propio listado de la Parte I, que consagra el derecho y en bastantes casos procede a su definición o delimitación funcional. En segundo término, y de forma mucho más detallada y precisa, a través del articulado de la Parte II, donde la CSE realiza una meritoria labor de exposición y explicación de los contornos del derecho y de las exigencias impuestas a los Estados para su efectiva satisfacción, a veces acompañadas de lo que en realidad supone una ampliación directa de su contenido. Pongamos algunos ejemplos. El derecho a condiciones equitativas de trabajo (art. 2) conlleva, entre otros ingredientes, "una razonable duración diaria y semanal de las horas de trabajo", además de "días festivos pagados" y "vacaciones anuales pagadas". El derecho a una remuneración equitativa (art. 4) implica un salario que proporcione "un nivel de vida decoroso", una retribución para "las horas extraordinarias", una remuneración igual para ambos sexos "por un trabajo de igual valor" o "el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo". El derecho a la negociación colectiva (art. 6) supone en esencia "la concertación paritaria entre trabajadores y empleadores" pero también "el establecimiento y la utilización de procedimientos adecuados de conciliación y arbitraje voluntarios para la solución de conflictos laborales",

[40] Para el lector español (no acostumbrado a esas prácticas sindicales) puede resultar curiosa la advertencia del Anexo de la CSE acerca de lo dispuesto en su artículo 1, párrafo 2 (deber de los Estados de "proteger de manera eficaz el derecho del trabajador a ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido"), que "no deberá interpretarse en el sentido de que prohíba o autorice cualesquiera cláusulas o prácticas de seguridad sindical".

e incluso "el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los Convenios Colectivos en vigor". Finalmente, el derecho a la seguridad social (art. 12) exige "establecer o mantener un régimen de seguridad social", mantenerlo "en un nivel satisfactorio" equivalente al menos a lo dispuesto por el Convenio número 102 de la OIT, "esforzarse por elevar progresivamente el nivel del régimen de seguridad social", y, por cierto, adoptar medidas adecuadas para atender los problemas específicos de los trabajadores migrantes (igualdad de trato, conservación de ventajas o acumulación de los períodos de seguro, entre otras).

Con el propósito de "preservar el carácter indivisible de todos los derechos humanos, sean civiles, políticos, económicos, sociales o culturales" y "dotar a la Carta Social Europea de un nuevo impulso[41], y con la encomienda de actualizar y adaptar su contenido a "los cambios sociales fundamentales que se han producido con posterioridad a su adopción"[42], con fecha de 3 de mayo de 1996 fue aprobada la CSE "revisada". El nuevo texto mantiene en esencia las coordenadas de la anterior, pero incrementa el número de derechos protegidos, ofrece mayor detalle sobre el contenido de algunos de los ya reconocidos y reestructura las reglas instrumentales, que ahora se distribuyen en las Partes IV, V y VI. Por lo que se refiere a la tabla de derechos y principios, la CSE añade 12 puntos a la lista inicial de la Parte I, que pasa de 19 a 31, con la consiguiente repercusión en la Parte II. Los derechos y principios añadidos son de muy diverso carácter. El grueso se refiere al empleo y las condiciones de trabajo, aunque dentro de este apartado cabría distinguir entre derechos básicos (derecho "a la dignidad en el trabajo", derecho "a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo"), derechos de perfil individual (derecho "a protección en caso de despido", derecho a la tutela de los créditos laborales "en caso de insolvencia de su empleador", derecho a ser informado y consultado "en los procedimientos de despido colectivo"), derechos de dimensión colectiva (derecho "a la información y a la consulta en el seno de la empresa", derecho "a tomar parte en la determinación y en la mejora de las condiciones de trabajo y del entorno de trabajo en la empresa", derecho de los representantes de los trabajadores en la empresa "a protección contra los actos que puedan causarles un perjuicio" y a disponer de "las facilidades adecuadas para desempeñar sus funciones"), o derechos de conciliación de la vida laboral y familiar (derecho de las personas con responsabilidades familiares a ocupar un empleo "sin verse sometidas a discriminación y, en la medida de lo posible, sin que haya conflicto entre su empleo y sus responsabilidades familiares"). A ese masivo elenco la CSE de 1996 añade el derecho de toda persona de edad

[41] Conclusiones de la Conferencia Ministerial del CE sobre los derechos del hombre celebrada en Roma el 5 de noviembre de 1990.

[42] Conforme a los trabajos de la Conferencia Ministerial del CE celebrada en Turín los días 21 y 22 de octubre de 1991.

avanzada "a protección social", el derecho de toda persona "a protección contra la pobreza y la exclusión social", y el derecho de toda persona "a la vivienda".

Los nuevos derechos y principios han merecido también la consiguiente especificación en la Parte II de la CSE de 1996 (arts. 20 a 31), que aporta muchas indicaciones acerca de su alcance y contenido y de las obligaciones impuestas a los Estados para su debida prestación. Por ejemplo, para dar efectividad al derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación por razón del sexo, los Estados deben adoptar las medidas necesarias en el ámbito del acceso al empleo, la promoción profesional y las condiciones de empleo y trabajo (incluida la remuneración, la protección frente a la extinción del contrato y la formación y orientación laboral"). Otro ejemplo: el derecho de información y consulta se ha de traducir en medidas que permitan a los trabajadores o a sus representantes acceder "regularmente o en el momento oportuno y de una manera comprensible" a los datos pertinentes sobre la situación económica y financiera de la empresa, lo mismo que el derecho de participación exige intervención en la determinación y mejora de las condiciones de trabajo, en la organización del trabajo y del entorno de trabajo, en la protección de la seguridad e higiene en el seno de la empresa, y en la organización de servicios y facilidades socioculturales en la empresa. Un tercer ejemplo: el derecho a protección frente al despido se traduce en la exigencia de causa para esa decisión empresarial, en la indemnización del despido improcedente y en la existencia de medios adecuados y eficaces de impugnación del despido. Un ejemplo final: para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social, los Estados han de adoptar "medidas en el marco de un planteamiento global y coordinado para promover el acceso efectivo, en particular al empleo, a la vivienda, a la formación, a la enseñanza, a la cultura, y a la asistencia social y médica, de las personas que se encuentren o que corran el riesgo de encontrarse en una situación de exclusión social o de pobreza, así como de sus familias", y para garantizar el derecho a la vivienda quedan obligados a "favorecer el acceso a la vivienda de una calidad suficiente", a "prevenir y paliar la situación de carencia de hogar con vistas a eliminar progresivamente dicha situación", y a "hacer asequible el precio de las viviendas a las personas que no dispongan de recursos suficientes"[43].

[43] Al margen de la consagración y especificación de esos nuevos derechos, la CSE revisada incluye algunos compromisos adicionales respecto de los ya recogidos en el texto de 1961. Por ejemplo, en relación con el derecho a unas condiciones de trabajo equitativas se introduce la protección especial para el trabajo nocturno y el deber de información sobre los aspectos esenciales del trabajo en los primeros dos meses desde el inicio de la relación laboral. Respecto de las obligaciones en materia de prevención de riesgos, se exige ahora no sólo la aprobación de las pertinentes normas, sino también el desarrollo de "una política nacional coherente". Y en relación con la protección de los menores de edad, se dispone una prohibición absoluta para trabajar en actividades peligrosas e insalubres. Por otra parte, se amplía la duración de algunos tiempos de descanso o interrupción del trabajo: las vacaciones anuales pasan a tener una duración mínima de dos a cuatro semanas, y el descanso por maternidad de las trabajadoras se amplía de doce a catorce semanas, con la precisión de que la protección frente al despido por embarazo comienza desde la comunicación al empleador de esa situación, y no desde el inicio del descanso por maternidad.

Como se ha podido comprobar, todos los derechos contemplados en la CSE (en la versión de 1961 y en la de 1996) han sido concebidos o bien para quienes viven de su trabajo (o de algún modo participan en la actividad productiva), o bien para quienes se encuentran en situaciones de necesidad. Pero su titularidad concreta no siempre es coincidente. Los derechos de acceso al mercado de trabajo y al mundo profesional se reconocen a todas las personas pertenecientes al ámbito de aplicación de la CSE, igual que los derechos de protección social (para los que en algún caso se exige carencia de recursos). Los derechos relativos a condiciones de trabajo se reconocen lógicamente a quienes son trabajadores, y los derechos laborales de dimensión colectiva a trabajadores y empleadores. En algún caso, la protección en el trabajo se limita a la mujer trabajadora, no siempre de una forma que hoy en día entenderíamos aceptable. En otros casos, el derecho en cuestión se dirige selectivamente a determinados grupos de la población (los niños y adolescentes, la madre y el niño, la familia, o las personas inválidas). Especiales reglas se disponen, en fin, para los denominados "trabajadores migrantes", de las que se derivan derechos que podríamos llamar de libre circulación (arts.18 y 19), y con las que podría llegarse a la conclusión de que, en principio, la CSE está diseñada para los nacionales de Estados pertenecientes al CE, con independencia de que residan en su país de origen o de que se encuentren en otro país miembro en situación regularizada[44]. En cualquier caso, el disfrute de todos los derechos de la CSE se ha de garantizar "sin discriminación alguna basada, en particular, en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las opiniones políticas o de otra naturaleza, la extracción u origen social, la salud, la pertenencia a una minoría nacional, el nacimiento o cualquier otra circunstancia" (según dice el artículo E de la CSE de 1996)[45].

[44] Según los primeros párrafos del Anexo de la CSE de 1996, que deja a salvo lo dispuesto específicamente en algunos preceptos (como los artículos 12 y 13 de la Parte II), "las personas a que se refieren los artículos 1 a 17 y 20 a 31 sólo comprenden a los extranjeros que, siendo nacionales de otras Partes, residan legalmente o trabajen habitualmente dentro del territorio de la Parte interesada, entendiéndose que los artículos citados se interpretarán a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 18 y 19", lo cual "no excluye la extensión de derechos análogos a otras personas por cualquiera de las Partes" ni la facultad de cada Parte de conceder a "los refugiados que respondan a la definición de la Convención de Ginebra, de 28 de julio de 1951, relativa al Estatuto de los Refugiados, y que residan legalmente en su territorio, el trato más favorable posible y, en cualquier caso, no menos favorable que el que dicha Parte se haya obligado a aplicar en virtud de la Convención de 1951 y de cualesquiera otros acuerdos internacionales vigentes aplicables a esos refugiados". Una regla similar se prevé para "los apátridas que respondan a la definición de la Convención de Nueva York, de 28 de septiembre de 1954".

[45] Con todo, la propia CSE (de 1961 y 1996) admite en su Anexo algunas excepciones o salvedades. Además de las especificaciones que hace la CSE respecto de los extranjeros (anteriormente mencionadas), las Partes podrán disponer, por ejemplo, que el artículo 2 párrafo 6 (deber de información del empresario acerca del contrato de trabajo) no se aplique "a los trabajadores que tengan un contrato o una relación laboral cuya duración total no exceda de un mes y/o con un número de horas de trabajo semanal que no exceda de ocho" o "cuando el contrato o la relación laboral tenga un carácter ocasional y/o específico, siempre que, en tales casos, existan razones objetivas que justifiquen la no aplicación".

Desde su primera versión la CSE ha ofrecido a los Estados distintas posibilidades a la hora de proceder a su ratificación y, sobre todo, de asumir los correspondientes compromisos. La CSE fija unas exigencias básicas comunes, pero a partir de esa base da distintas opciones, descritas en la Parte III de su texto, aunque concentradas en un solo precepto (artículo 20) en la CSE original y distribuida en dos preceptos (artículos A y B) en la versión de 1996, que tuvo que acoger las reglas añadidas por el Protocolo Adicional de 1988. Las dos versiones siguen un esquema similar, aunque el texto de 1996 es un poco más extenso y detallado. Según esta versión "revisada" de la CSE, los Estados que la ratifiquen deben comprometerse a lo siguiente: 1) a tratar de alcanzar por todos los medios adecuados los objetivos cifrados en la Parte I conforme a lo que dispone su introducción; 2) a cumplir al menos seis de los nueve artículos que se fijan a tales efectos (artículos 1, 5, 6, 7, 12, 13, 16, 19 y 20); 3) a cumplir un número adicional de artículos o párrafos numerados de la Parte II de la CSE de su libre elección, siempre que el número total de artículos y párrafos numerados comprometidos no sea inferior a dieciséis artículos o a sesenta y tres párrafos numerados[46]. La lista de compromisos asumidos puede desde luego ser ampliada por cada Estado con posterioridad al acto de ratificación y con su mismo valor, por el procedimiento de "enmienda"[47]. En cualquier caso, la ratificación de la CSE de 1996 no puede suponer una reducción de compromisos para los Estados que hubieran firmado la versión de 1961[48].

Como todo instrumento internacional, las dos versiones de la CSE contienen previsiones sobre el procedimiento de ratificación y sus consecuencias. Si nos atenemos a lo dispuesto en las Partes V y VI de la versión de 1996, ese conjunto de reglas puede resumirse de la manera siguiente: 1) la ratificación de la CSE no puede afectar "a las disposiciones de Derecho interno ni a las de los tratados, convenios o acuerdos bilaterales o multilaterales que estén vigentes o puedan entrar en vigor y conforme a los cuales se conceda un trato más favorable a las personas protegidas" (artículo H); 2) sin perjuicio de los métodos de aplicación previstos específicamente

[46] En la versión de 1961 (art. 20, en la Parte III), esta fórmula de *opting out* implica que los Estados (Partes Contratantes) pueden comprometerse o bien "a considerar la Parte I de la presente Carta como una declaración de dos objetivos que tratará de alcanzar por todos los medios adecuados, conforme a lo dispuesto en el párrafo de introducción de dicha Parte", o bien "a considerarse obligada al menos por cinco de los siete artículos siguientes de la Parte II de la Carta: artículos 1, 5, 6, 12, 13, 16 y 19", o bien "a considerarse obligada, además, por un número adicional de artículos o párrafos numerados de la Parte II de la Carta que elija dicha Parte Contratante, siempre que el número total de los artículos y de los párrafos numerados a los que quedará, obligada no sea inferior a 10 artículos o a 45 párrafos numerados". En todo caso, "cada Parte Contratante dispondrá de un sistema de inspección del trabajo adecuado a las condiciones nacionales".

[47] Previsto tanto en la CSE de 1961 como en la de 1996(artículo J de su Parte V).

[48] Según el artículo B de la Parte III de la CSE de 1996, "ninguna Parte Contratante en la Carta Social Europea o Parte en el Protocolo Adicional de 5 de mayo de 1988 podrá ratificar, aceptar o aprobar la presente Carta sin considerarse obligada al menos por las disposiciones correspondientes a las disposiciones de la Carta Social Europea y, en su caso, del Protocolo Adicional, a las que estuviera obligada".

para cada uno de ellos, los derechos y principios consagrados y descritos en la Parte II de la CSE pueden aplicarse a través de leyes o reglamentos, acuerdos y convenios colectivos, una combinación de disposiciones legales y convencionales, u "otros medios apropiados" (artículo I); 3) los derechos y principios enunciados en la Parte I de la CSE no podrán ser objeto de restricciones o limitaciones que no estén especificadas en dicho texto, "salvo las establecidas por la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática para garantizar el respeto de los derechos y libertades de terceros o para proteger el orden público, la seguridad nacional, la salud pública o las buenas costumbres" (artículo G), y 4) las obligaciones de la CSE pueden quedar en suspenso en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, siempre en proporción a la gravedad de la situación (artículo F). Como es habitual, la CSE puede ser objeto de reservas en el momento de su ratificación[49] y de denuncia en un momento posterior, aunque esto último no antes de cinco años desde su ratificación[50].

6. Los mecanismos de exigencia de la CSE y el Comité Europeo de Derechos Sociales

Mientras que los derechos civiles y políticos reconocidos en el CEDH son susceptibles de invocación directa por sus titulares ante los órganos judiciales, los derechos de la CSE se formulan expresamente como objetivos que deben perseguir "las Partes Contratantes", sin perjuicio de que para ello hayan de utilizar "todos los medios adecuados, tanto de carácter nacional como internacional", según reza el encabezamiento de la Parte I de la CSE (tanto en la versión de 1961 como en la de 1996). Igualmente significativa es la entrada de la Parte II de la CSE (en ambas versiones), en la que se precisa que "las Partes Contratantes se comprometen a considerarse vinculadas, en la forma dispuesta en la Parte III, por las obligaciones establecidas en los artículos y párrafos siguientes", en los que se van detallando las obligaciones concretas de los Estados para garantizar el ejercicio efectivo de cada uno de los derechos y principios reconocidos. Ése es el sentido, en fin, de la precisión que hace el Anexo de la CSE respecto del alcance de lo dispuesto en su Parte III: "se entiende que la Carta contiene obligaciones jurídicas de carácter internacional cuya aplicación está sometida únicamente al control establecido en la parte IV", al que enseguida haremos referencia. De hecho, muchos de los pasajes de la CSE recuerdan en su tenor a nuestro elenco constitucional de "principios rectores de la política social y económica".

[49] La CSE (de 1961 y 1996) culmina con una especie de apéndice en el que se recogen las "declaraciones y reservas" formuladas por cada Estado al proceder a su ratificación.

[50] La denuncia puede ser total o parcial: "toda Parte podrá denunciar cualquier artículo o párrafo de la Parte II de la Carta que hubiere aceptado, siempre que el número de artículos o párrafos que dicha Parte siga obligada a cumplir no sea inferior a dieciséis, en el primer caso, y a sesenta y tres, en el segundo, y que esos artículos o párrafos sigan incluyendo los artículos elegidos por dicha Parte entre los que son objeto de una referencia especial en el artículo A, párrafo 1, apartado b" (artículo M de la CSE de 1996).

Desde luego, la CSE no es una mera declaración de derechos, ni tiene fines exclusivamente programáticos. Impone a los Estados obligaciones concretas y bien identificadas, aunque no siempre estén dotadas de suficiente precisión[51]. También les exige responsabilidad en caso de incumplimiento de tales mandatos. Pero los derechos que contiene sólo pueden ser reclamados por sus titulares en los términos acuñados en la legislación interna de su país, sin perjuicio de la legitimación concedida a sus representaciones colectivas para poner en marcha los procedimientos de supervisión de la CSE. Por ello, la CSE cumple en esencia un papel de "orientación del progreso social" para los Estados miembros del CE, con independencia de que alguno de sus derechos, como el de no discriminación, pueda tener una virtualidad más directa o inmediata. Es verdad que desde hace tiempo la CSE parece destinada a cobrar mayor protagonismo jurídico. Pero el problema estriba tanto en la formulación y caracterización de estos derechos sociales, como en la carencia de un órgano jurisdiccional específicamente dedicado a recibir demandas de insatisfacción o incumplimiento frente al Estado de referencia, a diferencia de lo que ocurre con el CEDH.

Dos son los mecanismos de supervisión de la acción de los Estados miembros del CE en relación con la CSE. El primero de ellos, el más general, se recoge en la Parte IV (arts. 21 a 29) de la versión de 1961, que fue modificada a tal efecto por el Protocolo de Turín de 1991, y que en esos términos es respaldada y asumida por la CSE de 1996. Es un procedimiento "de informe" que se asemeja bastante al de los convenios de la OIT y que se compone de los siguientes pasos: 1) los Estados deben remitir anualmente un informe al Secretario General del CE sobre la aplicación de las disposiciones de la Parte II de la CSE que hubieren aceptado, así como otros informes, "a intervalos apropiados y a petición del Comité de Ministros", sobre las que no hubieran aceptado; 2) el Secretario General debe remitir copia del informe a las organizaciones nacionales afiliadas a organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores invitadas estatutariamente a las reuniones del Comité Gubernamental del CE, así como a las organizaciones internacionales no gubernamentales dotadas de estatuto consultivo ante el CE y especialmente calificadas en la materia, todo ello para que para que efectúen "eventuales observaciones" que en su caso deben ser comunicadas a las Partes Contratantes interesadas; 3) los informes presentados al Secretario General son examinados por el Comité Europeo de Derechos Sociales, que puede pedir información adicional Estado o reunirse con sus representantes y que debe redactar su propio informe con las pertinentes conclusiones y, en ciertas materias, con una evaluación de la legislación y las prácticas nacionales relacionadas con las obligaciones que se derivan de la CSE; 4) puede invitarse a la Organización

[51] Dentro del derecho a una remuneración equitativa reconocido en el artículo 4 de su Parte I, no goza de la misma precisión, por ejemplo, la obligación del Estado de "reconocer el derecho de los trabajadores a una remuneración suficiente que les proporcione a ellos y a sus familias un nivel de vida decoroso" (apartado 1), que la de "reconocer el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por un trabajo de igual valor" (apartado 3).

Internacional del Trabajo para que designe un representante para que participe a título consultivo en las deliberaciones del CEDS; 5) el Secretario General debe hacer públicas las conclusiones del CEDS y remitirlas al Comité Gubernamental, a la Asamblea Parlamentaria y a las organizaciones anteriormente mencionadas; 6) a la vista de esta documentación y de las conclusiones y propuestas del Comité Gubernamental, el Comité de Ministros del CE puede adoptar por mayoría de dos tercios las recomendaciones y decisiones que estime oportunas para el Estado de referencia.

A este mecanismo de carácter general se une el procedimiento específico de reclamaciones colectivas puesto en marcha por el Protocolo de 1995, que no supuso una reforma del texto de la CSE de 1961 sino una innovación que contó desde el principio con su propia regulación y que en su momento fue respaldada por la versión de la CSE de 1996, a través del artículo D de su Parte IV. El procedimiento sólo se aplica a los Estados que ratifiquen el Protocolo mencionado, y se compone de los siguientes elementos: 1) están legitimadas para promover el procedimiento las organizaciones internacionales de empleadores y de trabajadores invitadas al Comité Gubernamental del CE, las organizaciones nacionales representativas de empleadores y de trabajadores sometidas a la jurisdicción de la Parte Contratante contra la que se dirige la reclamación, las organizaciones internacionales no gubernamentales reconocidas como entidades consultivas por el CE y que figuren en la lista elaborada a tal fin por el Comité Gubernamental en materia de su competencia, y cualquier otra organización nacional no gubernamental representativa reconocida a estos efectos por el Estado implicado en la reclamación, también en materias de su competencia; 2) la reclamación debe referirse a una disposición de la CSE aceptada por la Parte Contratante afectada, debe especificar en qué medida no se ha garantizado la aplicación satisfactoria de dicha disposición, y debe dirigirse al Secretario General del CE, para su remisión al CEDS; 3) si estima admisible la reclamación, el CEDS debe solicitar a la Parte Contratante afectada y a la organización promotora las aclaraciones o informaciones que procedan, y debe instar a las demás Partes Contratantes vinculadas por el Protocolo de 1995 la presentación de observaciones; 4) para el examen de la reclamación el CEDS puede convocar audiencia con los representantes de las partes y una vez cubierto el trámite debe presentar informe con conclusiones, que debe ser remitido a la Asamblea Parlamentaria y al Comité de Ministros del CE, instancia que puede consultar al Comité Gubernamental y a la que corresponde adoptar una resolución por mayoría simple y, en su caso, las oportunas recomendaciones por mayoría de dos tercios; 5) la Parte Contratante afectada debe informar sobre las medidas adoptadas para poner en práctica las recomendaciones del Comité de Ministros en el siguiente informe que presente al Secretario General.

Como se ha podido apreciar, hay muchas similitudes entre el procedimiento general de informe y el más específico de las reclamaciones colectivas. A la postre, en los dos casos la decisión sobre el asunto corresponde al Comité de Ministros,

en los dos interviene el CEDS como instancia de informe para la preparación de la pertinente resolución, y en ambos el cumplimiento de lo acordado al cabo del procedimiento se deja en manos del propio Estado afectado, sin perjuicio de que haya de dar cuenta de su actuación a los órganos de supervisión del CE. Hay no obstante algunas diferencias apreciables. Por lo pronto, es distinto el carácter de la supervisión en cada caso, pues en el procedimiento de informe tiene carácter periódico, sistemático y programado, mientras que en la reclamación colectiva la intervención del CE es casuística y mucho más concreta. Además, se distinguen en el origen o detonante de la supervisión, que en el procedimiento de informe se lleva a cabo por previsión estatutaria *ex ante*, y en la reclamación colectiva se lleva a cabo a instancia de parte, pues depende de la acción de las organizaciones legitimadas.

7. Bibliografía

Arufe Varela, A. (2018): "Los artículos 5 y 6 de la Carta Social Europea ante el Derecho español", en RMESS, nº 137.

Bajo García, I. (2015): "La reforma laboral a la luz de la Carta Social Europea: Convergencias y divergencias entre el Tribunal Constitucional y el Comité Europeo de Derechos Sociales", en RGDTSS (iustel), nº 40.

Belorgey, J.M. (2007): "La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales", en Revista de Derecho Político, UNED, nº 70.

Cabeza Pereiro, J. (2015): "La protección jurisdiccional de los derechos humanos y libertades fundamentales de los trabajadores ante el TEDH", en Revista de Derecho Social, nº 69.

Canosa Usera, R. (2009): "La interpretación evolutiva del Convenio Europeo de Derechos Humanos", en García Roca, J. y Fernández Sánchez, P.A. (dir.): *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, CEPC, Madrid.

Cardona Rubert, M.B. (2015): "La situación del Estado Español en relación al cumplimiento de la Carta Social Europea", en Revista de Derecho Social, nº 69.

Chacartegui Jávega, C. (2013): *Dignidad de los trabajadores y derechos humanos del trabajo según la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, ed. Bomarzo.

Cruz Villalón, J. (2018). "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos en materia laboral", en Temas laborales, nº 145.

Durán Alba, J.F. (2013): "Fuentes Bobo c. España (STEDH de 29 de febrero de 2000): alcance de la libertad de expresión en el ámbito laboral", en Alcácer Guirao, R. (coord.): *Conflicto y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, ed. Civitas.

Durán López, F. (2018): "El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en Temas Laborales, nº 145.

Fernández Docampo, B. (2015): "La eficacia de la protección antidiscriminatoria por origen racial ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en Revista de Derecho Social, nº 69.

Freixes Sanjuán, T. (2004): "La justiciabilidad de la Carta Social Europea", en AA.VV., *Escritos sobre derecho europeo de los derechos sociales,* ed. Tirant lo Blanch.

García Blasco, J. y González Labrada, M. (2017): "Instrumentos del Consejo de Europa. Carta Social Europea revisada y Código Europeo de Seguridad Social", en Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G. (dir.), *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Tomo I, ed. Laborum.

García González, G. (2018). "La recepción de la Carta Social Europea en el ordenamiento español: aspectos jurídicos, políticos e institucionales (1978-2018)", en RMESS, nº 137.

García Murcia, J. y Rodríguez Cardo, I.A. (2025), *El Consejo de Europa y los derechos sociales. Instrumentos normativos, jurisprudencia del TEDH y doctrina del CEDS*, ed. Tirant lo Blanch.

García Roca, J. (2019). *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos,* ed. Civitas.

González Ortega, S. (2018): "Libertad religiosa y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos", en Temas Laborales, nº 145.

Izquierdo Sans, C. (1997). "El carácter no ejecutivo de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en Derecho Privado y Constitución, nº 11.

Jimena Quesada, L. (2015): "El Comité Europeo de Derechos Sociales: sinergias e impacto en el sistema internacional de Derechos Humanos y en los ordenamientos nacionales", en Revista Europea de Derechos Fundamentales, nº 25.

Jimena Quesada, L. (2019): "La consagración del control de convencionalidad por la Jurisdicción Constitucional en España y su impacto en materia de derechos socio-laborales", en RGDTSS (iustel), nº 53.

Jiménez García, F. (2015): "La protección internacional de los derechos sociales y económicos. Avances recientes; técnicas de aplicación y propuestas de reforma constitucional", en Revista Europea de Derechos Fundamentales, nº 25.

López Guerra, L. (2011): "La protección de derechos económicos y sociales en el Convenio Europeo de Derechos Humanos", en Parlamento y Constitución, nº 14.

Martín Valverde, A. (2011): "Tendencias recientes de la jurisprudencia del TEDH sobre libertad sindical", en Derecho de los Negocios, nº 248.

Molina Navarrete, C. (2018): "El derecho a la vida privada del trabajador en el Tribunal Europeo de derechos humanos: ¿Diálogo o conflicto con la jurisprudencia nacional?", en Temas Laborales, nº 145.

Monereo Pérez, J.L. (2017): "Los principios del sistema jurídico internacional multinivel de garantía de los derechos fundamentales", en RGDTSS (iustel), nº 45.

Morte Gómez, C. (2018). Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una selección, en Teoría y Realidad Constitucional, nº 42.

Pardell Veá, A. (1989): *Los derechos sindicales en la Carta Social Europea,* ed. Bosch.

Pérez De Los Cobos Orihuel, F. (2018): *El recurso individual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos,* Tirant lo Blanch.

Pérez Luño, A.E. (1989): "La incorporación del Convenio Europeo sobre Protección de Datos Personales al ordenamiento jurídico español", en Losano, M.G., Pérez Luño, A.E. y Guerero Mateus, M.F.: *Libertad informática y leyes de protección de datos personales,* ed. Centro de Estudios Constitucionales.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (1978): "La Carta Social Europea y la problemática de su aplicación", en Revista de Política Social, nº 118, pág. 43.

Salcedo Beltrán, C. (2016): "La aplicabilidad directa de la Carta Social Europea por los órganos judiciales", en Trabajo y Derecho, nº 13.

Salcedo Beltrán, C. (2016): "La protección de los derechos sociales a escala europea: de la confrontación "presente" a la ineludible integración "futura"", en RMESS, nº 137.

Valdés Dal-Ré, F. (2016): "El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras, Bomarzo, Albacete, 2016, y La jurisprudencia del TEDH sobre libertad sindical", en Derecho de las Relaciones Laborales, nº 6.

CAPÍTULO TERCERO. El marco normativo e institucional del Derecho de la Unión Europea

Macarena Ángel Quiroga
Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0001-7228-1970

Sumario: 1. Origen y configuración progresiva de la Unión Europea. 2. Competencias y principios rectores en materia social. 3. Fuentes del Derecho de la Unión Europea: vertiente social. 3.1. Derecho originario. 3.2. Derecho derivado. A. Reglamentos. B. Directivas. C. Decisiones. D. Actos no vinculantes: *soft law*. E. Actos atípicos. 4. Instituciones. 4.1. El Parlamento Europeo. 4.2. El Consejo Europeo. 4.3. El Consejo de la Unión Europea. 4.4. La Comisión Europea. 4.5. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea. A. Tribunal de Justicia. B. Tribunal General. 4.6. El Banco Central Europeo. 4.7. El Tribunal de Cuentas. 5. Bibliografía.

1. Origen y configuración progresiva de la Unión Europea

El germen de la actual Unión Europea se encuentra en los Tratados firmados por diferentes Estados de Europa tras el fin de la Segunda Guerra Mundial. En la Declaración de 9 de mayo de 1950, el Ministro francés de Asuntos Exteriores, Robert Schuman hizo pública la oferta que Francia hacía a Alemania de sentar las bases de la pacificación. Ésta se alcanzaría a través de un acuerdo sobre la industria siderúrgica, cuyo fin principal era la solidaridad en la producción de carbón y de acero. De esta manera, la integración de los países en un organismo de carácter supranacional se remonta al Tratado de París, constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), que integraba a Bélgica, Alemania, Francia, Italia, Luxemburgo y Países Bajos, y cuyo objetivo no era otro que regular y organizar la libre circulación del carbón y del acero por dichos países, así como el libre acceso a las fuentes de producción, con el fin de sentar unas bases comunes de desarrollo económico, aumentar el nivel de vida y progresar en las obras de paz. Se trató, por tanto, del primer paso para alcanzar una Europa unida, ya que, tal y como establecía la Declaración, este objetivo no se alcanzaría de golpe, ni

en una construcción simultánea, sino a través de realizaciones concretas. Para garantizar tales propósitos y la consecución de los objetivos marcados, se creó una Alta Autoridad (predecesora de la actual Comisión Europea), una auténtica instancia supranacional con poder de decisión, constituida como órgano ejecutivo y colegiado, independiente, y compuesto por 9 miembros nombrados por un periodo de 6 años.

Tras el Tratado de la CECA, se firmaron otros instrumentos (Tratados, declaraciones, compromisos) con diferentes fines, aunque no fue hasta el Tratado de Maastricht cuando la Unión Europea se engendró como tal. Así, el 27 de mayo de 1952, se firmó en París el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de Defensa, cuyo objetivo era la creación de un ejército integrado y de una administración, tras haber observado el éxito de la CECA y ante la presión de EEUU de la necesidad del rearme de Alemania para la defensa occidental[1]. El Tratado preveía la creación de un Consejo de Ministros, que funcionase como órgano de dirección política y estuviese compuesto por un representante de cada Estado miembro, un Comisariado que aplicase las decisiones adoptadas por el Consejo de Ministros, y una Asamblea parlamentaria. No obstante, este proyecto fracasó cuando, en 1954, la Asamblea Nacional francesa rechazó el Tratado de la Comunidad Europea de Defensa, a pesar de haber sido ratificado ya por otros Estados. En el año 1957, el 25 de marzo, se firmaron dos tratados: el Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEEA o Euratom). El objetivo del primero de ellos consistió en la creación de un mercado común basado en la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, con el fin de conseguir una mayor integración y crecimiento económico por medio del comercio. Por su parte, el Tratado Euratom creó una comunidad de la energía atómica destinada a obtener independencia energética a través de la energía nuclear (civil y pacífica) y combatir así el déficit que sufría la energía tradicional en aquel momento, puesto que las inversiones para el desarrollo de la energía nuclear eran demasiado costosas para cada país de manera individual.

Más adelante, el 30 de enero de 1966, se llevó a cabo el Compromiso de Luxemburgo. Al comienzo de ese mismo año se iniciaba un periodo de transición con el objetivo de cambiar la unanimidad en la toma de decisiones del Consejo en la Comunidad Económica Europea por mayoría cualificada en algunas materias. Esta situación provocó que Francia dejara de participar en las principales reuniones de la comunidad, lo que se conoció como la "crisis de la silla vacía", al exigir que se revisara dicha regla de la mayoría (además del rol de la Comisión). Como resultado, con la firma del Compromiso de Luxemburgo, los Estados renunciaron a la mayoría por la unanimidad cuando se tratase de materias o decisiones en las que entrasen en juego intereses nacionales de gran importancia. Dos décadas después, el 19 de junio de 1983, los jefes de Estado de los diferentes países miembros firmaron en

[1] Alonso García, 2014.

Stuttgart la Declaración Solemne sobre la Unión Europea, con el fin de afirmar una identidad europea y progresar hacia un destino común y una unión cada vez más estrecha entre los pueblos. En este sentido, estableció tres líneas de actuación para futura Unión Europea, la primera de ellas, la intensificación del desarrollo de las Comunidades, la segunda, el refuerzo de la cooperación política, especialmente en materia de seguridad y política exterior y, por último, favorecer la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros.

Posteriormente, en 1984, se trató de alcanzar un ambicioso Proyecto de Tratado que instituye la Unión Europea. Se trataba de un nuevo Tratado que intentaba crear una Unión Europea como un ente dotado de personalidad jurídica propia, con ciudadanía, territorio y patrimonio comunitario, y cuyo desenvolvimiento se realizaría a través de una acción supranacional común para todos los actos normativos, administrativos, financieros y judiciales. El Proyecto no vio la luz, pero sentó las bases para la futura Acta Única Europea (1986), que formalizó, por medio de Tratado, la cooperación intergubernamental de los Estados miembros e intensificó la integración supranacional. Así, otorgó más competencias a la Comunidad al añadir nuevas políticas sectoriales y, de nuevo, recondujo la regla de la unanimidad en la adopción de decisiones hacia la de la mayoría (idea original del Compromiso de Luxemburgo).

En este orden de cosas se firmó, en 1992, el Tratado de Maastricht, o Tratado de la Unión Europea, por el cual se crea esta organización al reformar en sus Títulos II, III y IV las Comunidades Europeas, potenciando la supranacionalidad en sus competencias, e intensificando la cooperación intergubernamental en sus Títulos V y VI, relativos a la política exterior y seguridad común (PESC) y a los asuntos de justicia e interior (AJAI) respectivamente. De esta forma, el Tratado sigue los pasos del Acta Única Europea en estos tres pilares y avanza en su cometido al institucionalizar la doble naturaleza (supranacional e intergubernamental) del Consejo Europeo, además de fomentar la técnica intergubernamental como guía en la actuación de la Comisión y del Parlamento en política. A partir de este momento, se potencia el poder decisorio del Parlamento a través del procedimiento de codecisión con el Consejo, que exige el acuerdo de ambos para legislar. También se eleva al cargo de institución al Tribunal de Cuentas; se crea la figura del Defensor del Pueblo, comisionado del Parlamento Europeo cuya función es vigilar e investigar (de oficio, a instancia de cualquier parlamentario, ciudadano de la Unión Europea, persona física o jurídica con residencia o domicilio social en un Estado miembro) la mala administración de las instituciones y órganos comunitarios en su actuación; y también el Comité de las Regiones, compuesto por representantes de los entes regionales y locales que, junto con el Comité Económico y Social, cumple la función de órgano consultivo. La ampliación de competencias en nuevas materias, como educación, cultura, salud pública, formación profesional, protección de consumidores, redes transeuropeas, industria, etc., conduce a que la Comunidad Económica Europea pierda el adjetivo de "económica". Además, se

amplían las materias en las que rige la regla de la mayoría y no la unanimidad y las competencias del Tribunal de Justicia en el control del respeto por parte de los Estados miembros del Derecho comunitario.

En 1997, el Tratado de Ámsterdam continúa el camino trazado por el Tratado de Maastricht en su ampliación de competencias de la Unión y realizó una serie de cambios: la Comisión es la única que puede proponer al Consejo al toma de decisiones; se crea un régimen de cuestión prejudicial y se excluyó la competencia del Tribunal de Justicia sobre las medidas o decisiones relativas al mantenimiento del orden público y la salvaguardia de la seguridad interior, pero sí se admitió su competencia para decidir sobre los recursos de anulación interpuestos por los Estados miembros o la Comisión sobre la legalidad de las Decisiones y las Decisiones Marco, y sobre litigios entre Estados o entre Estados y la Comisión. En 2001, se produce la reforma de Niza como consecuencia de la ampliación de la Unión tras la progresiva integración de Estados en diferente cultura, situación demográfica y económica, y la necesidad de adaptar las instituciones a este contexto. De esta forma, se potencian las "cooperaciones forzadas", con el fin de alcanzar una mayor integración de los Estados miembros con intereses afines den determinados sectores, y se produce una variación en el funcionamiento del Consejo, produciéndose un ajuste en la ponderación de los votos de los diferentes Estados miembros en función de su población y, también, requiriéndose que la mayoría cualificada necesaria para la adopción de decisiones provenga necesariamente como mínimo de la mayoría de los Estados miembros cuando la decisión deba ser adoptada a propuesta de la Comisión, y de dos tercios de los Estados miembros en el resto de los casos.

En el año 2004 se propuso un Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa que delimitaba el ejercicio del poder público europeo dentro de sus instituciones y de cara al exterior en relación con los Estados miembros, además de recoger una Carta de Derechos Fundamentales. La Constitución Europea constaba un Preámbulo y 4 partes: la primera de ellas, relativa a los valores, objetivos y principios esenciales de la Unión; la segunda, a la Carta de Derechos Fundamentales; la tercera a las políticas y funcionamiento de la Unión, y la última de ellas a disposiciones generales y finales. Además, se incluían 36 Protocolos y dos Anexos, a los que la Conferencia Intergubernamental añadió 41 Declaraciones anexas al Acta Final, que no formaban parte de la Constitución, pero servían como criterio interpretativo para los tribunales. La Constitución no entró finalmente en vigor debido a que los ciudadanos de Francia y Países Bajos la rechazaron mediante referéndum, tras lo cual se abrió un período de reflexión y debate en los Estados miembros que finalizó con la firma del Tratado de Lisboa que no se trataba de un texto refundador como pretendía ser la Constitución Europea sino que, al igual que los anteriores Tratados, incorporó novedades y modificaciones. Este Tratado recogió buena parte de lo establecido en la Constitución Europea y, si bien eliminaron determinados símbolos, los Estados miembros ya los habían adoptado. Asimismo,

a pesar de que se eliminaron los términos "ley" y "ley marco", se mantuvieron los tradicionales reglamentos y directivas, y el "Ministro de Asuntos Exteriores" se convirtió en el "Alto Representante para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad". En cualquier caso, se mantuvo en gran medida lo recogido en la Constitución Europea pero sin el "revestimiento constitucional", lo que permitió a la mayoría de los Estados ratificar el Tratado de Lisboa sin necesidad de referéndum. No fue así en el caso de Irlanda, cuya Constitución obliga a realizar dicho procedimiento, y cuyo resultado fue negativo. Para solventar dicha crisis, el Consejo Europeo elaboró una Decisión que se anexaría en el siguiente Tratado de Adhesión. La Carta de Derechos Fundamentales, por su parte, se incorporó a los Tratados por remisión. El Tratado de Lisboa recoge, por tanto, un conjunto de modificaciones del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión, una serie de disposiciones finales, Protocolos y una tabla de correspondencias. Asimismo, se recogen 65 Declaraciones en un Acta Final de la Conferencia Intergubernamental.

2. Competencias y principios rectores en materia social

Antes de abordar el estudio del sistema competencial de la Unión Europea en general y, en materia social en particular, resulta necesaria la delimitación del concepto de competencia. Si bien es la segunda acepción del Diccionario de la Real Academia Española la más indicada en esta área del Derecho, definida como "incumbencia" o "ámbito legal de atribuciones que corresponden a una entidad pública o a una autoridad judicial o administrativa", parece ineludible precisar aún más la cuestión seguir la definición ofrecida por la doctrina, que entiende competencia como "el fundamento jurídico de la actividad de las Comunidades Europeas, orientada a la consecución de los fines de ésta, con una extensión y en un momento determinados"[2].

El sistema mencionado, se basa en la atribución de competencias que los Estados miembros hacen en favor de la Unión[3]. Dichas competencias son, por tanto, originarias de los Estados y no de la Unión: para ésta son derivadas. La Unión Europea no goza de soberanía, puesto que no existe un acto constituyente, por lo que la atribución de competencias se lleva a cabo a través de la adhesión de los Estados miembros a los Tratados (actualmente el Tratado de Lisboa firmado en 2007 y en vigor desde 2009) o con ocasión de la reforma de los mismos (puede suceder, no obstante, que los Estados decidan crear competencias nuevas en favor de la Unión, como la de armonización o la competencia legislativa, e incluso, que se creen derechos, como el derecho a participar en las elecciones al Parlamento Europeo). Las competencias, por tanto, son atribuidas por los Estados miembros y deben encontrarse recogidas expresamente en los Tratados. De esta manera, la atribución se confiere en los Tratados (y no por los Tratados, puesto que éstos no

[2] Miranda Boto, 2009.

[3] Mangas Martín, Liñán Nogueras, 2020, p. 71.

son un acto constituyente), y no en instrumentos de derecho derivado que emanan de las instituciones de la Unión.

Los Estados miembros, por tanto, renuncian a ejercer determinadas competencias y atribuyen el ejercicio de éstas a la Unión, pero no su titularidad. Los Estados actúan como representantes de su ciudadanía, que es la auténtica titular de la competencia. Conforme a lo establecido en el artículo 1 TUE, esta atribución de competencias se realiza para que la Unión pueda alcanzar sus objetivos, y se lleva a cabo de forma expresa y limitada, por lo que deberá actuar siempre dentro de los límites marcados, sin que existan competencias generales. Asimismo, son competencias específicas y funcionales, destinadas a realizar un objetivo concreto, y se atribuyen de manera irreversible, por lo que los Estados se desposeen de las mismas y no pueden recuperarlas unilateralmente (cabe que, por unanimidad, los Estados acuerden una devolución parcial de competencias mediante la revisión ordinaria del Tratado, conforme a lo establecido en el artículo 48.2 TUE). De todo ello se desprende que existe una presunción de competencia del Estado, conforme a la cual, todo lo que no esté regulado específicamente en los Tratados continúa bajo la soberanía nacional, tal y como establece específicamente el artículo 4.1 del TUE, conforme al cual, toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros.

Según el artículo 2 del TFUE, las competencias de la UE pueden ser exclusivas, compartidas o complementarias. En aquellas materias en que la UE tenga competencia exclusiva, sólo ella podrá legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes, y los Estados miembros tan sólo podrán llevar a cabo estas tareas si son habilitados por la Unión, o bien para aplicar sus actos. La Unión se encuentra obligada jurídicamente a ejercer sus competencias exclusivas con plenitud, mientras que la ejecución administrativa recae en los Estados miembros. El artículo 3 del TFUE recoge un listado cerrado de las competencias que son exclusivas de la Unión Europea: regulación de la unión aduanera; normativa sobre la competencia (necesarias para el funcionamiento del mercado interior); política monetaria de los Estados miembros con moneda euro; conservación de los recursos biológicos; política comercial común. El apartado segundo de dicho artículo se prevé de manera específica otra competencia exclusiva, consistente en la posibilidad de celebrar un acuerdo internacional cuando ello esté previsto en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesario para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas.

El artículo 4 del TFUE tan sólo establece que la Unión tendrá competencia compartida con los Estados miembros cuando los Tratados le atribuyan una competencia que no sea exclusiva ni de apoyo o coordinación, sin definir más los contornos de la misma. Ante esta situación, se entiende que, si la competencia es compartida con los Estados miembros, tanto la Unión y los Estados miembros son titulares de la misma y pueden concurrir ambos para regular la materia en cuestión.

Así, podrán legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes en el ámbito material en el que exista dicha competencia compartida y, tal y como establece el artículo 2.2. del TFUE, los Estados miembros ejercerán su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya y en la medida en que la Unión haya decidido dejar de ejercer la suya. Esto ha llevado a que algunos autores[4] consideren que, realmente, se trata de competencias concurrentes y no compartidas puesto que, en caso contrario, tanto los Estados como la Unión ejercerían conjuntamente sus competencias, y no se produciría un desplazamiento de la competencia nacional por parte de la UE para actuar unilateralmente. No obstante, para que la UE pueda desplazar la competencia de los Estados miembros, debe justificar, de una parte, la necesidad de actuar en el nivel común, de otra que esta actuación es más eficaz que en el caso de que ejercieran su competencia los Estados y, por último, que se trata de una cuestión de carácter supranacional. La directiva suele ser el instrumento por el cual se establecen estas competencias compartidas. Algunas de las materias en las que existe competencia compartida son: el mercado interior; la agricultura y la pesca; la política social; la cohesión económica social y territorial; la protección de los consumidores, el medioambiente, entre otras.

Respecto de las competencias que pueden calificarse como complementarias, de apoyo o de coordinación, la UE tiene un papel secundario, y actúa, valga la redundancia, como apoyo o complemento para los Estados miembros, a quienes corresponde la competencia legislativa. Dichas competencias se enumeran en el artículo 6 del TFUE: protección y mejora de la salud humana; industria; cultura; turismo; educación, formación profesional, juventud, deporte; protección civil y cooperación administrativa. Además, en el artículo 5 del TFUE, hace referencia a la competencia de la UE de coordinación en determinadas políticas: económicas, de empleo y sociales. El instrumento a través del cual la UE puede adoptar medidas para ello son las "orientaciones generales" e iniciativas. Queda expresamente excluida de estas competencias por el artículo 2.5 del TFUE la armonización de las disposiciones administrativas y reglamentarias de los Estados miembros.

Sobre la base del principio atributivo enunciado, conforme al cual la capacidad de actuación de la Unión Europea se sustenta en aquellas competencias que los Estados han decidido cederle, cabe decir que la competencia de la Unión en materia social es, cuando menos, limitada. Como es lógico, no puede obviarse que los principios de la Unión Europea recogidos en los artículos 2 y 3 del TUE tienen un importante carácter social. El primero de ellos establece que "la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres". Por su parte, el artículo tercero hace referencia, entre otras cuestiones,

[4] Mangas Martín, Liñán Nogueras, 2020, p. 77.

a la libre circulación de personas, el control de fronteras, asilo e inmigración, y al establecimiento de un mercado interior basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social. No obstante, en materia social, no hay un listado de materias definidas en las cuales la UE tenga competencia, sino que éstas pueden extraerse de la lectura del texto del TUE y del TFUE, lo que supone que en muchos casos se produzcan solapamientos.

Del cuerpo de los Tratados puede extraerse que las competencias en materia social de la Unión Europea pueden ser divididas en seis conjuntos o grupos. El primero de ellos, se centra en la libre circulación de trabajadores. El origen esencialmente económico de la Comunidad Europea supuso que la libertad de circulación de personas, servicios y capitales se convirtiera en uno de sus principales fundamentos. De esta forma la libre circulación de trabajadores (artículo 45-48 del TFUE) se manifiesta como el elemento central de la normativa sobre el mercado interior de empleo, al que se han ido añadiendo progresivamente nuevas materias, como el reconocimiento de títulos profesionales, la posibilidad de circulación de nacionales de terceros países en la Unión.

Esta libre circulación se encuentra íntimamente relacionada con la eliminación de toda forma de discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, respecto de la retribución, el empleo y todo tipo de condiciones de trabajo. A salvo de las razones de orden público, seguridad y salud públicas (como es habitual), la libre circulación de trabajadores implica responder a ofertas efectivas de trabajo; desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros; residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales y permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión.

El segundo conjunto de competencias desarrolla la política social antes comentada y adelantada entre las disposiciones del artículo 3 del TUE. Se encuentra recogida en el Título X del TFUE, y respecto de la misma la UE tiene una competencia de apoyo y complemento, con la cual se pretende alcanzar a través de la elaboración de unas disposiciones mínimas determinados objetivos. Así, el artículo 153 del TFUE establece: a) la mejora, en concreto, del entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores; b) las condiciones de trabajo; c) la seguridad social y la protección social de los trabajadores; d) la protección de los trabajadores en caso de rescisión del contrato laboral; e) la información y la consulta a los trabajadores; f) la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5; g) las condiciones de empleo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión; h) la integración

de las personas excluidas del mercado laboral, sin perjuicio del artículo 166; i) la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo; j) la lucha contra la exclusión social; k) la modernización de los sistemas de protección social, sin perjuicio de la letra c).

En las materias recogidas en las letras c), d), f) y g) el Consejo decidirá con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo y a dichos Comités. En el resto de materias, el Parlamento Europeo y el Consejo decidirán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones. Con esta competencia, la UE pretende una armonización de las legislaciones nacionales que respete aquellas medidas de los Estados miembros que sean más protectoras que las comunitarias.

En tercer lugar, se prevé una ordenación de las relaciones de trabajo a través de la potenciación de la participación de los trabajadores y del diálogo entre interlocutores sociales europeos, que puede derivar en acuerdos convencionales, desarrollado en los artículos 154 y 155 del TFUE. En estos preceptos se prevé que la consulta a estos interlocutores sociales sea fomentada por la Comisión.

En otro de los grupos o conjuntos de competencias, caben destacar aquéllas de la UE en cuestiones directamente relacionadas con la Seguridad Social y el Derecho del Trabajo, que tienen como objetivo alcanzar una armonización de las diferentes realidades sociales que se viven en los distintos Estados miembros de la UE en esta materia, para lo cual no establece en sus normas un contenido común que deban aplicar todos ellos, sino determinadas reglas de articulación. Estas competencias se recogen esencialmente en los artículos 48 y 81 del TFUE.

En quinto lugar, otra materia en la que la UE es competente es en el desarrollo de una política común de asilo, inmigración y control de fronteras exteriores basada en la solidaridad entre Estados miembros que sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países (artículo 67.2 TFUE), en la línea de lo previsto en el artículo tercero del TUE.

Por último, la UE también puede intervenir en política de empleo, que se regula en el Título IX del TFUE. Esta política presenta una intensa influencia económica, que la aparta ligeramente de los estándares sociales del resto de políticas y materias sociales analizadas, y la diferencia de las políticas de empleo de los Estados miembros. El objetivo de la Unión Europea y de los Estados al respecto es desarrollar una estrategia coordinada para el empleo para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico, con vistas a lograr los objetivos previstos en el artículo 3 del TUE. En relación con este propósito, también se prevé competencia de la Unión en materia de formación profesional, respecto de la cual debe desarrollar una política que refuerce y complete las acciones de los Estados

miembros, respetando plenamente la responsabilidad de los mismos en lo relativo al contenido y a la organización de dicha formación (artículo 166 del TFUE).

De la misma manera que la Unión Europea goza de competencias en determinadas materias del ámbito social, hay otras en las que su actuación se encuentra excluida o limitada. Quizás, la más acusada sea la limitación recogida en el artículo 153.5 del TFUE, que prohíbe que la competencia de apoyo y complemento de la Unión recogida en las disposiciones de los apartados anteriores del mismo precepto (relativas a determinados ámbitos, como las condiciones de trabajo o la Seguridad Social y protección social) se aplique a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal. Otra limitación se recoge en el artículo 147 TFUE, que establece que deben respetarse las competencias de los Estados miembros en materia de empleo. También, el artículo 45.4 TFUE prevé que las disposiciones sobre libertad de circulación de trabajadores no puedan aplicarse a los empleados de la Administración Pública. Esta última prohibición ha sido interpretada restrictivamente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[5] al entender que tales excepciones tan sólo deben referirse a los puestos de funcionarios o empleados públicos que supongan una participación directa o indirecta en el ejercicio de poder público o cuyas funciones consistan en la protección de los intereses generales del Estado u otras entidades públicas[6].

Otras de las limitaciones recogidas en el TFUE se basan en determinadas circunstancias económicas o subjetivas. Así, el artículo 153.4 del TFUE, prevé que las disposiciones del precepto no afecten al equilibrio financiero de los Estados miembros, y el artículo 153.2 b) impide que, en determinadas materias en las Unión tiene competencia, establezca trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas. Igualmente, el TFUE contempla limitaciones de carácter formal relativas a la prohibición de que el Parlamento Europeo y el Consejo armonicen las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, recogidas en los artículos 19.2, 149, 153.2, 165.4 y 166.4 de dicho Tratado.

Una vez analizadas las competencias de la Unión Europea, así como sus limitaciones, debe tenerse en cuenta que, en la actuación de la Unión en el ejercicio de aquéllas, rigen una serie de principios. El primero de estos principios es el de subsidiariedad, que se refiere a la manera en la que la Unión ejerce su competencia. Como hemos comentado, sobre la base del principio de atribución de competencias, la UE puede o debe intervenir en determinadas materias con mayor o menor intensidad en función de la potestad otorgada por los Estados miembros en los Tratados; no obstante, conforme al principio de subsidiariedad, recogido en el artículo 5.3 del TFUE, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados

[5] STJUE de 2 de julio de 1996, (Asunto C-473/93).

[6] Martínez Moreno, C., 2023, p. 992.

miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión. Se deduce, por tanto, que la UE debe actuar como último recurso. Huelga decir que, la subsidiariedad, como es lógico, cobra sentido en el ejercicio de las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros.

El respeto del principio de subsidiariedad es susceptible de control ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ya que, al encontrarse recogido en el cuerpo del Tratado de la Unión Europea, forma parte de la legalidad que el Tribunal de Justicia se encuentra obligado a hacer respetar[7]. Se trata, por tanto, de un control judicial a posteriori, conforme al cual los Parlamentos nacionales, a través de los Estados, pueden interponer un recurso de nulidad ante el TJUE contra el acto legislativo ya adoptado por vulneración del principio de subsidiariedad. Asimismo, también existe un control político de prevención, ya que los Parlamentos nacionales pueden controlar que las instituciones de la Unión cumplan con este principio de subsidiariedad. Así, cada Cámara de los Parlamentos nacionales puede emitir un informe sobre las propuestas legislativas que vayan a desarrollarse en el plazo de ocho semanas tras haber recibido una ficha con los pormenores sobre el proyecto legislativo que permiten evaluar si se cumple en el mismo con dicho principio.

Existe una variante propia de este principio en materia social, ya que, en determinadas circunstancias, los interlocutores sociales pueden intervenir en el procedimiento legislativo, conforme a lo establecido en los artículos 154 y 155 del TFUE, posibilidad que se conoce como "subsidiariedad horizontal"[8]. En cualquier caso, ya sea por competencias directamente atribuidas por los Tratados a la Unión Europea o por el principio de subsidiariedad, lo cierto es que la principal competencia legislativa en materia social corresponde a los Estados miembros.

Los otros dos principios que rigen la actuación de la Unión Europea no se refieren exclusivamente al ejercicio de sus competencias compartidas, sino que tienen un carácter general que afecta a todas las competencias. El primero de dichos principios es el de proporcionalidad. A él se refiere el artículo 5 en su apartado cuarto del TUE, al establecer que el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Según el artículo 5 del Protocolo nº2 sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, hace referencia a la ficha que debe enviarse a los Parlamentos nacionales cuando exista un proyecto de acto legislativo en relación con los mencionados principios. Así, establece dicho precepto que la ficha debería incluir elementos que permitan evaluar el impacto financiero y, cuando se trate de una directiva, sus efectos en la normativa que han de desarrollar los Estados miembros, incluida, cuando proceda, la legislación regional. También, debe incluir las razones que justifiquen la conclusión de que un objetivo de la Unión puede alcanzarse mejor en el plano de ésta se sustentarán en indicadores cualitativos y,

[7] Mangas Martín, 2005.

[8] Miranda Boto, 2023ª.

cuando sea posible, cuantitativos. Además, es importante que los proyectos de actos legislativos tengan en cuenta la necesidad de que cualquier carga, tanto financiera como administrativa, que recaiga sobre la Unión, los Gobiernos nacionales, las autoridades regionales o locales, los agentes económicos o los ciudadanos sea lo más reducida posible y proporcional al objetivo que se desee alcanzar.

Por tanto, el principio de proporcionalidad implica que las medidas derivadas de las obligaciones impuestas por las normas de la UE sean las estrictamente necesarias para alcanzar los objetivos planteados. Asimismo, aunque la competencia sea exclusiva de la Unión Europea, el principio de proporcionalidad permite que las autoridades internas puedan desarrollar acciones normativas o ejecutivas en los niveles más cercanos a los ciudadanos. El segundo de los otros principios comunitarios es el principio de "suficiencia de medios", recogido en el artículo 3.6 TUE, que establece que la Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados. Por ello, aunque conforme al principio de proporcionalidad, la UE deba tomar las medidas estrictamente necesarias, actuara con todos los medios.

3. Fuentes del Derecho de la Unión Europea: vertiente social

El sistema normativo de la Unión Europea se basa en dos tipos de fuentes: derecho originario, configurado esencialmente por los Tratados y demás normas constituyentes, y derecho derivado, que emana de las propias instituciones de la Unión Europea.

3.1. Derecho originario

Configuran el Derecho originario de la Unión Europea los Tratados, tanto los constitutivos como aquellos que los modifican, así como las sucesivas actas de adhesión de los Estados, así como los principios generales del Derecho, y ocupan el escalafón más alto dentro de la legislación comunitaria, por lo que gozan de superioridad jerárquica respecto de todas las normas de Derecho derivado. Tras los Tratados constitutivos, actualmente (como hemos tenido ocasión de analizar en el apartado correspondiente), son tres los Tratados en vigor tras la firma del Tratado de Lisboa: el Tratado de la Unión Europea, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el Tratado de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. El primero de ellos recoge las disposiciones y principios generales de la Unión, así como sus normas de organización; el TFUE, más extenso que el TUE, detalla las competencias y poderes de la UE y sus instituciones; por su parte, el tercero, continúa funcionando como tratado independiente.

Además de los Tratados, forman parte del derecho originario los Protocolos anexos a los mismos, las declaraciones, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y las decisiones adoptadas por la UE a las que los Tratados constitutivos otorgan por mandato expreso este rango. Por su parte, los principios

generales del Derecho de la UE, consagrados como constitucionales por el TJUE, se configuran como Derecho originario no escrito[9]. El contenido social de los Tratados ha sido analizado sobre estas líneas. De otro lado, sin ánimo de exhaustividad, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge numerosos derechos de contenido social o relacionados con los mismos. Así, la protección de la dignidad, de la integridad, de la libertad y seguridad, de la libertad de conciencia, religiosa, de reunión y asociación, la prohibición de los tratos degradantes y de la discriminación, se encuentran totalmente relacionados con la materia laboral, pero más específicamente, los derechos recogidos en la Carta sobre la libertad profesional y el derecho a trabajar, la libertad de empresa, la igualdad entre hombre y mujeres en materia de empleo, trabajo y retribución, el reconocimiento de unas condiciones de trabajo justas y equitativas, e incluso la prohibición del trabajo forzado, del trabajo infantil y la protección de los jóvenes en el trabajo. La eficacia vertical de la Carta de Derechos Fundamentales es evidente, puesto que la misma debe ser respetada por los Estados miembros cuando actúan como agentes del Derecho de la UE, así como por aquellas medidas nacionales que apliquen el Derecho de la UE. Su eficacia horizontal, no obstante, es más complicada de apreciar, puesto que no hay una respuesta clara y uniforme por parte del TJUE sobre la posibilidad de invocar la Carta entre particulares[10], a pesar de que algunas sentencias se han pronunciado a favor en materia de discriminación[11].

3.2. Derecho derivado

A raíz de las competencias atribuidas a la Unión Europea (tratadas sobre estas líneas), se origina el denominado Derecho derivado. Éste, se constituye de los actos que adoptan las instituciones comunitarias en cumplimiento de lo encomendado a ellas en los Tratados. En función de si aparecen o no recogidos en dichos Tratados, se tratará de actos típicos o de actos atípicos respectivamente. Los primeros son, esencialmente, los reglamentos, las directivas, las decisiones, que son vinculantes, y las recomendaciones y los dictámenes que no tienen carácter obligatorio. Se elaborarán unos actos u otros en función de lo que establezcan los Tratados (conforme al principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados), pero no existe una relación jerárquica entre ellos, por lo que unos pueden modificar a otros, salvo si se trata de normas base y normas de desarrollo o ejecución, en cuyo caso sí existirá relación de jerarquía entre ellas.

[9] Sobre el valor de las distintas normas de derecho originario consultar Alonso García, R., Andrés Sáenz de Santa María, P., 2022.

[10] Esta situación suele presentarse en el seno de una relación laboral.

[11] STJUE de 17 de abril de 2018 (Asunto C-414/16). Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., 2023, p. 137.

A. Reglamentos

El reglamento es el primer acto típico del Derecho derivado de la Unión. El artículo 288 del TFUE recoge sus características esenciales. Así, el reglamento tiene un alcance general, esto es, produce efectos frente a un conjunto indefinido y abstracto de sujetos y, por tanto, se aplica de forma general y simultánea en todos los Estados miembros. Asimismo, es obligatorio en todos sus elementos, lo que muestra la autoridad absoluta de las instituciones cuando desarrollan este tipo de actos típicos, por lo que los Estados miembros no pueden modificar de ninguna forma su contenido o inaplicarlo total o parcialmente. Por último, es directamente aplicable en cada Estado miembro, es decir, no precisa de ningún instrumento nacional de transposición o de recepción interna de la norma, de hecho, ni siquiera requiere ser publicado en el Diario Oficial nacional de cada Estado. Se trata de aquella norma de carácter europeo más semejante a la ley nacional; no obstante, no ha sido muy empleado para regular la materia social, aunque los reglamentos que se han dictado en este campo son de gran relevancia. Entre ellos, destaca el Reglamento 492/2011, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión, y el Reglamento 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

B. Directivas

Las directivas, al contrario de lo que sucede con los reglamentos, no tienen un alcance general, por lo que los ciudadanos no son sus destinatarios, sino los Estados miembros. Asimismo, no resultan de aplicación directa, sino que precisan de una transposición, es decir, de una adaptación al derecho nacional a través de un instrumento. Obliga, por tanto, al contenido y al resultado que debe conseguirse, dejando a los Estados miembros la facultad de elegir la forma en que transpone, con el fin de que garantizar la utilidad de su efecto, y de igual manera para todo el territorio nacional. A pesar de que no todas las directivas tienen el mismo origen, ni son iguales siempre los trámites para su elaboración o aprobación, el rasgo común a todas ellas es el deber de cumplir con el plazo impuesto por la directiva para su trasposición, que en materia social suele ser de tres años desde su publicación.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado respecto del posible "efecto directo" de las directivas, esto es, que los particulares puedan invocar el contenido de las mismas, los derechos reconocidos en ellas, con independencia de que ya hayan sido transpuestas o no en el ordenamiento jurídico nacional o ya hayan entrado en vigor las normas que las transponen. Sobre ello, cabe resumir que los particulares sí pueden invocar los derechos reconocidos en la directiva de que se trate ante los jueces nacionales, siempre que los términos de la misma sean claros,

precisos e incondicionales[12]. Por otra parte, esta tutela judicial de los derechos previstos en la directiva debe producirse respecto de relaciones verticales, esto es, relaciones entre el Estado (o sus organismos) y particulares. Así, en las relaciones horizontales (entre particulares), la directiva no puede crear obligaciones por sí sola a cargo de un particular o ser invocada contra éste si no ha sido transpuesta al derecho nacional[13]. La obligación de los Estados de cumplir con lo establecido en la directiva y alcanzar el resultado previsto por ésta, se traslada a todas las autoridades públicas y judiciales en el marco de sus competencias. En el caso de que haya habido un incumplimiento grave por parte del Estado miembro en su deber de trasposición de la directiva, el Estado deberá reparar los daños causados a los particulares por no haber adaptado la directiva y, por tanto, haber incorporado al ordenamiento jurídico interno los derechos en ella reconocidos[14].

La mayor parte de las materias de carácter social que son competencia de la Unión han sido desarrolladas por medio de directivas de armonización, o por directivas de mínimos, que pueden ser mejoradas por el Derecho interno. Aquellas directivas que versan sobre el campo del trabajo y el empleo son desarrolladas en unos casos a través del procedimiento ordinario que requiere mayoría cualificada para su aprobación y, en otros, a través del procedimiento especial que exige unanimidad. Cabe destacar que, conforme a lo establecido en el artículo 153.3 del TFUE, los Estados miembros, pueden confiar la aplicación de las directivas en materia laboral a los acuerdos colectivos alcanzados por los interlocutores sociales, así como las decisiones del Consejo adoptadas conforme al artículo 155 del TFUE. En este sentido, puede decirse que los Tratados han acogido en su sistema de fuentes una nueva opción, consistente en la introducción en el contenido de una directiva del Consejo, de una disposición laboral negociada por los interlocutores sociales a petición conjunta de las partes firmantes.

Son numerosas las directivas que se han dictado en materia social, si bien todas ellas pueden agruparse en cuatro bloques en función de la materia que tratan[15]. En primer lugar, podemos encontrar un conjunto de directivas que se dictaron sobre la igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, y que fueron refundidas en el año 2006[16], en la Directiva 2006/54/

[12] STJUE de 4 de diciembre de 1974, (Asunto C-41/74).

[13] STJUE de 26 de febrero de 1986, (Asunto C-152/84).

[14] STJUE de 19 de noviembre de 1991, (Asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90).

[15] Martín Valverde, A., García Murcia, J., 2023, p. 115.

[16] Fueron refundidas y derogadas las siguientes directivas: directiva 75/117/CEE, del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos; 76/207/CEE, el Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (modificada por la Directiva 2002/73/CE, también refundida); 86/378/CE, sobre regímenes profesionales de seguridad social (modificada por la Directiva 96/97/CE); y la Directiva 97/80/CE (modificada por la Directiva 98/52/CE) sobre la carga de la prueba.

CE. Esta directiva, prohíbe la discriminación directa o indirecta entre hombres y mujeres respecto de las condiciones de contratación, acceso al empleo o al trabajo por cuenta propia; las condiciones de trabajo, incluidos los salarios y los despidos; la formación y promoción profesionales y la afiliación a las organizaciones de trabajadores o empresarios. Asimismo, prevé la igualdad en la protección social, esto es, en el marco de los regímenes profesionales de seguridad social. Otras directivas pertenecientes a este grupo son: la Directiva 2000/43/CE de 29 de junio de 2000, relativa al principio de igualdad de trato de las personas con independencia de su origen racial o étnico, y la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

El segundo bloque de directivas recoge aquellas encargadas de la regulación de las condiciones de empleo como, por ejemplo, las relativas a empresas de trabajo temporal (Directiva 2008/104, que según la STJUE de 22 de junio de 2023, (Asunto C-427/21), esta Directiva no es aplicable al caso en que el empleador originario cede de manera permanente a un trabajador a otra empresa), las que versan sobre trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81, que prohíbe la discriminación contra los trabajadores a tiempo parcial y pretende mejorar la calidad de su trabajo), contratos de duración determinada (Directiva 1999/70, que trata de mejorar la calidad del trabajo e imponer principio de no discriminación en el trabajo de duración determinada, así como fijar un marco para evitar abusos), libertad de residencia y de circulación (Directiva 2004/38), despidos colectivos (Directiva 98/59[17]) o relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los casos de sucesión de empresas (Directiva 2001/23) entre otras.

El tercer grupo de directivas en materia laboral que podemos encontrar tiene por objeto las condiciones de trabajo. Así, sin intención de resultar exhaustivos, podemos destacar las siguientes directivas: la Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea[18]; la Directiva 2003/88, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo, la Directiva 2008/94, que tiene por objeto garantizar el pago de los salarios de los trabajadores en caso de que el empresario se encuentre en situación de insolvencia, así como las directivas en materia de seguridad y salud en el trabajo (Directiva 89/391 como marco de referencia, la Directiva 92/85, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, la Directiva 2003/10 sobre el alcance

[17] La STJUE de 11 de julio de 2024, (Asunto C-196/23) dictamina que esta directiva resulta de aplicación en los casos de jubilación del empresario cuando se alcancen los umbrales del despido colectivo. Al respecto consultar Sánchez-Urán Azaña, Y. y De Castro Marín, E., 2024.

[18] Esta directiva ha sido objeto de numerosas críticas y comentarios, principalmente debido a que su objetivo inicial consistía en establecer una definición europea general de trabajador y empleador, que no consiguió cumplirse finalmente. Sobre esta cuestión, Miranda Boto, 2019; Sánchez-Urán Azaña, Y., 2020; Sánchez-Urán Azaña, Y., 2021; Miranda Boto, 2023b.

de la obligación de protección del trabajador frente al ruido, o la Directiva 90/394 sobre exposición a agentes carcinógenos).

Cabe destacar que, en relación con este grupo de directivas y del anterior, tendrá cabida (de tramitarse íntegramente) la Directiva sobre plataformas digitales, cuyo principal objetivo es la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales, para lo cual establece una presunción de laboralidad para las personas que trabajen en ellas, con el fin de protegerlas frente al uso de algoritmos digitales en la toma de decisiones que afecten a sus condiciones laborales y de empleo.

El último conjunto de directivas se refiere a la participación de los trabajadores en la empresa, como la Directiva 2001/86 relativa a dicha participación en la sociedad anónima europea; la Directiva 2002/14 cuyo objeto consiste en establecer un marco general que fije unos requisitos mínimos para el ejercicio del derecho de información y consulta de los trabajadores en las empresas o centros de trabajo situados en la Unión Europea; o la Directiva 2009/38, sobre el comité de empresa europeo.

C. Decisiones

Conforme al artículo 288 del TFUE, las decisiones serán obligatorias en todos sus elementos y, cuando designen destinatarios, sólo serán obligatorias para éstos. La decisión, por tanto, tiene destinatarios individuales, al contrario que el reglamento que, como hemos visto, tiene carácter general. Además, es obligatoria en todos sus elementos, y no sólo respecto del resultado como las directivas. A pesar de no ser un instrumento muy empleado en materia social, sí destacan algunas decisiones en materia de empleo.

D. Actos no vinculantes: *soft law*

Como adelantábamos sobre estas líneas, algunos actos típicos del Derecho derivado de la Unión no son obligatorios sino, más bien, orientativos o descriptivos, y se utilizan para intervenir en aquellos ámbitos en los que no existe competencia que permita actuar mediante los anteriores instrumentos estudiados (por lo que, en derecho social, están siendo cada vez más empleados). Éstos son las recomendaciones y los dictámenes. Las primeras son instrumentos de acción directa, normalmente de contenido político, que tratan de orientar o promover una conducta en u determinado sentido; los segundos, recogen una opinión sobre un asunto concreto.

E. Actos atípicos

Los calificados por la doctrina como "actos atípicos" son aquellos que, a diferencia de los expuestos sobre estas líneas, no se encuentran recogidos en el artículo 288 del TFUE, pero pueden extraerse de la actuación de la Unión o,

incluso, de los Tratados. De un lado, los actos de organización, funcionamiento, preparatorios de las instituciones comunitarias, o de comunicación entre las mismas, son "actos internos". De otro, resoluciones del Consejo, decisiones que no encajan en la delimitación del artículo 288 del TFUE, comunicaciones de la Comisión, acuerdos o declaraciones, son "actos *sui generis*". En materia social, específicamente en relación con el empleo, los Tratados prevén determinadas orientaciones al respecto, pero no especifican qué forma deben revestir en la práctica.

4. Instituciones

Las instituciones de la Unión Europea se encuentran enumeradas en el artículo 13 del TUE, y son el Parlamento Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo y el Tribunal de Cuentas. Según el apartado primero de este artículo, este marco institucional "tiene como finalidad promover sus valores, perseguir sus objetivos, defender sus intereses, los de sus ciudadanos y los de los Estados miembros, así como garantizar la coherencia, eficacia y continuidad de sus políticas y acciones". Por su parte, el segundo apartado de dicho precepto recoge un mandato a las instituciones, conforme al cual, deben actuar dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados, con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos, manteniendo entre sí una cooperación leal. Se establece, así, un principio de equilibrio institucional, tal y como ha afirmado el TJUE en varias de sus sentencias[19]: "con arreglo al art. 13 TUE, apartado 2, cada institución de la Unión actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados con arreglo a los procedimientos, condiciones y fines establecidos en los mismos. Esta disposición constituye la expresión del principio de equilibrio institucional, característico de la estructura institucional de la Unión, que implica que cada una de las instituciones ha de ejercer sus competencias sin invadir las de las demás". Como es lógico, este principio de equilibro institucional no puede ser invocado por los particulares.

Conforme a lo establecido en el artículo 47 TUE, la Unión Europea tienen personalidad jurídica propia, por lo que las instituciones actúan en representación de la misma, pero ellas no tienen personalidad jurídica, a excepción del Banco Central Europeo (artículo 282.3 TFUE). La capacidad de actuación cada institución viene atribuida por los Tratados.

4.1. El Parlamento Europeo

El origen del Parlamento Europeo se encuentra en la Asamblea creada por el Tratado de París, constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, (compuesta por 78 miembros, representantes de los Parlamentos nacionales de

[19] A modo de ejemplo, la STJUE de 22 de mayo de 1990, (Asunto C-70/88); STJUE de 9 de abril de 2024, (Asunto C-551/21).

los países que se integraban en dicha Comunidad). Actualmente, el Parlamento Europeo se encuentra constituido por 705 eurodiputados, que son elegidos por sufragio universal, directo, libre y secreto (es el único organismo de la UE cuyos miembros son elegidos de esta forma, y el número no puede exceder de 750), por un mandato de carácter representativo de 5 años. Además, ningún Estado puede tener más de 96 escaños. El Parlamento representa a los ciudadanos de los Estados miembros, y no a las regiones. Así, los diputados se agrupan conforme a sus afinidades políticas (en grupos políticos) y no por nacionalidad. Dichos grupos políticos están integrados por diputados que han sido elegidos en una cuarta parte de los Estados miembros como mínimo.

Dentro del Parlamento Europeo se organizan distintos órganos políticos encargados de la organización de las actividades, de la programación legislativa, de cuestiones administrativas, etc. Por una parte, la Conferencia de Presidentes está compuesta por el Presidente del Parlamento Europeo y por los presidentes de los grupos políticos, y se encarga de llevar a cabo las relaciones con las demás instituciones de la UE, los Parlamentos nacionales y terceros países, organiza los trabajos del Parlamento Europeo y la programación legislativa, y atribuye competencias a las comisiones y delegaciones. Asimismo, prepara el calendario de la Institución y el orden del día de las sesiones y distribuye los escaños de los diputados en el hemiciclo. Por otra parte, la Mesa del Parlamento Europeo está integrada por el Presidente, los vicepresidente y cinco cuestores elegidos por la asamblea para un período de dos años y medio, renovable. Sus funciones son administrativas y financieras intraparlamentarias, y es competente para todas aquellas tareas relativas al funcionamiento interno del Parlamento. Por otra parte, los cuestores son 5 y miembros de la Mesa, y son los responsables de los asuntos administrativos y económicos que afectan directamente a los diputados y a sus condiciones de trabajo. Por último, la Conferencia de Presidentes de Comisión está integrada por los presidentes de todas las comisiones permanentes y temporales y es el órgano encargado de mantener y mejorar la cooperación entre las comisiones parlamentarias.

Las características esenciales del Parlamento Europeo se encuentran recogidas en el artículo 14 del TUE, mientras que los artículos 223 a 234 del TFUE son los encargados de delimitar las competencias y funciones de la institución. Según esta regulación, cuenta con su propio reglamento interno, gracias a la posibilidad prevista en el artículo 232 del TFUE, además, el Protocolo 6[20] anexo a los Tratados establece que la sede del Parlamento Europeo se encontrará en Estrasburgo, en la que se celebran los 12 periodos parciales de sesiones plenarias mensuales, así como la sesión presupuestaria, mientras que, el resto de las sesiones, se celebrarán en Bruselas. Por su parte, es en Luxemburgo donde se localiza la Secretaría General del Parlamento Europeo y sus servicios.

[20] Protocolo nº6 sobre las sedes de las instituciones y de determinados órganos, organismos y servicios de la Unión Europea.

Respecto de los poderes que corresponden al Parlamento cabe decir que actúa como colegislador, ya que comparte la competencia legislativa, así como la de decidir sobre el presupuesto anual de la UE con el Consejo; ejerce funciones de control político y funciones consultivas, y elige al Presidente de la Comisión. Además, colabora con los parlamentos de los distintos Estados miembros de la UE.

Sobre el primer poder que se le adjudica, esto es, el legislativo, resulta, cuando menos, destacable, que se encuentre compartido con otra institución. Para algunos autores[21] esta situación no resulta excepcional, pues respondería al esquema parlamentario basado en la existencia de dos cámaras representativas (una cámara que representa a los ciudadanos, en este caso, el Parlamento, y otra, a las regiones, en este caso el Consejo representa a los Estados miembros) que trabajan conjuntamente. No obstante, en el momento actual, el Parlamento carece de capacidad para presentar iniciativas legislativas, resultando la Comisión la que goza de esta prerrogativa. Excepcionalmente, el Parlamento puede presentar propuestas a la Comisión sobre determinados asuntos. Así, tiene iniciativa legislativa para la revisión ordinaria de los Tratados (artículo 48.2 TUE) y la revisión de la parte III del TFUE (artículo 48.6 TUE), para realizar una propuesta de decisión al Consejo Europeo para fijar la composición del Parlamento (artículo 15 TUE), y para presentar proyectos sobre el procedimiento de elección de los diputados del Parlamento, sobre el estatuto y condiciones generales del ejercicio de funciones de los diputados, etc.

La función legislativa propiamente dicha se lleva a cabo a través del procedimiento legislativo ordinario o a través del procedimiento legislativo especial. El primero de ellos se recoge en los artículos 289.1 y 294 TFUE, que se inicia con la propuesta de la Comisión simultánea a los Parlamentos nacionales, al Consejo y al Parlamento Europeo, y se basa en un sistema de doble lectura[22] por parte de estas dos instituciones. En el procedimiento especial, los actos se adoptan por una de las dos instituciones (Parlamento Europeo o Consejo) con la aprobación o consulta de la otra institución. De esta forma, el procedimiento ordinario se caracteriza por su uso para la mayoría de los casos y la paridad entre el Parlamento y el Consejo, que adoptan los actos de manera conjunta, y el especial por la preponderancia de uno u otro en función del caso (artículo 289.2 TFUE) y por su carácter esencialmente casuístico.

[21] Sarmiento, D., 2020, p. 72.

[22] Una primera lectura en el Parlamento Europeo, en primer lugar, por parte de las comisiones, que deben examinar su pertinencia conforme a los principios de subsidiariedad, proporcionalidad y respecto de los derechos fundamentales, y en segundo lugar por el Pleno. El Parlamento no tiene plazo para emitir su informe sobre esta primera lectura. A continuación, el Consejo realiza su primera lectura, tras haber remitido su Secretaría General la propuesta de la Comisión a las Representaciones Permanentes de los Estados miembros y al Comité de Representantes Permanentes. El Consejo puede aprobar la posición del Parlamento o no aprobarla y presentar enmiendas. Tras la primera lectura, el Parlamento Europeo y el Consejo tienen un plazo de tres meses para llevar a cabo la segunda lectura.

Por otra parte, el Parlamento también goza de otras funciones y poderes, como el poder de control político sobre la Comisión, que se manifiesta en su potestad de nombrar al Presidente de la Comisión y del colegio de comisarios; control político ordinario, consistente en la obligación a la Comisión a contestar oralmente o por escrito a todas las preguntas que le sean formuladas por el Parlamento Europeo; y, por último, la posibilidad del Parlamento Europeo de someter a la Comisión a una moción de censura. El Parlamento también tiene poderes presupuestarios que comparte con el Consejo, poder de constitución de comisiones de investigación, derecho de petición, y poder de otorgar su voto favorable a la ratificación de acuerdos internacionales en determinados supuestos.

4.2. El Consejo Europeo

El origen del Consejo Europeo se remonta a diciembre de 1974, cuando se celebró en París la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno con el fin de formalizar la práctica llevada a cabo desde 1961 conforme a la cual se reunían los Jefes de Estado y sus Ministros de Asuntos Exteriores con el fin de "organizar una cooperación política más estrecha". A partir del Tratado de Lisboa, el Consejo Europeo pasó a ser considerado una auténtica institución de la Unión Europea, por lo que el 1 de diciembre de 2009 el Consejo Europeo aprobó la Decisión a través de la cual se adoptaba su Reglamento interno conforme a lo previsto en el artículo 235.3 TFUE. Su sede se encuentra en Bruselas, aunque su reglamento interno permite celebrar reuniones extraordinarias en otros emplazamientos.

La función principal del Consejo Europeo es dar a la Unión los impulsos necesarios para su desarrollo y definir sus orientaciones y prioridades políticas generales. Por el contrario, no ejercerá ningún tipo de función legislativa. Dicha función de la orientación y de las prioridades políticas generales de la UE se ve completada por determinados poderes que los Tratados atribuyen al Consejo Europeo. En primer lugar, se prevé una potestad de impulso en Política Exterior y Seguridad Común. Así, conforme los artículos 22.1 y 26.1 TUE, el Consejo Europeo determinará los intereses y objetivos estratégicos de la Unión y fijará los objetivos y definirá las orientaciones generales de la política exterior y de seguridad común, incluidos los asuntos que tengan repercusiones en el ámbito de la defensa. Adoptará las decisiones que resulten necesarias. Por otra parte, conforme al artículo 68 TFUE, el Consejo Europeo definirá las orientaciones estratégicas de la programación legislativa y operativa en el espacio de libertad, seguridad y justicia. En materia de Política Económica, el artículo 121.2 TFUE establece que, sobre la base del informe del Consejo, el Consejo Europeo debatirá unas conclusiones sobre las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y de la Unión. Con arreglo a estas conclusiones, el Consejo, adoptará una recomendación en la que establecerá dichas orientaciones generales. El Consejo informará de su recomendación al Parlamento Europeo. Por último, el TFUE otorga al Consejo Europeo competencia en materia de empleo al determinar en su artículo 148.1 que

El Consejo Europeo examinará anualmente la situación del empleo en la Unión y adoptará conclusiones al respecto, basándose en un informe conjunto anual elaborado por el Consejo y la Comisión.

A pesar de no tener ninguna función legisladora, el Consejo Europeo tiene reconocidos diversos poderes en los Tratados y puede adoptar en determinados casos decisiones individuales con efectos jurídicos, declaraciones y conclusiones. Así, puede nombrar por mayoría cualificada a su Presidente (artículo 15.5 TUE), elegir por unanimidad el sistema de rotación de selección de los miembros de la Comisión (artículo 17.5 TUE), nombrar y cesar por mayoría cualificada, con la aprobación del Presidente de la Comisión, al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (artículo 18 TUE), también al presidente, vicepresidente y miembros del Comité Ejecutivo del Banco Central Europeo por mayoría cualificada, de entre personas de reconocido prestigio y experiencia profesional en asuntos monetarios o bancarios, sobre la base de una recomendación del Consejo y previa consulta al Parlamento Europeo y al Consejo de Gobierno del Banco Central Europeo (artículo 283.2 TFUE) o constatar por unanimidad y a propuesta de un tercio de los Estados miembros o de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo la existencia de una violación grave y persistente por parte de un Estado miembro de los valores contemplados en el artículo 2 TUE tras invitar al Estado miembro de que se trate a que presente sus observaciones (artículo 7.2 TUE). Igualmente, participa en la revisión y modificación de los Tratados (artículo 48.2 y 3 TUE) y recibe las notificaciones de los Estados miembros que deseen retirarse de la Unión Europea y orienta a la Unión para que negocie con dicho Estado (artículo 50.2 TUE).

En determinadas ocasiones, los Tratados conceden al Consejo Europeo un papel de conciliador entre los estados miembros y las instituciones comunitarias. A modo de ejemplo, el artículo 31.2 TUE prevé que el Consejo Europeo pueda ser requerido por el Consejo (por mayoría cualificada) para que adopte una decisión (por unanimidad) en el caso de que un miembro del Consejo declarase que, por motivos vitales y explícitos de política nacional, tiene la intención de oponerse a la adopción de una decisión que se deba adoptar por mayoría cualificada. También puede el Consejo solicitar colaboración del Consejo Europeo cuando un proyecto de directiva afecte a aspectos fundamentales de si sistema de justicia social (artículo 82.3 y 83.3 TFUE), del mismo modo que si perjudicase aspectos importantes del sistema de seguridad social de un Estado miembro del Consejo, así como su ámbito de aplicación, coste o estructura financiera, o afectase al equilibrio financiero de dicho sistema (artículo 48 TFUE).

Según el artículo 15.2 TUE, el Consejo Europeo está compuesto por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros, así como por su Presidente y por el Presidente de la Comisión y participa en sus trabajos el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad. Como se ha comentado, una de las funciones del Consejo Europeo es elegir a su Presidente, que no puede

ejercer mandato nacional alguno, a través de mayoría cualificada para un mandato de dos año y medio que puede renovarse una sola vez. El Presidente puede ser removido de su cargo en caso de impedimento o falta grave (artículo 15.5 TUE), y sus principales funciones son: presidir e impulsar los trabajos del Consejo Europeo, velar por la preparación y continuidad de los trabajos del Consejo Europeo, en cooperación con el Presidente de la Comisión y basándose en los trabajos del Consejo de Asuntos Generales; facilitar la cohesión y el consenso en el seno del Consejo Europeo y presentar un informe al Parlamento Europeo al final de cada reunión.

El Consejo Europeo se reúne dos veces por semestre por convocatoria de su Presidente, que también puede convocar reuniones extraordinarias cuando considere que la situación lo exige. No existe ninguna diferencia jurídica entre las reuniones ordinarias y las extraordinarias más allá de su convocatoria. Las fechas de las reuniones ordinarias se establecen por el Presidente un año antes del comienzo del semestre, y son preparadas por el Consejo de Asuntos Generales. Cuando el orden del día de la reunión lo exija, los miembros del Consejo Europeo podrán decidir contar, cada uno de ellos, con la asistencia de un ministro y, en el caso del Presidente de la Comisión, con la de un miembro de la Comisión.

4.3. El Consejo de la Unión Europea

El origen de esta institución se remonta a 1958, con el Consejo de la Comunidad Económica Europea.

El Consejo es una institución que encarna el principio de representación de los Estados, puesto que en ella se representan los intereses nacionales. Ejerce la función legislativa y presupuestaria, de definición de políticas y de coordinación (artículo 16 TUE). Su sede se encuentra en Bruselas conforme a lo establecido en el Protocolo 6 anteriormente mencionado; sin embargo, dicho protocolo establece también que los meses de e abril, junio y octubre, el Consejo celebrará sus reuniones en Luxemburgo.

Respecto de las funciones enumeradas atribuidas al Consejo en el artículo 16.1 TUE, cabe mencionar una serie de cuestiones. La primera de ellas, la función legislativa, se encuentra compartida con el Parlamento y sometida al poder de iniciativa de la Comisión. Los actos legislativos (reglamentos, directivas o decisiones) se aprueban por el Parlamento Europeo y el Consejo a través del ya comentado procedimiento legislativo ordinario, general para la mayoría de los asuntos (artículo 289.1 TFUE), o del procedimiento especial por el Consejo con una consulta previa al Parlamento en determinados casos, y con su aprobación en otros.

La segunda de las funciones del Consejo, esto es, la presupuestaria, el Consejo adopta la mayor parte de las decisiones presupuestarias de la Unión, en determinados casos con la participación del Parlamento. El Consejo y el Parlamento

deben aprobar el presupuesto anual de la UE (artículos 310 y 314 TFUE) y su marco financiero plurianual (artículo 312 TFUE) y, además, el Consejo, tras consultar al Parlamento, debe decidir sobre las disposiciones aplicables al sistema de recursos propios de la UE. Respecto de la función relativa a la definición de políticas y coordinación, el Consejo debe coordinar y establecer las orientaciones en política económica de la UE (artículo 121.1. y 2 TFUE), además de fijar las medidas en caso de déficit excesivo de un Estado miembro (artículo 126.9 TFUE). Por otro lado, también los Estados miembros pueden consultar en el seno del Consejo (y del Consejo Europeo) las cuestiones de política exterior y de seguridad de interés general con el fin de definir un enfoque común (artículo 32 TUE). También se encarga de coordinar la estrategia de empleo (artículos 145 y 146 TFUE), y en otras materias como industria (artículo 173 TFUE), salud pública (artículo 168 TFUE), políticas nacionales de cooperación al desarrollo (artículo 210 TFUE). Por último, el Consejo también tienen otras funciones relacionadas con la aprobación de los sueldos dietas y pensiones del Presidente del Consejo Europeo, del Presidente de la Comisión, del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, de los miembros de la Comisión, de los Presidentes, miembros y secretarios del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Secretario General del Consejo, así como cualesquiera otros emolumentos de carácter retributivo (artículo 243 TFUE). También propone a los miembros de la Comisión (artículo 17.7 TUE), el nombramiento de los miembros del Tribunal de Cuentas (artículo 286.2 TFUE) y la composición del Comité Económico y Social (artículo 301 TFUE) y del Comité de las Regiones (artículo 305 TFUE).

Las decisiones pueden adoptarse por mayoría simple, cualificada o por unanimidad. En la mayoría simple, todos los Estados poseen un voto de igual valor, y la mayoría se alcanza cuando votan a favor la mayoría de los Estados. Se prevé sólo para un número escaso de supuestos, como, por ejemplo, la aprobación de su reglamento interno y la organización de la Secretaría General (artículo 240.2 TFUE). La mayoría cualificada, por su parte, es el procedimiento común de votación; así, salvo que los Tratados especifiquen otro tipo de mayoría o unanimidad, se vota por mayoría cualificada. Este tipo de mayoría consiste en la obtención de un mínimo del 55 % de los miembros del Consejo que incluya al menos a quince de ellos y represente a Estados miembros que reúnan como mínimo el 65 % de la población de la Unión (artículo 16.4 TUE). La unanimidad, por su parte, está prevista para decisiones especialmente relevantes (las abstenciones no influyen en la unanimidad), como seguridad social, política exterior, defensa o admisión de nuevos Estados miembros entre otras cuestiones.

Actualmente, la composición del Consejo se integra por un representante de cada Estado miembro, de rango ministerial, facultado para comprometer al Gobierno del Estado miembro al que represente y para ejercer el derecho de voto (artículo 16.2 TUE). Dichos ministros pueden ser del Estado, pero también regionales, si son facultados por el Gobierno del Estado miembro para ello. Debe

tenerse en cuenta el sistema constitucional de cada Estado para poder determinar quién puede formar parte del Consejo. Las personas que componen el Consejo pueden variar en función del orden del día que esté previsto para cada Consejo.

El Consejo se reúne en diferentes formaciones conforme a lo establecido en el artículo 16.6 TUE, cuya lista se e adoptará de conformidad con el artículo 236 del TFUE. Actualmente existen diez formaciones, y el TFUE reconoce expresamente dos de ellas: la primera, el Consejo de Asuntos Generales, que vela por la coherencia de los trabajos de las diferentes formaciones del Consejo, prepara las reuniones del Consejo Europeo y garantiza su actuación subsiguiente, en contacto con el Presidente del Consejo Europeo y la Comisión, y se ocupa de la organización y funcionamiento de la UE de manera general, siempre que no correspondan a otro Consejo especializado. La segunda, el Consejo de Asuntos Exteriores, que elabora la acción exterior de la Unión atendiendo a las líneas estratégicas definidas por el Consejo Europeo y vela por la coherencia de la acción de la Unión. A ella asisten los ministros de Asuntos Exteriores.

La Presidencia del Consejo se configura en un sistema dual de presidencias rotatorias para todas las formaciones y una presidencia permanente en el Consejo de Asuntos Exteriores a cargo del Alto Representante de la Unión. La presidencia rotatoria es ejercida por cada Estado miembro en un período de seis meses sucesivamente. El Estado que ostenta la presidencia tiene la función política de coordinar y dirigir los trabajos que se lleven a cabo, velar por cumplir plazos razonables en esta tarea y conciliar los intereses nacionales y la representación. Respecto de la primera de dichas funciones, cabe mencionar que se desarrollan programas anuales en función de las directrices marcadas por el Consejo y se elabora un calendario de sesiones. Además, el presidente realiza la convocatoria y el orden del día tras consultar, con catorce días de antelación, a la Comisión y a las representaciones permanentes para la inclusión de nuevos temas por unanimidad. El presidente decide qué puntos del orden del día son objeto de votación, aunque también pueden solicitar este proceso de votación los Estados miembros o la Comisión siempre que la mayoría de los miembros del Consejo estén de acuerdo con el mismo.

Por otra parte, otros dos órganos prestan ayuda al Consejo. Así, la Secretaría General del Consejo presta asistencia jurídica al Consejo, y está formada por el Secretario General y el Secretario General Adjunto, su Gabinete, algunas Direcciones Generales y el servicio jurídico, todos ellos funcionarios independientes. Asimismo, el Comité de Representantes Permanentes de los Gobiernos de los Estados miembros (formado por los Jefes de Representación Permanente de cada Estado miembro) tiene encomendado por el artículo 16.7 TUE preparar los trabajos del Consejo. Además de esta misión de preparación, el Comité puede adoptar decisiones en las cuestiones previstas en su reglamento interno.

4.4. La Comisión Europea

La Comisión Europea tiene su origen en la Alta Autoridad de la antigua Comunidad Europea del Carbón y del Acero. Está compuesta por 27 comisarios, uno por cada Estado miembro (elegidos de entre sujetos de demostrada competencia, que ofrezcan totales garantías de independencia), que forman un equipo de comisarios y que se organizan de la siguiente forma: un presidente, tres vicepresidentes ejecutivos, un Alto Representante para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad con rango de vicepresidente, 4 vicepresidentes y 18 comisarios. Los miembros de la Comisión no aceptarán ni solicitarán instrucciones de ningún organismo, órgano, institución o gobierno, y se abstendrán de las posibles incompatibilidades relacionadas con el desempeño de sus funciones.

Con sede en Bruselas (salvo determinados servicios que se establecen en Luxemburgo[23]) y con un mandato de duración de cinco años, tiene encomendadas varias tareas. En primer lugar, su misión es defender los intereses de la Unión Europea, por lo que es la encargada de asegurar el cumplimiento de los Tratados en todo su territorio. Tiene, además, iniciativa legislativa, representa a la Unión Europea frente al exterior, y ejecuta el presupuesto, gestiona los programas y ejerce funciones de coordinación, ejecución y gestión.

Respecto del primero de estos poderes, la Comisión puede, conforme a lo previsto en el artículo 337 TFUE "recabar todo tipo de informaciones y proceder a todas las comprobaciones necesarias, dentro de los límites y en las condiciones fijados por el Consejo, por mayoría simple, de conformidad con las disposiciones de los Tratados". Asimismo, las empresas y los ciudadanos pueden denunciar ante la Comisión la violación del derecho de la UE, que la institución debe estudiar, y que le sirven de fuente de información. En el caso de que la Comisión observe una infracción del Derecho de la Unión por parte de una de sus instituciones u organismos, puede interponer ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea un recurso de anulación (artículo 263 TFUE) o por omisión (artículo 265 TFUE).

Igualmente, en la Comisión recae la iniciativa legislativa, es decir, es la única institución europea que propone leyes. En este sentido, el Parlamento y el Consejo tan sólo pueden ejercer sus poderes legislativos cuando la Comisión comience el proceso y realice una propuesta de acto legislativo. De manera inversa, en el caso de que Parlamento y Consejo envíen a la Comisión una invitación de propuesta legislativa, la Comisión puede darle respuesta o no[24].

Por otra parte, las mencionadas funciones ejecutivas constituyen el núcleo esencial de las actividades de la Comisión en la práctica. En un primer lugar, estas funciones ejecutivas tienen un papel en la actividad normativa de la Unión, ya

[23] Previstos en los artículos 7, 8 y 9 de la Decisión de 8 de abril de 1965.

[24] El artículo 17.2 TUE recoge como excepción a esta prerrogativa de la Comisión que *"los actos legislativos de la Unión sólo podrán adoptarse a propuesta de la Comisión, excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa"*, que hemos comentado anteriormente al tratar la institución del Parlamento Europeo.

que la Comisión se encarga de adoptar actos delegados y actos de ejecución; no obstante, los poderes ejecutivos de esta institución suelen centrarse en la ejecución del presupuesto, y en las funciones administrativas de ejecución de programas. Así, el artículo 317 TFUE establece que "La Comisión, bajo su propia responsabilidad y dentro del límite de los créditos autorizados, ejecutará el presupuesto en cooperación con los Estados miembros de conformidad con las disposiciones de los reglamentos (…), con arreglo al principio de buena gestión financiera". Asimismo, la Comisión lleva a cabo acciones de ejecución normativa, a través de actos de ejecución y actos delegados, con el fin de otorgar apoyo al Parlamento y al Consejo.

De otro lado, la Comisión asume la representación exterior de la Unión, es decir, actúa en nombre de todos los países de la Unión ante los organismos internacionales, (especialmente en materia de ayuda humanitaria y política comercial) con excepción de la política exterior y de seguridad común y de los demás casos previstos por los Tratados. Además, negocia los acuerdos internacionales en nombre de la UE.

Por último, y como ya hemos comentado anteriormente, la Comisión está sometida al control del Parlamento. En este sentido, la Comisión tiene una responsabilidad colegiada ante el mismo, y debe presentarle informes periódicamente. Igualmente, el Parlamento Europeo puede votar una moción de censura y destituir a la Comisión.

4.5. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El poder judicial de la Unión Europea está representado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que está compuesto, a su vez, por otros tribunales (Tribunal de Justicia, al Tribunal General y a los tribunales especializados), y que, según el artículo 19 del TUE, garantiza el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados. Esta función jurisdiccional es compartida con el poder de los jueces y tribunales de los Estados miembros, que deben aplicar el Derecho de la Unión y gozar de vías de recurso para ello.

Como hemos dicho, el TJUE es una instancia única compuesta de dos tribunales o instancias. La superior, se denomina Tribunal de Justicia y la intermedia, Tribunal General. El primero de ellos resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales nacionales, algunos recursos de anulación y los recursos de casación. Por su parte, el Tribunal General resuelve los recursos de anulación interpuestos por los particulares, empresas y gobiernos nacionales en determinados supuestos.

A. El Tribunal de Justicia

Conforme al artículo 19.2 TUE, el Tribunal de Justicia está compuesto por un juez de cada Estado miembro y por once Abogados Generales. Ambos son designados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros de

entre personas que ofrezcan absolutas garantías de independencia que reúnan las condiciones requeridas en sus países respectivos para llevar a cabo las más altas funciones jurisdiccionales o que sean jurisconsultos de reconocido prestigio, previa consulta de un comité independiente[25] que dictamina la idoneidad de los candidatos para el puesto, conforme a lo previsto en el artículo 255 TFUE. Los jueces tienen un mandato de seis años con posibilidad de renovación y eligen de entre ellos por mayoría y mediante votación secreta, a un Presidente y un Vicepresidente por un período de tres años renovable.

Los Abogados Generales, como miembros del Tribunal de Justicia, se encargan de presentar, siguiendo siempre los principios de imparcialidad e independencia, las conclusiones (dictámenes jurídicos que recogen una propuesta de solución al litigio motivada) en los asuntos que se les asignan, con el fin de facilitar a los jueces su tarea de dictar sentencia. Dichas conclusiones no vinculan al Tribunal, ni producen efectos entre las partes ni frente a terceros; no obstante, resultan fundamentales para el proceso y la comprensión del litigio, además de, en muchas ocasiones, la resolución final. Inicialmente, el Tratado de Niza fijó en ocho el número de abogados generales; no obstante, a la vista del incremento en la carga de trabajo, el Tratado de Lisboa estableció la posibilidad (aplicada en 2013) de aumentar el número de abogados a once[26].

Por último, cabe destacar que no resulta de aplicación a los abogados generales la jurisprudencia del TEDH relativa a la imparcialidad y al principio de procedimiento contradictorio (artículo 6 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), debido a que, como se ha mencionado sobre estas líneas, los abogados generales son miembros de la propia institución del Tribunal de Justicia, por lo que, tal y como recoge el auto Emesa Sugar[27], *"al situarse fuera del debate entre las partes, las conclusiones abren la fase de deliberación del Tribunal de Justicia. Por tanto, no se trata de una opinión destinada a los Jueces o a las partes que emana de una autoridad ajena al Tribunal de Justicia o «que toma su autoridad de la de un Ministerio Público» (sentencia Vermeulen c. Bélgica, antes citada, apartado 31), sino de la opinión individual, motivada y expresada públicamente, de un miembro de la propia Institución. En consecuencia, el Abogado General participa pública y personalmente en el proceso de elaboración de la decisión del Tribunal de Justicia y, por tanto, en el cumplimiento de la función jurisdiccional encomendada a este Tribunal. Además, las conclusiones se publican junto con la sentencia del Tribunal de Justicia"*.

El Tribunal de Justicia puede actuar en Pleno (en casos excepcionales recogidos en su Estatuto), en Gran Sala, con quince jueces (cuando lo solicite

[25] Decisión del Consejo, de 25 de febrero de 2010, por la que se establecen las normas de funcionamiento del comité previsto en el artículo 255 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

[26] 2013/336/UE: Decisión del Consejo, de 25 de junio de 2013, por la que se aumenta el número de abogados generales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

[27] STCE, Auto de 4 de febrero de 2000, (Asunto C-17/98).

un Estado miembro o institución parte del procedimiento) o en Salas de cinco o tres jueces (para el resto de los asuntos). Los procedimientos de los que conoce el Tribunal de Justicia son: la cuestión prejudicial, el recurso por incumplimiento, el recurso de anulación, el recurso por omisión, los recursos de casación.

B. Tribunal General

Anteriormente denominado Tribunal de Primera instancia, fue creado con el fin de reducir el volumen de trabajo del Tribunal de Justicia y mejorar la protección de los justiciables, puesto que se encargaba de los asuntos de mayor complejidad, para los que el Tribunal de Justicia no estuviera equipado de la manera correcta. Su denominación actual se estableció con el Tratado de Lisboa, y está compuesto por dos jueces de cada Estado miembros, nombrados del mismo modo que los jueces del Tribunal de Justicia y con un mandato igual. No dispone del trabajo de los abogados generales (a pesar de que el artículo 254 TFUE establece que el Estatuto del TJUE pueda permitir su asistencia), aunque la tarea realizada por éstos para el Tribunal de Justicia puede ser, en el caso del Tribunal General, confiada en determinadas ocasiones a un Juez, que actuará, tal y como hacen los abogados generales, con total imparcialidad e independencia, y no ejercerá como Juez en ese litigio. Este Tribunal puede funcionar en Gran Sala (quince Jueces, en aquellos casos que la importancia o dificultad del caso lo requieran), en Salas de tres o cinco Jueces, o en algunos casos, con un Juez único.

El Tribunal General es competente para conocer de: recursos interpuestos por personas físicas o jurídicas para obtener la anulación de los actos de las instituciones, órganos u organismos de la Unión Europea de los que sean destinatarias o que les afecten directa e individualmente, y contra actos reglamentarios que les afecten directamente; recursos formulados por los Estados contra la Comisión, contra el Consejo por sus actos en materia de ayudas de Estado, defensa comercial y ejecución; recursos para la reparación de daños causados por las instituciones y organismos de la UE; por la previsión de competencia del Tribunal General en los contratos celebrados por la UE; en materia de propiedad intelectual contra la EUIPO y OCVV; de los litigios entre instituciones de la UE y su personal en materia de trabajo y Seguridad Social. Las resoluciones dictadas en cuestiones de Derecho por el Tribunal General son susceptibles de ser recurridas en casación ante el Tribunal de Justicia en un plazo de dos meses.

Por último, el artículo 257 TFUE ofrece al Parlamento y al Consejo la posibilidad, mediante el procedimiento legislativo ordinario, de crear tribunales especializados adjuntos al Tribunal General, cuyas resoluciones son susceptibles de ser recurridas en casación ante éste. El único tribunal especializado creado hasta el momento fue el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea[28] en 2004, que

[28] Creado mediante la Decisión del Consejo, de 2 de noviembre de 2004, por la que se crea el Tribunal de la Función Pública de la Unión Europea, que actualmente se encuentra derogada por Reglamento (UE, Euratom) 2016/1192 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativo a la

conocía de los asuntos surgidos entre las instituciones de la UE y sus empleados. En 2016 fue disuelto y sus funciones fueron transferidas al Tribunal General.

4.6. El Banco Central Europeo

Creado el 1 de junio de 1998, el Banco Central Europeo trabaja con los bancos centrales nacionales de los Estados Miembros de la Unión Europea. Se encuentra regulado de los artículos 127 a 133 y 282 a 284 TFUE, así como en el Protocolo nº4 sobre los Estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo que, al encontrarse anexo al TUE y al TFUE, goza de la condición de derecho originario.

Con sede en Frankfurt, según el artículo 282 TFUE, tiene personalidad jurídica propia y sus funciones principales consisten en gestionar el euro, mantener la estabilidad en los precios y dirigir la política económica y monetaria de la UE. Orgánicamente se estructura en: un Consejo de Gobierno, encargado de tomar las decisiones y compuesto por los miembros del Comité Ejecutivo y por los gobernadores de los bancos centrales nacionales de los Estados miembros cuya moneda es el euro; debe reunirse al menos diez veces al año; un Comité Ejecutivo, encargado de aplicar las decisiones y de la gestión ordinaria del BCE, compuesto por el presidente, el vicepresidente y otros cuatro miembros; y un Consejo General, encargado de llevar a cabo una labor consultiva y de coordinación, y compuesto por el presidente y el vicepresidente del BCE y por los gobernadores de los bancos centrales nacionales.

4.7. El Tribunal de Cuentas

El Tribunal de Cuentas está compuesto por un nacional de cada Estado miembro, nombrados para un periodo de seis años, de entre los que eligen ellos mismo a un Presidente por un mandato de tres años. Son elegidos de entre personas que garanticen total independencia y pertenezcan o hayan pertenecido a instituciones de control o se encuentren especialmente cualificadas para ello.

La misión principal del Tribunal de Cuentas es la fiscalización de todas las cuentas de la Unión Europea y la buena gestión financiera, tal y como recoge el artículo 287.1 TFUE, a través de la realización de un estudio acerca de la regularidad de los ingresos y gastos y de su legalidad. En aplicación de esta labor fiscalizadora, el Tribunal elabora informes anuales que presenta al Parlamento Europeo y al Consejo, y puede requerir para ello información a las instituciones y organismos de la UE, Estados miembros, así como personas físicas o jurídicas que perciban fondos de la Unión (artículo 287.3 TFUE). Por último, también puede emitir dictámenes tras ser consultado por el Consejo.

transferencia al Tribunal General de la competencia para conocer, en primera instancia, de los litigios entre la Unión Europea y sus agentes.

5. Bibliografía

Alonso García, R. (2014): *Sistema jurídico de la Unión Europea*, ed. Cizur Menor.

Alonso García, R., Andrés Sáenz de Santa María, P., (2022): *El sistema europeo de fuentes,* ed. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

Martín Valverde, A., García Murcia, J. (2023): *Derecho del Trabajo*, ed. Tecnos.

Mangas Martín, A., Liñán Nogueras, D.J. (2020): *Instituciones y Derecho de la Unión Europea,* ed. Aranzadi.

Mangas Martín, A., (2005): "El control del principio de subsidiariedad", en *La constitucionalización del proceso de integración europea*, ed. Ministerio de Asuntos Exteriores, Escuela Diplomática.

Martínez Moreno, C. (2023): "El concepto de trabajador" en Casas Baamonde, M.E., García-Perrote Escartín, I., Gil Alburquerque, R., Gómez García-Bernal, A., Sempere Navarro A.V. (dirs.): *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, ed. BOE.

Miranda Boto, J.M. (2023a): "Competencias, fuentes y papel de las instituciones de la UE en materia social" en Casas Baamonde, M.E., García-Perrote Escartín, I., Gil Alburquerque, R., Gómez García-Bernal, A., Sempere Navarro A.V. (dirs.): *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, ed. BOE.

Miranda Boto, J.M. (2023b): *Condiciones de trabajo transparentes y previsibles: desafíos para el Derecho español en la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152*, ed. Tirant lo Blanch.

Miranda Boto, J.M. (2019): "Algo de ruido. ¿cuántas nueces? la nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y su impacto en el derecho español", en Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, nº 149.

Miranda Boto, J.M. (2009): *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, ed. Thomson Reuters Aranzadi.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2023): "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ámbito de aplicación y eficacia" en Casas Baamonde, M.E., García-Perrote Escartín, I., Gil Alburquerque, R., Gómez García-Bernal, A., Sempere Navarro A.V. (dirs.): *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, ed. BOE.

Sánchez-Urán Azaña, Y., De Castro Marín (2024): "El modelo español de Despido colectivo. Entre adecuación al Derecho de la UE y respuesta a la realidad socioeconómica", en Revista justicia & trabajo, nº1.

Sánchez-Urán Azaña, Y., (2021): "Concepto de Trabajador y Economía Digital: Respuesta en el contexto internacional y en el Derecho de la UE", en Revista Derecho Social y Empresa, nº14.

Sánchez-Urán Azaña, Y., (2020): "Concepto de trabajador en el derecho de la Unión Europea y en la Jurisprudencia del TJUE", en Revista Española de Derecho del Trabajo, nº232.

Sarmiento, D. (2020): *El derecho de la Unión Europea*, ed. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

CAPÍTULO CUARTO. Libre Circulación de Trabajadores

Yolanda Sánchez-Urán Azaña
Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0003-1296-546X

Sumario: 1. Introducción. 2. Libre Circulación de Trabajadores: Derecho básico en la Unión Europea. 3. Ámbito Personal de la Libre circulación de trabajadores. Concepto de trabajador en el Derecho de la UE. 3.1. El Test Lawrie-Blum y su posterior recepción 3.2. La noción de "actividad económica". Trabajo auténtico o efectivo versus trabajo marginal o accesorio. 3.3. Superación del criterio cuantitativo remuneratorio 3.4. Vínculo jurídico. 3.5. Dependencia o subordinación. 4. Extensión del concepto de trabajador y supuestos especiales. 4.1. Trabajador, prestador de servicios autónomo y falso autónomo. 4.2. Trabajador migrante. Concepto extensivo. 4.3. Familia del trabajador. 4.4. Ciudadanos económicamente no activos y la vinculación económica indirecta o mediata del ciudadano de la UE con el mercado laboral del Estado de acogida. 5. Contenido del derecho a la libre circulación y limitaciones. 5.1. Contenido básico. 5.2. Contenido adicional o específico. 5.3. Restricciones o limitaciones. A. Por orden público, seguridad y salud públicas. B. Restricciones relacionadas con el empleo en las AAPP. C. Otras consideraciones. Los efectos del Brexit en la libre circulación. 6. Bibliografía.

1. Introducción

El Tratado de Roma de 23 de marzo de 1957 crea la Comunidad Económica Europea, un mercado común de integración y crecimiento económico a través del comercio, con fundamento en la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales.

En relación con la libre circulación de las personas, asienta como uno de sus objetivos específicos "mejorar las condiciones de vida y de trabajo de sus ciudadanos", garantizando el empleo, una nivelación de condiciones laborales y una adecuada protección en materia de Seguridad Social.

La expresión "personas" refiere a la libre circulación de los sujetos que participan en el sistema productivo y económico[1]. Por un lado, a quienes emprenden actividades y toman iniciativas empresariales (libertad de establecimiento); por otro, a quienes ofrecen sus prestaciones o servicios profesionales al mercado (libertad de prestación de servicios); y en fin a quienes realizan actividades laborales o profesionales por cuenta de otro (libertad de circulación de trabajadores).

Estos principios se consolidan en la Comunidad Europea, posterior Unión Europea (tratado constitutivo de 1992, firmado en Maastricht; modificado en 1997 a través del Tratado de Ámsterdam; 2002 a través del Tratado de Niza; y 2007 por el Tratado de Lisboa). Conviene advertir que el Tratado de Lisboa modifica también el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea que pasa a ser el Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante, TFUE).

Desde los años 60 del SXX hasta la actualidad el contexto social y económico de la libre de circulación de personas en la UE ha cambiado profundamente. Nuevas relaciones de familia, por ejemplo, o situación de alto desempleo, bajo o negativo crecimiento, tasas demográficas casi nulas han servido en la actualidad para volver a planteamientos que se pudieran entender superados o para reafirmar tendencias más propias de los años noventa del SXX. Inicialmente la libertad de circulación se conectó a un actividad económica (empleo o establecimiento de un negocio) como mecanismo para facilitar el objetivo económico del mercado común. Posteriormente, se extiende también a los extrabajadores. A mediados de los años 70 del SXX se inicia por el TJUE una interpretación amplia del ámbito de aplicación de las normas comunitarias sobre libre circulación hacia diferentes categorías de ciudadanos económicamente inactivos (demandantes de empleo, estudiantes, entre otros). En los años 90 del SXX se promulgan diferentes directivas orientadas a fijar las reglas mínimas, comunes, del derecho o libertad de circulación de los ciudadanos comunitarios con la finalidad de establecer los estándares de solidaridad financiera de los Estados Miembros. Y en la actualidad, introducida la "Ciudadanía de la Unión", parece replanteada por el TJUE y por algunos Estados Miembros para, atendiendo a un contexto socioeconómico de dificultad, proponer un control futuro a la migración comunitaria y promover un acceso limitado, en particular, a los beneficios sociales del Estado de acogida.

La libre circulación de personas debe cohonestarse con la "ciudadanía de la Unión", art. 20 TFUE, asentada en el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad y que garantiza a todo ciudadano de la Unión Europea el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros, "con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación" (art. 21.1 TFUE).

Asimismo, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2000, en su artículo 45 incluye el derecho de libre circulación de las personas en la

[1] García Murcia, 2016, p. 9.

categoría de derecho fundamental. Y, aunque el precepto no alude a limitaciones que pudieran condicionarlo, hay que relacionarlo con las restricciones y matizaciones que expresa el TFUE, art. 21.1, *supra* citado, y con los preceptos incluidos en los Capítulos sobre libre circulación, tal y como se analizará posteriormente, en los que se alude a razones de orden público, seguridad y salud públicas como justificativas de esas limitaciones.

2. Libre Circulación de Trabajadores: Derecho básico en la Unión Europea

La libre circulación de trabajadores, es decir de movimiento de las personas con fines de empleo y de trabajo, se ha configurado hoy como un derecho básico en la Unión Europea.

En el Derecho Originario, el Título IV del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece la base jurídica de esa libertad de circulación. Con fundamento en su art. 26, que constituye un "mercado interior" como espacio sin fronteras interiores en el que el principio de libre circulación está garantizado "de acuerdo con las disposiciones de los Tratados", hay que prestar atención a los arts.45-48, de los que cabe extraer sus rasgos esenciales. A saber: principio fundamental de los ciudadanos de la UE; pilar básico del mercado común interior europeo; y derecho fundamental de los trabajadores que complementa a la libre circulación de bienes, capitales y servicios en el mercado único europeo.

La Carta de Derechos Fundamentales de la UE, 2020, incluye dentro del Capítulo Segundo, "libertades", las de buscar empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado Miembro (art. 15.2). En su Capítulo Tercero, "igualdad", prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad (art. 21.2), "sin perjuicio de las disposiciones particulares" de los Tratados de la UE. Y en su Capítulo V, entre los que califica como "derechos de ciudadanía", menciona los de circular y residir libremente en el territorio de los Estados Miembros (art. 45).

En el Derecho Derivado, y por orden cronológico, hay que tener en cuenta las normas de la UE siguientes:

– Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Esta Directiva introduce la ciudadanía de la Unión como condición fundamental de los ciudadanos de los Estados miembros cuando ejercen su derecho de libre circulación y residencia en el territorio de la Unión.

  Establece un sistema gradual de residencia que se determina en función de la duración de la misma: Hasta tres meses, más de tres meses y de larga duración o permanente (arts.6º, 7º y 16, respectivamente). En relación con el período de residencia superior a tres meses, en la norma se aprecia

una conexión evidente entre ese derecho y el trabajo, diferenciando en este nivel entre ciudadanos económicamente activos y ciudadanos económicamente no activos, con la finalidad de determinar la amplitud o extensión de su derecho a la igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad, en los términos previstos en el art. 24 de la Directiva.
Así, para los económicamente no activos, la prolongación de su derecho de residencia (más de tres meses) en el Estado diferente al de su nacionalidad se condiciona a un requisito no definido por las normas comunitarias y tradicionalmente exigido por el Derecho de la UE sobre libre circulación, a saber, que demuestren una solvencia económica, es decir, que dispongan de recursos individuales/familiares y de un seguro de enfermedad, permitiendo (no exigiendo) la norma comunitaria a los Estados Miembros no sólo que establezcan en sus legislaciones nacionales estas limitaciones sino, además, que los de acogida limiten o excluyan el acceso a sus prestaciones de asistencia social (art. 24.2 en relación con el art. 14.1 Directiva 2004/38) para evitar que el ciudadano económicamente no activo se convierta en una "carga excesiva" para ese Estado.
A los ciudadanos que hayan residido legalmente durante un período continuado de cinco años en el Estado de acogida se les reconoce el derecho a residir permanentemente, con independencia de que sea un ciudadano económicamente activo o inactivo.

- Reglamento (CE) n.º 492/2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la UE. El Capítulo I establece normas relativas al empleo, la igualdad de trato y las familias de los trabajadores.
- Reglamento (UE) n.º 2019/1149, por el que se crea la Autoridad Laboral Europea. Es una iniciativa en el marco del pilar europeo de derechos sociales y sus principales objetivos son garantizar una mejor aplicación de las normas de la Unión en materia de movilidad laboral y coordinación de la seguridad social, prestar servicios de apoyo a los trabajadores móviles y a los empleadores, apoyar la coordinación entre los Estados miembros en materia de aplicación a escala transfronteriza, incluidas inspecciones conjuntas y mediación para resolver litigios transfronterizos, y promover la cooperación entre los Estados miembros en la lucha contra el trabajo no declarado.

La Agencia integra o absorbe diversas iniciativas europeas anteriores relacionadas con la movilidad laboral, en particular el portal de movilidad laboral, EURES (Red Europea de Servicios de Empleo), y la plataforma europea de lucha contra el trabajo no declarado.

3. Ámbito Personal de la Libre circulación de trabajadores. Concepto de trabajador en el Derecho de la UE

El artículo art. 45 TFUE refiere a los "trabajadores" sin aportar definición alguna. No expresa que se trate sólo de trabajadores por cuenta ajena, asalariados, y ha sido el TJUE quien a partir de la STJUE 3 de julio de 1986 (Asunto C-66/85) configura un concepto autónomo, comunitario de trabajador, que cabe calificar como "test Lawrie-Blum" y adelanta las que serán señas de identidad en esta materia[2]. Con anterioridad a esta decisión, ya advirtió el TJUE:

1. Los términos «trabajador» y «actividad por cuenta ajena» no pueden definirse remitiéndose a las legislaciones de los Estados miembros, sino que tienen un sentido comunitario[3]. De lo contrario, las normas comunitarias sobre la libre circulación de los trabajadores perderían su razón de ser por cuanto el contenido de dichos términos podría fijarse y modificarse unilateralmente por las legislaciones nacionales, sin ningún control por parte de las Instituciones de la Comunidad, excluyendo a su arbitrio a determinadas categorías de personas de los derechos que establece el Tratado[4].

2. En el marco de la libre circulación el concepto no puede interpretarse restrictivamente porque delimita el ámbito de aplicación de una de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado[5].

3.1. El Test Lawrie-Blum y su posterior recepción

En esta sentencia se planteaba al TJUE la cuestión siguiente: si una profesora en período de prácticas (en el caso nacional británica), que, al amparo del estatuto de funcionarios, cubre un servicio preparatorio para la profesión docente en otro país de la UE (en el caso, Alemania), en cuyo transcurso desempeña funciones remuneradas impartiendo cursos, debe considerarse como un trabajador, en el sentido del artículo 48 del Tratado CEE (hoy art. 45 TFUE).

El TJUE concluyó en dicha resolución:

- El fundamento: la libre circulación de los trabajadores es uno de los principios fundamentales de la Comunidad.
- La consecuencia: el concepto de trabajador a estos efectos debe tener una interpretación uniforme, comunitaria y autónoma respecto de la formulada por las legislaciones nacionales.

[2] Sánchez-Urán Azaña, 2017, p. 45.

[3] STJUE de 19 de marzo de 1964 (Asunto C-75/63).

[4] STJUE de 23 de marzo de 1982 (Asunto C-53/81).

[5] STJUE de 23 de marzo de 1982 (Asunto C-53/81).

- La razón: se impide que los Estados Miembros modifiquen a su voluntad el concepto y, en consecuencia, eliminen la protección prevista por el TFUE a estas personas.
- El concepto: se basa en un criterio objetivo de definición de la relación laboral (*employment relationship* en la versión inglesa) en torno a "los derechos y deberes" de los sujetos (obligaciones recíprocas o "m*utuality of obligations*", en la orientación doctrinal anglosajona) y se define como la realización por una persona, "*durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración*".
- El test-trabajador: gira en torno a los tres criterios acumulativos (dependencia, remuneración y "actividad económica") que el TJUE considera necesarios para que haya relación laboral.

El análisis de las sentencias posteriores arroja un resultado ciertamente heterogéneo, apreciándose al respecto pronunciamientos que seleccionan sólo algunos de los criterios de aquella sentencia, que se consideran pertinentes para el caso concreto; y otros que perfilan o concretan o aclaran esa definición o algunos de sus elementos.

Debe aclararse aquí, en relación con el procedimiento de remisión prejudicial, atendiendo a la estrecha cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el TJUE, la referencia recurrente a que se trata de un reparto de funciones entre ellos, al tiempo que constituye "un instrumento a través del cual el Tribunal de Justicia aporta a los órganos jurisdiccionales nacionales los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que precisan para resolver los litigios de que conocen"[6]. De modo que una de las características esenciales del sistema de cooperación judicial consiste en que el TJUE responde en términos más bien abstractos y generales a una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión que se le plantea, mientras que corresponde al órgano jurisdiccional remitente resolver el litigio de que conoce teniendo en cuenta la respuesta del Tribunal de Justicia.

Por tanto, en lo que concierne a la definición del concepto de trabajador, corresponde al Tribunal Nacional:

- Efectuar las comprobaciones de hecho necesarias para determinar si el interesado, en el caso concreto planteado, puede ser considerado trabajador en el sentido de la jurisprudencia del TJUE[7].
- Fundamentar su examen en criterios objetivos y evaluar en su conjunto todas las circunstancias del caso, teniendo en cuenta tanto la naturaleza de las actividades de que se trate como la relación entre las partes interesadas (por ejemplo, en relación con el trabajo de corta duración,

[6] STJUE de 4 de febrero de 2001 (Asunto C-14/09).

[7] STJUE de 26 de febrero de 1992 (Asunto C-357/89).

en el caso camarera en una empresa de restauración, STJUE de 16 de noviembre de 2003 (Asunto C-413/01)[8].

En relación con los que el TJUE considera "criterios objetivos", opta por una delimitación negativa, advirtiendo de los factores "irrelevantes" para apreciar la existencia o no de la relación de trabajo. Así, entre otros:

Los relativos al comportamiento del interesado antes y después del período de empleo[9]. De modo que el eventual abuso de derecho no puede tener ninguna relación con la respuesta a la pregunta de si una persona es un trabajador en el sentido del artículo 45 del TFUE. En la STJUE de 16 de noviembre de 2003 (Asunto C-413/01) se afirma:

> *"en lo que respecta al argumento de que el órgano jurisdiccional remitente está obligado a verificar, basándose en las circunstancias del presente caso, si la demandante en el litigio principal, de modo abusivo, buscó crear una situación que le permitiera invocar la condición de trabajadora conforme al artículo 48 del Tratado, con el objetivo de conseguir las ventajas vinculadas a dicha condición, basta señalar que el eventual uso abusivo de los derechos concedidos por el ordenamiento jurídico comunitario en virtud de las disposiciones relativas a la libre circulación de los trabajadores presupone que la persona interesada está comprendida en el ámbito de aplicación ratione personae de dicho Tratado, al cumplir los requisitos para ser calificada como «trabajadora» en el sentido de la referida disposición. De lo anterior se deduce que la problemática del abuso de derecho no puede afectar a la respuesta a la primera cuestión".*

O los motivos que pueden haber impulsado a un trabajador de un Estado miembro a buscar empleo en otro Estado miembro[10].

Sin que sea necesario expresar la relación jurídica exacta en virtud de la cual se ejecutan las prestaciones de servicios en un caso concreto (por ejemplo, la de entrenador en una Federación ciclista); estimando que la norma de no discriminación se extiende, en idénticos términos, al conjunto de las prestaciones de trabajo o de servicios[11].

En definitiva, el TJUE interpreta extensivamente el concepto de trabajador a estos efectos, si bien deben añadirse al respecto rasgos o elementos

[8] Ver también sobre Directivas "laborales", en concreto sobre la Directiva 2003/88 sobre tiempo de trabajo, STJUE de 26 de marzo de 2015 (Asunto C-316/13), respecto de actividades ejercidas por los discapacitados en el CAT «La Jouvene» que, si bien adaptadas a las capacidades de las personas interesadas, también tienen una cierta utilidad económica y productiva, por reducida que sea. Y STJUE de 14 de octubre de 2010 (Asunto C-428/09), en relación con contratos de participación en la educación que ejercen actividades ocasionales y de temporada en centros de vacaciones y de ocio.

[9] SSTJUE de 16 de noviembre de 2003 (Asunto C-413/01) y 21 de febrero de 2013 (Asunto C-46/12).

[10] STJUE de 21 de febrero de 2013 (Asunto C-46/12).

[11] SSTJUE de 12 de diciembre de 1974 (Asunto C-36/74), sobre entrenador de Federación ciclista; de 14 de julio de 1976 (Asunto C-13/76), sobre jugadores de fútbol.

complementarios, que refieren, respectivamente, al carácter de la actividad y al nexo existente entre las partes en la relación jurídica de prestación de servicios.

3.2. La noción de "actividad económica". Trabajo auténtico o efectivo versus trabajo marginal o accesorio

Como regla, el TJUE define el término "prestación" como "actividad económica" que sea "real (efectiva) y genuina".

Lo que en el ámbito de la Libre Circulación de Trabajadores (de la que se importa al ámbito laboral propiamente dicho) refiere a la situación de quienes se consideran "económicamente activos" en el Derecho de la UE[12].

Esta expresión puede ser objeto de una interpretación amplia o por el contrario más limitada o incluso restrictiva, de modo que, según cuál sea el significado, el concepto de trabajador a efectos de aplicación de las normas de las UE será también más amplio o más restrictivo y, en consecuencia, también más o menos extenso el ámbito personal de la regla de protección que aquéllas dispensan.

En principio, no es posible extraer ninguna conclusión con respecto a la condición de una persona que realiza actividades a partir del trabajo realizado o de una comparación de su trabajo y el realizado por otra persona[13]. De modo que las actividades a que se refiere el artículo 56 del TFUE no deben distinguirse por su naturaleza de las del artículo 45 del TFUE, sino únicamente por el hecho de que no se ejercen en virtud de un contrato de trabajo[14].

Si bien hay algunos casos en la jurisprudencia del TJUE en los que el criterio (realización de actividad económica) es relevante (tal es el caso de la distinción entre actividad deportiva y actividad económica en el ámbito de la formación de equipos nacionales[15]), en ese mismo sector, sin embargo, deportistas profesionales o semiprofesionales que tienen un empleo remunerado o prestan un servicio remunerado realizan actividades económicas[16].

De ahí que no se cuestione la calificación como actividades económicas atendiendo al ámbito concreto en que esa actividad se desarrolla (por ejemplo, en

[12] En este sentido SSTJUE de 12 de diciembre de 1974 (Asunto C-36/74), en relación con la práctica del deporte; de 14 de julio de 1976 (Asunto C-13/76) sobre jugadores de fútbol; 31 de mayo de 1989 (Asunto C-344/87) sobre actividad en el ámbito del empleo social.

[13] STJUE de 17 de julio de 2008 (Asunto C-94/07). En el caso, tareas de investigación y preparación de una tesis doctoral.

[14] STJUE de 12 de diciembre de 1974 (Asunto C-36/74).

[15] Distinción entre el interés meramente deportivo y la actividad económica en STJUE de 12 de diciembre de 1974 (Asunto C-36/74); STJUE de 13 de abril de 2000 (Asunto C-176/96). .

[16] SSTJUE de 15 de diciembre de 1995 (Asunto C-415/93); de 13 de abril de 2000 (Asunto C-176/96).

el ámbito de la educación[17] o en el de la salud[18]); por la naturaleza de la relación entre las partes (por ejemplo, un vínculo religioso[19]) o la relación de parentesco o de pareja. En efecto, las relaciones personales y patrimoniales entre esposos derivadas del matrimonio no excluyen la existencia, en el marco de la organización de la empresa, de un vínculo de dependencia característico de una relación laboral[20].

La apariencia de concreción tiene anverso, en sentido positivo, en tanto, se dice, se ha de tratar de un "trabajo auténtico y efectivo"; y reverso, en sentido negativo, que no sea "puramente marginal y accesorio". Si bien en la concreción hay apego al caso concreto y a las circunstancias en las que se desarrolla la prestación de servicios en el supuesto específico.

Aunque indicábamos más arriba que la naturaleza de la actividad no es elemento decisivo para determinar que se trata de una actividad económica, sí lo es, por el contrario, para calificar a la misma como genuina o efectiva[21].

Lo que pudiera considerarse como trabajo marginal y accesorio, o trabajo de escasa o reducida entidad, plantea una cuestión inicial, a partir de su definición general de que sean "actividades de tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal o accesorio"[22]. A saber, si hay un criterio cuantitativo aplicable al tiempo de trabajo o a la cuantía de la remuneración; o, por el contrario, gira en torno a un criterio cualitativo, la forma o el modo en que se presta tal actividad.

Desde la perspectiva cuantitativa (diríamos, extensión o magnitud de la actividad) debe advertirse cómo en alguna de las cuestiones prejudiciales se ha señalado que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el ámbito de la interpretación del concepto de trabajador no contiene un umbral determinado en función del tiempo de trabajo y del nivel de la retribución, por debajo del cual una actividad deba considerarse marginal y accesoria, y que ello contribuye a la falta de

[17] STJUE 3 de julio de 1986 (Asunto C-66/85).

[18] STJUE de 17 de noviembre de 2016 (Asunto C-216/15)]. En el contexto de la Directiva 2008/104 relativa a las Agencias Temporales de Empleo. .

[19] Cuando se le pregunta por las actividades realizadas como miembro de una comunidad religiosa (en el caso, realización de trabajos de fontanería en las instalaciones de la comunicad y las tareas generales del hogar), el TJUE dice que constituyen actividad económica "*en la medida en que los servicios que la comunidad brinda a sus miembros pueden considerarse como el quid pro quo indirecto para un trabajo genuino y efectivo*". STJUE de 5 de octubre de 1988 (Asunto C-196/87). .

[20] STJUE de 8 de junio de 1999 (Asunto C-337/97). En la que se expresa que el hecho de que una persona esté unida en matrimonio al director y único propietario del capital de la sociedad para la cual ejerce una actividad real y efectiva no se opone a que la citada persona pueda ser calificada de «trabajador», siempre que tal persona desempeñe su actividad en el marco de un *vínculo de dependencia*.

[21] Entre otras, STJUE de 26 de marzo de 2015 (Asunto C-316/13), (sobre el concepto de "cierta utilidad" de la actividad realizada); STJUE (Gran Sala) de 7 de septiembre de 2004 (Asunto C-456/02), (persona que trabaja en un centro de acogida percibiendo a cambio una remuneración en especie); STJUE de 6 de noviembre de 2003 (Asunto C-413/01), (prestación de corta duración); STJUE de 21 de febrero de 2013 (Asunto C-46/12) (actividad laboral por cuenta ajena anterior y posterior al inicio de los estudios).

[22] STJUE de 8 de junio de 1999 (Asunto C-337/97).

precisión de esos términos. Y, evidentemente es así, cuando se analiza la doctrina del TJUE, de la que cabe extraer las reglas siguientes:

Regla general. Al evaluar la naturaleza efectiva y genuina de la actividad, los tribunales nacionales pueden tener en cuenta el tiempo de trabajo (en particular el número de horas de trabajo) y el nivel de remuneración[23]. Los numerosos casos planteados al TJUE que refieren al alcance (extensión) de la actividad son los supuestos más relevantes a estos efectos[24]. Se puede resumir diciendo que el hecho de que una persona trabaje sólo un número muy limitado de horas en el contexto de una relación laboral puede ser un indicio de que las actividades realizadas son marginales y auxiliares; o cuando se aprecie un importe limitado de la remuneración obtenida de la actividad.

Para el TJUE es relevante a estos efectos:

- El hecho de que la relación contractual con la misma empresa haya durado varios años. Por ejemplo, cuatro años[25].
- Si el interesado ha trabajado sólo un número muy limitado de horas en una relación laboral[26].
- El carácter irregular y la duración limitada de los servicios efectivamente prestados en el marco de un contrato de trabajo ocasional[27].
- En el caso de las prácticas, si en todas las circunstancias el interesado ha completado un número suficiente de horas para familiarizarse con el trabajo[28].
- El aumento progresivo de la remuneración por las actividades realizadas en el curso de la formación profesional[29].
- El derecho al pago continuado de salarios en caso de enfermedad[30].
- El derecho a vacaciones remuneradas[31].

[23] STJUE de 4 de febrero de 2010 (Asunto C-14/09) (ejercicio de actividad exigua por cuenta ajena).

[24] Entre otras, SSTJUE de 3 de julio de 1986 (Asunto C-66/85); 3 de junio de 1986 (Asunto C-139/85), de 21 de junio de 1988 (Asunto C-197/86); STJUE de 13 de julio de 1989 (Asunto C-171/88); de 26 de febrero de 1992 (Asunto C-357/89); de 26 de febrero de 1992 (Asunto C-3/90); de 16 de noviembre de 2003 (Asunto C-413/01); de 18 de julio de 2007 (Asunto C-213/05); de 4 de junio de 2009 (Asuntos C-22/08 y 23/08) ; de 4 de febrero de 2010 (Asunto C-14/09); de 6 de noviembre de 2003 (Asunto C-413/01).

[25] STJUE de 4 de febrero de 2010 (Asunto C-14/09).

[26] STJUE de 26 de febrero de 1992 (Asunto C-357/89).

[27] STJUE de 26 de febrero de 1992 (Asunto C-357/89).

[28] STJUE de 26 de febrero de 1992 (Asunto C-3/90).

[29] STJUE de 19 de noviembre de 2002 (Asunto C-188/00).

[30] STJUE de 4 de febrero de 2010 (Asunto C-14/09), y de 1 de octubre de 2015 (Asunto C-432/14).

[31] STJUE de 4 de febrero de 2010 (Asunto C-14/09), y de 1 de octubre de 2015 (Asunto C-432/14).

Segunda regla: excepciones o matizaciones.

El TJUE, a partir de la regla general, sin embargo, no puede descartar que, tras una "apreciación global de la relación de trabajo", es decir de los indicios que se aprecian en su conjunto en el caso concreto, el juez nacional pueda considerarla real y efectiva; lo que permitiría conceder a su titular la condición de "trabajador" en el ámbito, no sólo de la libre circulación de trabajadores, sino de todo el Derecho de la UE[32]. El fundamento, de acuerdo con lo indicado en páginas anteriores, es claro, "las normas que consagran esta libertad fundamental y, más concretamente, los conceptos de «trabajadores» y de «actividad por cuenta ajena» que definen su campo de aplicación deben, por ello, interpretarse ampliamente. Por el contrario, las excepciones y los casos de inaplicación del principio de libre circulación de los trabajadores deben interpretarse con criterio restringido"[33].

De modo que, aplicando esa doctrina, cabe afirmar que el hecho de que su empleo produzca unos ingresos inferiores al mínimo necesario para la subsistencia[34]; o no supere normalmente las 18 horas semanales[35]; o las 12 horas semanales[36]; o incluso las 10 horas semanales[37], no impide que la persona que ejerza ese empleo sea considerada como un trabajador en el sentido del Derecho de la UE, sea libertad de circulación del artículo 45 del TFUE; o sea aplicación de igualdad de trato y remuneración, artículo 157 del TFUE ; o, en fin, a los efectos de las Directivas "laborales".

Del mismo modo, parece irrelevante la duración de la actividad profesional. Trabajar durante un período temporal de dos meses y medio puede ser suficiente para ser considerado un trabajador en el sentido del artículo 45 del TFUE[38]; como también lo es cuando el trabajador se dedica a una "breve actividad profesional

[32] SSTJUE de 4 de febrero de 2010 (Asunto C-14/09); de 1 de octubre de 2015 (Asunto, C-432/14) (sobre discriminación por razón de edad "joven" en el empleo y la ocupación y aplicación de la Directiva 2000/78 en trabajos durante sus vacaciones escolares o universitarios).

[33] STJUE de 3 de junio de 1986 (Asunto C-139/85).

[34] STJUE de 23 de marzo de 1982 (Asunto C-53/81). El TJUE concluye en este caso que: "las disposiciones de Derecho comunitario relativas a la libre circulación de los trabajadores son aplicables también a los nacionales de un Estado miembro que ejercen en el territorio de otro Estado miembro una actividad por cuenta ajena de la que obtienen ingresos inferiores al salario mínimo de subsistencia, con arreglo a lo que se considere como tal en la legislación de este último Estado, tanto si completan los ingresos derivados de su actividad por cuenta ajena con otros ingresos hasta alcanzar dicho mínimo, como si se contentan con los medios de subsistencia inferiores a dicho mínimo, siempre que ejerzan una actividad por cuenta ajena real y efectiva". .

[35] STJUE de 13 de diciembre de 1989 (Asunto C-102/88).

[36] STJUE de 3 de junio de 1986 (Asunto C-139/85). Cuestión relativa a profesor de música a tiempo parcial que solicita, debido a su bajo nivel de ingresos, una prestación complementaria de fondo público. .

[37] STJUE de 13 de julio de 1989, (Asunto C-171/88).

[38] STJUE de 16 de noviembre de 2003 (Asunto C-413/01).

menor" que "no le aseguraba un medio de vida" o una actividad que "duraba apenas más de un mes"[39].

Cabe apreciar, asimismo, la existencia de muy importantes casos planteados al TJUE relativos a actividades "sociales"[40], en los que el criterio cuantitativo remuneratorio se ha interpretado muy flexiblemente. Valgan los dos ejemplos siguientes:

En el Asunto *Bettray*[41] se considera irrelevante que la productividad de una persona empleada, en relación con las circunstancias relacionadas con su situación, sea baja o que, en consecuencia, su remuneración se haya proporcionado en gran medida mediante subvenciones con cargo a fondos públicos. De modo que "ni el nivel de productividad ni el origen de los fondos con los que se paga la remuneración pueden tener consecuencia alguna en cuanto a si la persona debe ser considerada o no como un trabajador". Pero, sin embargo, no puede considerase que una actividad sea una actividad económica efectiva y genuina si constituye un mero medio de rehabilitación o reinserción y la finalidad del empleo, que se adapta a las posibilidades físicas y mentales de cada persona, es permitir que esas personas recuperen tarde o temprano su capacidad de aceptar un empleo ordinario o llevar una vida lo más normal posible.

En el Asunto *Trojani*[42] se expresa que "es posible que una persona que, a cambio de alojamiento y comida y algo de dinero de bolsillo, realice diversos trabajos durante unas 30 horas a la semana como parte de un programa personal de reinserción socioprofesional", y sea trabajador en el sentido del artículo 45 TFUE. Para ello, el tribunal nacional debe comprobar si los servicios efectivamente prestados pueden considerarse parte del mercado laboral normal; teniendo en cuenta la situación y las prácticas del albergue, el contenido del programa de reinserción social y la naturaleza y los detalles de la prestación de los servicios.

También son significativos los asuntos relacionales con la formación y en particular con actividades desarrolladas en períodos de prácticas/formación profesional[43], a los que se extiende el concepto de actividad económica, y por ende el de trabajador comunitario. Así se expresa, por ejemplo, que el hecho de que una persona trabaje como aprendiz no significa que no sea un trabajador si el período

[39] STJUE de 4 de junio de 2009 (Asuntos C-22/08 y C-23/08).

[40] Véase SSTJUE de 31 de mayo de 1989 (Asunto C- 344/87) (sobre actividad en el ámbito del empleo social); de 7 de noviembre de 2004 (Asunto C-456/02) (sobre trabajo en centro de acogida percibiendo a cambio una remuneración en especie); de 26 de marzo de 2015 (Asunto C-316/13) (actividades ejercidas por discapacitados en un centro especial de empleo).

[41] STJUE de 31 de mayo de 1989 (Asunto C-344/87).

[42] STJUE de 7 de noviembre de 2004 (Asunto C-456/02).

[43] SSTJUE de 26 de febrero de 1992 (Asunto C-3/90) (trabajador en prácticas de formación profesional); de 21 de noviembre 1991 (Asunto C-27/91) (trabajadores en prácticas cuya formación profesional depende de la administración de Educación nacional); de 17 de marzo de 2005 (Asunto C-109/04) (actividad de prácticas preparatorias para la actividad funcionarial); de 30 de marzo de 2006 (Asunto C-10/05) (período de prácticas profesionales como auxiliar de clínica). .

de formación se completa con las condiciones de una actividad genuina y efectiva como trabajador por cuenta ajena[44].

3.3. Superación del criterio cuantitativo remuneratorio

Es cierto que uno de los elementos esenciales de toda relación laboral, en el contexto de la libre circulación de trabajadores, es que la persona trabajadora reciba una remuneración a cambio de sus actividades (Asunto *Lawrie-Blum*)[45]; aun cuando se trate de una retribución abonada por horas[46].

A efectos del actual art. 157 TFUE (relativo a la igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras) debe entenderse por retribución el salario o sueldo normal de base o mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo.

Pero también lo es que la regla excepcional o matización, como se quiera, conduce a que el TJUE no haya negado la calificación a una relación como "de empleo" sólo con fundamento en la remuneración (tal y como ocurrió, por cierto, en el Asunto *Lawrie-Blum*). Matizando lo que sea o deba considerarse por tal, hasta el punto de considerar irrelevante:

- Que la remuneración sea inferior al nivel de los medios de subsistencia mínimos[47];
- Que sólo se obtenga una remuneración inferior a la mínima garantizada en el sector considerado[48].
- Que la persona trate de complementarla con otros medios de subsistencia lícitos[49]

[44] SSTJUE de 17 de marzo de 2006 (Asunto C-109/04); de 30 de marzo de 2006 (Asunto C-10/05).

[45] Véase también STJUE de 4 de febrero de 2010 (Asunto C-14/09), asumiendo que el pago de una remuneración como contraprestación de las prestaciones realizadas es uno de los elementos constitutivos de la relación de trabajo a efectos de aplicación de la normativa de la UE.

[46] STJUE de 13 de enero de 2004 (Asunto C-256/0), remuneración por horas que dependía del número de las clases impartidas.

[47] STJUE de 14 de diciembre de 1995 (Asunto C-317/93). Se analiza la Directiva 79/7/CE sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres y se afirma que a los efectos de su ámbito de aplicación, hay que entender que forman parte de la "población activa" los que realizan empleos menores que normalmente requieren menos de 15 horas semanales de trabajo y cuyo salario no excede la séptima parte del salario medio mensual.

[48] STJUE de 23 de marzo de 1982 (Asunto C-53/81). Se plantea el supuesto de la Sra. Levin, de nacionalidad británica y esposa de un nacional de un país tercero, solicitó un permiso de residencia en los Países Bajos. Dicho permiso le fue denegado, de acuerdo con la legislación neerlandesa, basándose en que, entre otros motivos, la Sra. Levin no ejercía ninguna actividad profesional en los Países Bajos y por lo tanto no podía considerarsele un «ciudadano privilegiado de la CEE» a efectos de dicha legislación. .

[49] SSTJUE de 3 de junio de 1986 (Asunto C-139/85); 4 de junio de 2009 (Asunto C-22/08 y 23/08).

– O que la remuneración sea sustancialmente menor que la garantía de un mínimo de subsistencia[50].

De la misma manera, admite el TJUE que la remuneración existe en caso de que haya principalmente prestaciones en especie (y sólo algo de dinero de bolsillo); siempre que constituyan la contrapartida de los servicios prestados[51] cuando, por ejemplo, la comunidad a la que se pertenece satisface las necesidades materiales de sus miembros (y paga algún dinero)[52].

Y estima intrascendente el origen de los fondos de los que se paga la remuneración[53]; considerando que a estos efectos hay que entender que existe "remuneración" cuando es proporcionada en gran medida por subvenciones de fondos públicos debido a la baja productividad de la persona[54].

3.4. Vínculo jurídico

Por lo que refiere a la libertad de circulación de trabajadores, y en tanto se hace equivaler actividad económica a la prestación de servicios a cambio de remuneración, y ésta a trabajo por cuenta ajena[55], se avanza progresivamente en la naturaleza del vínculo jurídico.

El TJUE sostuvo muy pronto que la naturaleza de la relación de trabajo (en la expresión inglesa *employment relationship*) entre la persona que trabaja y la persona que recibe el trabajo no tiene ninguna consecuencia en lo que respecta a la definición de trabajador en la legislación de la Unión Europea[56]. De modo que es irrelevante la calificación nacional de la persona que trabaja como funcionario

[50] STJUE de 26 de marzo de 2015 (Asunto C-316/13).

[51] STJUE de 7 de septiembre de 2004 (Asunto C-456/02).

[52] Si este trabajo constituye una parte esencial de la participación en esa comunidad porque los servicios que la comunidad presta a sus miembros puede considerarse una contrapartida indirecta por su trabajo; STJUE de 5 de octubre de 1988 (Asunto C-196/87).

[53] SSTJUE de 30 de marzo de 2006 (Asunto C-10/05); 19 de noviembre de 2002 (Asunto, C-188/00), .

[54] STJUE de 31 de mayo de 1989 (Asunto C-344/87).

[55] Especial interés al respecto son las sentencias del TJUE relacionadas con la actividad deportiva, en concreto, jugadores de fútbol, jugadores de baloncesto…; SSTJUE de 13 de abril de 2000 (Asunto C-176/96), con cita de la de 14 de julio de 1975, (Asunto C-13/76). O las relacionadas con actividades *realizadas como miembro de una comunidad religiosa* STJUE de 5 de octubre de 1988 (Asunto C-196/87). O con las actividades de prostitución; STJUE de 20 de noviembre de 2001 (Asunto C-268/99).

[56] STJUE de 31 de mayo de 1989 (Asunto C-344/87): "No puede excluirse tampoco el reconocimiento de la condición de trabajador por el hecho de que la relación laboral establecida al amparo de la WSW tenga una naturaleza jurídica sui generis respecto al Derecho nacional. En efecto…la naturaleza del vínculo jurídico que liga al trabajador y a la empresa no es determinante para la aplicación del artículo 48 del Tratado". También STJUE de 13 de enero de 2004 (Asunto C-256/01): "Cuando una persona sea trabajador a efectos del artículo 141 CE, apartado 1, la naturaleza del vínculo jurídico que la une a la otra parte de la relación laboral no es pertinente para la aplicación de dicho artículo".

público[57] como trabajador autónomo[58] o que la relación de trabajo sea o tenga naturaleza *sui generis* en el Derecho Nacional[59].

El TJUE ha declarado que la condición de trabajador de una persona no resulta afectada por el hecho de que, sin dejar de encontrarse en una relación de subordinación con respecto a la empresa, esté vinculado a los demás trabajadores de la misma por una relación de asociación[60]. Téngase en cuenta a estos efectos supuestos tales como los de inclusión de los miembros de consejos de administración o de dirección de una empresa de capital en los que el respectivo derecho nacional no les califica como trabajadores (*employees*)[61].

3.5. Dependencia o subordinación

El TJUE junto al concepto de actividad económica cierra el círculo en torno al criterio cualitativo, que puede ser definido como el vínculo de dependencia o subordinación que normalmente se utiliza junto al criterio relacionado con el trabajo genuino y efectivo. Recurrentemente el Tribunal expresa que no *hay actividad asalariada cuando ésta se realiza "sin que exista relación de subordinación"*[62].

Es cierto que inicialmente no se relatan indicios de los que quepa inferir que hay dependencia. Pero sí quedan claras dos cuestiones: una, que dependencia se define como "prestar servicios *para y bajo la dirección* de otra persona" (Asunto *Lawrie-Blum*); y que es sinónimo de *subordinación*[63]. Por tanto, todo apunta a un claro significado de dependencia personal u organizacional, sin que, hasta la fecha, el TJUE haya avanzado hacia un concepto de dependencia económica. En efecto, en una de sus últimas resoluciones[64], se expresa que la relación laboral (*employment relationship*) bajo un contrato individual de trabajo presupone la existencia de un nexo de subordinación (o dependencia personal u organizativa).

---

[57] Asunto Lawrie-*Blum, 66/85*: la índole del vínculo jurídico que une al trabajador con el empresario, estatuto de Derecho público o contrato de Derecho privado, carece de interés para la aplicación del artículo 48 TFUE. .

[58] STJUE de 13 de enero de 2004 (Asunto C-256/01): La calificación formal de trabajador por cuenta propia con arreglo al Derecho nacional no excluye que una persona deba ser calificada como trabajador a efectos del artículo 141 CE, apartado 1, si su independencia sólo es ficticia, disimulando así una relación laboral a efectos del mencionado artículo.

[59] STJUE de 26 de marzo de 2015 (Asunto C-316/13); de 11 de noviembre de 2010 (Asunto C-232/09). .

[60] SSTJUE de 16 de septiembre de 1999 (Asunto C-22/98) (legislación nacional que permite que solo los estibadores reconocidos realicen ciertas tareas de atraque); de 10 de diciembre de 1991 (Asunto C-179/90), sobre operaciones de carga y descarga en puertos.

[61] STJUE 9 de julio de 2015 (Asunto C-229/14).

[62] STJUE de 27 de junio de 1996 (Asunto C-107/94).

[63] STJUE de 31 de mayo de 1989 (Asunto C-344/87).

[64] STJUE de 11 de abril de 2019 (Asunto C-603/2017). Cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo del Reino Unido en relación con el que puede calificarse como estatuto jurídico de miembro de Consejo de Administración o Consejo de Dirección en empresas de capital. El nexo de subordinación o en terminología anglosajona "hierarchical relationship" es el que define la relación como asalariada a estos efectos.

El TJUE comienza afirmando que el concepto comunitario de "trabajador" debe definirse con arreglo a criterios objetivos que distingan la relación laboral en función de los derechos y deberes de las personas afectadas; atendiendo a todos los hechos y circunstancias que caracterizan el vínculo entre las partes. Lo que cabe denominar primacía de los hechos o de la realidad material, de modo que "la inexistencia de un contrato formal no representa un obstáculo a la existencia de una relación laboral comprendida en el concepto de contrato individual de trabajo".

¿Cuáles son los factores, hechos, indicios que los tribunales nacionales han de tener en cuenta a estos efectos?

Por un lado, los indicios de los que deriva el nexo de subordinación, que se manifiesta o define a partir del doble criterio control-dirección por quien recibe la prestación, el empresario, que dispone de un poder contractual de organización. El análisis conjunto de diferentes resoluciones del TJUE nos aproxima a los significados de esos criterios; entre ellos:

- Que la persona esté bajo la dirección y supervisión de la otra parte contractual[65].
- Que la persona por cuenta de la que se realiza el trabajo determine los servicios que debe prestar la persona y su horario o tiempo de trabajo[66].
- Que la persona que presta servicios cumpla las instrucciones y observe la normas que dicte la otra parte contractual[67].
- Que la otra parte contratante ejerza facultades de gestión, supervisión y evaluación de la prestación de trabajo y, cuando proceda, pueda sancionar a la persona trabajadora[68].
- Que la persona que presta los servicios permanezca disponible para trabajar si el empresario lo solicita[69].
- Que la persona está, durante la duración de esa relación, incorporada a (e integrada en) la empresa en cuestión y, por lo tanto, forme una unidad económica con ella[70], sin asumir o participar en los riesgos comerciales de ésta.

En resumen, hechos o indicios que derivan de todos los factores y circunstancias que caracterizan la relación entre las partes; calificada, para ser

[65] Asunto *Lawrie-Blum*, parágrafo 18.

[66] Asunto *Lawrie-Blum*, parágrafo 18; también STJUE de 13 de enero de 2004 (Asunto C-256/01).

[67] Asunto *Lawrie-Blum*, parágrafo 18.

[68] STJUE de 10 de septiembre de 2004 (Asunto C-596/12), sobre empleos en la Administración Pública. Presidente de autoridad portuaria.

[69] STJUE de 26 de febrero de 1992 (Asunto C-357/89).

[70] STJUE de 16 de septiembre de 1999 (Asunto C-22/98). De modo que, concluye el TJUE, estos trabajadores "no constituyen empresas, en sí mismos, en el sentido del derecho comunitario de la competencia".

incardinada en el concepto de trabajo asalariado, como "relación jerárquica"[71] entre el trabajador (*employee*) y el empleador.

Por otro, los indicios de inexistencia de esa relación jerárquica, y por tanto de dependencia o subordinación. Entre otros los siguientes:

- La libertad de la persona de elegir sus propias horas de trabajo[72].
- La participación en los riesgos comerciales del negocio[73].
- La libertad de una persona para contratar a sus propios asistentes[74] o selección de sus propios colaboradores[75].
- Que la persona trabajadora tiene más margen de maniobra en cuanto a la elección del tipo de trabajo y las tareas que debe ejecutar y de la forma en que debe realizar ese trabajo o esas tareas[76]. Y derecho o facultad absoluta de no aceptar las tareas que le fueran asignadas y de fijar el número de tareas que está dispuesto a realizar[77].
- Que la persona esté en condiciones de decidir o decida efectivamente los términos de su contrato[78].
- Que la persona disponga de un poder de control autónomo tanto sobre la gestión corriente de los asuntos de la sociedad como sobre el ejercicio de sus propias funciones[79].
- Que la persona trabajadora pueda simultanear trabajos para dos empresas; esto es, que no haya un trabajo exclusivo para una sola[80].

En torno a un rasgo sobre el que gira el actual debate en relación con el concepto de trabajador en el Derecho derivado de la UE, el del significado de "*prestación personal de trabajo*", se ha planteado el encaje en el ámbito de aplicación de una concreta Directiva (la 2003/88 sobre tiempo de trabajo), y en "su" concepto de trabajador, la actividad o prestación de servicios que no sea exclusiva o personal.

El TJUE zanjó la cuestión en el Auto de 22 de abril de 2020, en el que expresamente se dijo que "la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que excluye a una persona contratada por su supuesto empleador en virtud de un

[71] Auto de 22 de abril de 2020 (Asunto C-692/19).

[72] SSTJUE de 14 de diciembre de 1989 (Asunto C-3/87); de 13 de enero de 2004 (Asunto C-256/01), parágrafo 72.

[73] STJUE de 14 de diciembre de 1989 (Asunto C-3/87).

[74] STJUE de 14 de diciembre de 1989 (Asunto C-3/87).

[75] STJUE de 10 de septiembre de 2014 (Asunto C-270/13).

[76] SSTJUE de 10 de octubre de 2014 (Asunto C-270/13); 13 de enero de 2004 (Asunto, C-256/01).

[77] Auto de 22 de abril de 2020 (Asunto C-692/19).

[78] STJUE de 11 de abril de 2019 (Asunto C-603/2017).

[79] STJUE de 11 de abril de 2019 (Asunto C-603/2017).

[80] Auto de 22 de abril de 2020 (Asunto C-692/19), en el que se plantea el supuesto de trabajo simultáneo para dos empresas, una competidora directa de la otra.

acuerdo de servicios que estipula que es un contratista independiente por cuenta propia que no se clasifica como 'trabajador' para el propósitos de esa directiva, donde esa persona tiene facultad para: utilizar subcontratistas o sustitutos para realizar el servicio que se ha comprometido a proporcionar; aceptar o no aceptar las diversas tareas ofrecidas por su supuesto empleador, o establecer unilateralmente el número máximo de esas tareas; para proporcionar sus servicios a cualquier tercero, incluidos los competidores directos del empleador putativo, y fijar sus propias horas de "trabajo" dentro de ciertos parámetros y adaptar su tiempo a su conveniencia personal más que a los intereses del posible empleador".

De modo que los enumerados son considerados por el Tribunal como indicios de autonomía e independencia en la prestación de servicios. Pero concluye advirtiendo: "siempre que, en primer lugar, la independencia de esa persona no sea ficticia y, en segundo lugar, no sea posible establecer la existencia de una relación de subordinación entre esa persona y su supuesto empleador".

Lo que cabe interpretar que queda expedita la puerta a que puedan darse otros indicios de los que cupiera inferir lo contrario, que neutralicen los indicados. Por ejemplo, si hubiera restricciones evidentes en la elección del sustituto, aunque, no puede olvidarse, en el caso concreto se indica que "según ese acuerdo de servicios de mensajería, los mensajeros no están obligados a realizar la entrega personalmente, pero pueden designar un subcontratista o un sustituto para la totalidad o parte del servicio prestado, cuya sustitución Yodel puede vetar si la persona elegida no tiene un nivel de habilidades y calificación que es al menos equivalente a la requerida por un servicio de mensajería contratado por Yodel. En cualquier caso, el servicio de mensajería sigue siendo personalmente responsable de cualquier acto u omisión de cualquier subcontratista o sustituto designado…". O si hubiera penalización o no en la elección de horas trabajos, aunque en este caso el TJUE considera que tal libertad existe aun cuando quede limitada dentro de "ciertos parámetros". O, en fin, se hubiera que replantear la situación y la calificación cuando hubiera un control de la actividad a través de herramientas tecnológicas (GPS, algoritmos). Sin olvidar entonces que, a la vista del caso concreto, pudiera concluirse que este tipo de control nada añade al clásico o tradicional y, por tanto, aun cuando existan esos medios tecnológicos, debe valorarse la realidad y efectividad de los indicados por el TJUE.

4. Extensión del concepto de trabajador y supuestos especiales

4.1. Trabajador, prestador de servicios autónomo y falso autónomo

En la normativa de la UE sobre libre circulación no hay distinción entre trabajador por cuenta ajena y trabajador por cuenta propia, de modo que la libertad de circulación incluiría a ambos. No obstante, como se verá, el TFUE incluye a los

trabajadores autónomos en otras vertientes de la libertad de circulación, a saber, en las de establecimiento y de prestación de servicios.

También debe advertirse que la Directiva 2004/38 menciona en numerosas ocasiones a los trabajadores por cuenta ajena y a los trabajadores por cuenta propia, reconociéndoles los mismos derechos de residencia en los países de la Unión Europea.

Lo que preocupa desde el Derecho de la Unión Europea, y al TJUE en su interpretación y aplicación, es fijar las fronteras entre trabajador (*worker* en la terminología general europea) y un falso autónomo.

En primer lugar, en lo que refiere a la jurisprudencia del TJUE, se ha ido trazando con cierta dificultad la frontera entre un trabajador autónomo en sentido real y un "falso autónomo". La resolución de referencia es, a estos efectos, la STJUE de 4 de diciembre de 2014 (Asunto C-413/13), conocida como caso *FNV Kunsten*, en la que la cuestión fundamental a debate versaba sobre la exigencia de un acuerdo colectivo que incluía cláusulas relativas a las condiciones de trabajadores por cuenta ajena y también referencias concretas al salario mínimo de trabajadores autónomos del sector (músicos sustitutos de orquesta). De modo que el TJUE debió analizar si estamos en presencia de trabajadores asalariados o de trabajadores autónomos; y si son autónomos, si son "verdaderos autónomos" o, por el contrario, "falsos autónomos".

En relación con la primera cuestión, el TJUE afirma que, para distinguir entre asalariado y autónomo hay que analizar si en este segundo supuesto opera verdaderamente como "operador económicamente independiente" en el mercado y soporta los riesgos financieros y comerciales de su actividad.

Partiendo del concepto de trabajador a los efectos de aplicación de la normativa de la UE (en los términos analizados en apartados anteriores), y en relación con la segunda cuestión, expresa que la calificación de trabajador autónomo conforme al Derecho nacional "no excluye que la misma persona deba ser calificada de trabajador a efectos del Derecho de la Unión si su independencia sólo es ficticia y disimula lo que a todos los efectos es una relación laboral"[81]. Corresponderá al tribunal nacional averiguar cuáles son las notas reales definidoras de la relación entre el trabajador nominalmente autónomo y la empresa, o empresas, para las que prestará sus servicios y cuál sea el grado de autonomía organizativa y económica que tendrá en el desempeño de su actividad.

Esta jurisprudencia se acepta por el legislador comunitario, tal y como expresa la Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles, en cuyo considerando 8º se dice:

[81] Ya se había pronunciado con anterioridad en estos términos en la STJUE de 13 de enero de 2004 (Asunto C-256/01), en la que se plantea el caso de la Sra. Allonby que trabajaba como docente para un Colegio y, tras ser despedida, fue contratada de nuevo por la Institución a través de una agencia.

En su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Tribunal de Justicia») ha establecido criterios para determinar el estatus de un trabajador. La interpretación que el Tribunal de Justicia hace de esos criterios debe tenerse en cuenta en la aplicación de la presente Directiva. Siempre que cumplan esos criterios, los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, los trabajadores de las plataformas en línea, los trabajadores en prácticas y los aprendices pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva. *Los trabajadores que realmente sean por cuenta propia no deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva ya que no cumplen estos criterios. El abuso de la condición de trabajador por cuenta propia conforme lo define la legislación nacional, ya sea a escala nacional o en situaciones transfronterizas, es una forma de trabajo falsamente declarado que se asocia a menudo con el trabajo no declarado. El falso trabajo por cuenta propia se produce cuando una persona es declarada como trabajador por cuenta propia aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral, con el fin de evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales*. Estos trabajadores deben entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. La determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y no por la descripción de las partes de la relación"[82].

4.2. Trabajador migrante. Concepto extensivo

Se trata, en primer lugar, de incluir en el concepto no solo a aquel trabajador que abandona su país de origen para trabajar y residir en otro, sino también al trabajador fronterizo. Entendiendo por tal no solo el que reside en un Estado miembro y trabaja en otro sino también a la inversa; esto es, según ha dispuesto el TJUE, el que conserva su empleo en el Estado de origen y traslada su domicilio a otro Estado miembro[83].

En segundo lugar, ampliando el concepto de trabajador, como asimilado, al sujeto que regresa a trabajar a su país una vez ejercido el derecho a la libre circulación. Así lo confirmó el TJUE en la STJUE de 7 de julio de 1992 (Asunto C-370/90), en la que se afirma que "podría disuadirse a un nacional de un Estado miembro de abandonar su país de origen para ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, a efectos del Tratado, en el territorio de otro Estado miembro, si no pudiera gozar, al regresar al Estado miembro de su nacionalidad para ejercer una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, de facilidades de entrada y de residencia cuando menos equivalentes a aquellas de las que puede

[82] Con cita expresa de las sentencias siguientes: 3 de julio de 1986 (Asunto C-66/85); 14 de octubre de 2010 (Asunto C-428/09); 9 de julio de 2015 (Asunto C-229/14); 4 de diciembre de 2014 (Asunto C-413/13); y 17 de noviembre de 2016 (Asunto, C-216/15).

[83] STJUE de 18 de julio de 2007, (Asunto C-212/05).

disponer, conforme al Tratado o al Derecho privado, en el territorio de otro Estado miembro".

En tercer lugar, manteniendo la condición de trabajador tras la extinción del contrato. Es el supuesto analizado en la STJUE de 6 de noviembre de 2003 (Asunto C-413/01), en la que se plantea la cuestión relativa a la denegación de una beca de estudios a una ciudadana europea residente en un país de la UE en el que, con anterioridad, había mantenido una relación contractual laboral de corta duración, preguntándose si había alcanzado en esa situación la condición de trabajadora a los efectos del art. 48 TFUE y los derechos derivados de la misma aún después de haberse extinguido la relación laboral. Respondiendo el TJUE que es irrelevante a estos efectos, y en relación con los hechos posteriores a la prestación del trabajo, que, primero, "adquiriera, poco después de la extinción de su relación laboral temporal de corta duración, la habilitación necesaria para acceder a una carrera universitaria en el Estado miembro de acogida, al concluir sus estudios de enseñanza secundaria en su país de origen" o, segundo, que " se esforzara tras la extinción de la relación laboral temporal de corta duración y hasta el inicio de sus estudios universitarios, por conseguir un nuevo empleo".

4.3. Familia del trabajador

El Reglamento 492/2011, en sus considerandos indica que la libre circulación constituye un derecho fundamental también para la familia del trabajador.

La Directiva 2004/38 (art. 2º) amplía el concepto de miembro de la familia para, más allá del cónyuge (cuando el matrimonio hubiese sido válidamente contraído y no haya sido declarado nulo o haya habido declaración de divorcio o separación legal[84]), incluir a las parejas de hecho con unión registrada siempre que el Estado de acogida otorgue a esas uniones un tratamiento análogo a los matrimonios. Y, en lo que refiere a otros familiares, para precisar que se trata de ascendientes y descendientes directos a cargo del trabajador o de su cónyuge o pareja de hecho, entendiendo que se está a cargo cuando hay una situación de manutención o sustento material[85].

Más que la extensión del concepto de miembro de familia interesa el contenido de los derechos vinculados a la libre circulación. En este sentido, y de conformidad con el art. 3º.2 de la Directiva, los Estados Miembros tienen reconocido un margen de discrecionalidad para determinar en qué supuestos y bajo qué condiciones "aquellas personas con las que el trabajador migrante esté unido por lazos familiares o afectivos distintos" (entre otros, hermanos, tíos, pareja de hecho no registrada…) pueden disfrutar de los derechos inherentes a la

[84] Se exige matrimonio válidamente contraído con independencia del lugar o del momento en que se haya celebrado, STJUE de 25 de julio de 2008 (Asunto C-127/08). Sobre la exigencia de que no haya recaído declaración de nulidad por la autoridad competente, STJUE de 13 de febrero de 1985 (Asunto C-267/83).

[85] STJUE de 18 de junio de 1987 (Asunto C-316/85).

libre circulación. Si bien la Directiva advierte, "a fin de mantener la unidad de la familia en sentido amplio", del deber de los Estados de estudiar detenidamente las circunstancias personales de los solicitantes, la relación con el titular del derecho o cualquier otra circunstancia (por ejemplo, dependencia financia o física), justificando por escrito una eventual denegación de entrada o residencia en su territorio.

4.4. Ciudadanos económicamente no activos y la vinculación económica indirecta o mediata del ciudadano de la UE con el mercado laboral del Estado de acogida

Atendiendo a la normativa de la UE, Reglamento 492/2011 y Directiva 2004/38, se puede concluir que el derecho a la igualdad en el acceso a las prestaciones sociales derivada de la libre circulación es pleno para el ciudadano europeo que tiene un vínculo efectivo con el mercado de trabajo del Estado de acogida. De modo que su libertad de circulación y su derecho de residencia se fundamentan en la realización de una actividad económica de la que deriva la solvencia económica del ciudadano respecto del sistema de protección social de ese Estado. Pero si ese vínculo económico no existe o se difumina, el derecho a la igualdad en el acceso a esas prestaciones se condiciona entonces o bien a un vínculo social (el de período o condiciones de residencia) o bien a la "solvencia económica" del ciudadano, debiendo demostrar que no será una carga excesiva para el Estado de acogida.

La normativa comunitaria, art. 7º.3 Directiva 2004/38/, amplía el concepto de trabajador a aquellos sujetos que, no ejerciendo actividad alguna, mantienen un vínculo con el Estado de acogida. Mantienen a así su estatus o condición de trabajador a los efectos previstos en la citada Directiva cuando se dé una de las circunstancias siguientes:

a) Si sufre una incapacidad laboral temporal resultante de una enfermedad o accidente;

b) Si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado, tras haber estado empleado durante más de un año, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo;

c) Si, habiendo quedado en paro involuntario debidamente acreditado tras concluir un contrato de trabajo de duración determinada inferior a un año o habiendo quedado en paro involuntario durante los primeros doce meses, se ha inscrito en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar un trabajo. En este caso, la condición de trabajador se *mantendrá durante un período que no podrá ser inferior a seis meses*;

d) Si sigue una formación profesional. Salvo que se encuentre en situación de paro involuntario, el mantenimiento de la condición de trabajador exigirá que la formación guarde relación con el empleo previo.

La consideración objetiva que justifica el requisito de residencia es la demostración de que hay un vínculo suficiente y efectivo, aun cuando ése no sea económico directo, entendiendo por tal el de quien se traslada a otro país de la Unión para prestar efectivamente trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia. Es así como la jurisprudencia del TJUE permite distinguir un vínculo económico, directo o indirecto o mediato (en cualquier caso, un vínculo con el mercado laboral) y un vínculo que pudiera entenderse social derivado de la integración en la sociedad del Estado de acogida. Pero en relación con ese vínculo indirecto o mediato, habría que distinguir varias situaciones:

– La de desempleado o parado involuntario, que queda asimilado por la propia legislación comunitaria (Directiva 2004/38, art. 7º) a "trabajador" a estos efectos puesto que se le exige la inscripción en el servicio de empleo competente con el fin de encontrar trabajo, es decir, con la voluntad manifiesta de búsqueda activa de empleo.

– Demandante de empleo, esto es de quien accede al Estado de acogida con la voluntad de buscar activamente empleo, respecto del que las normas de la UE no formulan en sentido positivo un derecho de residencia específico, tampoco su alcance y su contenido.

Debemos entender por tal (demandante de empleo) el que se desplaza al territorio de los Estados miembros para buscar real y efectivamente empleo en el país de acogida.

Esa condición, la de búsqueda activa de empleo, se revela trascendental para solucionar los muchos supuestos y ha permitido hasta la fecha al TJUE concederles un estatus intermedio (entre ciudadanos económicamente activos y ciudadanos económicamente inactivos), declarando que los solicitantes de empleo quedan comprendidos en el ámbito de aplicación del art. 45 TFUE, extendiéndoles por tanto el derecho a la igualdad de trato en todos los aspectos relativos al acceso al empleo[86], en particular para el acceso a prestaciones o ventajas sociales, en

[86] Véase, entre otras, SSTJUE de 4 de junio de 2009 (Asunto C-22/08) y (Asunto C-23/08) y de 25 de octubre de 2012 (Asunto C-367/11), en la que se analiza la compatibilidad con el Derecho Comunitario de la normativa belga que regula la concesión de un subsidio a favor de los jóvenes que hayan finalizado sus estudios y estén buscando su primer empleo, destinado a facilitar el paso de éstos de la enseñanza al mercado laboral y denominado «subsidio de espera. Se trata en el caso de nacional francesa que estudia, se casa en Bélgica y establece su residencia en ese país. Bélgica le deniega la prestación porque la solicitante no ha cursado en Bélgica los estudios durante el tiempo solicitado (6 años) y el TJUE estima que hay una *discriminación indirecta* porque se valora mucho un elemento (el de los estudios) que no es necesariamente representativo de la vinculación real y efectiva de la solicitante con el mercado geográfico nacional. .

concreto a aquellas prestaciones sociales que tienen como finalidad la inserción en el mercado de trabajo del Estado de acogida.

Una de las cuestiones más importantes es la que refiere al plazo razonable para llegar a conocer las ofertas de empleo que puedan convenir al solicitante de empleo; para adoptar las medidas necesarias para poder ser contratado y para la concesión del derecho de residencia por más de tres meses en el Estado miembro de acogida.

El concepto amplio de trabajador a estos efectos hay que referirlo también a la persona que busca realmente empleo. De modo que el TJUE en la STJUE de 17 de diciembre de 2020 (Asunto C-710/19) establece que el Estado miembro de acogida está obligado a conceder a los solicitantes de empleo un plazo razonable que "comienza a contar a partir del momento en que el ciudadano de la unión haya decidido inscribirse como solicitante de empleo en el Estado miembro de acogida"; concluyendo que un "plazo de seis meses a partir de esa fecha de inscripción no resulta insuficiente, en principio, y no menoscaba la eficacia del art. 45 TFUE". Durante ese plazo, el Estado miembro de acogida podrá exigir al solicitante de empleo que acredite que está buscando empleo; sólo una vez transcurrido ese plazo podrá el Estado exigir al solicitante de empleo que demuestre no sólo que sigue buscando empleo sino también que tiene posibilidades reales de ser contratado.

5. Contenido del derecho a la libre circulación y limitaciones

El TJUE ha afirmado que las disposiciones del tratado que hacen referencia a la libre circulación de trabajadores son claras, precisas, incondicionales. No dejan margen a la apreciación o interpretación de los Estados. De conformidad con la STJUE de 4 de diciembre de 1974 (Asunto C-41/74), los artículos del Tratado que establecen el derecho a la libre circulación de trabajadores están dotados de efecto directo, reforzando así su carácter de pilar básico de la Unión Europea. De modo que pueden ser invocados directamente ante los tribunales nacionales.

De esas disposiciones, y en especial del artículo 45 TFUE y artículos 3º y 7º Reglamento 492/2011, deriva su contenido, básico e instrumental.

5.1. Contenido básico

El también expresado como contenido principal o esencial es la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al *empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo*. Entendiendo por legislación de esos Estados Miembros la regulación a través de convenio colectivo[87].

En sentido negativo, esto es, ausencia de discriminación, el TJUE ha afirmado que las diferencias normativas entre dos Estados miembros no

[87] STJUE de 10 de marzo de 2011 (Asunto C-379/09), parágrafo 20.

producen discriminación siempre que estas diferencias afecten a las personas que están comprendidas dentro del ámbito de aplicación de dichas legislaciones de manera idéntica, conforme a criterios objetivos y sin tomar en consideración la nacionalidad de aquéllas.

De conformidad con la doctrina del Tribunal, la norma de igualdad prohíbe tanto las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad (discriminación directa) como cualquier discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca al mismo resultado[88].

En lo que respecta a la discriminación directa, la prohibición exige que no se trate de manera diferente situaciones que son comparables y que no sean tratadas de manera idéntica situaciones diferentes[89]. Se aplica a todos los todos los aspectos de la relación de trabajo regidos por la legislación del Estado miembro empleador, es decir, en todos los aspectos de las condiciones de empleo y de trabajo, especialmente, en materia de retribución, de despido y de reintegración profesional o de nuevo empleo (*vid. infra* apartado siguiente). Las posibles discriminaciones de que pueden ser objeto los nacionales de un Estado miembro deberán ser resueltas en el marco del sistema jurídico interno de dicho Estado.

En este sentido, por ejemplo, son contrarias al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad y a la libertad de circulación las normas adoptadas por asociaciones deportivas según las cuales, en los partidos de las competiciones por ellas organizadas, los clubes de fútbol sólo pueden alinear un número limitado de jugadores profesionales nacionales de otros Estados miembros[90].

De este modo, salvo justificación objetiva, deben considerarse indirectamente discriminatorios los requisitos de Derecho nacional que, aunque se apliquen con independencia de la nacionalidad, afecten fundamentalmente o en su mayor parte a los trabajadores migrantes; aquellos requisitos que, por su propia naturaleza, puedan perjudicar particularmente a los trabajadores migrantes[91]; así como los requisitos indistintamente aplicables que puedan ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes. , Interpretación extensiva del TJUE, en el sentido de que el art. 45 TFUE se opone a cualquier

[88] Entre otras, SSTJUE de 23 de mayo de 1996 (Asunto C-237/94); 15 de septiembre de 2005 (Asunto C-258/04) y de 25 de octubre de 2012 (Asunto C-367/11).

[89] Entre otras, desde la más antigua STJUE de 17 de julio de 1997 (Asunto C-354/95) hasta la de 16 de septiembre de 2004 (Asunto C-400/02).

[90] STJUE de 15 de diciembre de 1995 (Asunto C-415/93). Expresa el Tribunal que "esas normas son contrarias al principio de prohibición de discriminación por razón de nacionalidad con respecto al empleo, la retribución y las condiciones de trabajo, y poco importa al respecto que no afecten al empleo de dichos jugadores, que no está limitado, sino a la posibilidad de sus clubes de alinearlos en un partido oficial, ya que, en la medida en que la participación en tales encuentros constituye el objeto esencial de la actividad de un jugador profesional, es evidente que una regla que la limita restringe también las posibilidades de empleo del jugador afectado".

[91] Entre otras, SSTJUE de 18 de julio de 2005 (Asunto C-212/05); de 18 de enero de 2007 (Asunto C-332/05); 24 de septiembre de 1998 (Asunto C-35/97).

medida, aunque se aplique sin discriminación por razón de nacionalidad, que pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio por los nacionales de la Unión de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado[92].

Ejemplificando, constituye una medida indirectamente discriminatoria una normativa nacional que supedita la asunción del transporte escolar por un Land al requisito de domicilio en el territorio de dicho Land puesto que, por su propia naturaleza, puede afectar más a los trabajadores fronterizos que a los trabajadores nacionales[93]. Las dificultades prácticas relacionadas con la eficaz organización del transporte escolar no constituyen una razón imperiosa de interés general que permita justificar una medida nacional calificada de discriminación indirecta.

Es importante resaltar que el TJUE ha destacado que, para ser eficaz y útil, el derecho de los trabajadores a ser contratados y empleados sin sufrir discriminación debe tener necesariamente como complemento el derecho de los empresarios a contratarlos con arreglo a las normas que rigen en materia de libre circulación de los trabajadores[94].

La prohibición de discriminación por razón de nacionalidad se aplica también en relación con los requisitos de acceso a la formación profesional, habida cuenta de que tanto la enseñanza superior como la enseñanza universitaria constituyen una formación profesional[95].

En la actualidad el TJUE expresa que el art. 45 TFUE no concede al trabajador el derecho a exportar las condiciones de trabajo de las que disfruta en su Estado miembro de origen a otro Estado miembro. De modo que si un trabajador abandona su estado de origen para realizar una actividad económica en otro Estado miembro no puede conservar, con arreglo a dicho precepto, el disfrute de los derechos de participación en la empresa que establece la normativa específica nacional y, por el contrario, gozará en el Estado de acogida de derechos de participación en la medida en que la normativa de este Estado conceda tales derechos[96]. El Derecho primario, advierte el TJUE, "no puede garantizar a un trabajador que su desplazamiento a un estado miembro distinto del de origen sea neutro en materia social, puesto que, habida cuenta de las disparidades existentes

[92] STJUE de 10 de marzo de 2011, (Asunto C-379/09).

[93] STJUE de 4 de octubre de 2012 (Asunto C-75/11).

[94] STJUE de 16 de abril de 2013 (Asunto C-202/11). En la que se plantea la cuestión relativa a una medida en que se obliga a toda empresa situada en la región de Bélgica de lengua neerlandesa a redactar en dicha lengua el contrato de trabajo. El Tribunal expresa que es contraria a la libertad de circulación esa medida so pena de que el juez declare de oficio la nulidad del contrato. .

[95] SSTJUE de 13 de abril de 2010 (Asunto C-73/08); 4 de octubre de 2012 (Asunto C-75/11).

[96] STJUE de 18 de julio de 2017 (Asunto C-566/15). En la que se planteaba la cuestión de si es o no compatible con el art. 45 TFUE la legislación de un Estado miembro que sólo concede el derecho de sufragio activo y pasivo para la elección de los representantes de los trabajadores en el órgano de supervisión de una empresa a los trabajadores que estén empleados en los centros de la empresa o de las empresas del grupo situados en el interior del país. Y que no permite la participación de trabajadores de empresas filiales del grupo que prestan servicios fuera de ese país.

entre los regímenes y legislaciones de los Estados miembros, tal desplazamiento puede ser, según los casos, más o menos ventajoso en este aspecto para la persona de que se trate".

5.2. Contenido adicional o específico

Cabe entender por tal el conjunto de libertades instrumentales ligadas al mercado de trabajo del Estado de acogida.

El Reglamento 492/2011 (art. 3º) las concreta en los derechos siguientes: a) derecho a buscar el trabajo (responder a ofertas efectivas de trabajo y desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros); b) derecho a ejercerlo efectivamente (residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales); c) derecho a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos establecidos por la Comisión.

Libertad de circulación, en todos sus aspectos, garantizada por las normas comunitarias a través del sistema de coordinación de prestaciones sociales basado en los principios de totalización o acumulación de todos los períodos tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones sociales, así como para el cálculo de éstas y pago de las prestaciones a las personas que residan en los territorios de los Estados miembros (Reglamento 883/2004). Para el análisis de las normas de coordinación en materia de Seguridad Social remitimos al Capítulo específico de este libro colectivo.

En relación con el acceso al empleo, (respuesta a ofertas efectivas y desplazamiento libre para atenderlas) el Reglamento 492/2011 dispone que el trabajador tiene derecho a beneficiarse de las mismas prioridades que los nacionales del Estado de acogida, de modo que no se admiten, como regla general, las disposiciones o prácticas que tengan por finalidad o efecto principal eliminar a los nacionales de otros Estados miembros de la oferta de empleo. Pero, adviértase que el Reglamento admite las disposiciones mediante las cuales los Estados impongan condiciones relativas a los conocimientos lingüísticos que pueda exigir la naturaleza del empleo ofertado (siempre que esos condicionamientos sean proporcionados[97]. En caso de acceso a profesión regulada se deberá acreditar, de modo justificado y proporcionado, tal reconocimiento (Directiva 2005/36, de 7 de septiembre de 2005, modificada por la Directiva 2013/55, sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales). Disponen estas normas de Derecho Derivado de la UE las normas mínimas según las cuales un Estado miembro que subordina el acceso a una profesión regulada o su ejercicio, en su territorio, a la posesión de determinadas cualificaciones profesionales («Estado miembro de acogida») reconocerá para el

[97] STJUE de 28 de noviembre de 1989 (Asunto C-379/87).

acceso a dicha profesión y su ejercicio las cualificaciones profesionales adquiridas en otro u otros Estados miembros («Estado miembro de origen») y que permitan al titular de las mencionadas cualificaciones ejercer en él la misma profesión. Normas también ahora ampliadas al acceso parcial a una profesión regulada y al reconocimiento de un período de prácticas profesionales efectuadas en otro Estado miembro. Y respecto de su ámbito personal de aplicación es importante destacar que se extiende a los profesionales liberales, ejerzan su actividad por cuenta ajena o la ejerzan por cuenta propia.

Sobre el derecho a desplazarse libremente por el territorio de los Estados miembros para atender ofertas de empleo, se concreta en los que establece la Directiva 2004/38, que recordemos, establece el derecho de circular y de residir libremente en el territorio de los Estados Miembros y exige precisar un doble contenido, a saber, derecho de salida y derecho de entrada, para los que solo se exigirá estar en posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos (arts. 4º y 5º Directiva 2004/38).

Esta libertad de circulación (y de residencia) prevista para los ciudadanos de la Unión Europea tiene una ventaja adicional para los trabajadores, en el sentido de que para poder seguir residiendo en el país de acogida más allá del período inicial de hasta tres meses (art. 6º Directiva 2004/38) se presume que el ciudadano trabajador dispone de recursos suficientes para sí y para su familia y que cuenta con la cobertura sanitaria de todos los riesgos en el Estado de acogida (art. 7º.3 Directiva 2004/38) -presunción *iuris et de iure* de suficiencia económica[98]. Por tanto, cuando se trata de trabajadores[99] (ciudadanos comunitarios activos en sentido estricto) no hay que demostrar esa condición y el TJUE ha advertido que su derecho de residencia temporal por más de tres meses se ejerce aun cuando su remuneración no alcance el salario mínimo o el importe de la prestación social mínima.

Sobre el derecho a residir en uno de los Estados miembros para ejercer en él un trabajo, la prohibición de discriminación se aplica sobre todos y cada uno de los aspectos de la relación laboral regulados por la legislación del Estado empleador[100]; incluida la materia de afiliación sindical y el ejercicio de los derechos sindicales, así como la elegibilidad de los órganos de representación en la empresa (art. 8 Reglamento 492/2011). De modo que, art. 7º Reglamento 492/2011, será nula de pleno derecho cualquier cláusula contractual o convencional relativa al empleo, a la retribución o a cualquier otra condición de trabajo, incluido el despido, que prevea o autorice situaciones discriminatorias para los trabajadores de otros Estados miembros. Advierte así el TJUE, el Juez nacional estará obligado, sin pedir o esperar la eliminación de la cláusula discriminatoria mediante la negociación

[98] Dans, 2012, p. 175.

[99] STJUE de 15 de enero de 1998 (Asunto C-15/96).

[100] STJUE de 30 de abril de 1996 (Asunto C-214/94).

colectiva o cualquier otro procedimiento, a aplicar a los perjudicados el mismo régimen de que disfruten los demás trabajadores.

En relación con el derecho a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, si bien la Directiva 2004/38, art. 16, establece que los ciudadanos de la Unión y sus familiares tienen derecho de residencia permanente en el Estado de acogida cuando hayan residido legalmente en el mismo durante un período continuado de 5 años, se contempla una excepción en caso de trabajador que haya cesado su actividad antes de cumplir ese período. En efecto, el art. 17 Directiva reconoce el derecho a obtener la residencia permanente antes del transcurso de ese período al trabajador (por cuenta ajena o por cuenta propia) en los casos siguientes:

- En caso de jubilación. Cuando en el momento de cesar su actividad, haya alcanzado la edad prevista por la legislación del Estado miembro de acogida para causar derecho a una pensión de jubilación, así como al trabajador por cuenta ajena que cese en su actividad con motivo de la jubilación anticipada, cuando hubiese prestado sus servicios en ese Estado durante al menos los últimos doce meses y hubiera residido de forma continuada en él durante más de tres meses
- En caso de declaración de Incapacidad Permanente. Cuando habiendo residido de forma continuada en el Estado de acogida durante más de dos años, cese en su actividad a causa de una incapacidad permanente; período de residencia que no se exige cuando la incapacidad derive de un Accidente de Trabajo o de una Enfermedad Profesional
- En caso de trabajo transfronterizo. Cuando, después de tres años consecutivos de actividad y residencia en el Estado miembro de acogida continúe viviendo en él mientras presta sus servicios en otro Estado miembro, como trabajador transfronterizo.

5.3. Restricciones y limitaciones

A. Por orden público, seguridad y salud públicas

El derecho a la libre circulación no es ilimitado porque el orden público y la seguridad y salud públicas son razones en las que los Estados se pueden amparar para limitar ese derecho. Correspondiendo también al TJUE fijar las restricciones respetuosas con esa libertad en tanto que, conforme al art. 27.1 Directiva 2004/38, las medidas nacionales limitativas de la libertad de circulación y de residencia no podrán estar fundadas en "motivos económicos".

Por lo que respecta a las razones de orden público o de seguridad pública, las medidas sólo pueden basarse en la conducta personal del interesado cuando ésta constituye una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés

fundamental de la sociedad (art. 27.2); lo que quiere decir que no cabe adoptar las medidas por razones preventivas, ni siquiera por un riego general, sino que deben basarse en una amenaza real[101]. Y en este caso, siempre aplicando el test de justificación (razones imperiosas de interés general) y proporcionalidad[102].

Para el supuesto de salud pública, los Estados miembros únicamente podrán adoptar medidas restrictivas cuando se trata de: a) enfermedades con potencial epidémico; b) enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas (art. 29.1 Directiva 2004/38); teniendo en cuenta que el Estado miembro puede adoptar medidas de expulsión cuando su enfermedad se manifieste de forma sobrevenida dentro de los tres meses siguientes a la fecha de llegada (art. 29.2).

B. Restricciones relacionadas con el empleo en las AAPP

El artículo 45.4 TFUE expresamente dispone que: "Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la administración pública".

En el mismo modo, el art. 51 TFUE en relación con la libertad de establecimiento dispone que: "Las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público"; también aplicable a la libertad de prestación de servicios, de conformidad con la remisión del 62 TFUE a lo dispuesto en los artículos 51 a 54 del Tratado.

No hay una definición en las normas de la UE de lo que sea o deba entenderse por "función pública" y conforme a la doctrina del TJUE la expresión "empleos en la administración pública" debe ser interpretada restrictivamente añadiendo que se trata de un concepto propio del Derecho de la Unión Europea, sin que pueda dejarse a la discrecionalidad de los Estados Miembros. Interpretación que "no satisface las distintas concepciones nacionales de la Administración Pública, ni aporta una regla general que sirva para delimitar qué empleos se incluyen en el campo de aplicación de la excepción y cuáles quedan fuera"[103].

Interpretación restrictiva de las exclusiones en torno a las actividades que cabe entender comprendidas en la expresión función pública (solo aquellas que impliquen una participación en los poderes públicos y estén conexas a la tutela de intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas) y con fundamento en un criterio funcional y no institucional del vínculo entre el empleado y la Administración Pública.

[101] STJUE de 26 de febrero de 1975 (Asunto C-67/74).

[102] STJUE de 17 de marzo de 2005 (Asunto C-109/04).

[103] Gómez Muñoz, 2016, p. 48.

Sobre conocimientos lingüísticos para acceso al puesto de empleo el TJUE ha evolucionado en su doctrina. De un enfoque inicial, de carácter más abstracto [104] a una concepción más restrictiva de las políticas de defensa y promoción de la lengua, de modo que prohíbe la imposición de requisitos gravosos o discriminatorios con los nacionales de otros Estados miembros.

C. Otras consideraciones. Los efectos del Brexit en la libre circulación

El *Brexit* puso fin a la libre circulación de trabajadores entre el Reino Unido y la UE-27 el 31 de diciembre de 2020. Los derechos de los ciudadanos de la UE-27 que ya vivían y trabajaban en el Reino Unido y los de los ciudadanos británicos que vivían y trabajaban en la UE-27 están cubiertos por el Acuerdo de Retirada (en vigor desde el 1 de febrero de 2020), que permite mantener su derecho a permanecer o trabajar, garantiza la no discriminación y protege sus derechos en materia de seguridad social, de conformidad con lo previsto en el Capítulo 2º, art. 24 y ss. (derechos de los trabajadores por cuenta ajena y de los trabajadores por cuenta propia).

Todas las situaciones transfronterizas que se han dado desde el 1 de enero de 2021 están cubiertas por el *Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido* en materia de seguridad social.

6. Bibliografía

Dans Álvarez de Sotomayor, L. (2012): "Libre circulación de trabajadores", en AAVV: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Tirant lo Blanch.

García Murcia, J. (2016): "Presentación", en García Murcia, J. (Dir.): *Libertades de circulación y derechos de protección social en la Unión Europea*; ed. Juruá.

Gómez Muñoz, J.M. (2016): "La Libre circulación de trabajadores: retrospectiva y evolución en el contexto europeo actual", en VVAA: *La libre circulación de trabajadores en la UE. 30 años en la Unión*; ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

Pérez Agulla, S. (2017): "Trabajo autónomo", en García Murcia (Dir.): *Condiciones de Empleo y Relaciones de Trabajo en el Derecho de la Unión Europea*; ed. Thomson Reuters Aranzadi.

Rojo Torrecilla, E. (2018): "Libertad de circulación de trabajadores, de prestación de servicios y de establecimiento", en AAVV: *Derecho Social de la Unión Europea*, Francis Lefebvre.

[104] García Torres, 2016, p. 119.

Sánchez-Urán Azaña, Y.: 2015, "Derecho comunitario de residencia y acceso a las prestaciones sociales de subsistencia. El alcance limitado de la libertad de circulación de los demandantes de empleo en la UE", La Ley Unión Europea, nº 32.

- 2016 a) "Derecho de residencia y protección social y protección social de subsistencia. La solvencia económica del ciudadano comunitario como condicionante de la solidaridad social", en García Murcia (Dir.): *Libertades de circulación y derechos de protección social en la UE,* Ed. Juruá.

- 2016 b) "Derecho comunitario, libertad de circulación y protección social. La condición o derecho de residencia como límite al acceso a las prestaciones sociales", RMEYSS.

- 2017 "Concepto de trabajador", en García Murcia, J. (Dir.): *Condiciones de Empleo y Relaciones Laborales en el Derecho de la Unión Europea*, ed. Thomson-Reuters Aranzadi.

CAPÍTULO QUINTO. Libertad de establecimiento y de prestación de servicios. Criterios sobre norma aplicable y jurisdicción competente

Yolanda Sánchez-Urán Azaña
Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0003-1296-546X

Sumario: 1. Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios. Similitudes y diferencias. 2. Libertad de prestación de servicios e intermediación en el mercado de trabajo. 3. Libertad de prestación de servicios y desplazamiento de trabajadores. 3.1. Concepto de desplazamiento y de trabajador a estos efectos. 3.2. Sobre las condiciones de trabajo y protección de los trabajadores desplazados. 4. Libertad de circulación, determinación de la legislación aplicable y competencia judicial. 4.1. Las normas aplicables al contrato individual de trabajo. 4.2. La competencia judicial. 5. Bibliografía.

1. Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios. Similitudes y diferencias

La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, previstas en los artículos 49 y 56, respectivamente, del TFUE, garantizan la movilidad de empresas y de profesionales (trabajadores no asalariados) en la Unión. Sin embargo, para procurar una movilidad y una competencia justas, existen también normas específicas de la Unión que regulan los derechos de los trabajadores desplazados por sus empresas.

Se trata, por tanto, de buscar un equilibrio entre la necesidad de fomentar la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento y garantizar condiciones de competencia equitativas, por un lado; y por otro, proteger derechos de los trabajadores desplazados. Se dice de ellas que son libertades económicas fundamentales que en numerosas ocasiones presentan fricciones con los derechos sociales, en el sentido que la regulación de las condiciones laborales en el territorio

de cada Estado Miembro puede ser un factor que favorezca o, por el contrario, obstaculice el ejercicio de esas libertades económicas.

También respecto de estas libertades se introducen restricciones o limitaciones: las actividades que estén relacionadas con el ejercicio del poder público (art. 51.1 TFUE) y por razones de orden público o por razones imperiosas de interés general (art. 52 TFUE).

En ambos supuestos, las normas comunitarias garantizan que los trabajadores no asalariados y los operadores económicos ejerzan una actividad económica en el territorio de los Estados Miembros. La diferencia está en la circunstancia de si el operador económico afectado está o no establecido en el Estado miembro de acogida[1]. y en la dimensión temporal de la actividad. De modo que:

– De conformidad con el art. 49 TFUE (libertad de establecimiento), los trabajadores no asalariados y profesionales o personas jurídicas (en el sentido definido por el art. 54 TFUE[2]), establecidos legalmente en un Estado Miembro podrán ejercer su actividad de forma estable y continua en el territorio de otro Estado Miembro.

  Incluye el derecho a emprender y ejercer actividades no asalariadas y a establecer y administrar empresas (incluidos los diferentes centros de actividad, filiales y sucursales) para ejercer actividades permanentes y de carácter estable y continuado en las mismas condiciones recogidas por la legislación nacional del Estado Miembro de establecimiento para sus propios ciudadanos.

– Conforme al art. 56 TFUE (libre prestación de servicios) los trabajadores no asalariados y profesionales o personas jurídicas pueden ofrecer y prestar servicios en otro Estado Miembro de forma temporal aun cuando permanezcan establecidos en su país de origen.

  Se trata no solo de prohibir cualquier discriminación por razón de nacionalidad en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, sino también de adoptar medidas para facilitar su ejercicio y suprimir cualquier restricción que, pese a aplicarse indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, pueda producir el resultado de prohibir, obstaculizar o hacer menos atractivas las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios

[1] STJUE de 26 de enero de 2006 (Asunto C-514/03), párrafo 22.

[2] "Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros. Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo".

análogos[3]; tal y como puede ocurrir, por ejemplo, cuando la aplicación de la normativa del Estado de acogida genere gastos adicionales y suponga un aumento de las cargas administrativas y económicas.

Sobre ambas libertades una de las cuestiones fundamentales que se plantea es la relación o conexión entre la libertad económica y los derechos sociales. La referencia inicial en la jurisprudencia del TJUE debe hacerse a las sentencias conocidas como *Viking*[4] y *Rüffert*[5]. De estas resoluciones deriva que para el TJUE las posibles limitaciones que en atención del interés general representado por derechos sociales pudieran establecerse a esas libertades requieren que sean de especial trascendencia. Sin que el mero hecho de que la prestación de los trabajadores desplazados a otro país tenga condiciones inferiores a la de los nacionales del país del destino, salvando determinados mínimos de orden público, justifique restricciones a aquellas libertades económicas fundamentales. Una medida proteccionista (como cabe entender que el Estado miembro en el que se vayan a realizar los servicios no puede pretender extrapolar íntegramente su sistema de relaciones laborales a cualquier empresa que "no sea nacional suya") es contraria a los principios fundacionales de la UE y contraria a la libertad de establecimiento. Se da una prioridad, aunque sea relativa[6], a los derechos fundamentales de carácter económico.

Esta tendencia parece reforzada en dos sentencias posteriores. Una, STJUE de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-576/13) en la que la Comisión denunció que las empresas estibadoras se veían compelidas a contratar un número mínimo de trabajadores y con condiciones laborales ya predeterminadas, incluidos salarios y duración de jornada. Y otra, STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Asunto C-201/15) en la que se plantea si hay compatibilidad entre la exigencia de una autorización administrativa nacional para llevar a cabo un despido colectivo y la libertad de establecimiento como extensión de la libertad de empresa.

2. Libertad de prestación de servicios e intermediación en el mercado de trabajo

Los conflictos planteados al respecto, y resueltos por el TJUE, refieren a la oferta de servicios de intermediación en el mercado de trabajo a través de ETTs

[3] SSTJUE de 12 de octubre de 2004 (Asunto C-60/03); de 11 de septiembre de 2014 (Asunto C-91/13) y 3 de diciembre de 2014 (Asunto C-315/13).

[4] STJUE de 11 de diciembre de 2007 (Asunto C-438/05)] [STJUE de 18 de diciembre de 2007 (Asunto C-341/05).
El convenio colectivo no puede ser la referencia para imponer obligaciones laborales cuando no resulta de aplicación obligatoria y general para todas las empresas.

[5] STJUE de 3 de abril de 2008 (Asunto C-346/06). Conflicto sobre una norma alemana que obliga a las empresas para la adjudicación de contratos de obra y transporte público a pagar a los trabajadores, como mínimo, los salarios del convenio colectivo que resultara aplicable en el lugar de la prestación de servicios.

[6] Del Rey Guanter, 2022, p. 595.

y de Agencias de Colocación, que ofrecen sus servicios a una empresa situada en otro Estado Miembro o de manera directa en el territorio de otro país.

El TJUE entendió en las sentencias de 18 de enero de 1979 (Asuntos C-110/78 y 111/78) y de 17 de diciembre de 1981 (Asunto C-279/80), que las actividades de intermediación (y cesión de mano de obra) constituyen servicios a los efectos del art. 56 TFUE. Pero, por otro lado, manifiesta que la protección de los trabajadores es una razón de interés general y susceptible de protección. A este respecto, añade, procede reconocer que la cesión de mano de obra constituye un terreno particularmente delicado desde el punto de vista profesional y social. Debido a la naturaleza particular de las relaciones laborales inherentes a este tipo de actividad, el ejercicio de la misma afecta directamente tanto a las relaciones en el mercado laboral como a los intereses legítimos de los trabajadores afectados. Ello resulta, por otra parte, de las legislaciones de determinados Estados miembros en la materia, que tienden, por una parte, a eliminar posibles abusos y, por otra, a limitar el ámbito de esta actividad o, incluso, a prohibirla totalmente.

En este sentido, en la sentencia de 3 de junio de 2021 (Asunto C-784/19) expresa que, para que pueda considerarse que una ETT «ejerce normalmente sus actividades» en un Estado miembro, debe realizar una parte sustancial de su actividad de cesión de trabajadores en favor de empresas usuarias que estén establecidas y ejerzan sus actividades en el territorio de dicho Estado miembro. Por tanto, el ejercicio de actividades de selección y de contratación de trabajadores en el Estado miembro en el que la empresa de trabajo temporal está establecida no basta para que pueda considerarse que lleva a cabo «actividades sustanciales» en ese Estado miembro de justificar una restricción a la libertad de prestación de servicios.

3. Libertad de prestación de servicios y desplazamiento de trabajadores

Una de las cuestiones recurrentes a lo largo de estos años es la derivada de la oferta de actividades por los prestadores de servicios en el territorio de un Estado Miembro distinto al de origen, acompañada para su materialización de la movilidad de sus trabajadores para ejecutar dicha prestación. Es lo que con carácter general se ha descrito como "movilidad geográfica internacional".

Y exige distinguir, a efectos de la normativa de la UE, la movilidad transnacional en el marco de una prestación de servicios de aquellas otras situaciones en las que hay trabajo temporal para su empresa en el extranjero, lo que se ha convenido en denominar como "expatriación".

Por otro lado, atendiendo al tema analizado en el apartado, debe advertirse que se excluyen aquellos supuestos que no encajan en la movilidad geográfica internacional derivada de una prestación transnacional de servicios y, por tanto, de un traslado interempresarial. Entre ellos, quedarían comprendidos los siguientes:

contratación de trabajador en un país para desarrollar la actividad efectiva en otro Estado, sin en principio expectativas de retorno. O contratación de trabajador residente en un país de la Unión Europea para prestar servicios a una empresa radicada en otro país en régimen de teletrabajo. O contratación de un trabajador que continuamente se desplaza dentro del territorio europeo (ejemplo, periodistas) sin que haya una empresa destinataria del servicio en el país del desplazamiento. O desplazamiento periódico de trabajador a diferentes países durante la ejecución de la prestación laboral (lo que se ha denominado "contratos de trabajo plurilocalizados" -Fotinopoulou-), lo que cabría entender como trabajadores itinerantes. O, en fin, trabajos transfronterizos (los que desempeñan su actividad en el territorio de un Estado y reside en el de otro, al que regresa cada día o al menos una vez por semana) ni a los denominados con carácter general trabajadores "expatriados".

Desde la perspectiva de la libertad de prestación de servicios de una Empresa en otros Estados Miembros de la UE, para la normativa europea un trabajador desplazado es un empleado enviado por su empresa a realizar un servicio en otro Estado miembro con carácter temporal (o por tiempo limitado) siempre que haya una operación o actividad transnacional entre la empresa y otra radicada en otro Estado ("Estado de acogida"). La legislación de la Unión relativa a los trabajadores desplazados, en el marco de una prestación de servicios, se orienta a la regulación y equilibrio entre los dos principios siguientes:

- La igualdad de condiciones en la prestación transfronteriza de servicios de las empresas, de una manera que resulte tan libre como sea posible.
- La protección de los derechos de los trabajadores desplazados garantizando un conjunto común de derechos sociales con el fin de evitar un trato injusto y la creación de una mano de obra de bajo coste.

Téngase en cuenta al respecto que es doctrina reiterada del TJUE que la protección social de los trabajadores es una de las razones imperiosas de interés general que pueden justificar una restricción de la libre prestación de servicios. En este sentido, nos recuerda el TJUE[7] que " el objetivo de lucha contra el fraude, en particular laboral, y de prevención de los abusos, concretamente los supuestos de falsos autónomos y la lucha contra el trabajo encubierto, puede vincularse no sólo al objetivo de protección del equilibrio financiero de los regímenes de seguridad social, sino también a los objetivos de prevención de la competencia desleal y del *dumping* social y de protección de los trabajadores, incluidos los prestadores autónomos de servicios", siempre que sean medidas proporcionadas y suficientemente justificadas por el Estado de acogida.

De este modo, los artículos 56 y 57 TFUE se oponen a una normativa de un Estado miembro que obliga a un empleador establecido en otro Estado miembro que desplaza trabajadores al territorio del primer Estado a enviar una declaración previa de desplazamiento, en la medida en que el comienzo del desplazamiento

[7] STJUE de 19 de diciembre de 2012 (Asunto C-577/10).

previsto se subordina a la notificación a este empleador de un número de registro de la declaración y que las autoridades nacionales de ese primer Estado disponen de un plazo de cinco días laborables, desde la recepción de ésta, para efectuar esta notificación. Por el contrario, estos preceptos no se oponen a una normativa de un Estado miembro que obliga a un empleador establecido en otro Estado miembro que desplaza trabajadores al territorio del primer Estado a tener a disposición de las autoridades nacionales de éste, durante el período de desplazamiento, una copia de los documentos equivalentes a los documentos sociales o laborales exigidos por la legislación del primer Estado, así como a enviar dicha copia a estas autoridades al término de este período[8].

Las normas de la UE básicas sobre esta materia son las siguientes:

- Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Es una norma reactiva a la entrada de España y Portugal en la CEE[9] puesto que las empresas de ambos países, con salarios más bajos, podían desplazarse con su personal a otros Estados Miembros con salarios más altos (tales como Francia, Bélgica o Alemania). El objetivo principal, para evitar la competencia desleal entre países de la UE con diferentes costes laborales, era garantizar a los trabajadores desplazados temporalmente determinadas condiciones de trabajo conforme a las normas laborales del Estado de acogida (entre ellas, el salario mínimo)[10]; esas condiciones de trabajo y empleo mínimas debían respetarse según la normativa de dicho Estado. Para el resto de las condiciones no contempladas, seguiría aplicándose las normas del Estado de origen.
- En materia de Seguridad Social, los trabajadores desplazados seguían estando incluidos en el sistema del país de origen siempre que, en general, el desplazamiento durase al menos dos años.
- Directiva 2014/67/UE, de 15 de mayo de 2014 sobre la aplicación de la Directiva 96/71/CE cuyo fin es garantizar mecanismos de control y de cooperación entre autoridades. Clarifica la definición de desplazamiento y define las responsabilidades de los Estados miembros de comprobar el cumplimiento de la Directiva, en especial en sectores con un mayor riesgo de malas prácticas, por ejemplo, la construcción o el transporte de mercancías por carretera. Busca lograr una mejor cooperación entre

[8] STJUE de 7 de octubre de 2010, Asunto C-515/08).

[9] STJUE de 27 de marzo de 1990 (Asunto C-113/89).

[10] STJUE de 27 de marzo de 1990 (Asunto C-113/89). Ya advirtió que los arts. 59 y 60 TCEE debían interpretarse en el sentido de que una empresa establecida en Portugal, que lleva a cabo prestaciones de servicios en el sector de la construcción en otro Estado miembro, puede desplazarse con su propio personal, traído de Portugal, por el tiempo que duren las obras. En este caso las autoridades del Estado miembro receptor no pueden imponer condiciones al prestador de servicios referentes a la contratación de mano de obra *in situ* o a la obtención de un permiso de trabajo para el personal portugués.

las autoridades nacionales responsables del desplazamiento, aplicando la obligación de responder a las solicitudes de asistencia y definiendo límites temporales para responder a las solicitudes de información. Finalmente, las sanciones administrativas y las multas impuestas a los prestadores de servicios por un Estado miembro a partir de ahora pueden aplicarse y cobrarse en otro Estado miembro.

- Directiva 2018/957/UE, de 21 de junio de 2018, que revisa profundamente la directiva original introduciendo dos grandes cambios: la obligación de respetar el principio de igualdad de remuneración ("equal pay", salario igual a igual trabajo) y la regulación de las asignaciones a largo plazo para reforzar su cumplimiento.
- Reglamento UE 883/2004 sobre las normas de coordinación a efectos de seguridad social para los trabajadores desplazados. A cuyo análisis remitimos al Capítulo específico de esta obra colectiva.

Sólo alguna referencia al contexto social y económico en que se negocian y posteriormente se adoptan estas normas comunitarias. En el fondo, siempre ha estado presente el difícil equilibrio entre dos polos, por un lado el equilibrio en la libre competencia de las empresas en su libertad de prestación de servicios y, por otro, la posibilidad de fijar un mínimo en las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados, esto es, una medida homóloga de aplicación o extensión de las condiciones de trabajo del Estado de destino al Estado de acogida a los trabajadores desplazados a su territorio. Y con la mirada siempre a la sucesiva incorporación de Países entre los Estados Miembros; lo que, como bien se ha expresado, "ocurrió a finales de los ochenta con la entrada de España y Portugal, se repitió en una proporción mucho mayor con la entrada de los países de Centroeuropa (2004) y Rumanía y Bulgaria (2007)", de modo que el dique de contención que se levantó con el ingreso de los países ibéricos con la Directiva 96/71 quedó desbordado con estas otras incorporaciones[11]. El conflicto entre Estados viejos y nuevos, entre empresarios y trabajadores y la soberanía de los Estados, se reflejó en las sentencias del denominado "Cuarteto Laval"[12], que se limitaron a interpretar literalmente la Directiva 96/71 en un contexto de tensión en el ámbito del desplazamiento de trabajadores intentando asegurar la competencia legal mediante el factor trabajo[13]. De ahí las posteriores modificaciones, una 2014, con el objetivo de reforzar el control del desplazamiento (sin abordar las cuestiones de fondo relevantes) y otra, de 2018, que produjo enorme revuelo político y pretendió abordar las principales cuestiones técnicas, tales como el desplazamiento de larga

[11] Parra Gutiérrez, J.P: 2024, p. 81.

[12] Nos referimos a las SSTJUE sobre desplazamiento de trabajadores, de 18 de diciembre de 2007, Laval, Asunto C-341/05; de 19 de junio de 2008, Comisión contra Luxemburgo, Asunto C-319/06; y de 3 de abril de 2008, Rüffert, Asunto C-346/06. Y a la STJUE sobre libertad de establecimiento de 11 de diciembre de 2007, Viking, Asunto C-438/07.

[13] Fotinoulou Basurko, O: 2015, p. 130.

duración; principio de igual remuneración; subcontratación; ETTs y negociación colectiva, buscando compatibilizar la libre prestación de servicios con los derechos colectivos fundamentales.

3.1. Concepto de desplazamiento y de trabajador a estos efectos

Aunque no hay en las Directivas un concepto de desplazamiento, podríamos decir que existe desplazamiento (o movilidad en el empleo) a efectos de aplicación de la normativa de la UE (Directivas 96/71 y 2018/957) cuando haya operaciones o actividades transnacionales. Esto es, en el supuesto de que las empresas:

- Desplacen a un trabajador por su cuenta y bajo su dirección (en el marco de un contrato celebrado entre la empresa de procedencia y el destinatario de la prestación de servicios que opera en el Estado de acogida) al territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de procedencia y el trabajador durante el período de desplazamiento[14].
- Desplacen a un trabajador al territorio de un Estado miembro, en un establecimiento o en una empresa que pertenezca al mismo grupo empresarial, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de origen y el trabajador durante el período de desplazamiento.
- En su calidad de empresa de trabajo temporal o en su calidad de agencia de colocación, desplace a un trabajador a una empresa usuaria que esté establecida o ejerza su actividad en el territorio de un Estado miembro, siempre que exista una relación laboral entre la empresa de trabajo temporal o la agencia de colocación y el trabajador durante el período de desplazamiento. Se incluye la puesta disposición de un trabajador en un Estado, que puede coincidir o no con el del establecimiento de la ETT o de la agencia de colocación, seguida de la decisión de la empresa usuaria de ocupar al trabajador en otro Estado miembro distinto de aquél en que haya sido contratado por la ETT; como también los casos de desplazamiento plural y sucesivo o en cadena, esto es cuando la empresa usuaria ocupa al trabajador cedido por la ETT en una o más prestaciones de servicios transnacionales a ejecutar en otro u otros Estados miembros, incluidos aquellos en los que se encuentre un centro de trabajo de la empresa usuaria o de otra empresa de su grupo.

Teniendo en cuenta que el concepto de trabajador a efectos de la Libre Circulación no se extiende al afectado por una prestación de servicios europea (sencillamente porque en este segundo caso, la movilidad europea tiene como finalidad hacer posible la ejecución de la prestación de servicios de sus empresarios en ejercicio de su libertad de prestación de servicios), de conformidad con el art. 2º de la Directiva 96/71 se entiende por «trabajador desplazado» todo trabajador

[14] STJUE de 19 de diciembre de 2019 (Asunto C-16/18).

que, durante un período limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente. Es lo que cabe calificar como temporalidad del desplazamiento; temporalidad que incide en el aspecto crucial de la ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado, advirtiendo que, en caso de defecto de elección por las partes, se aplicará la ley del país donde el trabajador ejecute habitualmente su prestación laboral, aunque sea temporalmente enviado a otro país; y temporalidad que, como bien se ha afirmado, deriva de la libertad de prestación de servicios, que es tanto su causa como su límite[15].

La Directiva no expresa el tiempo exacto del período de desplazamiento. No define la temporalidad; no establece umbrales mínimos ni máximos, y atiende solo al hecho de que la duración será la obra o servicios para cuya realización se produce el desplazamiento de modo que el trabajador va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar la actividad en el de acogida. No obstante, como se analiza en el apartado siguiente, debe tenerse en cuenta la distinción entre desplazamiento de hasta 12 meses o, en su caso, 18 meses y desplazamiento de duración superior (denominado de "larga duración") a los efectos de regulación de las condiciones de trabajo.

A efectos de la presente Directiva, el concepto de trabajador es el que sea aplicable conforme al Derecho del Estado miembro en cuyo territorio el trabajador esté desplazado (art. 2.1 Directiva 96/71). Doble condición de trabajador en este ámbito porque: por un lado, la norma exige que haya una relación laboral entre el trabajador y la empresa; pero a efectos de aplicación de la Directiva se limita a remitir a la legislación del Estado de destino. Resultando entonces que, no habiendo un concepto unívoco u homogéneo, puede diferir en cada uno de los Estados Miembros y, en consecuencia, a efectos de la Directiva habrá que entender o considerar "laboral" la prestación de servicios conforme a la normativa del Estado de destino, aunque carezca de esa caracterización en el Estado de origen.

Por lo que respecta a la vinculación del trabajador con la empresa que realiza el desplazamiento, no se exige una unión o relación previa, siendo irrelevante que el trabajador no haya sido ocupado previamente por la empresa que le encomienda la misión[16]. Lo único importante es que exista un vínculo orgánico entre ésta y el trabajador y se mantenga durante el desplazamiento[17]; lo que deriva de varias circunstancias, tales como, entre otras, que sea el empresario que desplaza quien contrata al trabajador, quien abona efectivamente el salario y quien ostenta la facultad de despedir al trabajador desplazado. De modo que no hay relación laboral con la empresa receptora de los servicios en destino[18].

[15] Casas Baamonde, Mª E.: 2002, p. 6.

[16] STJUE de 5 de diciembre de 1967 (Asunto C-19/67). Nada prohíbe contrataciones ad hoc para el desplazamiento, práctica perfectamente validada por el Tribunal de Justicia, Sentencia de 17 de diciembre de 1970, Asunto C-35/70.

[17] STJUE de 10 de febrero 2000 (Asunto C-202/97).

[18] Gómez Abelleira, F.: 2018, p. 216

Por último, el desplazamiento no queda condicionado a la nacionalidad del trabajador. Dicho de otro modo, se plantea la cuestión relativa al desplazamiento de los nacionales de terceros países a Estados Miembros de la UE. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la Directiva 2014/66 de PE y del Consejo de 15 de marzo, refiere a este supuesto de desplazamiento temporal interempresarial, sea a un Estado Miembro o a varios Estados Miembros de la UE.

La directiva define el desplazamiento temporal como aquel que no supere un período máximo de 3 años para las personas trabajadoras directivos y especialistas y de un año para las personas trabajadoras en formación. Durante el período de desplazamiento las condiciones de trabajo se rigen por la normativa laboral del país de origen (debiendo respetarse las disposiciones mínimas de derecho necesario del país de destino en relación con las condiciones mínimas de trabajo y empleo); pasado ese tiempo se regirán por la del país de destino.

3.2. Sobre las condiciones de trabajo y protección de los trabajadores desplazados

Partiendo de que las diferencias de condiciones de trabajo existentes entre los ordenamientos laborales de los Estados Miembros pudiera ser determinante para el proyecto de una empresa, las principales condiciones de trabajo exigibles a los empresarios que desplazan a trabajadores serán las fijadas por las normas imperativas del Estado de destino con base en los tres criterios siguientes: i) que las condiciones de trabajo sean obligatorias en todos o en la mayoría de los Estados miembros; ii) que sean obligatorias a todos los trabajadores; iii) que las condiciones exigibles sean compatibles con la naturaleza temporal del desplazamiento. Estos criterios han servido de inspiración en la lista de condiciones de trabajo que se han ido fijando en las sucesivas Directivas.

En la actualidad, se expresa por la Directiva 2018/957 que se garantizará la protección de los trabajadores desplazados durante su desplazamiento, en lo que se refiere a la libre prestación de servicios, estableciendo disposiciones obligatorias sobre las condiciones de trabajo y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores que deben respetarse. Sin que afecte, en modo alguno, al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a escala de la Unión, incluyendo el derecho o la libertad de huelga o de emprender otras acciones contempladas en los sistemas de relaciones laborales específicos de los Estados miembros, de conformidad con la legislación o las prácticas nacionales. Tampoco afecta al derecho a negociar, concluir y hacer cumplir convenios colectivos o llevar a cabo acciones colectivas conforme a la legislación o las prácticas nacionales.

En este caso, la duda es si las condiciones de trabajo durante el desplazamiento son las que corresponde al Estado de origen o al Estado de acogida o de destino, en aquellos casos en los que el Estado de acogida disponga de una legislación laboral

sobre condiciones de trabajo más costosa (más favorable desde la perspectiva del trabajador) que la que establece el Estado de origen del prestador del servicio.

Inicialmente, Directiva establecía que a los trabajadores desplazados se les debía garantizar las condiciones aplicables, por ley o por convenio, en el Estado miembro de acogida, en unas materias tasadas, entre ellas el salario mínimo aplicable en ese país, siempre que esta regulación resulte más favorable que lo dispuesto por el contrato o por la ley con arreglo a la cual se haya celebrado. No obstante, la duda o cuestión inicial fue si la Directiva 96/71 era una norma de máximos, no susceptible de mejora o una norma de mínimos. Es evidente que conforme al art. 3.7 ("Lo dispuesto en los apartados 1 a 6 no impedirá la aplicación de condiciones de trabajo más favorables para los trabajadores"), la Directiva funciona como un mínimo no rebajable para los desplazamientos desde un Estado de origen con mejores condiciones laborales a otro, el de destino, con condiciones inferiores (en especial, en cuanto al salario). Y la polémica se genera en torno a si hay que considerarla como de máximos cuando el desplazamiento se produce a la inversa, desplazamiento desde un Estado de origen con condiciones inferiores a uno de destino con mejores condiciones, entendiendo el TJUE (sentencia Laval, apartado 80 y 81) que las empresas que desplazan trabajadores a un Estado deben cumplir la legislación del Estado de destino respecto a las condiciones de trabajo del núcleo duro [las que se enumeran en los apartados a) a g) del artículo 3.1. Directiva]. Más allá, asumirán condiciones más favorables si así lo deciden voluntariamente o si las condiciones de trabajo del Estado de origen son superiores a las del Estado de destino; circunstancia ésta que no es sino consecuencia de la consideración de la Directiva como una norma de Derecho Internacional Privado con base jurídica en el art. 53 y art 56 del TFUE. Como bien se ha explicado, la Directiva es una norma de conflicto, y el art.3 deroga las normas del Estado de origen, salvo que sean más beneficiosas, y declara aplicables las del Estado de destino para ciertas condiciones de trabajo, fijando así un umbral por debajo del cual los empresarios estarán incumpliendo la ley[19].

La Directiva tiene una base jurídica clara, la prestación de servicios, y esta finalidad determina a su vez la base jurídica, de la que deriva tanto su contenido como su interpretación y aplicación. El TJUE ha declarado sin ambages que la base jurídica está en los preceptos citados del TFUE[20] y, por tanto, la libre prestación de servicios, aunque reconoce un peso mayor a la protección de los trabajadores como objetivo de la norma (la reforma de 2018) respecto del valor que se le venía dando anteriormente, dando carta de naturaleza a un concepto (Cdo 10 de la Directiva 2018/957), el de "libre prestación de servicios en condiciones equitativas", en respuesta a los cambios producidos en el mercado interior a lo largo de estos años y que incide ahora en los objetivos sociales, incorporando como elemento indisociable a la prestación de servicios el de la protección de los trabajadores,

[19] Parra Gutiérrez, J.P.: 2024, p. 217 y 218.

[20] SSTJUE de 8 de diciembre de 2020, Hungría, C-620/18 y Polonia, Asunto C-626/18

principios, ambos, que son o responden a ese nuevo concepto. De este modo, la protección de los derechos de los trabajadores queda amparada por el art.53 TFUE. Se protegen los derechos de los trabajadores para proteger el mercado y la libre prestación de servicios[21].

La nueva Directiva 2018/957 establece un régimen de condiciones que varía en función de la duración del desplazamiento. Así, durante los primeros 12 meses, deberán garantizarse las condiciones aplicables, por ley o por convenio, en el Estado de acogida, en las mismas materias tasadas previstas hasta ahora, a saber:

- Los períodos máximos de trabajo, así como los períodos mínimos de descanso (incluido el descanso mínimo diario, conforme a la STJUE de 19 de junio de 2008, Asunto C-319/06).
- La duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; conforme a la STJUE de 12 de febrero de 2105, Asunto C-396/13 las vacaciones anuales remuneradas son un derecho reconocido por el art. 31.2 CDFUE y es una cuestión de pago de un salario durante el período de descanso.
- Las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extra-ordinarias (excluidos los regímenes complementarios de jubilación profesional); procediendo a comparar las cuantías de los Estados de origen y de destino (STJUE de 14 de abril de 2005, Asunto C-341/02) y determinando qué no es salario a estos efectos (salario por horas extraordinarias, cotizaciones a los regí-menes complementarios de jubilación profesional, gastos de desplazamiento).
- Las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de agencias de trabajo interno; teniendo en cuenta que en esta inicial Directiva permitía a los Estados miembros la posibilidad o no de extender a los trabajadores transnacionales cedidos el mismo estatuto que los cedidos por empresas nacionales (equiparación de condiciones laborales entre trabajadores cedidos y trabajadores de la empresa usuaria).
- La salud, la seguridad y la higiene en el trabajo; teniendo en cuenta que, conforme a la STJUE de 23 de noviembre de 1999, Asunto C-369 y 276/96, no hay que duplicar determinadas obligaciones cuando se desplazan trabajadores y, por tanto, que habrá que determinar en el marco de las obligaciones preventivas, las que afectan al establecimiento (Estado de origen), condiciones concretas de seguridad y salud en la prestación de servicios (Estado de destino) y, por último la vigilancia de la salud de los trabajadores desplazados, en la que pueden quedar afectados los dos Estados (en uno se hacen las pruebas teniendo en

[21] Gutiérrez-Solar Calvo, B.: 2000, p. 183.

cuenta los protocolos de vigilancia del otro, el de destino) o la formación e información preventiva.

- Las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes.
- La igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.

Y se añaden las siguientes:

- Todos los elementos constitutivos de la remuneración; y no sólo el salario mínimo. Se entiende por remuneración todos los elementos de la remuneración obligatorios por la ley nacional, los Convenios colectivos o la normativa de aplicación general a todos los trabajadores, incluido el incremento por horas extraordinarias, siendo precisa la comparación del importe bruto de la remuneración según la definición de ésta en el Estado de origen con la de igual importe bruto de la remuneración según la definición del Estado de Destino. Indica también que el reembolso o la compensación de los gastos de viaje, comida y alojamiento no se pueden considerar remuneración y que no deben tenerse en cuenta al comparar la cantidad realmente abonada al trabajador y la remuneración exigida por el Estado miembro de acogida.

  Como expresó la Comisión Europea en un documento sobre evaluación de esta Directiva (2024), la igualdad de remuneración no significa que un desplazado reciba exactamente el mismo salario que su homólogo local, sino que se le aplique la misma escala salarial. Sobre garantía de salarios mínimos, remitimos al Capítulo correspondiente de este libro colectivo.
- Condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos a una empresa usuaria. La Directiva, ante la posible situación de desigualdad que permitía la Directiva 96/71, incorpora nueva redacción al artículo 1.ter de la Directiva para reconocer que las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos serán las mismas, procedan de una ETT nacional o de una de otro Estado de la Unión Europea.
- Las condiciones de alojamiento aplicables a los trabajadores en el Estado de acogida. Esto es, en caso de que el empleador se las proporcione a los trabajadores que se encuentran fuera del lugar de su trabajo habitual. Parece referidas tanto al tipo de alojamiento como a sus características.
- Los complementos o reembolsos en concepto de gastos de viaje, alojamiento y manutención, cuando los trabajadores desplazados deban viajar desde su lugar de trabajo en el Estado de acogida a otro. Se refiere

exclusivamente a los gastos en que hayan incurrido los trabajadores y no a los gastos que deba asumir directamente el empresario.

A la vista de lo indicado, las relaciones colectivas con se incluyen en el listado de condiciones a garantizar a los desplazados, de conformidad con lo previsto en el art. 1.1.bis de la Directiva: "La presente Directiva no afectará en modo alguno al ejercicio de los derechos fundamentales reconocidos en los Estados miembros y a escala de la Unión, incluyendo el derecho o libertad de huelga o de emprender otras acciones contempladas en los sistemas de relaciones laborales específicos…Tampoco afectará al derecho a negociar, concluir y hacer cumplir convenios colectivos o llevar a cabo acciones colectivas conforme a la legislación o las prácticas nacionales".

Por lo que refiere a la Seguridad Social de los trabajadores desplazados, remitimos *infra* al Capítulo específico sobre reglas de determinación de la Ley de seguridad Social aplicable. No obstante comentar al respecto que el principio de unicidad establecido en el art. 11.1 del Reglamento de Coordinación en materia de seguridad social, y conforme al de *lex locis laboris*, debe recordarse que los artículos 12 a 16 establecen reglas especiales (más bien excepciones). Entre ellas, las relativas a los trabajadores desplazados, para los que el artículo 12 citado mantiene la ley del lugar de trabajo habitual aunque temporalmente no esté allí trabajador cuando la duración previsible no exceda de 24 meses. De modo que si la duración es inferior a 24 meses se mantiene la cobertura de Seguridad Social del Estado de origen.

Transcurridos los doce primeros meses de desplazamiento (a partir del decimotercer mes) se pasa al denominado "desplazamiento de larga duración" y conlleva una protección reforzada, en el sentido de que deberán aplicarse todas las condiciones de trabajo existentes *en destino* (Estado de acogida) y no sólo las tasadas en la Directiva. Con dos excepciones (que no quedan condicionadas a un término cierto final):

- Los procedimientos, formalidades y condiciones de celebración y de resolución del contrato de trabajo (incluidas las cláusulas de no competencia).
- Los regímenes complementarios de jubilación.

Para reforzar esta protección se advierte que la sustitución de un trabajador desplazado por otro no puede servir para eludir la aplicación de estas garantías reforzadas. Así, cuando el segundo pase a realizar el mismo trabajo en el mismo lugar, el cómputo de los meses de desplazamiento a partir de los cuales resulta aplicable tal protección se ha de llevar a cargo atendiendo a la duración acumulada de los períodos de desplazamiento de cada uno de los trabajadores desplazados de que se trate. Para determinar si es el sino trabajo y el mismo lugar se ha de tener en cuenta, entre otras cosas, "la naturaleza del servicio que se trate, el trabajo que se realice y la dirección o direcciones del lugar del trabajo".

Téngase en cuenta las sentencias del TJUE de 8 de diciembre de 2020, que resuelven recursos de anulación presentados respectivamente por Hungría (Asunto C-620/18) y por Polonia (Asunto C-626/18) contra la Directiva 2018/957, en relación con:

- La base legal de la misma. El TJUE aprecia que esta Directiva, como sus antecedentes, cohonesta dos intereses: la libre prestación de servicios y la protección de los derechos de los trabajadores; señala que el principal es el primero, es decir, el mercado, entendido como "libre prestación de servicios en condiciones equitativas" y su instrumento para lograrla el establecimiento de condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores desplazados de un nivel sustancialmente igual a las de los trabajadores empleados por empresas establecidas en el Estado miembro de acogida. Lo que quiere expresar que para el TJUE la Directiva 2018/957 es esencialmente una directiva de "mercado", refrendado ahora el cuarteto "Laval"[22] y, en consecuencia, el fin de la prestación de servicios sobre los derechos laborales.
- El cumplimiento de principio de libre prestación de servicios y las medidas y condiciones que pudieran restringirlo o limitarlo. En este sentido, el TJUE considera que el balance de la anterior Directiva entre la libre prestación de servicios y la protección de los trabajadores había quedado desequilibrado desde la vertiente de la ventaja competitiva de las empresas que provienen de Estados con salarios más bajos. De modo que, aunque la nueva Directiva suponga una mayor exigencia para las empresas que desplazan trabajadores, no supone una alteración de la libre prestación de servicios que los anule o vulnere.

Debe advertirse que la obligación de las empresas incluidas en su ámbito de aplicación a garantizar a los trabajadores en su territorio, en relación con determinadas materias, unas condiciones de trabajo, es solo una regla general que admite varias excepciones (art. 3º de la Directiva), entre otras en relación con la actividad (montaje inicial o de primera instalación de un bien, con desplazamientos inferiores a ocho días) o con la duración del desplazamiento (inferior a un mes); cuando conlleve la aplicación de condiciones de trabajo más favorables para el trabajador o cuando los Estados puedan imponer condiciones de trabajo, referidas a materias distintas de las fijadas en la Directiva, por razones de orden público (sobre la base de la igualdad de trato entre empresas nacionales y empresas de otros Estados Miembros).

[22] Sentencias del TJUE de 18 de diciembre de 2001 (Asunto C-341/05); 11 de diciembre de 2007 (Asunto C-438/05); de 3 de abril de 2008 (Asunto C-346/06) y de 19 de junio de 2009 (Asunto C-31119/06).

4. Libertad de circulación, determinación de la legislación aplicable y competencia judicial

La libre circulación o movilidad internacional plantea el problema jurídico de la determinación de la ley nacional aplicable y la competencia judicial de los órdenes jurisdiccionales de los diferentes países.

El Reglamento Roma I (CE) n.º 593/2008 y el Reglamento Bruselas I (refundición) (UE) n.º 1215/2012 contienen, respectivamente, disposiciones especiales que determinan la ley aplicable al contrato de trabajo y cuál es el Estado o los Estados miembros cuyos órganos jurisdiccionales serán competentes para dirimir los litigios sobre contratos individuales de trabajo, con la finalidad, en ambos, de proteger a los trabajadores en su condición de parte de la relación contractual laboral.

Conforme al principio de jerarquía de fuentes, estos Reglamentos UE son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables a todos los Estados Miembros.

Ambas normas se aplican a los contratos individuales de trabajo, pero en ninguno de los Reglamentos se define qué deba entenderse por tal y tampoco los términos «trabajador» y «empresario» a estos efectos. De nuevo, por tanto, ha correspondido al TJUE fijar reglas y directrices al respecto.

4.1. Las normas aplicables al contrato individual de trabajo

El Reglamento Roma I establece normas especiales de conflicto de leyes relativas al contrato individual de trabajo que se aplican cuando, en ejecución de dicho contrato, el trabajo se realiza en al menos un Estado distinto del de la ley elegida. El TJUE en sentencia de 8 de diciembre de 2020 (Asunto C-626/18) ha establecido, en relación con la Directiva 2018/957 -para el supuesto de que los desplazamientos de larga duración-, que obligación de aplicación de la ley del Estado de destino, es una "norma especial de conflicto de ley en el sentido del art. 23 del Reglamento Roma I".

Como regla general, las partes pactan la ley aplicable (arts. 3º y 8ª); prima, por tanto, la voluntad de las partes[23] en la elección de la ley aplicable, esto es el completo sistema legal vigente en un país (lo que significa que, en relación con España, se incluye al convenio colectivo).

Autonomía o libertad de las partes que el TJUE ha entendido en el sentido siguiente: por un lado, las partes de un contrato individual de trabajo son libres para elegir la ley aplicable a ese contrato, aun cuando las estipulaciones contractuales se completen con el Derecho laboral nacional en virtud de una disposición nacional, siempre que la disposición nacional en cuestión no obligue a las partes a elegir la ley

[23] STJUE de 18 de octubre de 2016 (Asunto C-135/15) parágrafo 42.

nacional como ley aplicable al contrato. Y por otro lado, las partes de un contrato individual de trabajo son, en principio, libres para elegir la ley aplicable a dicho contrato, aunque la cláusula contractual relativa a esa elección esté redactada por el empresario, limitándose el trabajador a aceptarla[24].

Pero la libertad de las partes tiene límites infranqueables. Puntualiza el art. 8º.1 del Reglamento en relación con el contrato de trabajo, que esa elección no "podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrá de ser aplicable en relación con los apartados 2, 3 y 4 de este artículo"[25]. Regla que refiere a la finalidad de tutela del trabajador en cuanto límite a la autonomía de las partes, no tanto atendiendo al criterio de aplicación de la ley nacional más favorable (que no lo establece el Reglamento), sino al de vínculos más estrechos del contrato[26].

De modo que, en ausencia de elección, la norma de conflicto remite "en principio, a un único ordenamiento"[27].

En estos casos, haya o no sido elegida por las partes en el caso concreto, la ley aplicable es, atendiendo al punto de conexión o vinculación:

- La del país donde el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo en ejecución del contrato, con la finalidad, ha expresado el TJUE[28], de que en la medida de lo posible se respeten las disposiciones destinadas a velar por la protección del trabajador establecidas en el Derecho del país en el que este desempeña su actividad profesional.
- En su defecto (criterio subsidiario, cuando no pueda determinarse conforme al anterior), la ley del país del lugar donde haya sido contratado, es decir, del país donde esté situado al establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador.
- O, por último, la del país con el que el contrato tenga "vínculos más estrechos" , es decir, conforme a la STJUE de 12 de septiembre de 2013 (Asunto C-64/2012), no el país con el que existan más punto de conexión sino el país con el que se tangan punto de conexión más relevantes

[24] STJUE de 15 de julio de 2021 (Asuntos acumulados C-152/20 y C-218/20).

[25] "2. En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país. 3. Cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado 2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador. 4. Si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país.".

[26] STJUE de 15 de julio de 2021 (Asunto C-152/20).

[27] Rodríguez, 2016, p. 473.

[28] En interpretación amplia, STJUE de 15 de marzo de 2013 (Asunto C-64/12).

considerando todas las circunstancias concurrentes (por ejemplo, lugar donde el trabajador paga los impuestos, donde está afiliado a la Seguridad Social, lugar de la moneda pactada en el contrato para pagar el salario o el del domicilio del trabajador). Este criterio no es subsidiario de los anteriores, de modo que, de acuerdo con la STJUE de 15 de marzo de 2013, se puede aplicar el mismo "cuando un contrato esté vinculado más estrechamente a un Estado distinto del de la realización habitual del trabajo".

De modo que la correcta aplicación del art. 8ª del Reglamento Roma I requiere en consecuencia, en un primer momento, "que el órgano jurisdiccional nacional identifique la ley que habría sido aplicable en ausencia de elección y determine, según esa ley, las normas que no pueden excluirse mediante acuerdo y, en un segundo momento, que ese órgano jurisdiccional compare el nivel de protección que deparan al trabajador estas normas con el que ofrece la ley elegida por las partes. Si el nivel previsto por dichas normas garantiza una mejor protección, estas deben aplicarse"[29].

En concreto y en lo que refiere al salario, debe interpretarse en el sentido de que, cuando la ley que regula el contrato individual de trabajo ha sido elegida por las partes de ese contrato y tal ley es distinta de la que resulta aplicable en virtud de los apartados 2, 3 o 4 de ese artículo, ha de excluirse la aplicación de esta última, a excepción de las «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo» con arreglo a ella, en el sentido del apartado 1 del artículo 8, de dicho Reglamento, entre las cuales pueden encontrarse, en principio, las normas relativas al salario mínimo.

Tanto en caso de que se haya elegido la norma aplicable como en aquellos en los que se no se señale, debe tenerse en cuenta la excepción prevista en el art. 9º del Reglamento, que, según se desprende del considerando 37 de ese mismo Reglamento, tiene como finalidad permitir al juez del foro, en circunstancias excepcionales, tener en cuenta consideraciones de interés público[30]. Dispone el citado precepto que esa ley (elegida o subsidiaria en defecto de pacto) no impide la aplicación de las normas de policía "de la ley de foro", ni tampoco de las "leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal". Entendiendo por leyes de policía las disposiciones "cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento". Tratándose de una excepción, el TJUE ha afirmado que la enumeración de las leyes de policía que el juez del foro puede aplicar es exhaustiva[31], de modo se excluye

[29] STJUE de 15 de julio de 2021 (Asuntos acumulados C-152/20 y C-218/20).

[30] STJUE de 18 de octubre de 2016 (Asunto C-135/15).

[31] STJUE de 18 de octubre de 2016 (Asunto C-135/16).

que el juez del foro pueda aplicar, como normas jurídicas, leyes de policía que no sean las del Estado del foro o las del Estado en el que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas, pero no se opone a que dicho juez tome en consideración esas otras leyes de policía como circunstancia de hecho en la medida en que el Derecho nacional aplicable al contrato en virtud de las disposiciones de ese Reglamento lo prevea.

Debe tenerse en cuenta las reglas y directrices que al respecto ha establecido el Tribunal de Justicia sobre los diferentes aspectos que giran en torno a la interpretación y aplicación del Reglamento I. En este sentido:

– Directrices para reconocer un contrato como de trabajo.

  El TJUE ha mantenido que los acuerdos laborales individuales se caracterizan por la creación de «una relación duradera que inserta al trabajador en el marco de cierta organización de los asuntos de la empresa o del empresario". Estos acuerdos «se ubican en el lugar del ejercicio de las actividades, lugar que determina la aplicación de disposiciones de Derecho obligatorio y de convenios colectivos» [32]. Dicho de otro modo, el TJUE ha declarado que estos contratos presentan unas particularidades: por un lado, crean un vínculo duradero que integra al trabajador dentro del marco de una organización de la actividad económica del empresario; por otro, que se localizan en el lugar de ejercicio de la actividad, que es el que determina la aplicación de disposiciones de Derecho imperativo y de convenios colectivos que protegen al trabajador [33].

– Sobre el "lugar de trabajo habitual" (*lex loci laboris*).

  Los trabajadores cuyo lugar de trabajo habitual se encuentre en un tercer país seguirán estando protegidos por las disposiciones obligatorias de ese país, ya que, con arreglo al artículo 8, apartado 2, del Reglamento Roma I, el lugar habitual de trabajo no se considerará que cambia cuando, con carácter temporal, estén empleados en un Estado miembro.
  Lo que constituye el desempeño "habitual" es una cuestión de hecho que el órgano jurisdiccional debe dirimir a la luz de la jurisprudencia del TJUE, que ha realizado una interpretación amplia del término. De esta doctrina cabe entender que el criterio de vinculación del lugar donde el trabajador realiza habitualmente su trabajo prevalece, en torno a los factores siguientes (cualitativos y cuantitativos): el lugar del empleo efectivo; la naturaleza del trabajo (p.ej., el transporte internacional); los factores que caracterizan la actividad del trabajador; el país en el cual o a partir del cual desempeñe el trabajador sus tareas o la parte principal de éstas, recibe instrucciones al respecto y organiza su trabajo; el lugar donde se encuentran las herramientas de trabajo; el lugar en que

[32] STJUE de 15 de enero de 1987 (Asunto C-266/85).

[33] STJUE de 13 de julio de 1993 (Asunto C-125/92).

el trabajador debe informar antes de la ejecución de sus tareas o al que debe regresar al término de sus tareas.

El lugar de trabajo no viene exclusivamente determinado por el lugar en que se realiza la prestación de servicios. También se ha utilizado por el TJUE[34] el de lugar a partir del cual se realiza esa prestación. De especial aplicación en el sector del transporte internacional, conocido como criterio de la "base", lo que permite atender a hechos tales como el lugar a partir del cual se llevan a cabo las misiones, o donde se reciben las instrucciones y se organiza el trabajo, o donde se encuentren las herramientas o donde se regresa una vez finalizadas las misiones.

La referencia al lugar "habitual" del trabajo requiere de aplicación especial cuando hay, de forma simultánea o sucesiva, más de un lugar de trabajo. En el supuesto de realización simultánea de actividades de trabajo en más de un Estado, se ha atendido a criterios, que no son excluyentes, entre ellos el del cumplimiento principal de las obligaciones laborales[35]. O, desde una perspectiva cuantitativa, atendiendo al tiempo transcurrido en uno u otro país[36].

En el supuesto de prestación sucesiva, es decir, cuando se cambia de lugar de trabajo de forma previsiblemente definitiva, el TJUE en la sentencia de 10 de abril de 2003 (Asunto C-437/00) estableció criterios para resolver el supuesto: "el hecho de que la celebración del segundo contrato estuviera prevista cuando se firmó el primero; el hecho de que el primer contrato se modificara habida cuenta de la celebración del segundo; el hecho de que exista un vínculo orgánico o económico entre ambos empresarios; el hecho de que exista un acuerdo entre los dos empresarios por el que se establece un marco para la coexistencia de los dos contratos; el hecho de que el primer empresario conserve una facultad de dirección sobre el trabajador y el hecho de que el primer empresario pueda decidir respecto de la duración de la actividad del trabajador para el segundo". En estos casos, el cambio sucesivo de lugar

[34] STJUE de 15 de marzo de 2011 (Asunto C-20/10).

[35] STJUE de 13 de junio de 1993 (Asunto C-125/92). En esta sentencia se analiza el supuesto del Sr., Mulox, un ciudadano de los países bajos, residente en Francia, contratado por una sociedad inglesa como director de ventas para varios países. El trabajador utilizó su domicilio en Francia como oficina y base de actividad. Emprende una acción judicial contra el empresario en Francia. En esta sentencia se indica: "cuando la realización del trabajo encomendado al asalariado se extiende al territorio de varios Estados contratantes, tiene importancia situar el cumplimiento de la obligación contractual… en el lugar en el cual o a partir del cual el trabajador cumple principalmente sus obligaciones respecto a su empresa".

[36] STJUE de 9 de enero de 1997 (Asunto C-383/95): "hay que tener en cuenta la circunstancia…de que el trabajador ha ejercido cerca de dos tercios de sus actividades profesionales en un Estado contratante". Ver también STJUE de 27 de febrero de 2022 (Asunto c-37/00) en la que se indicó que el criterio temporal "implica lógicamente que se tenga en cuenta la totalidad del período de actividad del trabajador para determinar el lugar en el que el trabajador por cuenta ajena ha realizado la parte más significativa de su empleo y en el que, en tal supuesto, se sitúa el centro de gravedad de su relación contractual con su empresa".

de trabajo ha de ser definitivo o permanente, de modo que conforme al Considerando 36 del Reglamento, la realización del trabajo suponga que el trabajado no va a reanudar su trabajo en el país de origen tras realizar su tarea en el extranjero. De este modo, no se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país, es decir, cuando haya una expectativa de regreso.

– Sobre el "lugar de contratación o establecimiento del empleador que hubiera contratado al trabajador".

  En principio pensado para cuando no es posible identificar un lugar habitual de trabajo, de aplicación residual y de interpretación restrictiva. Así, el TJUE en sentencia de 15 de diciembre de 2011, Asunto C-384/10, interpretó que el criterio no refiere al establecimiento en el que el trabajador debe presentarse durante su relación laboral o en el que recibe instrucciones o en el que tenga lugar cualquier otra acción propia del desarrollo de la relación laboral y la prestación de servicios. Por el contrario, refiere a los relativos al procedimiento de conclusión del contrato, tales como: el establecimiento que publicó el anuncio de puesto vacante; el establecimiento que realizó la entrevista de trabajo: la localización real de dicho establecimiento.

– Sobre la cláusula final de salvaguardia o de vínculo más estrecho.

  Son muchas las circunstancias, objetivas y subjetivas, que pudieran plantearse en el caso concreto para determinar qué Estado es el que presenta los vínculos más estrechos. Así, entre otros, pudiera considerarse el lugar en que se publica la oferta de empleo, en el que se lleva a cabo el proceso de selección y en el que se desarrolla todo lo relacionado con la relación laboral. Desde la perspectiva subjetiva, cabría considerar la residencia habitual del trabajador, situación familiar, residencia fiscal; o el lugar de la sede del empleador; o en fin la nacionalidad de las partes.

4.2. La competencia judicial

Por lo que refiere al Reglamento Bruselas I (refundición), relativo a la competencia judicial en los litigios «en materia de contratos individuales de trabajo» (artículo 20), establece las disposiciones generales y especiales sobre competencia judicial internacional en caso de conflictos en esos contratos. Y en concreto la Sección 5 de su Capítulo II se dedica a regular la competencia judicial en materia de contratos individuales de trabajo.

En principio cabe pensar que el Reglamento se aplica cuando el demandado esté domiciliado en algún Estado miembro de la UE, con independencia de su nacionalidad y del domicilio del demandante. Pero, conforme ha aclarado el

TJUE, aunque las dos partes estén domiciliadas en el mismo Estado si los hechos controvertidos se han producido en otro (por ejemplo, lugar de contratación, lugar de la prestación de servicios…[37]) ya cabe apreciar el "elemento de extranjería" necesario para activar las reglas previstas en el Reglamento.

El Reglamento no especifica qué tipo de litigios laborales entran en su ámbito de aplicación. Sin embargo, la jurisprudencia sobre el Convenio de Bruselas ya indicaba que se aplica a todos los litigios surgidos de un contrato de trabajo (dado que, tradicionalmente, se considera que el contrato individual de trabajo pertenece al ámbito de las obligaciones de Derecho privado), al menos en la medida en que en el litigio no intervenga ninguna autoridad pública como demandante o demandada y en su capacidad ajena a la contratación laboral[38]. En este sentido, por ejemplo, los litigios relativos a la seguridad social que surjan entre las autoridades administrativas y los trabajadores están excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento [véanse el artículo 1, apartado 2, letra c)][39], y el informe *Jenard* que acompaña al Convenio de Bruselas, que establecía que las reglas de jurisdicción especial debían aplicarse "en materias relacionadas con el contrato de trabajo en el sentido más amplio de la palabra".

Aunque es conveniente que los litigios sobre contratos de trabajo se planteen, en la medida de lo posible, ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuya ley regule el contrato, las reglas aplicadas para determinar el foro y la ley aplicable a los litigios laborales no siempre coinciden exactamente. En consecuencia, el órgano jurisdiccional competente puede tener que aplicar una ley extranjera a determinados aspectos de la demanda.

Las normas sobre competencia judicial en materia de litigios laborales establecidas por el Reglamento Bruselas I (refundición) se refieren a los litigios entre el «trabajador» y el «empresario". El término «empresario» no se define en el Reglamento, y el TJUE no ha impartido aún ninguna directriz para la interpretación de este concepto. No obstante, el término «empresario» es un concepto autónomo.

En relación con estas cuestiones, el TJUE ha fijado ya una doctrina al respecto que cabe resumir del modo siguiente: el reglamento sobre competencia judicial no define, a efectos de su aplicación, el concepto de trabajador y el de contrato individual de trabajo; para garantizar la plena eficacia de la norma el concepto de trabajador y el de contrato individual de trabajo ha de resolverse sobre la base del Derecho de la Unión Europea, con interpretación autónoma y homogénea para garantizar una aplicación uniforme de las normas de competencias en todos los

[37] Véase, por ejemplo, SSTJUE de 1 de marzo de 2005 (Asunto C-281-2002); 19 de diciembre de 2013, (Asunto C-9/2012).

[38] STJUE de 13 de noviembre de 1979 (Asunto 25/79, *Sanicentral GmbH/René Collin*).

[39] Se excluye la Seguridad Social pública, no entendiéndose excluida la Seguridad Social complementaria (mejoras concedidas voluntariamente por el empresario o a través de un convenio colectivo).

Estados miembros[40]. El concepto de trabajador está consolidado a partir del "Test Lawrie-Blum" (véase Capítulo Cuarto de esta obra); la relación laboral presupone la existencia de un nexo de subordinación (o dependencia personal u organizativa) de apreciación en cada caso concreto en función del conjunto del conjunto de los hechos y circunstancias que caracterizan a las relaciones existentes entre las partes[41], sin que la inexistencia de un contrato formal represente un obstáculo a la existencia de una relación laboral (*employment relationship*).

En la STJUE de 11 de abril de 2019 (Asunto C-603/17), para determinar si hay o no nexo de subordinación en la relación contractual que vincula a dos directivos de las sociedades de un grupo empresarial, considera que son hechos relevantes de la ausencia de dependencia los siguientes: a) Redacción del contrato de trabajo por ellos mismos o con arreglo a sus propias instrucciones. b) Actuación en nombre y por cuenta siempre de todas las sociedades del grupo. c) Ejercicio de control sobre la persona que los empleaba, así como sobre el lugar en el que estaban empleados y sobre las condiciones en que lo estaban. d) Irrelevancia de que poseyeran o no una parte del capital social del grupo. Esto es el mero hecho de que no posean o participen en el capital social no deriva la existencia de subordinación. e) Irrelevancia de que los demandados fueran responsables ante los accionistas del grupo. O que recibieran directrices generales o hubiera mecanismos legales del control que ejercen los accionistas como la facultad de destituirlos. Puesto que esas pautas no se refieren a la ejecución misma de las funciones del directivo o a la forma en que las organiza, el hecho de que los accionistas tengan facultades de destituir a los directivos no implica que puedan interferir en la manera de dirigir la sociedad.

Las Reglas sobre competencia judicial internacional en materia de contratos individuales de trabajo se establecen en los arts. 20 a 23 del Reglamento, distinguiendo entre el foro general (domicilio del demandado) y unos foros especiales atendiendo al objetivo de facilitar a la parte contractualmente más débil el acceso a la jurisdicción buscando o primando los foros más próximos:

– Si la empresa demandada no está domiciliada en el Estado Miembro, pero posee una sucursal o agencia, será competente la jurisdicción de ese Estado Miembro para todos los litigios que se deriven de la explotación

[40] También en normas o Convenios suscritos por la UE y otros Estados, como Suiza. Es el caso del Convenio de Lugano II, de 30 de octubre de 2005, convenio internacional que vincula a la Unión con la Confederación Suiza en materia de competencia judicial. Sobre la aplicación de este convenio véase STJUE de 11 de abril de 2019 (Asunto C-603/17) en la que se plantean, entre otras cuestiones, la relativa a si el Convenio de Lugano II debe interpretarse en el sentido de si un contrato que vincula a una sociedad y a una persona física puede tener la calificación de "contrato individual de trabajo" cuando esa persona esté en condiciones de decidir o decida efectivamente los términos de ese contrato; así como en el supuesto de que disponga de un poder de control autónomo tanto sobre la gestión corriente de los asuntos de esa sociedad como sobre el ejercicio de sus propias funciones, aunque el accionista o los accionistas de esa sociedad tengan la facultad de poner fin a dicho contrato.

[41] STJUE de 10 de septiembre de 2015 (Asunto C-47/14). En la que se plantea la cuestión relativa a la definición de contrato de trabajo a efectos de aplicación del Reglamento Bruselas en relación con el cargo de funciones de director y administrador de sociedad.

de esa sucursal o agencia. Es decir, se entiende que el empresario tiene su domicilio en dicho Estado miembro, teniendo en cuenta que, para su aplicación, hay que partir de la existencia de un centro de operaciones que se manifieste de modo duradero hacia el exterior, de modo que[42] deberá encontrarse dotado de una dirección y materialmente equipado para negociar con terceros que queden dispensados de dirigirse directamente a la casa matriz.

- Si la empresa demandada no está domiciliada[43] en un Estado Miembro y no posee sucursal o agencia, será competente la jurisdicción del Estado Miembro, bien del lugar de trabajo o bien del lugar en que estuviera o hubiera estado situado el establecimiento que hubiera empleado al trabajador.
- Si la empresa está domiciliada en un Estado Miembro, será competente alternativamente, la jurisdicción de este Estado Miembro o de otro Estado, bien del lugar de trabajo o del último en que hubiera desempeñado el trabajo, bien del lugar en que estuviera o hubiere estado situado el establecimiento. Se trata de la posibilidad de que el trabajador pueda alternativa y concurrentemente ejercitar su acción ante los órganos judiciales del Estado miembro en el que no radique el domicilio del demandado.
- Si hay pluralidad de demandados y uno está domiciliado en un Estado Miembro, podrá ser demandado ante el órgano judicial de cualquiera de ellos, siempre que las demandas se encuentren vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que resulte oportuno tramitarlas al mismo tiempo, a fin de evitar resoluciones que puedan ser contradictorias en la hipótesis de que los asuntos se tramiten de forma separada.
- Los empresarios solo podrán demandar a sus trabajadores ante el Tribunal del Estado Miembro en el que los trabajadores tengan su domicilio. En este caso no hay pluralidad de foros y debe tenerse en cuenta que en caso de que el empresario adopte la posición de demandante reconvencional, podrá presentar la demanda ante el órgano jurisdiccional que conozca de la demanda inicialmente formulada de conformidad con las reglas anteriores 1, 2 y 3.
- Los denominados acuerdos atributivos de competencia expresos (que prevalecen sobre los foros de protección de la Sección 5) requieren que se cumplan los requisitos previstos en el art. 23 del Reglamento: pacto con posterioridad al nacimiento del litigio (esto es desde el momento

[42] STJUE de 19 de julio de 2012 (Asunto C-154/11).

[43] Téngase en cuenta que la norma de la UE no establece un concepto de domicilio de las personas físicas. Por el contrario, cuando se trata de personas jurídicas, el Reglamento dispone que se entenderá bien el lugar donde se encuentre su sede estatutaria, bien en el lugar.

el que exista un desacuerdo manifiesto entre las partes sobre algún aspecto del contrato de trabajo) y que permitan al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los contemplados en la Sección 5. El TJUE admite el acuerdo anterior solo si es en beneficio del trabajador[44]. Acuerdo que, conforme al art. 25 del Reglamento, deberá celebrarse por escrito o verbalmente con confirmación escrita.

Por lo que refiere a la sumisión tácita[45] entendida como el mecanismo a través del cual se atribuye competencia al Tribunal donde el demandante presentó la demanda desde el momento en que el demandado comparece sin manifestar oposición a dicha jurisdicción., el TJUE ha advertido al respecto que no cabe tal cuando el demandado conteste al fondo del asunto, si impugna la competencia. Si el demandado es el trabajador, el órgano jurisdiccional vendrá obligado, conforme a lo dispuesto en el art. 26.1, a asegurarse de que ha sido aquél informado de su derecho a impugnar la competencia del tribunal y de las consecuencias de comparecer o no comparecer.

Debe tenerse en cuenta que, junto a los foros de protección previstos en el Reglamento 1215/2012, pudiera el ordenamiento jurídico de la UE establecer otros especiales, tal es el caso del previsto en las normas sobre desplazamiento temporal de trabajadores en la movilidad interempresarial. Así en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 de la Directiva 1996/71, se podrá entablar una acción judicial en el Estado miembro de destino del trabajador desplazado por su empresa.

5. Bibliografía

Casas Baamonde, M.E., García-Perrote Escartín, I., Gil Alburquerque, R., Gómez Garcí Bernal, A., y Sempere Navarro, A.V., (2023): *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia (3Volúmenes)*, ed. BOE.

Casas Baamonde, M.E y Del Rey Guanter, S. (Drs): 2002, *Desplazamiento de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*; CES.

Calvo Caravaca, A.L y otros (2017): *Litigación internacional en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, ed. Thomson Reuters Aranzadi.

Del Rey Guanter, S. (2022): "La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y derechos sociales", en AAVV: *Derecho Social de la Unión Europea*, ed. Francis Lefebvre.

[44] De conformidad con las Sentencias del TJUE de 19 de julio de 2012 (Asunto C-1554/11) y 14 de septiembre de 2017 (Asunto c-168/16) se debe permitir al trabajador formular demandas ante tribunales distintos de los que resultarían de aplicar las reglas contenidas en el Reglamento y a condición de que no excluya los foros establecidos a favor del trabajador por dicha norma. Será válido entonces el acuerdo si amplía los foros competenciales a disposición del trabajador demandante.

[45] STJUE de 13 de julio de 2000 (Asunto C-412/1998).

Fotinopoulou Basurko, O. (2015: "Panomárica general de la Directiva 2014/67/UE de ejecución de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios trasnacional", Revista de Derecho Social, núm.70, p.130

Gómez Abelleira, F. (2018): "Desplazamiento trasnacional genuino y ley aplicable al contrato de trabajo", Cuadernos de Derecho Transnacional, nú.10 (1).

Gutiérrez-Solar Calvo. B. (2000): *El desplazamiento temporal de trabajadores en la Unión Europea*, Aranzadi.

Parra Gutiérrez, J.P. (2001): "Cuando el test de laboralidad se hace a la norma", en Revista Trabajo y Derecho nº 74/2001.

Parra Gutiérrez, J.P. (2004): *El déficit jurídico laboral de la Directiva 96/71, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios*; Tesis Doctoral, CEU

Rojo Torrecilla, E.: (2021) Plena validez jurídica de la Directiva 2018/957 sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios. Notas a la sentencia del TJUE de 8 de diciembre de 2020 (asunto C-620/18). Puede consultarse en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2021/01/plena-validez-juridica-de-la-directiva.html

Rodríguez Cardo, I.A. (2016): "Ley aplicable y competencia judicial en la prestación de trabajo", en García Murcia (Dir.): *Libertades de circulación y derechos de protección social en la UE*, Ed. Juruá.

Sánchez-Urán Azaña, Y. (2019): "Concepto comunitario de trabajador, subordinación y normas de competencia judicial", en Revista Jurisprudencia Laboral nº 3.

CAPÍTULO SEXTO. El Trabajo en plataformas digitales[1]

Yolanda Sánchez-Urán Azaña
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0003-1296-546X

Noelia de Torres Bóveda
Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social,
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0002-1501-3686

Sumario: 1. El contexto de la Directiva y el largo proceso político-legislativo en la Unión Europea. 2. Base jurídica, fundamentos y objetivos de la Directiva. 3.Ámbito de aplicación personal de la Directiva. 3.1. Plataforma Digital de Trabajo como sujeto obligado. 3.2. Extensión del ámbito de aplicación. A. La intermediación en el contexto de la Directiva. B. Ámbito geográfico. 3.3. Destinatarios de las garantías de la Directiva. Personas que trabajan en la economía de plataformas. A. La calificación jurídica de la relación contractual entre la plataforma digital de trabajo y estos trabajadores. 4. Contenido de la Directiva. Derechos y garantías de las personas que prestan servicios en plataformas digitales de trabajo frente a los efectos de la gestión algorítmica. 4.1. Garantías en materia de protección de datos personales. 4.2. Derechos de información respecto de la utilización de los sistemas. 4.3. Derechos de información y consulta. 4.4. Supervisión y revisión humana. A. Supervisión humana. B. Revisión humana. 4.5. Seguridad y salud laboral. 4.6. La dimensión colectiva de la economía de plataformas. 5. La protección de los prestadores de servicios en el ejercicio de sus derechos en el contexto algorítmico. 5.1. Protección durante el ejercicio. 5.2. Garantías posteriores a la vulneración de los derechos. 6. Bibliografía.

[1] La profesora Sánchez-Urán Azaña ha redactado los epígrafes 1 a 3. Y la profesora De Torres Bóveda los epígrafes 4 y 5.

1. El contexto de la Directiva y el largo proceso político-legislativo en la Unión Europea

Con fecha 11 de noviembre de 2024 se publicó en el DOUE la Directiva sobre la *mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales*, Directiva (UE) 2024/2831, en adelante DPDT, que entró en vigor el 1 de Diciembre de 2024 (20 días hábiles desde su publicación). Establece un plazo máximo hasta el 2 de diciembre 2026 para que los Estados Miembros pongan en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la misma, garantizando (de conformidad con su Derecho y prácticas nacionales) las medidas adecuadas para la participación efectiva de los interlocutores sociales con vistas a la aplicación de la Directiva pudiendo, si así lo deciden los Estados Miembros, "confiar en los interlocutores sociales" esa aplicación, siempre que éstos lo soliciten de manera conjunta (Art. 29).

Conviene, cuando menos, y sucintamente, remontarnos a casi una década atrás, en la que comenzó a manifestarse el interés de las instituciones privadas y públicas, en este segundo caso, nacionales, europeas e internacionales, por la que se decía digitalización y su proyección en el ámbito del empleo y de la ocupación. Intentando, en primer lugar, identificar los que hubieran de considerarse riesgos y, en segundo lugar, las que, por el contrario, se pudieran determinar como oportunidades tanto para las empresas (productividad y flexibilidad) como para las personas que prestan servicios en ese entorno o contexto social y económico, en especial, y con vistas a determinados colectivos, la facilidad para acceder al mercado laboral.

Centrándonos en el ámbito europeo y especialmente en las propuestas de las Instituciones Europeas (las tres, Consejo, Comisión Europea y Parlamento) se intentó aprehender esa nueva realidad social y económica utilizando numerosos informes y estudios, de la academia o de instituciones, y entre las múltiples proyecciones de aquélla, ocupó un lugar reseñable en el vasto ámbito de la Digitalización de la Economía, el que impropiamente se identificó primero como "uberización" del trabajo y después como "plataformización" del mercado de trabajo. Calificando como fenómeno global el de la Economía de Plataformas Digitales; constatando que progresivamente crecían cada vez más los trabajos con soporte técnico o digital en proporción relativamente amplia en todos los países. Cada vez adquirían mayor relevancia a medida que más trabajadores dependían de las plataformas como su principal fuente de ingresos[2] y porque el denominado negocio de plataformas permitía la creación de una nueva forma no estándar de trabajo, calificada como "forma de externalización extrema". En el debate, por tanto, la posición de partida sobre la dialéctica entre el trabajo y la tecnología, sobre la tecnología y su impacto en el empleo y, en particular, sobre las plataformas digitales, apreciándose desde el origen un sesgo que suele presentarlas

[2] Forde, C. et al, 2017; Berg, J., 2016, pp. 543-576.

como meras transformadoras de ocupaciones y empleos existentes y no como creadoras de nuevos sectores productivos o de nuevas ocupaciones hasta el punto de identificarlas como instrumentos o vías de erosión de derechos y beneficios de los trabajadores[3].

De ahí la Comunicación de la Comisión Europea sobre "*Agenda Europea para la Economía Colaborativa*"[4], que, equivocada en la terminología (en tanto ésta solo sería compartir bienes y servicios con otros usuarios), sirvió como fundamento para distinguirla de la auténtica economía digital de plataformas, indicando los elementos o rasgos de las que pudieran considerarse empresas tecnológicas proveedoras de servicios, o prestadoras de servicios subyacentes a título lucrativo; lo que va más allá de ser instrumentos para compartir o intercambiar bienes y servicios entre usuarios o realizar otra clase de transacciones. Atendió la Comisión a la que denominó "influencia decisiva" sobre el elemento no electrónico, con base en tres elementos: la fijación del precio final que debe pagar el usuario como beneficiario del servicio subyacente; la titularidad de los bienes o propiedad de los activos clave; ejercicio de *cierto control*, en terminología asumida por la doctrina, control indirecto o *soft control* realizado a través de un programa informático que permite la vigilancia/información constante del prestador del servicio, aunque no haya órdenes personales dirigidas al mismo. Recuérdese que, ya entonces, la doctrina había acuñado una expresión, "trabajo bajo gestión algorítmica", calificando a éste como elemento clave de la economía de plataformas[5].

El año 2017 supone un punto de inflexión en el ámbito político en el seno de la Unión Europea. Los principales problemas y discusiones (tales como el estatuto de empleo y las condiciones de trabajo en plataformas) se abordan sucesivamente por la Comisión (Comunicación sobre "Plataformas en línea y mercado único digital. Retos y oportunidades" de 31 de marzo de 2017, COM(2016) 288 final) y por el Parlamento Europeo (Resolución de 4 de julio de 2017 sobre "Condiciones laborales y el empleo precario"), que confluyen en el Pilar Europeo de Derechos Sociales (aprobado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017), con propuestas normativas o legislativas. Ya entonces se expresaba que el significado del trabajo en plataformas va mucho más allá de su relevancia como fuente de empleo puesto que se estima o considera que ejemplifica claramente los efectos de las tendencias que remodelan el mercado de trabajo, incluyendo la reestructuración, la externalización, la descentralización y el trabajo por cuenta propia y terciario. En este sentido, la Resolución del Parlamento Europeo antes citada, indicaba que "las nuevas formas de empleo que están surgiendo, sobre todo en el marco de la digitalización y las nuevas tecnologías, están desdibujando los límites entre el empleo por cuenta ajena y el empleo autónomo, lo que puede ocasionar una degradación de la calidad del empleo"; y señalaba

[3] Cherry, M.A.: 2016, pp. 71-86.

[4] COM (2016), 356 final, de 2 de junio de 2016.

[5] Alex, R. y Stark, I., 2015. Véase con mayor detenimiento infra apdo. 4 de este Capítulo.

que "en el contexto de los trabajos digitales se debe garantizar una cobertura y protección social y sanitaria adecuada a los trabajadores de plataformas digitales y otros intermediarios" y " la digitalización no debe percibirse únicamente como un elemento destructor de empleos". E insistía, por el contrario, "en las oportunidades de evolución y aumento de competencias individuales que ésta representa".

Sin afrontar durante estos años la modificación profunda de las Directivas sobre "Trabajo Atípico", esto es la Directiva sobre trabajo de duración determinada, la de trabajo a tiempo parcial y la de Agencias de Trabajo Temporal, el referente normativo entonces fue la Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles, que nació en el contexto tendente a la extensión del ámbito de protección del Derecho del Trabajo en un proceso acelerado de transformación digital con, se dice, "un enfoque inclusivo y equitativo". Planteadas entonces, desde la óptica del concepto "comunitario" de trabajador, dos posibilidades, o redefinir el concepto de trabajador o introducir una categoría intermedia, la Comisión Europea en la propuesta inicial de esta Directiva optó por la primera, en un intento de afianzar la tendencia comunitaria desde la fragmentación normativa hacia el incremento de la universalidad limitada que se decía progresivamente pareciera que estaba asumiendo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Esta propuesta inicial fue fuertemente contestada por los Estados Miembros y por los interlocutores sociales, aunque en sentido diverso unos de otros. En este proceso el Parlamento Europeo emitió informe el 15 de noviembre de 2018, presentando enmiendas al texto presentado por la Comisión y buscando acercar las posiciones diversas planteadas en cuanto al ámbito competencial propio para los Estados (a los que se reconoce expresamente el derecho a definir quién es un trabajador a efectos de la legislación y las prácticas nacionales) y la garantía de los criterios establecidos por el TJUE para determinar el estatus de trabajador que permitan una aplicación uniforme del ámbito personal de la Directiva, mencionando específicamente a los trabajadores de las plataformas, pero indicando que solo se entenderán que cumplen aquellos criterios cuando "entren en el ámbito de aplicación de la presente Directiva". Posteriormente interviene el Consejo con una posición mucho más restrictiva, quedando seriamente socavada la intención de la Comisión de salvaguardar un ámbito de aplicación personal uniforme que impidiera a los Estados miembros soslayar la definición de trabajador a estos efectos, incluyendo expresamente, entre los que se calificaba como formas de empleo no convencionales, a los trabajadores de las plataformas en línea, bajo el concepto de trabajador establecido en la propuesta.

Lo que queda de aquella propuesta pasó a ser un mero considerando 8, en el que se da cuenta de la Jurisprudencia del TJUE, una mención expresa a esta forma de empleo junto a otras modalidades no típicas de la prestación y una definición del ámbito personal de aplicación en los términos siguientes, art. 1.2: "un contrato de trabajo o una relación laboral tal y como se define en la ley, los convenios colectivos o la práctica en vigor en cada Estado Miembro, teniendo en

cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea". Concepto que, como se explica en el Capítulo correspondiente de esta obra, al que remitimos, se desarrolla inicialmente en el contexto de la libertad de circulación y destaca los rasgos o elementos básicos de la definición comunitaria de trabajador.

Desde la perspectiva del trabajo en plataformas, esta Directiva plantea varias cuestiones, la primera y fundamental si podía considerarse que entonces era la respuesta comunitaria a esta forma de empleo en relación con las plataformas que prestan servicio subyacente. La Directiva no califica al trabajo en plataformas como trabajo por cuenta ajena ni dice que el trabajador en plataformas deba ser considerado, a los efectos de la aplicación de la misma, trabajador en sentido comunitario[6]. Se le aplicarán las previsiones de la Directiva y los trabajadores en plataformas podrán disfrutar de los derechos reconocidos en la misma (incluido el de rehusar el acuerdo de trabajo, art. 10) si son reclasificados desde el falso trabajo por cuenta propia cuando en el caso concreto cumplan, de conformidad con la regla de la primacía de los hechos, con los criterios que determinan el estatus de trabajador, en los términos previstos en las normas nacionales conforme a la jurisprudencia del TJUE. Solo en este caso quedarán protegidos contra patrones de trabajo impredecibles o imprevisibles (total o parcialmente), que mejorarán la transparencia de sus trabajos, en relación con la garantía de información y con la garantía del derecho al rechazo que prevé el citado art. 10.

No modificado el concepto comunitario de trabajador por la Directiva 2019/1152, y a la vista del fracaso, se planteó si , en el marco de las competencias de la UE, en especial artículo 153 TFUE, se podría justificar la intervención de las instituciones comunitarias para proponer una Directiva específica sobre Trabajo en Plataformas (propuesta reivindicada desde años anteriores) valorando las posibilidades de asumir normativamente un concepto amplio de trabajador, trascendiendo hacia la dependencia económica como nota caracterizadora de ese trabajo. Se trataba en definitiva de, al margen del concepto nacional de trabajador, valorar si pudiera identificarse el colectivo de trabajadores en plataformas como grupo vulnerable con base en su dependencia económica que requiriera de un estatuto protector mínimo y común.

Valorando entonces los múltiples informes académicos y de diferentes instituciones, en especial los informes de Eurofound 2018[7] y 2019[8], en los que, se definía el trabajo en plataformas, se daba cuenta de la diversa tipología de plataformas, en particular, los diferentes tipos de plataformas de trabajo (*platform*

[6] Miranda Boto, J. M., 2023.

[7] Puede consultarse https://www.eurofound.europa.eu/publications/report/2018/employment-and-working-conditions-of-selected-types-ofplatform-work.

[8] Informe "Platform Work: Maximizing the potential while safeguarding standards", en el que se indica lo siguiente: "los responsables políticos podrían considerar la posibilidad de instituir una clasificación por defecto como empleado o autónomo basada en la tipología del trabajo de plataforma. A continuación, correspondería a las plataformas justificar un estatus laboral diferente sobre la base de su modelo empresarial individual y los mecanismos por los que funciona".

work) atendiendo a diferentes criterios de clasificación, y se puso de manifiesto la dificultad de dar respuesta única a una de las cuestiones más debatidas, a saber el estatuto de empleo de los trabajadores de plataformas. Aunque hubo un empeño en que en el ámbito de la UE se orientara a fortalecer gradualmente y a aclarar el concepto comunitario de trabajador a través de nuevos instrumentos normativos, entre ellos, las Directiva, la realidad se impuso a las propuestas doctrinales de expansión o ampliación del concepto, con una solución mucho más contenida.

Hubo que esperar a 2020 para que la Comisión adoptara el 19 de octubre su Programa de Trabajo para 2021 (COM 2020-690 final) incluyendo una propuesta legislativa para mejorar las condiciones de trabajo (se dice justas) de los trabajadores que prestan servicios a través de plataformas y para garantizar una adecuada protección social. Propuesta que, con base en el artículo 154 TFUE, pasó por dos etapas de consulta a las partes sociales (una de 24 de febrero a 7 de abril; otra de 15 de junio a 15 de septiembre de 2021) en las que preguntaba por la necesidad de una iniciativa de la UE sobre las plataformas de trabajo y su posible dirección y posteriormente por el contenido y el instrumento jurídico, instando a los interlocutores sociales a que adoptaran un acuerdo al respecto porque se era consciente de la contestación que en su momento hubo en torno a la Directiva sobre condiciones transparentes. Ambas partes consultadas, sindicatos y organizaciones de empresarios, no lograron llegar a un acuerdo en torno a la necesidad de una concreta acción a nivel de la UE (pese a coincidir en los retos o desafíos generales identificados por la Comisión) y tampoco para iniciar negociaciones. Si bien los sindicatos solicitaron una Directiva (con orientación restrictiva), los empresarios apelaban a la solución a nivel nacional, caso por caso.

A la vista de la falta de consenso de los interlocutores sociales para entablar negociaciones con el fin de celebrar un acuerdo a escala de la Unión, tal como prevé el art. 155 TFUE, la Comisión revisó sus propias propuestas adoptadas años antes (en particular la Comunicación de 2016 "Agenda Europea para la Economía Colaborativa") para afrontar el que calificó como "dilema social", planteado por este creciente segmento del mercado de trabajo, propio de la economía de plataformas digitales, caracterizado por la existencia de nuevas formas de empleo no estándar y nuevas formas de organización del trabajo. Se abogaba por buscar un marco legal adecuado, afrontando los problemas detectados, desde la falta de transparencia y previsibilidad de los acuerdos contractuales hasta los problemas de salud y seguridad, la clasificación errónea del estatus de trabajo (asalariado/autónomo), el acceso inadecuado a la protección social o el "control algorítmico". Instalado el debate paralelamente en el seno de cada uno de los países de la UE, se expresó la dificultad de consenso en torno a si cabía una respuesta desde el Derecho de la UE, de las normas de política social, adoptando al respecto una norma mínima, armonizadora y común, en relación con el trabajo en plataformas. La duda sobre si fuera conveniente una norma general armonizadora se planteó con mayor brío a partir de la aceptación por los Estados Miembros del denominado Pilar Europeo

de Derechos Sociales[9] y la configuración del concepto comunitario pretoriano de trabajador previendo la posibilidad de que los prestadores de servicios *off line* y locales a través de plataformas digitales de integración vertical completa encajaran en el concepto de trabajador en sentido comunitario cuando aquéllos actuaran bajo la dirección de la plataforma; o si en el marco de las competencias de la UE, en especial art. 153 TFUE, se podría justificar la intervención legislativa para proponer una Directiva específica sobre Trabajo en Plataformas, en torno a varios elementos o rasgos, entre ellos, el de dependencia económica.

El debate se planteaba en torno a si el Derecho Social puede adaptarse (ampliarse) a las nuevas formas de empleo como mecanismo o vía de extensión del nivel de protección que se dice es necesario para algunos de los trabajadores autónomos o si hay que abandonar definitivamente la distinción binaria trabajo asalariado-trabajo autónomo.

La Comisión Europea presentó una propuesta legislativa el 9 de diciembre de 2021, COM (2021) 762 final, suscitando reacciones encontradas entre académicos, eurodiputados e interlocutores sociales, trasladadas a debates en el Consejo de UE, intentando equilibrar en el objetivo general de la Directiva la mejora de las condiciones laborales y los derechos sociales de las personas que trabajan a través de plataformas con el fomento de las condiciones para el crecimiento sostenible de las plataformas digitales de trabajo en la UE.

Y en 2022, 21 de diciembre de 2022, (COM 2021-0762) el Parlamento EU informa sobre la propuesta de Directiva y analiza la misma desde la base jurídica presentada, a saber art. 153.1.b) y 2.b) TFUE y art. 16.2 TFUE, realizando a su vez numerosas enmiendas al texto propuesto. Los ministros de Empleo y Asuntos Sociales alcanzaron un acuerdo sobre la orientación general del Consejo en su reunión de 12 de junio de 2023; éste confirma el acuerdo con el PE el 8 de febrero de 2024 y en la primavera de ese año se adopta un texto de compromiso. El trílogo puso de manifiesto cómo entre las instituciones de la UE no había una posición común, y en el seno del Consejo se fue debilitando la propuesta inicial.

La dificultad entonces y la posterior fue determinar los límites para intentar llegar a un consenso no solo en relación con la calificación jurídica sino en torno a otras cuestiones no menos importantes relacionadas con las condiciones de trabajo, tales como la jornada y horarios laborales, remuneración del trabajo,, descansos, desconexión digital, facultades empresariales de dirección y control de la actividad, pluriempleo, pluriactividad, obligaciones de no competencia desleal, pactos de exclusividad y no competencia, como en el plano colectivo, estructuras de representación y negociación colectiva. Por no hablar de las cuestiones relacionadas con la seguridad y salud o con la seguridad social. Por concluir en torno a lo que se ha convenido en denominar "gestión algorítmica", con el trasfondo de la utilización de sistemas automatizados de gestión, apoyo o de toma de decisiones, esto es, la

[9] Fundamentalmente en relación con los principios núm. 5, 7 y 10.

programación de un algoritmo para que tome decisiones automatizadas; algoritmos nutridos de enorme información de datos.

Desde esta última perspectiva, se puso el foco en la dimensión cualitativa del trabajo de plataformas, alzándose como una de las grandes ambiciones de la Directiva la creación de un cuerpo de derechos y garantías frente a los efectos de la gestión algorítmica en las condiciones laborales/contractuales de los prestadores de servicios en plataformas, cuya extensión y cobertura varía, eso sí, en función de la naturaleza de su vínculo jurídico con la plataforma. De este modo, se reconocen por primera vez derechos en materia de transparencia, supervisión y revisión humanas y, de forma algo menos novedosa, se reafirman los tradicionales derechos de información y consulta, de seguridad y salud, así como se establecen matizaciones y límites sobre la ya existente regulación de protección de datos personales; todos ellos contemplados y adaptados a los desafíos que emergen del uso de esta tecnología en el entorno laboral.

Además, gracias al impulso de los distintas posiciones institucionales y doctrinales hallamos un papel activo de los representantes de las personas que prestan servicios para plataformas, quienes se encuentran implicados en prácticamente todos los derechos reconocidos sobre gestión algorítmica. Con carácter instrumental a este rol de involucración se reconocen derechos de comunicación mediante las infraestructuras digitales de las plataformas y, muy recientemente, se produce asimismo la incorporación de un mandato de promoción de la negociación colectiva por parte de los Estados miembros, dejando atrás la ausencia de mención expresa a este derecho medular de las relaciones industriales[10].

Con objeto de asegurar que todos los derechos reconocidos pueden ejercitarse de forma efectiva por sus titulares, la Directiva ha previsto desde su estado de borrador hasta el texto vigente, estándares comunes de protección, como son el acceso a remedios, la representación legal o la protección contra el despido y represalias empresariales.

La norma objeto de estudio supone un hito histórico en la regulación de la gestión algorítmica del trabajo[11], al ser la primera norma dedicada a su regulación expresa, cuyo origen se vislumbraba ya en el Plan de Acción (2021) que ponía en

[10] Algo que se demandó desde el principio por el CESE que apuntaba que "la propuesta de Directiva debería establecer criterios y principios de referencia claros para orientar a los legisladores nacionales y fomentar la negociación colectiva con el fin de establecer normas que proporcionen certidumbre, seguridad y previsibilidad a un entorno de producción altamente digitalizado". Comité Económico y Social Europeo, 2022, ap. 3.7.

[11] Con anterioridad únicamente contábamos con normas de carácter facultativo y con un ámbito de aplicación general que dificultaban la garantía de los derechos de los trabajadores en este contexto. En este sentido, podemos referirnos a la Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial de la UNESCO (2021) o a la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2022).

De forma específica a nuestra disciplina, hallamos el Acuerdo marco de los agentes sociales europeos sobre digitalización (2020), que sienta un cuerpo de derechos y protecciones adecuados al nuevo

marcha objetivos concretos para del Pilar Europeo de Derechos Sociales (2017), donde se determinó que la Comisión presentaría "en el cuarto trimestre de 2021 una propuesta legislativa sobre las condiciones laborales de los trabajadores de plataformas digitales, tras la consulta de los interlocutores sociales".

Cabría concluir al respecto que una regulación excesivamente restrictiva ante una realidad compleja y heterogénea podría frenar indebidamente la actividad empresarial y la innovación; pero, por el contrario, una extremadamente flexible podría correr el riesgo de provocar brechas de protección o de garantía de aquellas que se vislumbran como condiciones sociales mínimas a modo de un suelo básico. La seguridad y salud en el empleo, una retribución mínima, acceso al sistema de protección social, pudieran ser los retos futuros.

Y ante ellos, la respuesta final en el texto de la Directiva, que se desarrollan en los siguientes epígrafes. A lo largo del presente capítulo, abordaremos los diversos contenidos, en especial, el relativo al estatuto jurídico de los trabajadores en plataformas y a la gestión algorítmica, analizando las alteraciones que han sufrido durante el proceso legislativo y las posibles lagunas o desafíos que pueden enfrentar dada su redacción final.

2. Base jurídica, fundamento y objetivos de la Directiva

Conviene advertir de entrada que, dada la dificultad para el consenso entre países e instituciones de la UE durante la tramitación de la Directiva, se trata de una norma en la que, necesariamente, el texto definitivo debe continuamente interpretarse con los numerosos considerandos, incluidos sin sistemática alguna, como, diríamos, aluvión de ideas y suma de los que cada uno de los intervinientes (efecto del trílogo entre las Instituciones de la UE, Comisión, Parlamento, Consejo) proponía con la intención de satisfacer mínimamente sus exigencias o propuestas. Inmenso catálogo de considerandos (73 en total) que habrán de tenerse en cuenta en la transposición de la Directiva.

Es en estos, por ejemplo, donde aparece reflejado el que se dice fundamento, diríamos parcial, de la Directiva. En efecto, si el enfoque es la mejora de las condiciones de trabajo en el trabajo en plataformas, su fundamento no está en buscar un equilibrio entre la productividad y la flexibilidad empresarial y las condiciones de trabajo, sino, como no se oculta, en evitar los riesgos para el empleo y las condiciones laborales que las tecnologías basadas en algoritmos, incluidos los sistemas automatizados, den lugar una vigilancia basada en la tecnología, los desequilibrios de poder y la opacidad en la toma de decisiones, así como el riesgo para condiciones laborales dignas, para la salud y la seguridad en el trabajo, para la igualdad de trato y para el derecho a la intimidad (considerando 4). Reiterando la necesidad de ofrecer garantías adecuadas para las personas que realizan trabajo

contexto, si bien la efectividad del instrumento se ve frustrada como consecuencia de su vinculación jurídica.

en plataformas (considerando 6) o lo que se ha convenido en denominar ahora en la Directiva "desarrollo del trabajo en plataformas de manera sostenible" (considerando 10), definido como aquel que requiere de unos derechos mínimos para los trabajadores de plataformas y de normas para mejorar la protección a través de los datos personales, la correcta clasificación o la transparencia.

Ese fundamento (mejora y protección) proviene de la base jurídica de la Directiva, que es doble, por un lado, el art. 153 TFUE y por otro, art. 16 TFUE (considerando16), lo que determinará después la duplicidad de la finalidad y la traducción en las dos grandes partes claramente diferenciadas que integran su contenido. No se exploró entonces la vía del artículo 115 TFUE, que hubiera permitido al Consejo adoptar la Directiva para la aproximación de las disposiciones legales de los Estados Miembros que inciden directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior.

La base jurídica del art. 153 TFUE (Política social) faculta a la Unión para apoyar y completar la acción de los Estados miembros con el objetivo de mejorar las condiciones de trabajo (apartado 1.b) y permite al Parlamento Europeo y al Consejo adoptar, de conformidad con el procedimiento legislativo ordinario, directivas que establezcan requisitos mínimos para su implementación progresiva, teniendo en cuenta las condiciones y reglamentarias técnicas existentes en cada uno de los Estados Miembros.

De modo que esta base jurídica permite a la UE establecer normas mínimas relativas a las condiciones de trabajo de las personas que realizan trabajo en plataformas cuando mantienen una relación laboral y, por tanto, se clasifican como "trabajadores". Lo que de hecho busca la Directiva es de algún modo facilitar a los Estados Miembros la tarea en la determinación de la clasificación correcta de estos trabajadores, sin armonizar un concepto, el de trabajador, propio de los ordenamientos jurídicos nacionales.

La otra base jurídica está en el art. 16 TFUE (Protección de Datos), en la medida que su apartado 2 faculta al PE y al Consejo para establecer normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales, ampliado a los que son tratados por sistemas automatizados de supervisión y toma de decisiones considerados como fuentes de nuevos riesgos para los trabajadores, tales como la vigilancia constante, programación impredecible y opacidad. Como quiera que tampoco se exploró la vía del artículo 19 TFUE (no discriminación), debe advertirse que los derechos extensibles a los trabajadores autónomos en plataformas solo se acometen desde del artículo 16 TFUE y, en consecuencia, solo se articulan a través de la conexión con la denominada en la Directiva gestión algorítmica.

La Directiva finalmente aprobada mantiene los objetivos específicos, pero se olvida el general de equilibrio de la garantía de los derechos sociales de las personas trabajadoras y del fomento de las condiciones para el crecimiento sostenible de las

plataformas digitales de trabajo. Esto es, la Directiva se centra solo en lo que cabe calificar como objetivos específicos ligados a la garantía de derechos a las personas que prestan servicios a través de plataformas, incluidos aquellos que derivan de la gestión algorítmica.

En relación con el primer objetivo específico, a saber, mejora de las condiciones de trabajo de las personas que prestan su actividad en o través de plataformas digitales de trabajo (*persons perfoming platform work*), las medidas son básicamente dos: 1) la denominada "determinación de la situación laboral correcta de las personas que realizan trabajo en plataforma"; 2) la extensión o vis expansiva de algunos de los derechos ligados al trabajo con la finalidad de mayor protección de quienes realizan una actividad profesional en este ámbito y mantienen la clasificación correcta como trabajadores autónomos. Lo que plantea dos cuestiones en torno a la persona que presta servicio en el ámbito de las plataformas digitales, por un lado, el de la naturaleza del vínculo (ahondado implícitamente en la figura del falso o ficticio autónomo); por otro, en la aplicación de la norma y sus garantías al trabajador autónomo propiamente dicho.

La finalidad no es tanto la específica de aplicación de los derechos que establece la Directiva (al menos, de algunos de ellos, en especial los de transparencia algorítmica) sino, con carácter general, determinar que esa situación laboral concreta hará que estos trabajadores adquieran la condición de trabajadores a efectos de la UE para reconocerles el acervo comunitario en materia de política social, en concreto en las Directivas comunitarias. Salvo la Directiva sobre igualdad de trato, en la que se incluye al trabajo por cuenta propia, se advierte que, en caso de clasificación correcta, es decir, considerados trabajadores asalariados de conformidad con las normas nacionales, esta Directiva se convierte en la "pasarela" hacia el acervo de la UE en los ámbitos laboral y social, sin perjuicio de que, como sabemos, las Directivas no siguen un patrón común en lo que refiere a su ámbito de aplicación personal. Recordemos, entre ellas, y citadas en el considerando 10, la relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles (Directiva 2019/1152); la relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional (Directiva 2019/1158); la relativa a tiempo de trabajo (Directiva 2003/88); la relativa al trabajo a través de ETT (Directiva 2008/104); la relativa al trabajo de duración determinada (Directiva 1990/70) y la de trabajo a tiempo parcial (Directiva 97/81); Directiva marco sobre salud y seguridad en el trabajo (Directiva 89/391); Directiva sobre información y consulta de los trabajadores (Directiva 2002/14); Directiva sobre salarios mínimos adecuados y la de transparencia salarial (Directiva 2022/2041).

Por tanto, atendiendo a la base jurídica de la Directiva, en aquellos casos en los que, de conformidad con las normas nacionales, la clasificación correcta del que presta servicios en plataformas digitales sea la de trabajador por cuenta propia, no se aplicará el acervo de la EU con base o fundamento en la vulnerabilidad económica del autónomo de plataforma. Téngase en cuenta que desde hace

tiempo se habla de "precariedad" o vulnerabilidad (en la actualidad evocadas constantemente por un sector de la doctrina española y foránea), aunque en los considerandos de la Directiva no se mencione expresamente, y tampoco se haga mención a documentos comunitarios de *soft law*, tales como la Comunicación de la Comisión "Directrices sobre la aplicación del Derecho de la Competencia de la UE a los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados" (DO L 374 de 30 de septiembre de 2022) o, en fin, a la doctrina del TJUE, que ha planteado, en un supuesto concreto, igualdad y no discriminación en el empleo, la situación comparable de determinados trabajadores por cuenta propia que se encuentren en la misma situación de vulnerabilidad económica, similar a la del trabajo asalariado (STJUE de 12 de enero de 2023, Asunto C-356/21 [12]). De modo que, en el contexto de plataformas digitales, no se puede utilizar el criterio finalista o *purposive approach* para orientar hacia reglas comunes con base en este fundamento para determinar cuándo un trabajador puede ser un auténtico trabajador por cuenta ajena o, por el contrario, por cuenta propia.

Por otro lado, es un paso para incorporar o reconocer a los trabajadores por cuenta propia o autónomos derechos derivados de la gestión algorítmica y derechos colectivos; lo que, sin duda, amplia el ámbito de aplicación de algunos de los que se ha convenido en denominar derechos laborales, ahora, sociales.

Se decía en la propuesta de Directiva que estas medidas beneficiarán a trabajadores (sean asalariados o sean por cuenta propia) y también a las propias plataformas digitales de trabajo, abogando por la seguridad jurídica, y a las empresas que compiten con las plataformas digitales al operar en el mismo sector abogando por unas condiciones de competencia equitativas respecto del coste de las cotización a la protección social entre las plataformas digitales de trabajo y los proveedores de servicios *off line*; de ahí, las que se han definido como sólidas salvaguardas de cumplimiento, previstas en el Capítulo V de la Directiva (arts. 18 y ss).

El otro objetivo es la protección de datos personales en el ámbito de trabajo en plataformas digitales, y en este sentido, como se analizará posteriormente, prevé normas adicionales y más específicas que las normas de la UE ya en vigor durante hace tiempo. Desde luego, como se analizará detenidamente, es más que protección de datos, es la inclusión de nuevos derechos materiales sirviendo ésta como marco general en relación con la gestión algorítmica y con la protección de datos, tanto a nivel individual como colectivo.

Las medidas que articula la Directiva son ciertamente innovadoras para la consecución del fin perseguido. Nuevos derechos, en especial el de protección

[12] *Vid*, con anterioridad, SSTJUE de 20 de diciembre de 2017 (Asunto C-442/16) y de 19 de septiembre de 2019 (Asunto C-544/18), desde la libertad de residencia y la libertad de establecimiento, respectivamente.

de datos en el lugar del trabajo, con garantías individuales para los trabajadores y colectivas para sus representantes; una mayor cobertura de "derechos laborales" para los trabajadores autónomos, en especial en relación con los derechos colectivos, en este caso conectada con las Directrices 2022 de la Comisión sobre Derecho de la competencia y negociación colectiva, aunque la Directiva es limitada a estos efectos, en particular, en relación con la seguridad y salud en el trabajo y con el modelo o sistema de representación colectiva.

La vía abierta por la Directiva tal vez sea el punto de partida para que en el ámbito de la UE se articulen medidas más efectivas en torno al derecho a la protección de datos en los lugares de trabajo y protección social. En este segundo supuesto, recuérdese que el planteamiento del Consejo eliminó cualquier mención a la protección social. Dada la limitación de la directiva, se abren nuevos retos regulatorios, en relación con la privacidad y la intimidad a través de los que se ha denominado gestión algorítmica y la responsabilidad de los diferentes empresarios.

3. Ámbito de aplicación personal de la Directiva

La Directiva no es una norma laboral, en el sentido de que los destinatarios sean solo los asalariados, o trabajadores por cuenta ajena en la terminología nacional (*employees*), y los obligados los empresarios laborales, definidos también conforme al Derecho nacional.

La Directiva, como decíamos, no establece propiamente condiciones "laborales", sino en muchos casos, con carácter general, condiciones de trabajo (*working conditions*) aplicables a quienes realizan trabajo en plataformas, con independencia de cuál sea su estatus jurídico de empleo. No aborda la definición de empresario laboral de plataformas digitales y tampoco determina cuándo se ha de entender, en el ámbito concreto de la Directiva, que el trabajador lo sea a efectos comunitarios. Veamos con cierto detenimiento estas cuestiones.

3.1. Plataforma Digital de Trabajo como sujeto obligado

Con base o fundamento en los numerosos estudios realizados a lo largo de estos años y con base en la doctrina del TJUE, la Directiva define la plataforma digital de trabajo. Puesto que su ámbito solo refiere al servicio subyacente que ofrece la plataforma y para el que necesita personas que realicen ese trabajo.

Tratándose de un ámbito restringido y específico de la Directiva, a saber, el del trabajo en plataformas, la norma comunitaria contaba con los trabajos previos que han permitido clarificar en el entorno y contexto de la Economía Digitalizada y de la Digitalización de la Economía, enfocada solo, es verdad, en las denominadas plataformas digitales de trabajo (*platform digital work*). En este sentido, brevemente, recordemos que instituciones como Eurofound definían estas plataformas como aquellas que ponen en contacto la oferta y demanda de trabajo *remunerado y organizado* a través de la plataforma cuya finalidad es realizar tareas específicas o

resolver problemas específicos para un cliente o destinatario; de modo, se indicaba, que el principal bien comercializado por la plataforma es la mano de obra y no el bien material o de capital en sí. Excluyendo de tal concepto a las plataformas de venta (como eBay) o las plataformas en las que se proporciona acceso al alojamiento (como Airbnb), así como los servicios financieros. Además, las transacciones no comerciales (como el voluntariado, la creación de redes, las redes sociales (como LinkedIn) o cualquier otra forma de transacción que no implique un pago, como Couchsurfing, que pone en contacto la oferta y la demanda de alojamiento sin remuneración no se consideran trabajo de plataforma. En 2019 se analizaban diferentes tipos de plataformas de trabajo atendiendo a la distinción *on location* y *online*, y en ellas, describiendo el tipo de trabajo de desarrollado.

Más allá de los estudios, informes, recomendaciones, orientaciones , sin expresamente citarla en los considerandos, la Directiva se inspira claramente en la STJUE de 20 de diciembre de 2017, Asunto C-434/15 y la posterior STJUE de 18 de abril de 2018, Asunto C-320/16, para fijar con precisión el tipo o tipos de plataformas digitales que quedan excluidas de la Directiva por entender que no son de trabajo, o en expresión de la sentencia del TJUE, que la plataforma no presta el servicio subyacente y solo es una plataforma de intermediación.

Recuérdese que la cuestión planteada al TJUE fue si las actividades de la plataforma cuestionada (Uber-transporte) debían ser clasificadas como servicios de la sociedad de la información» con arreglo a la legislación de la UE, en cuyo caso debía concederse acceso al mercado y las restricciones a su funcionamiento debían notificarse y sólo podían aceptarse en circunstancias limitadas, o bien si, por el contrario, constituían «servicios de transporte» que quedan fuera del ámbito de aplicación de las normas de la UE en cuestión por lo que, en principio, pueden ser regulados libremente por los Estados miembros. En su sentencia, el Tribunal consideró que el servicio prestado por esa plataforma se basaba en la selección de conductores no profesionales que utilizaban su propio vehículo y a los que aquélla proporcionaba una aplicación sin la cual esos conductores no podrían prestar el servicio de transporte y las personas que desearan realizar un trayecto urbano no utilizarían los servicios prestados por esos conductores. Destancándose entonces, a la vista del modelo de negocio de Uber, que ésta determinaba al menos la tarifa máxima, recibía ese importe del cliente antes de abonar una parte al conductor no profesional del vehículo, y ejercía un cierto control sobre la calidad de los vehículos, los conductores y su conducta, que podía, en algunas circunstancias, dar lugar a su exclusión.

Es cierto que la cuestión relativa al estatuto jurídico de los prestadores del servicio (conductores) fue ajena a este asunto, como tampoco se planteó o definió el modelo de negocio en general de las plataformas digitales; pero, en lo que interesa ahora, aplicó el TJUE el denominado "test del control", a saber, control digital de la actividad para determinar que en el caso concreto aquél se proyectaba sobre el servicio de transporte urbano porque la plataforma digital creaba la oferta de tal

servicio, regulaba sus características esenciales y organizaba su funcionamiento, y por tanto, para definir a esta plataforma digital como plataforma digital de trabajo o prestadora del servicio subyacente (en el supuesto, el transporte urbano), se analizaron los puntos clave del que deriva el control de todos los aspectos pertinentes del servicio subyacente. Con independencia de la titularidad de los bienes o herramientas (como son los vehículos), lo importante es que la plataforma ejerza una influencia decisiva sobre el servicio, sobre los factores de la organización y la ejecución del servicio.

La Directiva ahora asume la distinción y, por un lado, define lo que haya de entenderse por plataformas digitales de trabajo a los efectos de aplicación de las garantías previstas en la misma; por otro, puntualiza algunas exclusiones.

En sentido positivo, la Directiva considera que la plataforma será considerada como digital de trabajo (art. 2.1.a) siempre que cumpla *acumulativamente* los requisitos siguientes:

a) provea servicios a través de medios electrónicos como una web o una aplicación informática.

b) provea servicios a petición del destinatario del servicio. Lo que cabe identificar, con tareas, proyectos o instrucciones formales y en términos claros. Téngase en cuenta que el considerando 19 refiere expresamente al trabajo realizado por individuos "a petición, puntual o reiterada, del destinatario del servicio prestado por la plataforma".

c) organice el trabajo realizado por individuos a cambio de una prestación económica, pudiendo desarrollarse el servicio *online* o presencialmente. Lo que quiere decir que haya retribución concreta y específica por el servicio realizado.

d) utilice sistemas automatizados de seguimiento o de toma de decisiones. Criterio éste añadido por la propuesta del Consejo de la UE de 7 de junio de 2023, y que permite excluir del ámbito de aplicación a aquellas empresas, en su mayoría PYMES, que solo utilizan medios electrónicos muy básicos, como un sitio web, para llevar a cabo su actividad.

Se parte de la existencia de una doble relación jurídica, la de la plataforma con clientes (que pueden ser consumidores o empresas, de modo que el modelo es amplio) y la de la plataforma con la persona que presta el servicio. En ambos supuestos, lo que deviene esencial es el modelo o forma en que interactúan en el mercado de servicios, en la relación con los clientes y en la relación con los prestadores del servicio; en ambas interviene la tecnología, por un lado, como método para facilitar la primera (los medios electrónicos a través de los que el cliente solicita el servicio) y como método para organizar el trabajo interno, atendiendo uno, a que la plataforma ejerza una facultad de organización y por

otro, al modo en que esa prestación se lleva a cabo, esto es organización del trabajo a través de sistemas automatizados.

En un análisis de los elementos o requisitos previstos en la Directiva, y desde la perspectiva de la prestación de servicios subyacente, lo que realmente califica a la plataforma digital como de trabajo es que haya una prestación por individuos y esté organizada por la plataforma. Los elementos a) y d) tienen que ver con la digitalización en general porque una empresa analógica también puede utilizarlos, esto es, la utilización de la tecnología digital (aplicaciones web y sistemas automatizados) no es exclusiva de las plataformas digitales; lo que caracteriza a éstas es que aquélla se utiliza integrada en una plataforma informática a la que se accede a través de una aplicación en internet. Conexión para proveer el servicio al cliente y conexión que se traslada a los prestadores del trabajo que realizan las tareas solicitadas a la plataforma y que ésta gestiona a gran escala debido al número de trabajadores concurrentes en la prestación de servicios. La plataforma permite contactar y gestionar a gran escala a estos trabajadores concurrentes (crowdsourcing, posibilidad de recurrir a una muy amplia multitud de potenciales trabajadores) y por otro lado ajusta de forma inmediata el trabajo, de modo que se genera una contratación y gestión a demanda vía app y una posterior organización digital de la prestación de servicios de los contratados.

Es verdad que cuando se redactó la Directiva y en la propuesta inicial parece que la referencia implícita estaba en las plataformas de prestación de servicios *on location*, u *off line,* o de trabajo presencial, tales como el transporte y la entrega o reparto. Así lo ejemplifica en el considerando 20 cuando refiere al transporte de personas o mercancías o la limpieza. Trabajos típicos *off line* a los que añadir el trabajo doméstico y el trabajo de cuidados de niños y ancianos.

Al margen de este tipo de plataformas digitales de trabajo, se pueden plantear dudas respecto de otras plataformas digitales en relación con los elementos o requisitos previstos en la norma comunitaria.

Comenzando por lo que resulta menos dudoso, habría que considerar que la plataforma digital no es de trabajo, y queda fuera del ámbito de aplicación de esta Directiva, cuando no provee el servicio. Esto es, cuando actúa como mera intermediaria entre oferta y demanda en las diferentes transacciones que pueden ser entre particulares, entre empresas y clientes usuarios y entre empresas. De este modo, el considerando 20 de la Directiva considera que quedan excluidas del concepto: i) las plataformas digitales que se limitan a proporcionar los medios a través de los cuales los proveedores de servicios pueden llegar al usuario final sin más participación de la plataforma, por ejemplo, mediante la publicación de ofertas o solicitudes de servicios o mediante la agregación y presentación de información sobre los proveedores de servicios disponibles en un ámbito específico; ii) los proveedores de servicios cuyo objetivo principal sea explotar o compartir activos, como el alquiler de corta duración de alojamientos, o por medio de los cuales

los particulares no profesionales puedan revender bienes; iii) las que organizan actividades de voluntariado. Aun cuando no se defina éstas, implícitamente se está refiriendo, entre otras, a las que pueden encajar en la Economía Colaborativa o, desde una perspectiva nacional, porque no realizan actividades lucrativas o las realicen sin ánimo de lucro.

Entre las primeras se incluirían las plataformas que se dedican a ofrecer anuncios de oferta de trabajo sin que intervengan en la selección de los prestadores del servicio. Entre las segundas las que, como adelantó el TJUE en la sentencia de 19 de diciembre de 2019, Asunto C-390/18. Cabe entender como actividad de intermediación o puesta en contacto a través de la web o de la aplicación creada por la plataforma digital a personas que ofrecen bienes (en alquiler o venta) o servicios con otras personas que lo demandan. De otra forma expresado, la puesta en contacto a consumidores y proveedores para llevar a cabo transacciones económicas con el soporte de la propia plataforma no encaja en la actividad de una plataforma digital de trabajo[13].

Pero en aquellos casos en los que pudiera haber trabajo en plataforma (esto es, en los que se cumplan los requisitos a y b *supra*) cabe apreciar diferencias en cuanto al tipo de trabajo y los métodos que utilizan para asignar y remunerar el trabajo. Al margen de la modalidad clásica de trabajo *off line* o trabajo presencial, hay que tener en cuenta la heterogeneidad del trabajo en plataformas y la extensión o amplitud del mismo, tales como plataformas de microtareas, en especial *online* (que puede considerarse como el tipo de trabajo en plataformas más frecuente[14]); trabajo *freelance* en línea, mercados de contenido o trabajo basado en concursos[15]. Lo que plantea la cuestión de la dificultad de determinar si entran o no en la definición de la Directiva. Es cierto que el criterio a) se cumple en todas estas modalidades de plataformas digitales de trabajo; y el d) en la mayoría de los casos.

Pero pudiera generar duda los aspectos o criterios b) y c) porque, por ejemplo, en las plataformas de contenidos (*content marketplaces*, tales como YouTube), los creadores no crean contenidos en respuesta a solicitudes formales de clientes (de modo que no encajarían en el criterio b, en tanto en este tipo de plataformas solo cabría inferir una petición genérica del servicio). Como bien se ha explicado,

[13] Con referencia concreta en la sentencia comentada a las plataformas de alojamiento, tales como Airbnb, en la que su actividad es perfectamente disociable de la transacción inmobiliaria de alojamiento que la plataforma no presta. Airbnb no ejerce una influencia decisiva en las condiciones de prestación de los servicios de alojamiento los que está vinculado su servicio de intermediación. La plataforma no determina o limita el importe del alquiler solicitado por los arrendadores que utilizan su plataforma. A lo sumo, pone a su disposición una herramienta opcional de estimación del precio de su arrendamiento en función de los precios medios del mercado en dicha plataforma, dejando a los arrendadores la responsabilidad de fijar el precio del arrendamiento. Tampoco selecciona los arrendadores ni los arrendatarios, ni establece condiciones de calidad de los inmuebles.

[14] Piasna, A. and other (2022).

[15] En las que un cliente solicita a los prestadores de servicios que participen en el desarrollo de una tarea y la envíen. El cliente entre todos aquellos que desean participar en el concurso, selecciona a la ganadora y la retribuye. Veáse, Todolí, A., 2024, pp. 56 y ss; Araujo, R.M.

"los creadores normalmente crean contenidos no en respuesta a solicitudes explícitas, sino extrapolando tendencias de consumo de contenido anteriores"[16]. Es ésta, sin duda, una de las mayores cuestiones que plantea la actual Directiva, atendiendo a que estos mercados de contenidos son plataformas de trabajo digital, y se advierte que los creadores en muchas ocasiones están precarizados o que no disfrutan de condiciones de trabajo decentes similares a las de otros trabajadores de plataformas, están sometidos a los mismos desafíos de gestión algorítmica, falta de representación; la protección integral prevista en la Directiva (tales como la revisión humana y los canales de comunicación)[17]. De modo que, más allá de una interpretación finalista (reivindicada por algunos autores, Silberman, Todolí, entre otros) habría que indagar en los criterios exigidos por la Directiva, y en particular, en el criterio c), el relativo a la organización del trabajo.

Este criterio, el de la organización del trabajo, es tal vez uno de los más dudosos y que generó importantes discusiones al respecto durante la tramitación de la Directiva. Admitiendo que, según explicita el considerando 20, es "un componente necesario y esencial y no meramente secundario y accesorio", según cuál sea la interpretación (más amplia o más restrictiva), el ámbito de aplicación de la Directiva variará ostensiblemente, y enlaza con la formulación del TJUE para determinar cuándo la plataforma digital presta el servicio subyacente. Pero, en modo alguno debe conectarse con indicio de existencia de subordinación o de dependencia personal como criterio de determinación del concepto de trabajador de la UE, también en el contexto nacional puesto que la Directiva no pretende en modo alguno trasladar el criterio del TJUE sobre la dependencia personal, esto es, sobre el concepto de trabajador en sentido comunitario. En efecto, a la vista de la extensión de algunas de las garantías a las personas que prestan servicios en plataformas aunque no puedan calificarse como trabajadores por cuenta ajena, el considerando 18 avanza un concepto específico de organización del trabajo en los términos siguientes: "debe implicar como mínimo un papel significativo en la vinculación de la demanda del servicio con la oferta de trabajo por parte de un individuo que tiene una relación contractual con la plataforma de trabajo digital y que está disponible para realizar una tarea específica, y puede incluir otras actividades como procesamiento de pagos". Lo que, desde luego, debe ser interpretado en sentido diferente a que la plataforma digital deba dar instrucciones y órdenes sobre el qué, cuándo, cómo, dónde y con qué herramientas o métodos de trabajo ha de prestar el servicio el trabajador porque éstos son elementos de control y dirección de la prestación de servicios.

La cuestión es si organizar el trabajo consiste principalmente en vincular o hacer coincidir la demanda con la oferta. Es verdad que es lo mínimo, pero no lo suficiente, porque ello precisamente caracteriza a las plataformas meramente intermediarias, sean de bienes o de servicios, y en concreto de colocación. De

[16] Silberman, S., 2023b.

[17] Silberman, S. and others, 2023.

modo que lo que quiere expresar a nuestro juicio, no es que la organización del trabajo sea a estos efectos la vinculación de la demanda del servicio con la oferta de trabajo, sino, bien diferente, que hay más de una mera intermediación, es necesario que haya una relación contractual con la plataforma digital de trabajo para la prestación del servicio al destinatario que, mientras dure, será organizada por la plataforma de trabajo. Si no hay una relación contractual entre la plataforma y el trabajador para la prestación de servicios, diferente a la que exista entre la plataforma y los usuarios, aquella no podrá considerarse como organizadora del trabajo. La relación contractual de servicios entre el trabajador y la plataforma, como veremos, es consustancial a la definición de persona que realiza el trabajo a través de plataformas, y que básicamente encierra dos elementos, uno, la prestación de servicios y dos, la dirección de la prestación de servicios ofrecidos por los proveedores, incluida la evaluación, calidad, idoneidad u otras características de éstos.

Aun cuando en relación con este requisito y con base en una interpretación amplísima (para por ejemplo, entender que las meras agencias de colocación online lo cumplirían) se ha pretendido incluir en el ámbito de la Directiva todas las plataformas que casan los clientes con el prestador de servicios, el criterio c) es claro: se necesita que haya una petición precisa del servicio, organizado y retribuido específicamente por la plataforma.

Por último, aunque haya un sistema automatizado de seguimiento o de decisiones, que puede existir en muchas de estas plataformas, como también en otras empresas, no es decisivo si, como dispone la Directiva, no se dan los elementos anteriores imprescindibles para la catalogación. Por tanto, aunque haya plataformas digitales que utilicen algoritmos, debe advertirse que la Directiva lo vincula (considerando 9) a que se utilicen para "organizar el trabajo realizado por personas física a petición puntual y reiterada del destinatario". De modo que la mera selección a través de algoritmos del concreto prestador del servicio para luego ser contratado directamente por el cliente final o cuando a través del algoritmo se casa los clientes con el prestador de servicios, no será suficiente a estos efectos.

3.2. Extensión del ámbito de aplicación

A. La intermediación en el contexto de la Directiva

La Directiva amplia su ámbito de aplicación a quienes considera, en sentido amplio, intermediarios en la economía de plataformas. Entendiendo por tales, art. 2.1.c), a toda persona física o jurídica que se interpone entre la plataforma digital de trabajo y la persona que presta servicios en plataformas, que, con objeto de ofrecer trabajo en plataformas a plataformas digitales de trabajo o a través de éstas: i) establezca una relación contractual con esa plataforma digital de trabajo y una relación contractual con la persona que realiza en trabajo en plataformas o ii) se

encuentre en una cadena de subcontratación entre la plataforma digital de trabajo y la persona que realiza trabajo en plataformas.

En el contexto de la Directiva encaja, por un lado, la cesión a la plataforma digital de personas que realizan trabajo en plataformas (lo que la Directiva considera como ofrecer trabajo en plataformas a plataformas digitales de trabajo aunque el intermediario no sea calificado como plataforma digital de trabajo); por otro, la externalización de la actividad ofrecida por la plataforma digital de trabajo al cliente (a través de ésta, dice la Directiva). Supuesto típico de las empresas de flotas de vehículos para el transporte. De modo que, en ambos supuestos, no hay una relación contractual directa de las personas que prestan servicios en plataformas con la plataforma digital de trabajo sino con el intermediario a través del cual realizan trabajo en plataformas, siendo la plataforma digital de trabajo la destinataria del servicio.

En el primer supuesto, como bien se dispone, habrá una relación contractual del intermediario con la plataforma digital de trabajo y una relación contractual con la persona que realiza el trabajo en plataformas. Relación contractual esta última que la Directiva no define y que, siendo su objeto la contratación de personas para cederlas a plataformas digitales de trabajo, puede ser una relación laboral, y por tanto el intermediario será un empleador (primera y única vez que la Directiva utiliza este término) si cumple las condiciones para ser una ETT, de conformidad con la Directiva 2008/04/CE siéndole aplicables las obligaciones establecidas en dicha Directiva (considerando 26). Lo que cabe interpretar que, en caso de cesión de trabajadores por una ETT en el ámbito de la economía de plataformas, ha de cumplir, además de las obligaciones establecidas en aquella Directiva, aquellas que establezcan las normas internas de conformidad con lo previsto en el art. 3, al que hacemos referencia más abajo.

En el segundo supuesto, y partiendo también de la existencia de una relación contractual entre el "intermediario" con la persona que realiza trabajo en plataforma, hay externalización de la actividad desarrollada por la plataforma hacia estos denominados intermediarios que prestan servicios a un cliente a través de esas plataformas digitales de trabajo.

Lo que pretende la Directiva es que la diversidad de relaciones multipartitas complejas, incluidas las cadenas de subcontratación no se utilicen (por las plataformas digitales de trabajo) para, se afirma "eludir las garantías previstas en la Directiva". En este sentido, el art. 3 establece que los Estados Miembros deben adoptar medidas apropiadas para garantizar que, cuando una plataforma digital de trabajo recurra a intermediarios y éstos mantengan una relación contractual con las personas que realizan trabajo en plataformas (por tanto, sean trabajadores por cuenta propia o sean por cuenta ajena) "disfruten del mismo nivel de protección de conformidad con la Directiva" respecto de aquellas personas que tengan una relación contractual directa con la plataforma digital de trabajo. Medidas que

refieren tanto a la clasificación de la situación laboral y la utilización de los sistemas automatizados, en ambos casos, en relación exclusiva con el intermediario que es con quien el prestador del servicio mantiene una relación contractual. Esto es, tanto la presunción de laboralidad como el ejercicio de los derechos establecidos por la Directiva refieren al intermediario, no a la plataforma digital de trabajo.

Otra cosa, bien diferente es que, tal como exige la Directiva, los EM deban adoptar "medidas, de conformidad con el Derecho y las prácticas nacionales, para establecer los mecanismos apropiados que incluirán, en su caso, sistemas de responsabilidad solidaria". De modo que, a la vista de lo indicado, cuando hay una intermediación contractual la Directiva no considera ilícita esa situación, no considera que sea empleador la plataforma digital de trabajo aunque considere que ésta pudiera tener responsabilidad solidaria junto al intermediario. Extensión de la responsabilidad solidaria a la plataforma digital de trabajo que deberá establecerse por la legislación nacional, aventurando al respecto que no debería extenderse a la presunción de laboralidad (esto es, que sean presumidos asalariados de la plataforma digital) y solo extensible a las garantías previstas (*vid. infra* apartado 4) [18].

B. Ámbito geográfico

Se parte de que cuando las plataformas operan en varios Estados Miembros o a través de las fronteras, a menudo no está claro dónde se realiza el trabajo en plataformas ni para quién lo realiza, en particular en lo que refiere al trabajo en plataformas en línea.

Y en este sentido, con independencia de dónde tenga la sede la Plataforma Digital de Trabajo (sea en un país de la UE o en un país extracomunitario), y con independencia de la ubicación del destinatario del servicio, la Directiva se aplicará si la prestación del trabajo en plataformas se realiza en el ámbito de la UE, esto es, físicamente en uno de los países de la UE u *online* desde alguno de estos países. Lo que incluye claramente a las plataformas con operaciones transfronterizas, por ejemplo, un programador con sede en España que trabaja para una plataforma digital radicada en Reino Unido con un cliente de EEUU.

3.3. Destinatarios de las garantías de la Directiva. Personas que trabajan en la economía de plataformas

Los destinatarios de la protección específica de la Directiva son, en principio, todos aquellos que realizan "trabajo en plataforma", definido (art. 21.b) como todo trabajo organizado a través de una plataforma digital de trabajo y realizado en la UE por una persona física sobre la base de una relación contractual entre la plataforma o un intermediario y la persona, con independencia de que exista una relación contractual entre la persona o un intermediario y el destinatario del servicio.

[18] En contra de esta opinión, Todolí, A., 2024, pp. 57-58.

Y adopta un enfoque amplio o integral en relación con el mínimo o suelo de derechos individuales y colectivos que establece la norma, en particular, en lo que respecta a los sistemas automatizados de seguimiento y de toma de decisiones. Pero, una vez analizado el contenido protector y la extensión de ese ámbito, debe advertirse que la Directiva no establece para todos los que prestan servicios en la economía de plataformas el mismo elenco de derechos y garantías, tal y como se desarrolla en *infra* apartado 4 (en particular, véase derechos de información y de consulta y derecho a la seguridad y salud). Por lo que hay que diferenciar entre las personas que prestan servicios en la economía de plataformas, con el fin, se indica (considerando 25), de combatir los falsos trabajadores por cuenta propia en el trabajo en plataformas, atendiendo a la naturaleza de la relación contractual entre aquellas y las plataformas digitales de trabajo o el intermediario:

1) Las que realizan trabajo en plataformas, esto es [art. 2.1.c)], quien presta servicios con independencia de la naturaleza de la relación contractual o de la denominación de dicha relación por las partes implicadas.

2) Y el trabajador /a de plataformas-, esto es [art. 2.1.d)], el que realiza trabajo en plataforma a través de un contrato de trabajo o mediante una relación laboral tal como se definen en el Derecho, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados Miembros, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

Si quisiéramos definirlos desde la óptica del Derecho del Trabajo, serían 1) los trabajadores autónomos en la Economía de Plataformas (*self-employee*) y 2) los trabajadores asalariados que prestan servicios para las plataformas digitales de trabajo o para un intermediario en la economía de plataformas (*employees*). Trasladado a este específico ámbito, la norma europea acepta la distinción binaria, trabajador asalariado-trabajador autónomo. Lo que quiere decir que no todo trabajador que presta servicios en plataformas digitales es un falso autónomo pero, como en cualquier otro ámbito, pudiera serlo. Y si lo fuera, a los efectos de esta Directiva, se les aplicará las garantías previstas para los trabajadores por cuenta ajena (esto es para el trabajador de plataformas).

A. La calificación jurídica de la relación contractual entre la plataforma digital de trabajo y estos trabajadores

Cono decíamos, el fundamento o la base jurídica de la Directiva, con apoyo en el artículo 153 TFUE, orienta el objetivo específico a procurar la correcta determinación del estatuto de empleo de estos trabajadores para evitar la clasificación errónea de quien realiza o presta servicios en o través de plataformas digitales de trabajo.

En los años previos a la publicación de la Directiva, la definición del trabajo en plataformas como trabajo no estándar (instalado en la zona gris) y la clasificación

binaria entre trabajador por cuenta ajena y trabajador autónomo abocaron a las instituciones político-legislativas a nivel nacional, en la UE e internacional a explorar las opciones posibles de respuesta a este fenómeno. Ante las propuestas no exactamente coincidentes en cada uno de los ordenamientos jurídicos nacionales, el difícil consenso entre los países se trasladó a la UE, inevitable en el contexto del Pilar Europeo de Derechos Sociales para buscar la adaptación del Derecho Social a las nuevas formas de empleo en el ámbito de la Economía Europea Social del Mercado Único, intentando poner coto a los falsos autónomos. De ahí que en la propuesta inicial, negociaciones posteriores y texto final se advirtiera la dificultad de articular a nivel de la UE una norma que estableciera reglas comunes y mínimas en los Estados Miembros en torno a la determinación y clara distinción en la dicotomía o clasificación binaria.

Aunque se dice que el trabajo basado en aplicaciones y la gestión algorítmica oscurecen la verdadera naturaleza de la relación entre el trabajador y la plataforma y pone en entredicho la viabilidad y la aplicación de los paradigmas legales existentes[19], lo cierto es que la gestión algorítmica no deja de ser un medio o instrumento que puede también utilizarse en las empresas que no puedan calificarse como plataformas digitales de trabajo. Por otro lado, no se especifica porqué la determinación correcta redundará en beneficio de las condiciones de trabajo; no se especifican cuáles sean o deban ser esas condiciones de trabajo y tampoco la materialización de esa mejora concreta.

La determinación de la naturaleza del vínculo jurídico de los prestadores de servicios en el ámbito de las plataformas no tiene como efecto directo la delimitación de su ámbito de aplicación, al menos en algunos aspectos, tal y como se analizará después.

Con base o fundamento en la discusión en torno a los elementos o categorías de clasificación binaria (trabajador por cuenta ajena-trabajador por cuenta propia, *employee-self employee*), en particular, en torno al elemento de la dependencia personal o subordinación, y en relación con uno de los indicios de los que deriva ésta (dirección y control del empleador) aplicados a una realidad como la de economía de plataformas en la que la gestión algorítmica de algún modo dificulta la determinación de la naturaleza de la relación, la Directiva no introduce definición alguna. Deja, por tanto, esta tarea a los ordenamientos nacionales y abierta la opción por el modelo legal que cada uno de los Estados Miembros considere (más o menos restrictivo en torno a la definición de la subordinación personal). Solo les exige que dispongan de *procedimientos adecuados y eficaces* para verificar y garantizar la determinación de la situación laboral correcta de las personas que realizan trabajo en plataformas (es decir, de las personas que trabajan en la economía de plataformas), "tal como se define en el Derecho, los Convenios colectivos o las prácticas vigentes en los ·Estados Miembros, teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE" (art. 4).

[19] Rainone, S. and Aloisi, A., 2024.

La Directiva ofrece a los Estados Miembros dos recursos procesales al efecto: 1) la primacía de los hechos; 2) presunción de empleo, que, recordemos, también se utilizaron en la propuesta y tramitación de la Directiva 2019/1152 pero que decayeron en el texto final.

1. Por lo que refiere al primero, Primacía de los Hechos, recuérdese que ya se asumió por la Directiva 2019/1152, en cuyo considerando 8 se dice que la "determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y no por la descripción de las partes de la relación". Criterio universalizado, conforme a la Recomendación de la OIT 198, 2006.

Se expresa en la Directiva (art. 4º.2): "La determinación de la existencia de una relación laboral deberá guiarse *principalmente* por los hechos relacionados con la realización real del trabajo…independientemente de cómo se denomine la relación en cualquier estipulación contractual que puedan haber convenido las partes implicadas". Nada, en nuestra opinión, aporta a los efectos de la trasposición puesto que, desde hace años, así lo aplica el TJUE, a partir la sentencia de 3 de julio de 1986, Asunto C-75/63, afirmando al respecto que el concepto comunitario de trabajador debe definirse con arreglo a criterios objetivos que distingan la relación laboral en función de los derechos y deberes de las personas afectadas, atendiendo a todos los hechos y circunstancias que caracterizan el vínculo entre las partes. Esto es, la realidad material, de modo que la inexistencia de un contrato formal no representa un obstáculo a la existencia de una relación laboral comprendida en el concepto de contrato individual de trabajo (STJUE de 11 de abril de 2019, Asunto C-603/2017).

2. De ahí, el segundo elemento, el de la presunción de empleo, a que refiere el artículo 5 de la Directiva.

Tras el fracaso en la propuesta de Directiva 2019/1152, es recurrente en los considerandos de ésta la alusión al objetivo de combatir a los llamados falsos autónomos o falsos trabajadores por cuenta propia. Debe recordarse que esta medida se propuso en la segunda fase de consultas de la Directiva, atendiendo, ya entonces, a la Recomendación OIT 198[20]y a su uso en diferentes sistemas normativos nacionales, aún cuando pudieran presentar diferencias atendiendo a las distintas modalidades de la presunción[21].

Se considera al efecto que es un mecanismo de garantía eficaz que los Estados Miembros establezcan la presunción de laboralidad para facilitar la prueba que incumbe a la persona que realiza trabajo en plataformas y reclama su

[20] Se dice por la Recomendación "los Estados Miembros deberían…considerar la posibilidad de establecer la presunción legal de que existe una relación laboral cuando se den uno o más indicadores pertinentes", con indicación de indicios específicos orientados, por un lado, a las condiciones de trabajo y, por otro, a las condiciones de pago o de remuneración.

[21] Kulmmann, 2021, pp. 66-80.

calificación como trabajadora por cuenta ajena. Dicho de otra forma, la presunción, institución de naturaleza procesal, cuya finalidad es alcanzar la certeza de un hecho cuando el mismo sea de difícil demostración, acudiendo a la certeza de otro hecho, facilitándose así la aplicación del supuesto de hecho de la norma jurídica en la que el demandante (persona que presta servicios) funda su pretensión en el conflicto planteado y que ha de ser resuelto por los operadores jurídicos.

Cabe definir esta presunción como específica (aplicable al sector de la economía de plataformas y a todas de trabajo, no solo a las de reparto), cuasi-genérica (sin especificar, a diferencia de la Recomendación OIT, criterios e indicios concretos), *iuris tantum* (refutable) y de ámbito restringido.

Decíamos que es cuasi-genérica o semi-condicionada porque, si bien en la propuesta inicial y en su tramitación se seleccionaron varios criterios derivados del principal de control y dirección por la plataforma digital de trabajo de la ejecución del trabajo, tales criterios ahora han desaparecido en el texto inicial. Recuérdese que según la Comisión se activaba la presunción cuando el prestador de servicios acreditaba dos de los cinco criterios indicados en la propuesta (determinación o establecimiento de límites máximos de remuneración; normas sobre apariencia y conducta; supervisión de la realización del trabajo y evaluación del desempeño; restricción a la libertad de organizar el propio trabajo, incluido el horario laboral y la utilización de sustitución; y restricción a la realización de trabajos para terceros), que después se desglosaron en siete por el Consejo, y exigía la constatación de tres de ellos.

Desaparecidos esos criterios, pudiera en principio considerarse que la Directiva establece una presunción más amplia porque requiere para su activación que se "constaten hechos que indiquen dirección y control de conformidad con el Derecho nacional, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en los Estados Miembros y teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", sin al efecto exigir la presencia de un número mínimo de criterios. No obstante, debe tenerse en cuenta que, no se trata solo de que haya organización del trabajo por la plataforma digital, sino que ésta dirija y controle la actividad; lo que requerirá de una doble operación, primero, que se pueda inferir que hay control a partir de indicios que presente el trabajador y segundo, la presunción de laboralidad a partir de esos indicios constatados en el supuesto concreto planteado. En realidad, atendiendo a la naturaleza de la presunción, bien cabría afirmar que, pese a ser así denominada, no hay técnicamente tal porque si se demuestran los hechos base habría en realidad constatación de que se dan los elementos o requisitos sólidos de subordinación o dependencia personal en los términos asumidos por la doctrina del TJUE. A estos efectos recordar que no ha utilizado como criterio la dependencia económica, sino la dependencia personal, o subordinación, en torno al control y dirección de la actividad[22], con base o fundamento en el modelo tipológico, tal y

[22] Entre otras muchas, SSTJUE de 31 de mayo de 1989 (Asunto C-344/87); de 26 de febrero de 1992 (Asunto C-357/89); de 27 de junio de 1996 (Asunto C-107/94); de 16 de septiembre de 1999 (Asunto

como se explica en el Capítulo Cuarto de esta obra colectiva, al que remitimos, en el que se exponen los hechos o indicios de subordinación y los hechos o indicios que demuestran la inexistencia de esa relación de dependencia según la doctrina del TJUE.

Decimos que es *iuris tantum*, no *iuris et de iure*, o absoluta, porque la plataforma digital de trabajo podrá oponerse a la reclasificación (art. 5.2) pudiendo demostrar que "la relación contractual en cuestión no es una relación laboral" tal y como se define en el Derecho nacional, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (entre otros, considerando 31). De modo que podrá explicitar en el caso concreto que, aunque haya organización del trabajo, no hay control y dirección porque en dicha relación se aprecian elementos o indicios que demuestran la inexistencia de dependencia o subordinación (constatación por tanto de hechos excluyentes). Es cierto que la Directiva dice que la presunción de laboralidad no debe implicar un incremento de la carga de la prueba existente hasta el momento en el EM, pero ello no quiere decir que el solicitante no deba constatar algunos de los indicios porque, recuérdese, la UE no tiene competencias procesales y por tanto no puede interferir en la autonomía procesal de cada EM, al que corresponde articular, en su caso, la presunción como mecanismo o modo de fijación fáctica. Por eso, creemos que es más un deseo que una apreciación sólida técnico-jurídica concluir que cualquier intervención nacional restrictiva iría en contra de la Directiva, atendiendo a que los requisitos de la presunción no deben ser onerosos y la presunción "no debe tener como efecto aumentar la carga de requisitos que pesan sobre las personas que realizan trabajo en plataformas, o sus representantes, en los procedimientos para determinar su situación laboral" (art. 5.3) con fundamento en la situación de desequilibrio de poder con respecto a la plataforma digital de trabajo. En modo alguno, por otro lado, cabe interpretar que la Directiva esté admitiendo requisitos de la presunción de laboralidad en la economía de plataformas digitales más leves que aquellos que utilizan los Derechos nacionales atendiendo a la jurisprudencia del TJUE (precisamente a ellos refiere la Directiva). Dicho de otra manera, en modo alguno habría que interpretar que el solicitante (persona que presta servicios en plataformas) no haya de constatar indicios de los que derive el control o que éstos tengan que ser elementos o indicios diferentes a los generales que se vienen utilizando para probar la laboralidad fuera del ámbito de las plataformas digitales[23]. Otra cosa, bien diferente, es que se hubiera establecido una presunción legal absoluta, lo que no es el caso.

Decimos que es de ámbito restringido porque la Directiva obliga a los Estados Miembros a introducir la presunción jurídica de "laboralidad" como fuente

C-22/98); de 11 de abril de 2019 (Asunto C-603/2017); de 13 de enero de 2004 (Asunto C-256/01); de 10 de septiembre de 2004 (Asunto C-596/12); Auto de 22 de abril de 2020 (Asunto C-692/19).

[23] Téngase en cuenta que ya hay una solución heterogénea en los países de la UE atendiendo a la presunción de laboralidad en torno a criterios o indicios determinados. Incluso algún país, Grecia, mantiene una presunción de no laboralidad o de trabajo por cuenta propia. Puede consultarse en el portal de la ISSA https://www.issa.int/platform-workers.

de prueba en los procesos judiciales. Pero deja un amplio margen de actuación a las prácticas nacionales. Correspondiendo a los Estados Miembros establecer las reglas sobre determinación de la relación jurídica, también puedan optar, si así lo estiman, por una presunción basada en criterios más restrictivos[24], lo que, aun cuando en hipótesis pudiera aventurarse la posibilidad de una cuestión prejudicial al objeto de que el TJUE interprete qué se entiende a estos efectos por carga de requisitos, no cabe olvidar que los EM tienen autonomía procesal, sin que la UE tenga competencia al efecto. Y que la presunción es una institución procesal y no material, aun cuando la Directiva extienda su ámbito también a los procedimientos administrativos.

Por otro lado, si bien la presunción se aplica a todos los procedimientos administrativos o judiciales cuando se dirima la determinación de la situación laboral correcta, se expresa que ésta "no se aplicará a los procedimientos relacionados con cuestiones fiscales, penales o de seguridad social" (art. 5.3), aunque los Estados Miembros "podrán" aplicarla con arreglo al Derecho nacional. Es ésta, desde luego, una cuestión que se habrá de afrontar por los Estados Miembros, pero pudiera interpretarse que la exclusión solo se aplicaría a aquellos procedimientos fiscales, penales o de seguridad social en los que no se plantee conjuntamente la clasificación laboral y otras, derivadas de la misma. Téngase en cuenta, por ejemplo, todos los procedimientos de gestión recaudatoria en materia de Seguridad Social que hayan de resolver el aspecto esencial, conexo, de laboralidad o no de la relación jurídica.

Esta primera operación, la de determinación del estatus jurídico de la persona que realiza trabajo en plataformas, tiene su efecto en el contenido y los derechos y garantías establecidos por la Directiva. Tal y como pasamos a analizar en modo alguno se puede considerar que esta Directiva es una norma universal en relación con los derechos "laborales" porque, como veremos, las personas que realizan trabajo en plataformas como trabajadores por cuenta propia quedan al margen de los derechos de seguridad y salud en el trabajo y los sistemas de representación colectiva.

Y debe tenerse en cuenta que, conforme al art. 5.6, la presunción establecida solo se aplicará al período que comience a partir de 2 de diciembre de 2026. Esto es se refiere a los contratos que comenzaron antes de la finalización de la fecha de trasposición y se mantienen en esa fecha. No creemos que tenga mayor trascendencia puesto que, según hemos comentado, la Directiva no establece, ni mucho menos, una presunción más flexible o diferente a la que viene siendo práctica procesal en la que se pide constatar hechos de los que pueda inferirse la existencia de control y dirección.

[24] Sobre la regulación en varios de los países, véase por ejemplo el estudio de Guinea, O., Sisto, E. y Du Roy, Os., 2024, que analizan comparativamente la situación de Estonia, Francia, Grecia y España, tomando como referencia algunas otras medidas adoptadas en países tales como Bélgica, Portugal Italia y Malta.

4. Contenido de la Directiva. Derechos y garantías de las personas que prestan servicios en plataformas digitales de trabajo frente a los efectos de la gestión algorítmica

El creciente desarrollo de la tecnología ha permitido el surgimiento de nuevos nichos de mercado, entre ellos, el que aquí es objeto de estudio, la economía de plataformas. Base fundamental de este sistema de oferta de productos y servicios es el establecimiento de un modelo de recursos humanos que permita administrar y gestionar el personal que presta servicios en este sector de forma remota, dinámica, adaptable y con celeridad, de forma que el negocio pueda articularse adecuadamente y prácticamente sin interrupción. Estas exigencias han resultado en el surgimiento de un nuevo método de gestión de la fuerza laboral: la gestión algorítmica ('*algorithmic management*')[25].

El término gestión algorítmica no cuenta con una definición unánime e inequívoca, lo que implica que debamos acudir a las diferentes fuentes doctrinales para llenarlo de contenido[26]. Como resultado de un ejercicio compilatorio de algunas de las definiciones más aceptadas, cabe definir la gestión algorítmica como "una forma de gestión empresarial de la fuerza de trabajo en la que se emplean herramientas impulsadas por algoritmos, alimentados por cantidades masivas de datos, con objeto de gestionar la actividad de los trabajadores de forma remota y continua -en ocasiones, permanente y a tiempo real- y tomar decisiones respecto de ellos"[27].

El legislador comunitario, conocedor de los riesgos que entraña el empleo de este tipo de gestión, tiene a bien llevar a cabo la regulación de su empleo por parte del empresario (plataforma digital)[28] mediante el establecimiento de una serie de requisitos y límites, así como el otorgamiento de determinados derechos

[25] Algunos de las aplicaciones de esta forma de organización son señaladas en el considerando 8 que refiere expresamente "la asignación de tareas, la fijación del precio de las tareas individuales asignadas, la determinación de los horarios de trabajo, la formulación de instrucciones, la evaluación del trabajo realizado, la concesión de incentivos o la aplicación de trato desfavorable. En particular, las plataformas digitales de trabajo utilizan esos sistemas de algoritmos como método estándar para organizar y gestionar el trabajo en plataformas a través de sus infraestructuras".

[26] Véanse las definiciones de Lee, Kusbit, Metsky y Dabbish, 2015, p. 1603; Mateescu y Nguyen, 2019, p. 1; Aloisi, 2022, p. 11 o Baiocco, Fernández-Macías, Rani y Pesole, 2022, p. 6.

[27] De Torres Bóveda, 2024, p. 177.

[28] En este sentido, el considerando 4 de la Directiva resalta la necesidad de regular el uso de esta tecnología para evitar y reducir los riesgos. En concreto, afirma que "la digitalización está cambiando el mundo laboral, mejorando la productividad y aumentando la flexibilidad, aunque también conlleva algunos riesgos para el empleo y las condiciones laborales. Las tecnologías basadas en algoritmos, incluidos los sistemas automatizados de seguimiento y los sistemas automatizados de toma de decisiones, han propiciado la aparición y el crecimiento de plataformas digitales de trabajo. Las nuevas formas de interacción digital y las nuevas tecnologías en el entorno laboral, si se regulan y aplican de manera adecuada, pueden crear oportunidades de acceso a empleos dignos y de calidad para personas que tradicionalmente no las han tenido. No obstante, si no están reguladas, también pueden dar lugar a una vigilancia basada en la tecnología, aumentar los desequilibrios de poder y la opacidad en la toma

tradicionales a los trabajadores, pero específicos por su adaptación a este contexto automatizado[29]. La totalidad de esta labor corre a cargo del Capítulo III de la norma europea, que ocupa un importante volumen de la totalidad del texto duro de la Directiva y, ha de resaltarse, cuyo contenido se ha visto incrementado de forma significativa a lo largo del proceso legislativo. Prueba de ello es la casi duplicación del número de preceptos del Capítulo, pasando de contar con cinco artículos en el texto de la propuesta (art. 6 a 10) a un total de nueve en el texto finalmente adoptado y publicado (arts. 7 a 15). El Capítulo protagonista de esta sección ofrece protección tanto a trabajadores de plataformas como a autónomos, si bien la calificación del vínculo como asalariado será determinante para el acceso a la totalidad de los derechos y garantías que se reconocen, pues algunas quedan exclusivamente reservadas a los prestadores dependientes y no por cuenta propia.

Con carácter preliminar al estudio del cuerpo legislativo en esta materia es esencial observar dos definiciones determinantes para la aplicación de los distintos derechos y garantías, esto es, las de "sistemas automatizados de seguimiento"[30] y "sistemas automatizados de toma de decisiones"; ambas nociones tienen en consideración los dos usos de estas herramientas para la gestión del trabajo, esto es, la vigilancia y la toma de decisiones con implicación laboral. Cabe mencionar que hallamos una evolución de las distintas nociones tanto en lo que respecta al aspecto formal como de fondo. En relación al primero, se observa un cambio de ubicación de estas definiciones que, originariamente, se contemplaban en el precepto encargado de regular la transparencia de los sistemas automatizados (antiguo art. 6 en el texto de la propuesta); pasando a recogerse en el texto finalmente adoptado en el artículo dedicado a las definiciones, el art. 2. Esta modificación parece adecuada y lógica, pues estos términos se emplean a lo largo de toda la Directiva y respecto de diversas materias, por lo que su localización en el precepto sobre la transparencia carecía de sentido y, de alguna forma, ostentaba de un carácter limitante.

En lo que se refiere al fondo es apreciable una ampliación del ámbito o extensión del concepto de "sistema automatizado de seguimiento", pues se pasa de tener en consideración aquellos sistemas de carácter exclusivamente automatizados a, asimismo, considerar integrados en las nociones aquellos de naturaleza semiautomatizada, es decir, aquellos sistemas que se emplean como apoyo a las actividades de vigilancia. Esta es una precisión necesaria ya que la redacción previa no dejaba claro el tipo de sistemas a tener en consideración, provocando que únicamente una interpretación flexible y extensiva de ambos conceptos permitiera la inclusión de sistemas de soporte y no sólo completamente automatizados. Esta visión doble -automatizado y semiautomatizado- sí se preveía ya en la propuesta

de decisiones y entrañar riesgos para unas condiciones laborales dignas, para la salud y la seguridad en el trabajo, para la igualdad de trato y para el derecho a la intimidad".

[29] Véase el considerando 10 en relación con el considerando 14 de la Directiva.

[30] En el texto originario el término era "sistemas automatizados de supervisión". Véase el art. 6.1 a) de la propuesta de Directiva.

respecto de los sistemas automatizados de toma de decisiones y se mantiene hasta el texto final de la norma.

Otro aspecto a tener en consideración respecto de ambas definiciones es que se pasa de emplear la expresión "trabajadores de plataformas" a "personas que realizan trabajo en plataformas", lo que se evidencia como una alteración del texto positiva y lógica, pues, incluso en el propio texto de la Comisión estas definiciones eran de aplicación a todos los trabajadores que prestan servicios para estas empresas; suponiendo que la referencia limitante de la propuesta era errónea.

La definición de los "sistemas automatizados de seguimiento" [art. 2.1 h)][31] ha sufrido dos adiciones respecto de su redacción inicial que no han de pasar por alto. Primeramente, observamos que el seguimiento o vigilancia ya no se prevé únicamente respecto de la realización del trabajo, sino que asimismo respecto de "las actividades realizadas en el entorno de trabajo", esto supone, a nuestro juicio, que en dicha definición no sólo se integran funciones y tareas expresamente vinculadas a la prestación de servicios de los trabajadores, sino también a todas aquellas que tienen lugar en el momento de prestación laboral; y decimos "momento" en referencia a la jornada u horas de trabajo, pues como es sabido el entorno de trabajo físico de los prestadores de servicios de plataformas suele ser dinámico, fluctuando a lo largo del propio día. Un ejemplo de dicho seguimiento que no es prestación de trabajo podría ser el control de los tiempos de inactividad o de las comunicaciones con otros prestadores, esta última práctica estaría prohibida por la norma, como observaremos en el siguiente epígrafe.

En segundo lugar, se incorpora referencia expresa al seguimiento mediante la recopilación de datos personales que, ha de señalarse, es el método principal de seguimiento, pero también de gestión algorítmica en general, ya que, sin esos datos y el procesamiento de los mismos, no se puede llevar a cabo en la mayoría de las ocasiones. Recordemos que estamos hablando de sistemas automatizados, lo que supone que nos encontramos lidiando con sistemas basados en algoritmos que requieren de un input -datos de entrada- para poder operar.

El término "sistemas automatizados de toma de decisiones" [art. 2.1 i)][32] varía respecto del texto de la Comisión en dos extremos. Así, se amplía la extensión

[31] Son aquellos "sistemas que se utilicen o sirvan de apoyo para realizar el seguimiento, controlar o evaluar, por medios electrónicos, la realización del trabajo de personas que realizan trabajo en plataformas o las actividades realizadas en el entorno de trabajo, también mediante la recopilación de datos personales". Con fines comparativos, la definición de la propuesta establecía "los sistemas automatizados de supervisión que se utilizan para hacer un seguimiento, supervisar o evaluar por medios electrónicos la ejecución del trabajo realizado por los trabajadores de plataformas" [art. 6.1 a)].

[32] Conforme al citado precepto se trata de "sistemas que se utilicen para adoptar o respaldar, por medios electrónicos, decisiones que afecten significativamente a personas que realicen trabajo en plataformas, también a las condiciones laborales de trabajadores de plataformas, en particular decisiones que afecten a su contratación, su acceso a las tareas asignadas y a la organización de estas, sus ingresos, incluida la fijación del precio de tareas individuales asignadas, su seguridad y su salud, su tiempo de trabajo, su acceso a formación, su promoción o equivalente, y a su situación contractual incluida la restricción,

de la definición al señalarse que se trata de los sistemas automatizados que toman decisiones o se usan de apoyo para ello; generando, estas decisiones, una afectación significativa ya, no sólo en las condiciones de trabajo de las personas que prestan servicios para plataformas, sino que les afecten a ellas, a su persona. Por tanto, no se trata simplemente de una alteración de los elementos de la prestación de servicios, como, por ejemplo, de las franjas horarias en que se asigna al trabajador prestar servicios, sino de la afectación de las decisiones en la esfera personal del prestador, por ejemplo, que se produzca la vulneración de un derecho fundamental, como la no discriminación en dicho proceso decisional. Como resultado, vemos que la noción va un paso más allá, contemplando los efectos que genera el uso de esta tecnología en el trabajo.

El otro aspecto a destacar es que se suman materias al listado ejemplificativo de decisiones que prevé la definición. En particular, se incorporan como áreas decisionales de afectación significativa: 1) las decisiones que afecten a la contratación y 2) las que afecten al acceso a la formación.

Finalmente, merece la pena subrayar antes de adentrarnos en el estudio del cuerpo de derechos y garantías en el contexto algorítmico que, la Directiva lleva a cabo una distinción entre representaciones laborales ("representantes de los trabajadores"[33]) y todas las representaciones, incluidas las de los autónomos ("representantes de las personas que realizan trabajo en plataformas"[34]); siguiendo la lógica que ya hallábamos en las definiciones que distinguen los dos tipos de vínculos contractuales entre prestadores y plataformas digitales de trabajo.

4.1. Garantías en materia de protección de datos personales

Las existentes y ampliamente debatidas lagunas y limitaciones que plantea la legislación en materia de protección de datos personales en lo que respecta al ámbito laboral han tratado de abordarse y suplirse por la Directiva mediante el establecimiento de dos preceptos específicos, estos son, los arts. 7 y 8. Ha de señalarse que la regulación que se introduce por la norma en estos artículos en particular es, a parte de una matización respecto del Reglamento europeo de

suspensión o cancelación de sus cuentas". A fin de establecer la comparación, la propuesta determinaba "los sistemas automatizados de toma de decisiones que se utilizan para tomar o apoyar decisiones que afecten significativamente a las condiciones de trabajo de los trabajadores de plataformas, en particular su acceso a las tareas asignadas, sus ingresos, su seguridad y salud en el trabajo, su tiempo de trabajo, su promoción y su situación contractual, incluida la restricción, suspensión o cancelación de su cuenta" [art. 6.1 b)].

[33] De acuerdo con el art. 2.1 f) son "los representantes de trabajadores de plataformas, como sindicatos y representantes libremente elegidos por trabajadores de plataformas, de conformidad con el Derecho y las prácticas nacionales". Por tanto, se aprecia una mayor matización que en la tradicional definición de los representantes que hallamos en los distintos instrumentos comunitarios que regulan el ámbito laboral, si bien manteniendo su esencia inalterable.

[34] Estos son, conforme al art. 2.1 g) "los representantes de los trabajadores y, en la medida en que esté regulado en el Derecho y las prácticas nacionales, los representantes de personas que realicen trabajo en plataformas que no sean trabajadores de plataformas".

protección de datos personales (RGPDP), una ampliación de su marco jurídico que, luego se verá completada asimismo por los derechos de información (transparencia) del art. 9 de esta Directiva[35].

El art. 7 lleva a efecto el establecimiento de una serie de prohibiciones en el tratamiento de los datos personales de los prestadores de servicios[36] (todos, asalariados y autónomos) que son objeto de aplicación desde la fase precontractual, es decir, desde el momento en que el prestador aplica a una vacante o inicia un proceso de contratación con la plataforma (art. 7.2); de modo que se cumplen todos los estadios de la relación, salvo la postcontractual, respecto de la cual únicamente serían de aplicación las previsiones del RGPDP.

En base a este precepto, la plataforma digital de trabajo tiene terminantemente prohibido (art. 7.1)[37] tratar datos personales:

- Sobre el estado psicológico o emocional de los prestadores.
- Derivados de las conversaciones privadas que mantengan entre sí o con sus representantes.
- Con objeto de llevar a cabo una predicción[38] sobre la probabilidad de que los prestadores ejerciten sus derechos fundamentales. En este caso, se reseñan de forma expresa derechos de corte colectivo como la información y consulta o la acción colectiva.
- En aras de inferir "el origen racial o étnico, la situación migratoria, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la discapacidad, el estado de salud, incluidas las enfermedades crónicas o el estado del VIH, el estado emocional o psicológico, la afiliación sindical, la vida sexual o la orientación sexual" [art. 7.1 e)]. En esta prohibición, la Directiva está claramente pensando en la discriminación algorítmica[39], disponiendo de esta prohibición con objeto de evitarla o, al menos, reducir los casos en los que ésta se produce.

[35] Véase, en conexión lo anterior, el considerando 38 de la Directiva.

[36] Originalmente, en la propuesta de la Directiva, estas prohibiciones se ubicaban en el apartado quinto del art. 6, relativo a la transparencia de los sistemas. Estas previsiones, como vemos, fueron finalmente reconocidas de forma autónoma distinguiendo los estándares de transparencia empresarial exigidos de las obligaciones de protección de datos personales. Asimismo, debe destacarse que la lista de prohibiciones se ha visto ampliada respecto del texto inicial, acotando más las posibilidades de las plataformas a la hora de efectuar el tratamiento.

[37] En relación con el considerando 40.

[38] Práctica que quedaría incluida en el concepto europeo de perfilamiento o, como el RGDPD lo denomina, "elaboración de perfiles". De este modo, el art. 4 4) RGPDP define este término como "toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física".

[39] Sobre las causas de discriminación algorítmica Hacker, P., 2018, pp. 5-8.

– Relativos a aspectos biométricos de la persona (datos biométricos[40]) mediante el cotejamiento de datos, a excepción de la verificación biométrica -o verificación de identidad del prestador de servicios a través de sus datos biométricos- cuando se cumplan las disposiciones del Derecho de la Unión (RGPDP) y nacional[41].

Finalmente, también se prohíbe la simple recogida de los datos personales de los prestadores -por ende, sin necesidad de que se produzca tratamiento- cuando no están efectuando la actividad laboral o contractual que tienen comprometida con la plataforma. Así, estaría prohibido que la plataforma recopilara y almacenara datos de los trabajadores sobre su geolocalización o uso de su dispositivo móvil fuera del horario de prestación de servicios, datos que, además, si se correlacionaran entre sí podrían dar lugar, por ejemplo, a la determinación de los hábitos de consumo del prestador de servicios.

El precepto analizado se ve reforzado gracias a su apartado final, el cual cubre una importante laguna jurídica existente en el art. 22.1 RGPDP, esto es, la exigencia de que se produzca un impacto significativo con efectos jurídicos o similares en el interesado. Esta exigencia, se traslada de alguna forma -si bien no en su integridad- a las ya examinadas definiciones de sistemas automatizados de seguimiento y de toma de decisiones, con la salvedad de que en el caso de estas definiciones no se establece adicionalmente que la afectación sea susceptible de producir efectos jurídicos o similares.

El apartado 7.3 de la Directiva elimina la exigencia de que se tenga que afectar de forma significativa a los trabajadores por el tratamiento efectuado por estos sistemas y se pasa simplemente disponer que "el presente artículo se aplicará también cuando las plataformas digitales de trabajo utilicen sistemas automatizados que adopten o respalden decisiones *que afecten de alguna manera* a personas que realizan trabajo en plataformas"; lo que supone una importante ampliación de la cobertura de este precepto y que suprime las deficiencias del RGPDP en este sentido.

Por su parte, el art. 8[42] establece una concreción respecto de la norma general de protección de datos (RGPDP) y es que, cuando sea necesario llevar

[40] Entendidos estos conforme a la definición del art. 4 14) RGPDP, esto es, aquellos "datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos". Asimismo, el considerando 42 de la Directiva determina que "Los datos basados en biometría son datos personales resultantes de un tratamiento técnico específico sobre rasgos físicos, fisiológicos o de comportamiento, señales o características de una persona física, como expresiones faciales, movimientos, frecuencia del pulso, voz, pulsaciones de tecla o modo de andar, que puedan o no permitir o confirmar la identificación de una persona física".

[41] Considerando 41.

[42] Este precepto no se contemplaba por el texto de la propuesta de la Comisión, siendo objeto de incorporación en estadios posteriores del proceso legislativo. Véase, el considerando 43 en conexión con este precepto.

a cabo la evaluación de impacto del art. 35 RGPDP -pues el tratamiento de los datos efectuado por los sistemas automatizados puede implicar un alto riesgo para los derechos- se exigirá que las plataformas digitales de trabajo consulten a los representantes de los trabajadores[43] y, asimismo, a los propios prestadores de servicios (todos); creando de alguna forma un derecho de consulta o audiencia de naturaleza dual, esto es, colectiva e individual. Esta última es especialmente relevante ya que, si no existiera, los prestadores de servicios que son autónomos no podrían implicarse de ningún modo en el proceso de evaluación.

Los representantes de los prestadores -de los asalariados y de los autónomos[44]- deberán recibir el resultado de dicha evaluación en virtud del art. 8.2. De alguna forma, esta previsión llega a recordar a la normativa de prevención de riesgos laborales ya que los representantes de los trabajadores deben disponer de estos informes o resultados de la evaluación para poder actuar, informar y prevenir a sus representados de riesgo derivado, en este contexto particular, del uso de sistemas automatizados.

Sin perjuicio de toda la nueva regulación introducida por los arts. 7 y 8, se guarda silencio por parte de la norma respecto una materia fundamental, la de las bases legítimas para el procesamiento de los datos personales de los prestadores; cuestión que ha suscitado debates interpretativos en el propio seno del antiguo Grupo de Trabajo del Artículo 29[45] y del actual Comité Europeo de Protección de Datos[46]. Este silencio no genera otro resultado que el de la necesidad de aplicar directamente y sin especificaciones, las previsiones del art. 6 y del art. 22 -en caso de toma de decisiones automatizada- del RGPDP. De esta manera puede juzgarse factible el efectuar el procesamiento de los datos en base a la necesidad para ejecutar o realizar un contrato [art. 6.1 b)] e, incluso, en casos de gran excepcionalidad, con fundamento en el consentimiento del interesado [art. 6.1 a)]. Respecto de este último caso, en el contexto laboral, el RGPDP no establece una prohibición expresa en su uso; algo que podría haberse incorporado en la Directiva de plataformas como garantía. Sin embargo, se decidió hacer alusión explícita de ello a través del cuerpo de considerandos, en particular el 39, que reza que "en el caso concreto del trabajo en plataformas, no puede presumirse que las personas que realizan trabajo en plataformas hayan consentido libremente al tratamiento de sus datos personales. Las personas que realizan trabajo en plataformas a menudo no tienen una verdadera libertad de elección o no pueden denegar o retirar el consentimiento

[43] Es decir, los representantes de los trabajadores asalariados son los únicos que gozarían de este derecho; quedando excluidos los representantes de los trabajadores autónomos.

[44] Los representantes de los trabajadores autónomos no quedan incluidos de forma expresa en el art. 8.1, cuya redacción se refiere de forma específica a "los representantes de los trabajadores". Sin embargo, una lectura conjunta de este precepto con el art. 15 de la Directiva permite concluir que este derecho -obligación de la plataforma- transciende a los representantes laborales para ser de aplicación asimismo a las organizaciones que representan los intereses de los prestadores autónomos.

[45] Véase, Article 29 Working Party, 2017a. y Article 29 Working Party, 2017b.

[46] A este respecto, European Data Protection Board, 2020.

sin perjudicar su relación contractual, dado el desequilibrio de poder existente entre la persona que realiza trabajo en plataformas y la plataforma digital de trabajo. Por consiguiente, las plataformas digitales de trabajo no deben tratar los datos personales de una persona que realiza trabajo en plataformas en razón de que esta haya dado su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales"[47]. El hecho de que se halle como considerando y no como disposición del texto duro de la Directiva provoca que no esté dotado de vinculación jurídica y, como resultado, no pueda actuar como prohibición estricta; quedando como mera guía interpretativa de las previsiones generales del Reglamento general en la materia y suponiendo que nos encontramos en el mismo lugar en el que empezamos a este respecto.

4.2. Derechos de información respecto de la utilización de los sistemas

Los sistemas automatizados, especialmente los más complejos y sofisticados, como los impulsados por inteligencia artificial, sufren en ocasiones de problemas de opacidad o como se ha denominado "opacidad algorítmica". Este fenómeno se concreta en la ausencia de información concreta, clara o comprensible respecto de los procesos que ha llevado a cabo el sistema a la hora de alcanzar un resultado determinado; generando un alto nivel de incertidumbre para los afectados por el sistema, pero también para los usuarios de éstos (empresarios) e incluso para los propios desarrolladores. Si bien en la actualidad existen cada vez más herramientas técnicas para hacer frente a la caja negra del algoritmo[48], el problema no ha sido aún resuelto. Ha ello se adiciona que los problemas de transparencia no se originan

[47] Considerando que hace suya la interpretación proporcionada por las directrices del Article 29 Working Party, 2017a, p. 7 y las del European Data Protection Board, 2020, p. 9.
En ambas se afirma, con idéntico tenor literal, que "se produce un desequilibrio de poder en el contexto laboral.18 Dada la dependencia que se deriva de la relación empleador/empleado, es poco probable que el interesado pueda negar a su empleador el consentimiento para el tratamiento de datos sin experimentar el temor o el riesgo real de efectos perjudiciales como consecuencia de una negativa. Es poco probable que un empleado pueda responder libremente a una solicitud de consentimiento de su empleador para, por ejemplo, activar sistemas de control como la observación por cámara en un lugar de trabajo, o para rellenar formularios de evaluación, sin sentirse presionado a dar su consentimiento".

[48] En este sentido, se sostiene que "las herramientas XAI son necesarias para explicar los modelos de caja negra, pero otros modelos pueden ser intrínsecamente interpretables y, por tanto, no requieren ninguna herramienta especial para su explicación. Cabe señalar que la interpretabilidad de un modelo depende tanto de la estructura del modelo (los modelos de regresión logística pueden ser fácilmente interpretables, mientras que las redes neuronales generalmente no lo son) como de la interpretabilidad de las características de los datos, las variables que existen en los datos utilizados por el sistema: si las características introducidas en el modelo tienen interpretaciones naturales (p. ej., el número de préstamos solicitados en el último año, el grupo de edad o la velocidad de los vehículos), la interpretabilidad de las características de los datos depende de la estructura del modelo. Por ejemplo, el número de préstamos solicitados en el último año, el grupo de edad o la velocidad de conexión a Internet), el modelo puede ser interpretable; sin embargo, es posible diseñar características sin interpretación natural; un modelo que utilice tales características no será interpretable, independientemente de la arquitectura del modelo". Vasse'I, R. M. y McCrosky, J., 2023, p. 18.

únicamente en la esfera técnica de la tecnología (opacidad técnica), sino también en su dimensión organizativa (opacidad organizativa), esto es, que sea el propio empresario el que se reserva determinada información respecto de los datos que alimentan al sistema o del proceso (reglas y parámetros) empleado por el mismo para alcanzar resultados[49].

La Directiva de plataformas digitales trata de poner remedio a la segunda de las opacidades, la organizativa[50], desde el comienzo del proceso legislativo[51], mediante el establecimiento de una serie de deberes de información que se imponen a la plataforma y que son de aplicación, en general, a todos los prestadores de servicios en la vertiente individual y colectiva. Esta última, la colectiva, cubre un vacío legal que hallamos en el campo de la protección de datos personales, donde los derechos de información y acceso, tanto en lo que se refiere a tratamientos totalmente automatizados como a los que no lo son, se configuran como derechos exclusivamente individuales (arts. 13 y 14 RGPDP).

Así, el art. 9 de la Directiva[52] comienza estableciendo una cláusula general en su primer apartado en virtud de la cual las plataformas están obligadas a informar "a las personas que realizan trabajo en plataformas, a los representantes de los trabajadores de plataformas y, si así lo solicitan, a las autoridades nacionales competentes, sobre la utilización de sistemas automatizados de seguimiento o de sistemas automatizados de toma de decisiones". En base a esta disposición se impone a las plataformas una obligación de información automática en tanto que no requiere de solicitud previa, salvo en el caso de que se trata de una autoridad nacional. El contenido de esta información se especifica a continuación y se encuentra relativamente desarrollado y ajustado al tipo de sistema respecto del cual se ha de proporcionar información.

En el caso de que nos encontremos ante un sistema automatizado de seguimiento la plataforma debe informar sobre:

- Si se están empleando o van a ser introducidos en la empresa.
- Las acciones y las categorías de datos que son objeto de seguimiento.
- El objetivo del sistema y la forma en la que lo va a alcanzar.
- Los destinatarios de los datos personales tratado "y toda transmisión o transferencia de dichos datos personales, también dentro de un grupo de empresas".

[49] Sobre este tipo de opacidad, Burrell, J., 2016, pp. 2–5.

[50] Si bien, tal y como la doctrina científica ha sugerido, "los legisladores deberían considerar si las plataformas digitales de trabajo deberían estar obligadas a limitar la complejidad de sus modelos para permitir que tal información fie sea comunicada con antelación". Veale, M., Silberman, M. S. y Binns, R., 2023, p. 315. Algo que dispone de toda lógica, pues sin transparencia técnica no podemos alcanzar la transparencia organizativa a través de los derechos de información reconocidos.

[51] Véase el art. 6 de la propuesta de la Comisión.

[52] Asimismo, consúltese el considerando 44 de la norma.

En el supuesto de que se trate de un sistema automatizado de toma de decisiones, la información a suministrar es la relativa a:

- Si se están empleando o van a ser introducidos en la empresa.
- Las categorías de decisiones tomadas o apoyadas por el sistema. Aquí ha de resaltarse que el art. 9.1 c) adiciona todos los sistemas automatizados de toma de decisiones que afecten de alguna manera a los prestadores. Por tanto, de nuevo vemos la reiteración de esta cláusula de apertura que amplía el ámbito de aplicación; no limitándose a otorgar esta información únicamente respecto de estos sistemas bajo la definición de la Directiva, que únicamente incluye sistemas que afecten significativamente a los prestadores.
- Las categorías de datos y los parámetros empleados. En este caso, no se exige informar de todos los parámetros sino únicamente de los "principales", así como de su importancia relativa en el proceso de toma de decisiones; con referencia particular, si es el caso, de la forma en la que el comportamiento del prestador de servicios o sus datos personales influye en la decisión que toma el sistema.
- Las razones que fundamentan las decisiones de "restringir[53], suspender o cancelar la cuenta", rechazar el pago por los servicios prestados y todas otras aquellas decisiones que desprendan efectos iguales o perjudiciales para los prestadores de servicios. Dada la gravedad y trascendencia de estas decisiones no basta con información, sino que se requiere adicionalmente una justificación. En este sentido, podríamos argumentar que se trata más bien de un derecho a la explicación, por lo que quizá su ubicación debiera estar en el art. 11 que reconoce dicho derecho.

En ambos casos la información debe cumplir con requisitos formales y temporales. En lo que se refiere al primero, la información ha de suministrarse por escrito, ya sea en formato físico o digital, "de forma transparente, inteligible y fácilmente accesible, sirviéndose de un lenguaje claro y sencillo" (art. 9. 2). Como puede advertirse, se trata de requisitos ya existentes que se trasladan del art. 12 del RGPDP a la Directiva objeto de estudio.

Por lo que se refiere al marco temporal de entrega hemos de atender a dos situaciones diferenciadas. Si esta información se va a transmitir a los prestadores de forma individual (*derecho de información individual* -art. 9.3-), la plataforma está obligada a comunicar de forma concisa la información antedicha (art. 9.1) el primer día de trabajo, así como con anterioridad a la modificación de aspectos que afecten a la relación de trabajo (condiciones, organización y seguimiento de la prestación). Estos requisitos temporales no agotan el acceso a la información ya

[53] Conforme al considerando 46, "restringir la cuenta debe entenderse como cualquier toda limitación impuesta a capacidad de dicha persona de realizar trabajo en plataformas a través de la cuenta, incluida la restricción del acceso a la cuenta o a las tareas asignadas".

que los prestadores podrán solicitarla en cualquier momento bajo petición, lo que implica que nos hallamos a un derecho de acceso -derecho que requiere de solicitud para su activación- similar al que ya disponemos en la normativa de protección de datos personales (art. 15 RGPDP).

Los candidatos a los puestos de trabajo de las plataformas digitales han de ser informados sobre estas cuestiones con anterioridad al inicio del proceso de selección o contratación (art. 9.5)[54], respetando los requisitos formales del art. 9.2.

El derecho de información se ve ampliado en su contenido gracias al último párrafo del art. 9.3, en virtud del cual los prestadores de servicios tienen derecho a solicitar la información del art. 9.1 de forma completa y detallada y respecto de todos los sistemas, lo que implica incluir asimismo aquellos que no cumplen con la relevancia en la afectación que se establece en la definición de los sistemas automatizados de toma de decisiones del art. 2.1 i). Como resultado advertimos que de partida el derecho individual se limita a información concisa que, podríamos aventurarnos a afirmar, es la justa y necesaria para cumplir con las obligaciones y, únicamente cuando se solicite de forma expresa por el prestador, se podrá acceder a un contenido informativo más desarrollado.

Los representantes de los trabajadores y los representantes de los autónomos van a tener derecho a recibir información sobre estos sistemas (*derecho de información colectivo* -art. 9.3-)[55] lo cual supone un gran adelanto con respecto a los derechos de información del RGPDP, ya que se rompe de una vez por todas -al menos, en este sector- con el enfoque individual que no daba cabida a los órganos de representación y que solamente permitía su incorporación mediante desarrollo nacional en virtud del art. 88 RGPDP.

El contenido de este derecho coincide con el individual, pues ambos se basan en los elementos enunciados en el art. 9.1. Los requisitos formales y temporales coinciden asimismo; siendo igualmente habilitado un derecho de información bajo solicitud en cualquier momento en que se desee acceder a la información. En este caso, en el derecho de información colectivo, la información debe ser completa y detallada, de forma que ésta sea instrumental para desempeñar las funciones representativas, como son la consulta o la vigilancia del cumplimiento de la normativa laboral por parte del empresario.

La necesidad de transparencia en el sector de las plataformas digitales de trabajo se ve completada a través del Capítulo IV, que incorpora una serie de exigencias a estas empresas de forma que podamos tener una imagen clara de este

[54] Novedad respecto del texto de la propuesta.

[55] Pese a que el art. 9.4 únicamente haga mención de los representantes de los trabajadores, este derecho de información colectivo es asimismo a los representantes de los autónomos en virtud del art. 15 de la Directiva.

espectro del sector de la economía (naturaleza de los contratos que se realizan, condiciones laborales que rigen, etc.)[56].

4.3. Derechos de información y consulta

De forma independiente, si bien conexa, a los derechos de información del art. 9, el art. 13 de la Directiva reconoce los derechos de información y consulta; en este caso, destinados de forma exclusiva a los asalariados que trabajan para las plataformas digitales de trabajo. Estos derechos se consideran como "fundamentales" para fomentar el diálogo social[57] en este contexto digital.

La regulación dispuesta por el legislador europeo en esta materia se caracteriza por un manifiesto bajo intervencionismo, pues el precepto se limita a una mera remisión a la normativa ya existente, tanto de alcance nacional[58] como supranacional[59]; únicamente especificando que dentro de sus previsiones habrán de contemplarse "las decisiones que puedan conducir a la introducción de sistemas automatizados de seguimiento o de los sistemas automatizados de toma de decisiones o a cambios sustanciales en la utilización de los mismos" (art. 13). Afirmación que implica que este tipo de decisiones se haya de incorporar expresamente al contenido del art. 4.2 c) de la Directiva marco 2002/14/CE y, en el caso de los comités de empresa europeos, en el contenido del acuerdo de constitución de dicho órgano procedimiento (art. 6.2 c) Directiva 2009/38/CE) o de creación de un procedimiento de información y consulta a nivel transnacional (art. 6.3 Directiva 2009/38/CE).

Como gran novedad de la regulación de los derechos participativos laborales hallamos que la Directiva habilita a los trabajadores individuales el derecho a recibir información de la plataforma en aquellos casos en que carezcan de representantes de los trabajadores (art. 14)[60], es decir, se trata de un derecho individual de aplicación subsidiaria -no alternativa- al derecho de información colectivo. Esta no disposición de representantes no viene condicionada por ningún tipo de requisito como sí sucede con otras previsiones comunitarias previas -si bien

[56] Lo que en parte ayuda a frenar la afirmación de que el ingrediente más importante en este sistema es la "'asimetría de información' donde las firmas que son reguladas disponen de significativamente más información relevante que sus reguladores". Adams-Prassl, J., 2018, p. 32.

[57] Considerando 52.

[58] Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabaja dores en la Comunidad Europea. No obstante, no se hace referencia a otras directivas comunitarias de aplicación en el ámbito nacional como son las de transmisión de empresas y la de despidos colectivos. La ausencia de referencia expresa, en principio, no debería suponer la exclusión de la ampliación de estas normas en el contexto de la gestión algorítmica en las plataformas digitales. En un sentido similar, véase Aloisi, A., Rainone, S. y Countouris, N., 2023, p. 21.

[59] Directiva 2009/38/CE, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

[60] Véase asimismo el considerando 53 de la Directiva.

escasas[61] - que establecen la comunicación individualizada; este es el caso del art. 7.6 de la Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad que habilita el derecho individual en aquellos supuestos en que no hubiera representantes "por motivos ajenos a su voluntad" [la de los trabajadores]. En consecuencia, se aprecia que el ámbito de aplicación del art. 14 de la Directiva de plataformas es manifiestamente más amplio al no atender a causas específicas para tal carencia representativa.

La Directiva permite que los representantes de los trabajadores cuenten con la asistencia de un experto, siguiendo la lógica de directivas previas en materia participativa, en aras de garantizar un examen adecuado de la información transmitida por parte de la plataforma y, en su caso, proceder de forma adecuada y solvente a la consulta con la empresa. Esta garantía que se prevé en el art. 13.3 no se traslada, sin embargo, a aquellos casos en que los trabajadores directamente son informados conforme al art. 14 de la Directiva. Una desigualdad de tratamiento que no podemos considerar justificada ya que, aunque en estos casos no proceda la consulta, puede ser necesario que los trabajadores necesiten contar con el apoyo de un tercero, pues a diferencia de los representantes, los trabajadores suelen disponer de menos recursos a su alcance. Esta carencia parece suplirse por el hecho de que la información transmitida ha de ser comprensible y redactada con un lenguaje claro y sencillo. Si bien es cierto que estos requisitos cubren la necesidad de asistencia, ello no supone directamente que deba eliminarse la posibilidad de contar con una persona de soporte en caso de dudas respecto de la información transmitida; al igual que sucede en el caso de los representantes.

4.4. Supervisión y revisión humana

La capacidad de los sistemas automatizados para funcionar de forma autónoma -sin intervención humana- es una de las "virtudes" que permiten que estos sistemas puedan asumir la delegación de funciones y tareas típicamente cubiertas bajo el ámbito de control/dirección/disciplina del empresario[62]. Sin embargo, esta ventaja basada en el funcionamiento autónomo no se produce a coste cero, pues el hecho de delegar determinadas funciones e, incluso, decisiones laborales relevantes a la máquina puede suponer riesgos para los derechos de los asalariados y autónomos que prestan sus servicios para la plataforma.

[61] Esta posibilidad de transmisión de información de manera individual se ha contemplado únicamente en la Directiva 2001/23/CE de transmisión de empresas y en la Directiva marco 89/291/CEE sobre seguridad y salud en el trabajo. En el caso de esta última norma no existe ningún tipo de condicionamiento.

[62] Algunos hablan del "jefe algorítmico". Por ejemplo, Adams-Prassl, J., 2019.

Considerando este escenario, la Directiva efectúa el reconocimiento de una serie de garantías que tienen por objeto eliminar o, al menos, reducir los posibles efectos adversos de la delegación en la máquina.

A. Supervisión humana

La implementación de sistemas algorítmicos y, en concreto, de inteligencia artificial hacen pertinente, sino necesario garantizar que el sistema "no socave la autonomía humana o provoque otros efectos adversos", ya sea mediante un enfoque "*human-in-the-loop*" (participación humana), "*human-on-the-loop*" (control humano) o "*human-in-command*" (humano al mando)[63].

Con este objetivo, la Directiva impone a los Estados miembros la introducción de una evaluación periódica de las repercusiones derivadas del uso de estos sistemas y a más tardar cada dos años (art. 10)[64]. Inicialmente, los representantes de los trabajadores no eran llamados por la norma a tener parte de esta evaluación, algo que fue criticado desde el principio por los autores[65]. Dichas críticas han jugado un claro papel en la evolución de la norma, por cuanto contemplamos que la participación de los representantes de los trabajadores en este proceso se alza ahora como exigencia para las plataformas digitales.

Otra de las críticas que se han vertido desde el comienzo del proceso legislativo respecto del texto propuesto por la Comisión es la ausencia de una obligación de la plataforma de entregar la información relativa a los resultados de la evaluación a los representantes de los trabajadores o a las autoridades nacionales bajo solicitud[66]. La ausencia de estos requerimientos se ha visto suplida y si acudimos al texto final de la Directiva podemos advertir que esta información "se transmitirá a los representantes de los trabajadores de plataformas. Las plataformas digitales de trabajo también transmitirán dicha información a las personas que realizan trabajo en plataformas y a las autoridades nacionales competentes previa petición" (art. 10.4). Por lo que cabe señalar que, incluso, el texto final es más exigente, dando cobertura bajo esta previsión a los propios prestadores de servicios individuales, asalariados o no.

El personal encargado de involucrarse en la evaluación debe disponer de la formación, competencias y autoridad necesaria para ello, incluida en su caso la

---

[63] Esta necesidad de supervisión humana se alza como uno de los requisitos esenciales para garantizar una IA fiable.
Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial, 2019, p. 20.

[64] En conexión con el considerando 47.

[65] Aloisi y Georgiou, 2022. El precepto original se leía "Los Estados miembros velarán porque las plataformas digitales de trabajo supervisen y evalúen periódicamente el impacto que tienen en las condiciones de trabajo las decisiones individuales adoptadas o apoyadas por los sistemas automatizados de supervisión y toma de decisiones a que se refiere el artículo 6, apartado 1" (art. 7.1 de la propuesta de Directiva).

[66] Abraha, Adams-Prassl y Kelly-Lyth, 2022.

anulación de decisiones automatizadas. Estas personas, al igual que se contemplaba en la propuesta de Directiva, deben quedar protegidas frente a tratos desfavorables por parte de la plataforma (art. 7.3 de la propuesta y art. 10.2 del texto vigente).

Este precepto ha sido objeto de una relevante ampliación de contenido (el art. 7 de la propuesta abordaba la evaluación en dos escuetos apartados) añadiéndose, sobre la obligación de efectuar la evaluación y de contar con recursos humanos suficientes, aspectos como la participación de los representantes y la transmisión de la información de los resultados ya señaladas y otros como de gran importancia como el procedimiento a seguir en caso de que se detecten riesgos y vulneraciones de los derechos de los prestadores. En lo que respecta a tal procedimiento, el art. 10.3 prevé que si se identifica un "riesgo elevado" para la no discriminación o se verifica la vulneración de los prestadores la plataforma está obligada a tomar las medidas necesarias para evitar que estos efectos se repitan en el futuro. Dentro de tales medidas se incluye la modificación de los sistemas o la propia suspensión de su uso.

Como vemos, la evaluación del art. 10 es una evaluación *post* implementación de los sistemas, es decir, existe una ausencia de una evaluación *ex ante* – solo se prevé evaluación una vez ya ha comenzado a usarse. La carencia de esta evaluación previa, cuya falta pudiera considerarse desafortunada, puede que traiga causa en el ya existente cuerpo regulatorio de estos sistemas a través del Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (RIA) que ya establece una serie de procedimientos, estándares y evaluaciones previos a la puesta de dicha tecnología en el mercado. Sin embargo, la realidad es que el RIA regularía o cubriría parcialmente la ausencia de una evaluación previa en la Directiva de plataformas, pues esta norma se limita a legislar únicamente sobre un tipo de sistemas automatizados -los impulsados por IA-, quedando el resto en una suerte de vacío normativo. Podría argumentarse que ello se debe a que este remanente de sistemas no calificables como "inteligentes" no comportan del riesgo o de la envergadura que los regulados por el RIA, sin embargo, ello no es necesariamente así, pues, sirva de ejemplo, la mera toma de decisiones automatizada sin IA puede afectar de forma sustancial a los trabajadores y, en general a los ciudadanos; prueba de ello es el archicomentado art. 22 RGDP, que en ningún momento trata la IA de forma específica, dando cobertura y protección respecto de todos los sistemas automatizados con funciones decisionales y con efectos relevantes para los individuos. Con todo, no cabe sino considerar que la ausencia de una evaluación ex ante -con independencia, por supuesto, de la propia evaluación de impacto de protección de datos- es una carencia relevante de la norma europea.

El artículo cierra con el establecimiento de una limitación al uso de los sistemas automatizados de toma de decisiones determinando que las decisiones de extinguir, suspender y restringir el contrato o la cuenta de los prestadores sólo

pueden adoptarse por las personas (art. 10.5)[67], algo que podríamos denominar como una prohibición en sentido estricto, que se establece para garantizar la legitimidad y validez de decisiones con efectos especialmente sensibles para la situación laboral o contractual de los prestadores. Como ya se ha señalado, respecto de las decisiones que implican la desactivación de la cuenta, éstas "*de facto,* constituyen el despido"[68].

B. Revisión humana

El art. 11 de la Directiva[69] es un artículo de contenido jurídico diverso, al componerse de tres derechos distintos, si bien entrelazados y conectados por un nexo común: la intervención humana. Así, podemos referirnos a: el derecho a obtener una explicación (art. 11.1), el derecho de revisión (art. 11.2) y el derecho de rectificación (art. 11.3). La titularidad de todos estos derechos corresponde a las personas que prestan servicios para las plataformas, es decir, a todos los prestadores.

– Derecho a obtener una explicación

Gracias a la introducción de este artículo[70], se aclara de una vez por todas, al menos respecto del trabajo en plataformas, el debate existente en el Reglamento de Protección de Datos Personales sobre si existe o no un derecho a conocer la justificación de la decisión (Abraha, Adams-Prassl y Kelly-Lyth, 2022)[71]. El derecho a una explicación, aunque conectado con el de información (y el principio de transparencia)[72] va más allá en tanto que no se transmite únicamente un contenido en forma de datos, sino que además existe una argumentación, razonamiento o

[67] Este tipo de límite ya fue puesto sobre la mesa por el Comité Europeo de las Regiones, que propuso la corrección del art. 8.1, párrafo 2º respecto de todas las materias enunciadas, esto es, "toma de decisiones de restringir, suspender o cancelar la cuenta del trabajador de plataforma, cualquier decisión de denegar la remuneración por el trabajo realizado por el trabajador de plataforma, cualquier decisión sobre la situación contractual del trabajador de plataforma o cualquier decisión con efectos similares", añadiendo que las plataformas deberán asegurar que este tipo de decisiones no son adoptadas únicamente mediante un procesamiento automatizado. European Committee of the Regions, 2022, p. 16.
No obstante, se advierte que el límite no se establece respecto de todas esas decisiones sino únicamente respecto de las de restringir, suspender o extinguir la cuenta.

[68] Ponce del Castillo y Naranjo, 2022, p. 5.

[69] En conexión con los considerandos 48 y 49 de la Directiva.

[70] Antiguo art. 8, concordancia con el considerando 37 en la propuesta.

[71] Debate que ha sido, si cabe, objeto de mayor avivamiento consecuencia de la redacción que lleva a cabo el considerando 71 del RGPDP, en virtud del cual "en cualquier caso, dicho tratamiento debe estar sujeto a las garantías apropiadas, entre las que se deben incluir la información específica al interesado y el derecho a obtener intervención humana, a expresar su punto de vista, *a recibir una explicación de la decisión tomada después de tal evaluación* y a impugnar la decisión" [énfasis añadido].

[72] Se han reconocido como requisitos previos cruciales para la gobernanza democrática de estos sistemas. En particular, se afirma que "dado que no se puede recurrir una decisión sin conocer las bases sobre las que se ha tomado, la transparencia o explicabilidad de una decisión es igualmente un requisito previo crucial de la gobernanza democrática".
Zerilli, J., Knott, A., Maclaurin, J. y Gavaghan, C., 2019, p. 663.

justificación sobre el resultado o decisión adoptada por parte del empresario[73]. Por ende, pese a que en ocasiones la doctrina ha identificado como sinónimos transparencia y explicabilidad, no estamos hablando de lo mismo[74].

La regulación del derecho a obtener una explicación se ha visto manifiestamente ampliada, pasando de un mero reconocimiento condicionado del mismo en la propuesta a un reconocimiento acompañado de una serie de requisitos y garantías en el texto vigente, en aras de habilitar su efectiva articulación, así como su efecto útil. Y decimos que el texto originario reconocía un derecho condicionado, pues sólo era objeto de activación en aquellos casos en que la decisión adoptada respecto de la persona producía en ella una afectación significativa[75]. De modo que se mantenía el enfoque del RGPDP. La evolución del texto normativo, sin embargo, ha resultado en una modificación y ampliación del precepto, tanto en contenido como en su propio ámbito de aplicación, pues el texto vigente suprime el condicionamiento de la afectación significativa para la aplicación del derecho, pasando a reconocerlo "en relación con cualquier decisión adoptada o respaldada por un sistema automatizado de toma de decisiones" (art. 11.1).

No obstante, este cambio se ha traducido en una "jerarquización", si se quiere, de los derechos de explicación, observable tras un adecuado examen de este precepto, dando lugar a una posible categorización de los mismos en "derechos de explicación *reforzados* o *privilegiados*" y "derechos de explicación *simples*".

Los derechos de explicación "reforzados o privilegiados" quedan cubiertos por el art. 11.1, si bien disponen de un trato especial. Estos derechos se prevén respecto de las decisiones tomadas o apoyadas por sistemas automatizados de toma de decisiones:

a) sobre la extinción, suspensión o restricción de la cuenta de los prestadores.

b) sobre la denegación de remuneración por un trabajo ya prestado.

c) sobre la situación contractual del prestador o con efectos similares.

---

[73] En este sentido, el Supervisor Europeo de Protección de Datos afirma que "la explicabilidad en la IA se centra en ofrecer explicaciones claras y coherentes de las predicciones o decisiones específicas del modelo. Su objetivo es responder a preguntas como «¿Por qué el sistema de IA ha hecho esta predicción en concreto?» ofreciendo justificaciones o razones comprensibles para el ser humano". EDPS, 2023, p. 5.

[74] Sobre la distinción entre estos dos conceptos véase Graziani, M., Dutkiewicz, L., Calvaresi, D., Pereira Amorim, J., Yordanova, K., Vered, M., Nair, R., Henriques Abreu, P., Blanke, T., Pulignano, V., Prior, J. O., Lauwaert, L., Reijers, W., Depeursinge, A., Andrearczyk, V. y Müller, H., 2022, p. 3492.

[75] Conforme al art. 8.1 de la propuesta "los Estados miembros velarán por que los trabajadores de plataformas tengan derecho a obtener una explicación de la plataforma digital de trabajo en relación con cualquier decisión adoptada o apoyada por un sistema automatizado de toma de decisiones que afecte significativamente a las condiciones laborales del trabajador de plataforma, tal como se contempla en el artículo 6, apartado 1, letra b)".

d) con efectos para aspectos esenciales del empleo, así como otros vínculos contractuales.

El nexo de unión de todas las decisiones anteriores es su especial afectación a las personas que prestan servicios para plataformas, requiriendo, en consecuencia, de unas mayores exigencias de parte de la plataforma a la hora de proporcionar la explicación. Por lo que vemos que, pese a que se elimine el condicionamiento del texto inicial, la referencia a la afectación significativa se sustituye por la determinación de una serie de situaciones y escenarios en la que ésta se sabe que se produce, eso sí, con la importante diferencia de que, ahora, esta afectación no es la única que se protege.

Los derechos de explicación "simples" son el resto de las decisiones que se reconocen en el ya mencionado apartado 1 del art. 11, respecto de cualquier decisión tomada o apoyada en un sistema automatizado de toma de decisiones, que no se encuadra en ninguna de las circunstancias del listado anterior y, por tanto, se asume que no dispone de repercusiones significativas o de igual envergadura para los prestadores de servicios.

Si la decisión tomada por el sistema se halla bajo esta categoría, los prestadores de servicios tienen derecho a obtener una explicación sobre la decisión adoptada, con un lenguaje claro y sencillo, de forma clara y transparente (como viene marcando ya el art. 12 RGPDP). La explicación puede efectuarse por escrito o *in voce*, por lo que existe un grado alto de flexibilidad en lo que respecta al formato. En cualquier caso, parece recomendable que en el caso de que sea oral exista asimismo documento escrito, como garantía del prestador, así como de la propia plataforma, que dispondrá de un elemento probatorio de su cumplimiento con la Directiva en caso necesario.

El ámbito temporal se encuentra indeterminado, en tanto que no existe un plazo, exigiéndose que se habrá de producir "sin demora indebida", lo que debería interpretarse en el sentido de que la explicación ha de proporcionarse tan pronto como sea posible o aquélla esté disponible.

El derecho de explicación viene completado por el derecho de los prestadores a acceder a una persona de contacto designada por la plataforma para debatir y aclarar aspectos relacionados con la decisión automatizada o semiautomatizada, en concreto, "los hechos, circunstancias y motivos" que llevaron a la misma[76]. En nuestra opinión, en algunos casos, la persona de contacto podría ser un representante de los trabajadores que cumpla con los requisitos de formación, competencia y autoridad necesarios para cumplir con tal función; sin embargo, el hecho de que la elección de la persona corra a cargo de la plataforma puede suponer un obstáculo para ello.

[76] El acceso a una persona de contacto se viene reconociendo desde el inicio del proceso legislativo (art. 8.1 de la propuesta).

En el caso de los derechos de explicación "reforzados" vemos que todos los requisitos y garantías anteriores son de aplicación -ya que estos derechos forman parte del art. 11.1 párr. primero, al estar hablando de decisiones tomadas o apoyadas por un sistema automatizado-, pero, además, se añade otro derecho: el derecho a obtener una declaración escrita motivada sobre la decisión -cualquiera de las del listado previo-. Dicha declaración debe proporcionarse sin demora indebida y como máximo, el día en que la decisión tenga efectos (art. 11.1 párr. segundo). En este caso seguimos hablando de un derecho de explicación, si bien ahora formalizado por escrito necesaria y probablemente con un mayor desarrollo, lo cual garantiza al prestador un estudio pausado y detallado de los motivos y la justificación para la adopción de tal decisión y, en su caso, reclamar o rebatir tales argumentaciones frente a la plataforma.

Por último, ha de señalarse la inclusión de una decisión que en principio no debería ser automatizada -puesto que el art. 10.5 lo prohíbe- dentro de este precepto y en concreto dentro del listado de decisiones con especial protección bajo los derechos de explicación. Nos referimos a las decisiones de extinguir, restringir o suspender la cuenta de las personas que prestan servicios a plataformas. Esta posible excepción del ámbito de aplicación del derecho puede justificarse únicamente respecto de aquellas decisiones en esta materia que tuvieran el carácter de semiautomatizado, es decir, que a pesar de que la adopción de la decisión se pudiera delegar al sistema, la decisión final queda en el humano. De manera que, aquellas decisiones adoptadas por un humano de forma completa -sin intervención de un sistema- quedan fuera del ámbito de cobertura de este artículo y, por ende, desprovistas de derecho de explicación; algo que no supone ningún cambio pues así ha sido siempre respecto de las decisiones humanas.

En este caso, el problema de determinar el nivel de intervención humana en aras de dilucidar si nos encontramos ante una decisión completamente automatizada o semiautomatizada no existe, pues el derecho de explicación aplica a ambos supuestos, a diferencia de lo que sucede en otras normas, como es el caso del art. 22 RGPDP.

– Derecho de revisión

Las decisiones adoptadas o apoyadas por los sistemas automatizados de toma de decisiones anteriormente mencionadas pueden ser objeto de revisión cuando así se solicite por el prestador de servicios (art. 11.2). En tal caso, la plataforma debe proporcionar una respuesta escrita -ya sea en papel o en formato digital- que ha de estar motivada y ser precisa para que la persona pueda diseccionar la información de forma adecuada. Al igual que con el derecho de explicación, la respuesta de la plataforma debe efectuarse "sin demora indebida", si bien en este caso se establece una mayor concreción al delimitar el plazo en un máximo de dos semanas desde la recepción de la solicitud de la persona que presta servicios. Respecto a este último extremo hemos de apuntar que el plazo permitido ha sido incrementado respecto del

existente en textos iniciales de la norma, que lo fijaban en un máximo de una semana y no de dos[77], por lo que en la actualidad la plataforma cuenta con un mayor rango de maniobra a la hora de proporcionar el documento motivado a la persona afectada.

Por otro lado, interesa señalar que ya en 2022 el Comité Europeo Económico y Social consideró que para hacer efectivo en la práctica el derecho de revisión referido sería necesario añadir a la propuesta una serie de exigencias a cumplir por las plataformas. A saber, 1) que los algoritmos y sistemas desarrollados sigan el principio "*safe-by-design*" o seguridad en el diseño y 2) lleven a cabo una evaluación de conformidad de sus algoritmos, tanto con carácter previo a su utilización como cuando ya se están empleando durante la prestación de servicios[78]. Como ya se ha señalado en apartados previos, estas exigencias están ausentes en el texto final y sólo quedan parcialmente cubiertas, en tanto que se trate de sistemas basados en inteligencia artificial y, en consecuencia, cubiertos por las obligaciones del Reglamento europeo de inteligencia artificial.

– Derecho de rectificación

Unido a los dos derechos anteriores, el derecho de rectificación cierra el círculo protector de los trabajadores asalariados y autónomos frente a las decisiones automatizadas o semiautomatizadas que puedan causarles efectos adversos. Así, en virtud del art. 11.3, cuando la decisión haya vulnerado los derechos del prestador, ésta ha de ser enmendada sin demora y como máximo en dos semanas desde el momento en que la decisión fue tomada. Si dicha rectificación no es posible -no se da ninguna causa específica para ello, como pudiera ser, por ejemplo, el estado de la técnica- el prestador debe ser indemnizado.

En cualquier caso, con objeto de evitar que estas vulneraciones se produzcan en el futuro, la plataforma debe tomar todas aquellas medidas que sean necesarias, inclusive la modificación del sistema o la suspensión de su empleo.

Finalmente, el precepto establece que "el presente artículo no afecta a los procedimientos disciplinarios y de despido establecidos en el Derecho, los convenios colectivos y las prácticas nacionales" (art. 11.4). Ello ha de entenderse, bajo nuestro punto de vista, pura y simplemente respecto de los aspectos procedimentales[79] ya establecidos a nivel nacional y no como una exclusión de los derechos establecidos en el artículo, pues carecería de sentido mencionar expresamente las decisiones de suspender, restringir o cancelar la cuenta de los prestadores y dotarles de garantías reforzadas si luego se les excluye al final del precepto.

[77] Véase el art. 8.2 del borrador de la Comisión, este precepto determinaba el plazo general de una semana y, como regla específica, de dos semanas en aquellos casos en que la plataforma fuera una PYME. Como vemos, en el texto final se ha optado por mantener las dos semanas para todo tipo de plataformas, con independencia de su dimensión.

[78] European Economic and Social Committee, 2022, p. 13.

[79] Es decir, siguiendo una lectura similar a la original del art. 8.4 de la propuesta, según el cual "el presente artículo se entenderá sin perjuicio de los procedimientos de despido establecidos en las legislaciones nacionales".

4.5. Seguridad y salud laboral

En materia de seguridad y salud laboral la Directiva lleva a cabo un ejercicio similar al que observamos en la regulación de los derechos de información y consulta, es decir, efectúa una remisión a la norma general, la Directiva 89/391/CEE[80]; si bien en este caso se lleva a cabo un mayor desarrollo de estos derechos en el contexto de la gestión algorítmica. Por otro lado, debe señalarse que este precepto, al igual que sucedía con los derechos de participación, es de aplicación exclusiva a los trabajadores asalariados que prestan servicios en estas plataformas (art. 12[81]).

En el ámbito de la prevención de riesgos laborales[82], las plataformas digitales están obligadas, en particular a:

- Evaluar los riesgos para la salud de los trabajadores que puedan originarse de los sistemas automatizados.
- Valorar si las garantías de que disponen estos sistemas son adecuadas para hacer frente a los riesgos identificados en la evaluación previa.
- Establecer medidas preventivas y protección adecuada para ello.

Respecto de esta última cuestión -medidas- la Directiva lleva a cabo una referencia específica al establecimiento de medidas para prevenir el acoso y la violencia (art. 12.5), en particular, mediante el establecimiento de canales de denuncia. Respecto éstos, se incluye asimismo a los prestadores de servicios sin relación laboral con la plataforma[83].

Dado que los sistemas automatizados han demostrado ser fuente de riesgos[84] no sólo físicos, sino también psicosociales[85], el art. 12.3 pone especial énfasis en la protección de los trabajadores respecto los sistemas que les generen una "presión

[80] Ello incluye el importante compendio de derechos participativos laborales que reconoce tal Directiva en relación a la gestión algorítmica del trabajo.

[81] Originariamente se regulaba en el art. 7, junto con la supervisión humana.

[82] Que, en muchos casos, conecta con la regulación introducida por la Directiva 2019/1152, sobre condiciones transparentes y previsibles. En particular en lo que respecta a la previsibilidad, el ritmo y patrón de trabajo.

[83] Así, de acuerdo al considerando 51, "se anima a los Estados miembros a que aboguen por medidas eficaces para combatir la violencia y el acoso en el ámbito del trabajo en plataformas y, en particular, a que incluyan canales adecuados de denuncia para las personas que realizan trabajo en plataformas que no tengan una relación laboral".

[84] Riesgos que, según la EU-OSHA, son similares a los que están expuestos los trabajadores en ocupaciones tradicionales, si bien, como consecuencia de la particular forma en la que se organiza el trabajo y las condiciones laborales específicas en el sector de plataformas digitales, los riesgos se ven incrementados.
European Agency for Safety and Health at Work, 2022, p. 16.

[85] Se ha señalado por algunos autores que esta Directiva sería la primera en hacer referencia expresa de los riesgos psicosociales y la presión laboral, como factor psicosocial específico. Véase, Cefaliello, 2023, p. 129.

indebida"[86] (concepto jurídico indeterminado -*¿cuál es el nivel de presión que deberíamos considerar intolerable y, por consiguiente, prohibido?*-). Dicha protección se concreta directamente en una prohibición a las plataformas de emplear este tipo de sistemas. No obstante, podemos argumentar que, en general, en la práctica, no se trata de sistemas automatizados de seguimiento o de toma de decisiones específicos, sino de sistemas que se emplean para diversas finalidades y cuya aplicación en áreas determinadas o usos específicos pueden derivar en una presión excesiva para los trabajadores. Ejemplo de ello son los sistemas automatizados de seguimiento que se emplean en algunas empresas para medir los tiempos de inactividad (uso específico, no sistema); entendidos estos en sentido amplio, como los espacios temporales en los que el trabajador no presta servicios efectivos; de forma que los descansos para ir al inodoro o beber agua cuentan como tiempo de inactividad, pudiendo acarrear consecuencias adversas para los trabajadores, por ejemplo, disciplinarias. Situaciones como estas generan un nivel de presión desmesurada[87] en la realización de la actividad laboral de forma ininterrumpida para garantizar que la empresa conciba al trabajador como productivo. Otra fuente de presión es la evaluación constante de la actividad laboral del trabajador mediante *ratings*[88].

Con todo, podemos sostener que, más que la *prohibición de sistemas* que ejerzan una presión excesiva hubiera sido más adecuado *prohibir los usos* que causen dicha presión, que no necesariamente corresponden a un sistema en su totalidad, pues éstos suelen disponer de múltiples funcionalidades.

La cobertura del art. 12 es extensiva, del mismo modo que analizábamos respecto de las prohibiciones en el tratamiento de los datos personales o del derecho de información individual, pues no aplican únicamente a los sistemas automatizados definidos por la Directiva -que requieren de impacto significativo-

[86] Se ha sostenido que "el nivel de control ejercido por el algoritmo puede variar, pero hay una relación directa entre el grado de control algorítmico y el nivel de riesgos laborales" (Cefaliello, 2023, p. 121). En este sentido, "los datos preliminares sugieren que la supervisión constante y las técnicas de gestión automatizada contribuyen a un ritmo de trabajo cada vez más frenético, a una falta de confianza hacia la plataforma y a unas pronunciadas asimetrías de poder que limitan las oportunidades de los trabajadores para resistir o desarrollar formas efectivas de voz interna" (Bérastégui, 2021, p. 87).

[87] En relación con dicho extremo, el considerando 50 de la Directiva dispone que "[…] la dirección, evaluación y disciplina algorítmicas intensifican el esfuerzo laboral al potenciar el seguimiento, elevar el ritmo que se exige a los trabajadores, reducir al mínimo las lagunas existentes en el flujo de trabajo y extender la actividad laboral más allá del lugar de trabajo y de los horarios laborales convencionales. Es probable que el limitado aprendizaje en el trabajo y la influencia limitada en las tareas debidos a la utilización de algoritmos no transparentes, a la intensificación del ritmo de trabajo y a la inseguridad derivados de la utilización de sistemas automatizados de seguimiento o de sistemas automatizados de toma de decisiones aumenten el estrés y la ansiedad de la mano de obra […]".

[88] A este respecto, Adams-Prassl señala que "la demanda impredecible de los consumidores hace ilusoria la flexibilidad; la recogida invasiva de datos niega la privacidad de los usuarios; los trabajadores están cada vez más aislados y tienen que competir entre sí". Adams-Prassl, J., 2018, p. 27.
Todos estos factores, sumados a la necesidad de prestar el servicio conforme a los estándares requeridos por la plataforma pueden dar lugar a efectos indeseados, como es que estos prestadores "pueden verse expuestos a trabajos ilegales, peligrosos, no éticos y emocionalmente duro -el cual sin embargo debe ejecutarse en una manera rápida, amistosa y alegre para evitar ratings bajos". Adams-Prassl, J., 2018, p. 57.

sino a todos que "afecten de alguna manera a los trabajadores de plataformas" (ap. 4 del artículo).

Por último, dado que se mantiene la titularidad tradicional del derecho a la prevención de riesgos laborales, permanece un vacío de desprotección para los trabajadores autónomos que prestan servicios para las plataformas que, por ejemplo, no tendrán limitaciones específicas reconocidas de forma expresa como la de evitar presiones injustificadas.

4.6. La dimensión colectiva de la economía de plataformas

A parte del papel activo que tienen los representantes en los derechos analizados[89], la Directiva prevé otras disposiciones específicas con objeto de promover la participación de los prestadores en la vida y decisiones laborales o contractuales de las plataformas.

En este sentido hemos de dirigirnos al art. 20 de la Directiva (antiguo art. 15 de la propuesta) que reconoce a los prestadores, así como con sus representantes (todos), el derecho a que la plataforma les facilite un espacio –"infraestructura", como lo refiere la Directiva– digital que les posibilite mantenerse comunicados y en contacto entre ellos; tratando de sobreponerse a los obstáculos de interacción que yacen a un modelo económico desmaterializado, es decir, sin centro de trabajo físico[90]. Las plataformas no pueden acceder a dichas comunicaciones ni llevar a cabo un seguimiento de las mismas.

De este reconocimiento expreso -obligación de las plataformas- surge el potencial de lo que podríamos denominar como un derecho a la "organización colectiva", pues a través de estos medios digitales, aparte de comunicarse, los trabajadores entre ellos, así como sus representantes pueden articular acciones colectivas, participativas como las reuniones o asambleas, pero también reactivas como, por ejemplo, la huelga. También puede ser un mecanismo adecuado para identificar el número de trabajadores en plantilla y poder articular procesos electorales para la constitución de representación unitaria en el seno de la empresa, en el caso de los trabajadores asalariados.

Con todo, este precepto es realmente positivo, pues pocos años atrás ya se evidenció la existencia de plataformas digitales que obstaculizan el ejercicio de estos derechos por parte de sus trabajadores[91]. En particular, se reporta que algunos trabajadores de plataformas se ven desincentivados a participar en acciones colectivas por mensajes grupales enviados por la Dirección de las empresas de plataformas digitales, así como por miedo a ser amenazados con la desactivación de sus cuentas[92].

[89] En la mayoría de las ocasiones, se trata de los representantes de los trabajadores asalariados.

[90] Sobre dicha circunstancia, véase el considerando 62.

[91] Hadwiger, 2022, pp. 22 y 23.

[92] *Ibidem*, p. 23.

Por último y como gran novedad[93], tenemos la incorporación de un precepto específico dedicado a la negociación colectiva, en el art. 25, dentro del Capítulo VI sobre disposiciones finales. Este precepto, si bien no regula como tal los mecanismos de regulación paccionada[94] supone un paso adelante respecto del texto inicial de la norma que guardaba silencio sobre los derechos de los trabajadores a desarrollar sus condiciones laborales mediante convenio o acuerdo, quedando esta referencia marginada y relegada a unas Directrices sobre la aplicación del Derecho de la Competencia de la UE a los convenios colectivos relativos a las condiciones de trabajo de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados, del 30 de septiembre de 2022. Directrices no vinculantes que acompañaban el documento de la propuesta de la Directiva.

En cualquier caso, el art. 25 no hace referencia a la titularidad de este derecho, empleando términos neutrales que obstaculizan su identificación. Por ello, podemos afirmar un reconocimiento de la negociación colectiva en todas sus vertientes, es decir, como manifestación de un proceso negociador entre la empresa y la parte social (en cuyo caso atenderemos a convenios colectivos, de valor y eficacia jurídica variable, en función de la legislación y prácticas nacionales e, incluso, de acuerdos laborales) o como manifestación del consenso entre dos sujetos civiles-mercantiles en aplicar unas determinadas condiciones a la ejecución de los servicios contratados (acuerdos), siendo de aplicación complementaria las Directrices de la Comisión del año 2022.

5. La protección de los prestadores de servicios en el ejercicio de sus derechos en el contexto algorítmico

El reconocimiento de nuevos derechos y la adaptación de los tradicionales al nuevo escenario de gestión empresarial deben ser protegidos a través de un marco de garantías que asegure que su ejercicio es efectivo y no se ve reprendido, obstaculizado e incluso inmaterializado a causa de la actuación de las plataformas. El Capítulo V de la Directiva es el encargado de asumir esta tarea; que, hemos de señalar, es el capítulo menos alteraciones ha experimentado de toda la Directiva.

[93] Pues esto no se contemplaba en el texto inicial de la propuesta,.

[94] Pues su tenor literal se limita a establecer que "sin perjuicio de la autonomía de los interlocutores sociales y teniendo en cuenta la diversidad de las prácticas nacionales, los Estados miembros adoptarán medidas adecuadas para promover el papel de los interlocutores sociales y fomentarán el ejercicio del derecho a la negociación colectiva en el trabajo en plataformas, incluidas medidas relativas a la determinación de la situación laboral correcta de los trabajadores de plataformas y para facilitar el ejercicio de sus derechos relacionados con la gestión algorítmica que dispone el capítulo III".

5.1. Protección durante el ejercicio

Los arts. 22 y 23[95] establecen protección contra tratos desfavorables por parte del empresario y el despido, respectivamente, como consecuencia del ejercicio de los derechos que reconoce la Directiva.

En caso de que la plataforma despida o extinga el contrato con el prestador de servicios, o lleve a término otra medida equivalente, el prestador tiene el derecho a recibir un escrito que contenga las razones que motivaron tal decisión tan pronto como ello sea practicable[96]. Se establece la forma escrita obligatoria, si bien en este caso se determina el soporte, esto es, físico o digital. En este sentido, entendemos que ambas posibilidades son aceptables siguiendo la tónica de las distintas previsiones analizadas y la propia naturaleza de la prestación de servicios que se sostiene sobre la tecnología. Por ende, la entrega de la carta motivada mediante documento electrónico no debería, en principio, plantear ningún problema.

Como garantía en el proceso de despido/extinción, se dispone la inversión de la carga de la prueba, de modo que el prestador únicamente tiene el deber de aportar indicios de que dicho acto o uno equivalente traen causa en el ejercicio legítimo de los derechos de la Directiva, recayendo sobre el empresario la carga de demostrar que la medida se fundamenta en causas distintas a aquéllas.

5.2. Garantías posteriores a la vulneración de los derechos

Objeto. Un claro ejemplo del estatismo que mencionábamos al comienzo de este epígrafe es el art. 18, encargado de reconocer un derecho de reparación para los prestadores, incluso con posterioridad al cese de su relación contractual con la plataforma siendo, a su vez, titulares de una indemnización por daños en aquellos casos en se hubiera producido la vulneración los derechos de la Directiva. En este caso, el único cambio que ha sufrido el derecho es la adición de la exigencia de que la resolución del litigio se produzca en "tiempo oportuno", en aras de evitar la dilatación de los procesos judiciales y garantizar la reparación si dilaciones innecesarias.

Sujetos. En conexión con lo anterior, se confiere a los representantes la función de representación legal o apoyo de los trabajadores de plataformas digitales en procedimientos administrativos o judiciales que versen sobre los derechos y obligaciones que se recogen en la Directiva (art. 19[97]).

---

[95] Anteriormente, arts. 17 y 18 de la propuesta.

[96] Único cambio introducido ("sin demora indebida") en el art. durante el transcurso del proceso legislativo.

[97] Este precepto cambia en estructura -pasa de construirse en dos apartados a configurarse como un único gran apartado-, pero no en el fondo, que permanece en línea con el que ya se preveía en el art. 14 de la propuesta de Directiva.

Bajo esta competencia representativa se incluye además a "las entidades jurídicas que, de conformidad con el Derecho o las prácticas nacionales, tengan un interés legítimo en la defensa de los derechos de las personas que realizan trabajo en plataformas", lo que parecería estar incluyendo a organizaciones representativas como las asociaciones de autónomos.

En cualquier caso, se podrá llevar a cabo una representación individual o colectiva ("actuar en nombre o en apoyo de una o varias personas"), siempre que, en este último supuesto el/los prestador/es potencialmente representados admitan tal representación. La vertiente colectiva de este derecho tiene por fin eliminar los obstáculos financieros o el temor de los trabajadores a sufrir represalias si activan este tipo de procedimientos de forma individual[98].

Mecanismos. Con el fin de poder llevar a término los procedimientos establecidos por la Directiva, así como los nacionales -judiciales y de las autoridades competentes-[99], el art. 21 manda a los Estados que se aseguren de que las plataformas ponen a disposición de las instituciones y autoridades competentes en el marco de estos procedimientos y bajo su orden "cualquier prueba pertinente que esté bajo su control". De esta forma, parecería que los secretos comerciales y demás información empresarial reservada no conformarán una justificación válida para que las plataformas queden exentas de proporcionar la información, si esta es ordenada por los tribunales o las autoridades por su necesidad para resolver los litigios y demás procedimientos. Esta asunción se confirma en el segundo apartado del precepto que, en contenido, permanece igual al establecido por la Comisión, al determinar que tal información confidencial habrá de ser revelada cuando sea necesario para dar respuesta al procedimiento, si bien es preceptivo que "los órganos jurisdiccionales nacionales dispongan de medidas eficaces para protegerla"[100]; lo que permite que se produzca el difícil equilibrio entre los derechos de los trabajadores y la protección de las informaciones reservadas de la empresa, en muchas ocasiones, fuente de ventaja competitiva para la misma.

Finalmente, queremos destacar el un importante cambio de enfoque que han experimentado algunos de los preceptos de este capítulo, que han pasado de referirse a que los Estados miembros "velarán" en la propuesta a que éstos

[98] En palabras del considerando 61, "La presentación de reclamaciones en nombre o en apoyo de varias personas que realizan trabajo en plataformas es una manera de facilitar los procedimientos que, de otro modo, no se habrían iniciado debido a barreras de procedimiento y económicas o al temor a represalias".

[99] La redacción del texto vigente lleva a cabo una manifiesta ampliación del ámbito objetivo de este derecho de acceso a las pruebas ya que, originariamente, únicamente se contemplaba (art. 16 de la propuesta) respecto de los procedimientos vinculados a la determinación de la naturaleza de la relación contractual entre prestador y plataforma, por tanto, a la laboralidad o no del vínculo. En la actualidad el precepto aplica a todos los procedimientos sin límites, incrementando la esfera de protección de manera significativa.

[100] Asimismo, último párrafo del considerando 63 de la norma.

"garantizarán" o "se asegurarán"[101] de que las protecciones del Capítulo se establecen en el texto final. Alteraciones que ponen de manifiesto un reforzado compromiso por el legislador europeo en garantizar el ejercicio de los derechos del Capítulo III a través de protecciones que se materialicen de forma efectiva en el ámbito nacional.

6. Bibliografía

Abraha, H., Adams-Prassl, Jeremias y Kelly-Lyth, A. (2022): "Finetuning the EU's Platform Work Directive", en Oxford Business Law Blog. Acceso en: https://blogs.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2022/05/finetuning-eus-platform-work-directive.

Adams-Prassl, J. (2018): *Humans as a service: the promise and perils of work in the gig economy*, ed. Oxford University Press.

Adams-Prassl, J. (2019): "What if your boss was an algorithm? economic incentives, legal challenges, and the rise of artificial intelligence at work", en Comparative Labor Law & Policy Journal, Vol. 41, n. 1.

Alex, R. y Stark, I. (2015): "Uber's Drivers: Information Asymmetries and Control in Dynamic Work". Acceso en: http://www.123starcab.net/Download/Rosenblat_Stark_Uber%E2%80%99s%20Drivers%20Information%20Asymmetries%20and%20Control%20in%20Dynamic%20Work.pdf

Aloisi, A. (2022): "Boss Ex Machina: employer powers in workplaces governed by algorithms and artificial intelligence", en Working Paper IE Law School, IE University.

Aloisi, A. y Georgiou, D. (2022): "Two steps forward, one step back: the EU's plans for improving gig working conditions", en *Ada Lovelace Institute*. Acceso en: https://www.adalovelaceinstitute.org/blog/eu-gig-economy/.

Aloisi, A., Rainone, S. y Countouris, N. (2023): An unfinished task? Matching the platform work Directive with the EU and international "social acquis", en ILO Working Paper 101.

Araujo, R.M (2013): "99designs: An Analysis of Creative Competition in Crowdsourced Design", en Proceedings of the First AAAI Conference on Human Computation and Crowdsourcing. Acceso en: https://ojs.aaai.org/index.php/HCOMP/article/view/13081/12929

Article 29 Working Party (2017a): *Guidelines on consent under Regulation 2016/679*, WP259 rev.01.

[101] Por ejemplo, el derecho de reparación del art. 18 del texto final ("los Estados miembros *se asegurarán* de que las personas que realizan trabajo en plataformas"), en contraposición con el art. 13 de la propuesta ("los Estados miembros *velarán* por que las personas que realizan trabajo en plataformas"). Con idéntico cambio está el art. 19 del texto final (art. 14 en la propuesta), sobre el derecho de representación legal de los representantes de los prestadores.

Article 29 Working Party (2017b): *Guidelines on automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679*, WP251rev.01.

Baiocco, S., Fernández-Macías, E., Rani, U. y Pesole, A. (2022): "The algorithmic management of work and its implications in different contexts", en JRC Technical Report – European Commission.

Berg, J. (2016): "Income security in the on-demand economy: findings and policy lessons from a survey of crowdworkers", en Comp. Lab. L. & Pol'y J., Vol. 37, nº 3.

Bérastégui, P. (2021): *Exposure to psychosocial risk factors in the gig economy: a systematic review*, en European Trade Union Institute.

Burrell, J. (2016): "How the machine 'thinks': Understanding opacity in machine learning algorithms", en Big Data & Society.

Cefaliello, A. (2023): "An Occupational Health and safety perspective on EU initiatives to regulate platform work: patching up gaps or structural game changers?", en Journal Work Health Saf Regul, nº 1.

Cherry, M.A. (2016): "Virtual work and invisible labor". En Crain, M. Poster, W. y Cherry, M (eds): *Invisible Labor: Hidden Work in the Contemporary World*, ed. Oakland, CA.

De Torres Bóveda, N. (2024): "El uso de la inteligencia artificial para la toma de decisiones en el ámbito laboral". En Pérez de los Cobos Orihuel, F. y García Piñeiro, N. P. (dirs.): *El estatuto jurídico del trabajador en la era digital*, ed. Tirant lo Blanch.

European Agency for Safety and Health at Work (2022): *Digital platform work and occupational safety and health: overview of regulation, policies, practices and research*, en EU-OSHA.

European Committee of the Regions (2022): *Opinion on the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work* [Institutional file 2021/0414(COD)].

European Data Protection Board (2020): *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679*, Version 1.1.

EDPS (2023): *Explainable Artificial Intelligence*, en TechDispatch.

European Economic and Social Committee (2022): "Opinion on the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work". [Institutional file: 2021/0414(COD)].

Forde, C. et al. (2017): *The Social Protection of Workers in the Platform Economy*, en Directorate General for Internal Policies, European Parliament.

Gil Otero, L. (2024): "La protección de datos en el trabajo en plataformas digitales y las decisiones individuales automatizadas". En Pérez de los Cobos y García Piñeiro (dirs.): *El estatuto jurídico del trabajador en la era digital*, ed. Tirant lo Blanch.

Graziani, M., Dutkiewicz, L., Calvaresi, D., Pereira Amorim, J., Yordanova, K., Vered, M., Nair, R., Henriques Abreu, P., Blanke, T., Pulignano, V., Prior, J. O., Lauwaert, L., Reijers, W., Depeursinge, A., Andrearczyk, V. y Müller, H. (2022): "A global taxonomy of interpretable AI: unifying the terminology for the technical and social sciences", en Artificial Intelligence Review, Vol. 56.

Grupo Independiente de Expertos de Alto Nivel sobre Inteligencia Artificial (2019): *Directrices éticas para una IA fiable*, en Comisión Europea.

Guinea, O., Sisto, E. y Du Roy, O. (2024): *Regulating the Working Conditions of Platform Work: What Can We Learn from EU Member States?,* en Policy Brief, nº 2/2024, ECIPE.

Hacker, P. (2018): "Teaching fairness to artificial intelligence: existing and novel strategies against algorithmic discrimination under EU law", en Common Market Law Review.

Hadwiger, F. (2022): "Realizing the opportunities of the platform economy through freedom of association and collective bargaining", en International Labour Organisation (ILO) Working paper, nº 80.

Lee, M. K., Kusbit, D., Metsky, E. y Dabbish, L. (2015): "Working with Machines: The Impact of Algorithmic and Data-Driven Management on Human Workers", en Association for Computer Machinery (ACM).

Mateescu, A. y Nguyen, A. (2019): "Algorithmic management in the workplace", en Data & Society.

Mercader Uguina, J.: "Plataformas digitales y trabajo", en Pérez de los Cobos y García Piñeiro, N. (dirs.): *El estatuto jurídico del trabajador en la era digital*, ed. Tirant lo Blanch.

Miranda Boto, J. M. (2023): *Condiciones de trabajo transparentes y previsibles,* ed. Tirant lo Blanch.

Piasna, A. and other (2022): *The platform economy in Europe*, en Working paper nº 5, ETUI. Acceso en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4042629

Ponce Del Castillo, A. y Naranjo, D. (2022): "Regulating algorithmic management: An assessment of the EC's draft Directive on improving working conditions in platform work", en ETUI Policy brief on European Economic, Employment and Social Policy.

Rainone, S. y Aloisi, A. (2024): La Directiva de la UE sobre trabajo en plataformas digitales: ¿Qué hay de nuevo, qué falta, qué viene a continuación?, en ETUI - Informe de políticas. Acceso en: https://ssrn.com/abstract=4957467 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4957467

Sánchez-Urán Azaña, Y.: (2020): "Nuevas tecnologías y nuevas formas de trabajo. El debate sobre la laboralidad en el contexto internacional y europeo". En Monreal, Thibault y Jurado (coords*): Derecho del Trabajo y Nuevas tecnologías*, ed. Tirant lo Blanch.

– (2024): "Digitalización de la economía y trabajo. Fronteras de laboralidad". En Pérez de los Cobos, F. y García Piñeiro, N. P. (dirs.): *El estatuto jurídico del trabajador en la era digital*, ed. Tirant lo Blanch.

Serrano García, J. M. (2024): *Los derechos en el trabajo desarrollado en plataformas digitales. Aplicación práctica de la Directiva*, ed. Bomarzo.

Silberman, M. Six, Rakshita, S., Abraha, H. y Adams-Prassl, J. (2023): *Content marketplaces as digital labour platforms: towards accountable algorithmic management and decent work for content creators*, en Actas de la 8.ª Conferencia sobre la regulación del trabajo decente, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 10-12 de julio de 2023, Acceso en: https://ssrn.com/abstract=4501081

Silberman, M. Six: (2023a): "La definición de plataforma de trabajo digital en la propuesta de Directiva sobre el trabajo en plataformas digitales". Acceso en: https://verfassungsblog.de/the-definition-of-digital-labour-platform-in-the-proposed-platform-work-directive/

– (2023b): "The Concept of the 'Digital Labour Platform'", en Documento de trabajo 2023/1 del London College of Political Technology, revision 1. Acceso en: https://ssrn.com/abstract=4509153 o http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4509153

Todolí Signes, A. (2024): "La Directiva de trabajo en plataformas digitales. Puntos conflictivos y recomendaciones para su trasposición", en Revista Temas Laborales, nº 173.

Vasse'I, R. M. y McCrosky, J. (2023): *AI transparency in practice*, ed. Mozilla and Thoughtworks.

Veale, M., Silberman, M. S. y Binns, R. (2023): "Fortifying the algorithmic management provisions in the proposed Platform Work Directive", en European Labour Law Journal, Vol. 14, nº 2.

Zerilli, J., Knott, A., Maclaurin, J. y Gavaghan, C. (2019): "Transparency in algorithmic and human decision-making: is there a double standard?", en Philosophy & Technology, nº 32.

CAPÍTULO SÉPTIMO. Principio de igualdad y no discriminación. Igualdad y no discriminación por razón de género; orientación sexual e identidad de género

Nuria de Nieves Nieto
Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0002-3722-5671

Sumario: 1. Introducción. 2. El principio de igualdad y no discriminación en la normativa comunitaria. 3. El alcance del principio de igualdad y no discriminación por razón de género. 3.1. La discriminación directa e indirecta. 3.2. El acoso sexual y por razón de sexo. 3.3. Las acciones positivas como medidas de igualdad. 3.4. Diferencias de trato no discriminatorias. 4. La aplicación de la igualdad y no discriminación por razón de género en el marco de la relación de trabajo. 4.1. El acceso a la orientación y formación profesional. 4.2. El acceso al empleo. A. La publicación de ofertas de trabajo. B. Los procesos de selección. 4.3. Las condiciones de trabajo. 4.4. Las condiciones retributivas. A. El concepto amplio y complejo de retribución. B. El significado de "igual trabajo o trabajo de igual valor". C. La eliminación de discriminaciones indirectas en materia retributiva. 4.5. Extinción de la relación de trabajo. 4.6. La participación en organizaciones sindicales y profesionales. 5. El principio de igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género. 6. Bibliografía.

1. Introducción

La igualdad y la no discriminación han confluido de forma constante; precisamente la no discriminación es la proyección más importante de aquella, esto es, un mecanismo específico para su realización. Cualquier análisis de las formas de tutela frente a la discriminación debe llevarse a cabo dentro de la configuración más general del derecho a la igualdad. La búsqueda de la igualdad, especialmente en el entorno laboral, explica que el Derecho social comunitario haya ido desplegando sucesivas acciones normativas centradas inicialmente en el aspecto retributivo pero

que se han ido ampliado, con posterioridad, a otros ámbitos laborales como el acceso al empleo, la formación profesional o, en general, las condiciones de trabajo.

El Tratado de la Comunidad Económica Europea incorporó en un primer momento, y con fines exclusivamente económicos, de un lado, la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad (libre circulación de trabajadores) y, de otro, el principio de igualdad entre hombres y mujeres referido tan solo a la retribución del trabajo (al objeto de evitar el "*dumping* social"). La evolución de este último va a centrar la exposición de los siguientes epígrafes.

Desde los años setenta del siglo pasado comenzó a producirse un proceso de expansión que desarrolló jurídicamente el referido principio en el ordenamiento comunitario derivado. Primero, con la Directiva 75/117/CEE sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, que amplió dicho principio al conjunto de los elementos y condiciones de la retribución; y, después, con la Directiva 76/207/CEE, de igualdad de trato en el acceso al empleo, la formación y promoción profesionales y las condiciones de trabajo.

A partir de entonces, otras normas fueron añadiéndose a este bloque normativo antidiscriminatorio por razón de sexo: la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social; la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social; la Directiva 86/613/CEE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en relación con el trabajo autónomo; la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la seguridad y salud de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia y prohibición de su despido; y, en fin, la Directiva 97/80/CE, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo.

Los pronunciamientos del TJUE relativos a la aplicación del principio de igualdad y no discriminación han adquirido, como podrá apreciarse, un importante protagonismo al constituirse en piezas esenciales del proceso de extensión progresiva de aquel original principio limitado a la retribución de hombres y mujeres a otras parcelas y a otros colectivos discriminados.

2. El principio de igualdad y no discriminación en la normativa comunitaria

El Tratado de Ámsterdam, que supuso un verdadero hito en la construcción de una Europa social, contempló la prohibición de discriminación de todo ser humano, ampliando con ello el estricto marco laboral en el que había sido ubicado originariamente. Precisamente el artículo 13 del TCE confirió competencias

a las instituciones de la Unión para adoptar actos legislativos con la finalidad de combatir, en el marco de la competencia comunitaria –no solo en el ámbito laboral-, toda discriminación fundada en el sexo, origen racial o étnico, religión y convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. Desde ese momento se asumió la igualdad como uno de los propósitos mismos de la Unión Europea. A esto se sumó la elevación de la igualdad entre hombres y mujeres a objetivo del propio sistema de integración al exigir su respeto en todas las políticas, mediante la incorporación, en los artículos 2 y 3, de la noción de transversalidad[1] pero, también, el compromiso de la adopción de medidas que garantizaran la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato para hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación y la ampliación del reconocimiento de la igualdad salarial entre trabajadores de ambos sexos (art. 141) al contemplar la posibilidad de diseñar acciones positivas y la precisión de que la igualdad de retribución se aplicaba además de para un mismo trabajo, para un trabajo de igual valor.

El reconocimiento de la prohibición de discriminación por razones diferentes al sexo provocó que se elaboraran dos importantes Directivas del mismo año, que pasaron a engrosar sustancialmente el Derecho antidiscriminatorio de la UE: por un lado, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; y, por otro lado, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Estas dos normas, de estructura muy similar, han sido denominadas "Directivas antidiscriminatorias de nueva generación".

La extensión del bloque de Derecho antidiscriminatorio derivado se ha ido produciendo con la adopción de otras Directivas. Dos de ellas se encontraban vinculadas a la Directiva 76/207/CEE; primero, la Directiva 2002/73/CE, que modificó a aquella y, posteriormente, la Directiva 2006/54/CE, que la refundió con otras. La tercera era la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro.

Un nuevo avance en materia de igualdad se alcanzó con la adopción del Tratado de Lisboa, que renovó el Tratado de la Unión Europea e incluyó el nuevo Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; en ambos, la igualdad y la no discriminación cobraron especial importancia. El TUE (arts. 2 y 3) concibió la igualdad como valor de la Unión y como valor común a los Estados miembros. Asimismo, asumió como una de las finalidades de la Unión, la promoción del valor de la igualdad entre mujeres y hombres. Por su parte, el TFUE (arts. 8 y 10) dispuso que, en todas las acciones de la Unión, debía perseguirse la eliminación de las desigualdades entre las mujeres y los hombres y la promoción de su igualdad y, en

[1] Mangas Martín, 2008, p. 39.

la ejecución de sus políticas y acciones, debía lucharse contra toda discriminación por razón sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. El nuevo Tratado ha mantenido intacto, en el nuevo artículo 157, el contenido del anterior artículo 141, sobre la igualdad retributiva entre hombres y mujeres y la posibilidad de adopción de medidas de acción positiva.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aneja al Tratado de Lisboa de 2007-2009, ha contribuido de manera decisiva en el reconocimiento del principio de igualdad. Contiene un capítulo titulado "Igualdad" en el que se establecen los principios de no discriminación, de igualdad entre mujeres y hombres, y de diversidad cultural, religiosa y lingüística. Aborda, además, los derechos del niño, de las personas mayores y de las personas discapacitadas. Entre los cincuenta artículos que componen la Carta se encuentran dos relativos a la igualdad. Por un lado, el artículo 21 establece un derecho genérico de no discriminación destinado a todos, tanto a las instituciones de la Unión como a los Estados miembros; de manera que cuando apliquen el Derecho de la Unión se les prohíbe utilizar criterios de distinción fundados en caracteres propios del ser humano o en sus circunstancias como la raza, la religión o el sexo. Por otro lado, el artículo 23 reconoce que la igualdad entre hombres y mujeres ha de estar garantizada en todos los ámbitos, específicamente en materia de empleo, trabajo y retribución y que tal principio no impide que se puedan adoptar o mantener medidas que ofrezcan ventajas a favor del sexo menos representado.

A partir de este nuevo panorama normativo se afrontó el reto de modernizar la regulación jurídica contenida en algunas normas relativas o vinculadas a la igualdad por razón de sexo consideradas obsoletas como, de un lado, la Directiva 2010/18/UE, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplicaba el Acuerdo Marco revisado sobre permiso parental –que derogaba la anterior Directiva 96/34/CEE– sustituida por la Directiva 2019/1158/UE, de 20 de junio, y, de otro lado, la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma –y por la que se ha derogado la Directiva 86/613/CEE–. Las últimas normas adoptadas en la materia han sido la Directiva (UE) 2023/970 de 10 de mayo de 2023, por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor y la Directiva (UE) 2024/1500, de 14 de mayo de 2024, sobre organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en materia de empleo y ocupación[2]. En los últimos tiempos se está valorando una propuesta (conocida

[2] La mencionada norma tiene, prácticamente, el mismo contenido, restringido a la materia laboral, de otra norma publicada en la misma fecha y boletín oficial: la Directiva (UE) 2024/1999, de 7 de mayo de 2024, relativa a los organismos de igualdad en el ámbito de la igualdad de trato entre las personas con independencia de su origen racial o étnico, la igualdad de trato entre las personas en materia de empleo y ocupación con independencia de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y la igualdad de trato entre mujeres y hombres en materia de Seguridad Social y en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

como la "Directiva Horizontal") para ampliar, más allá del ámbito del empleo, la protección por orientación sexual, creencias religiosas, discapacidad y edad.

El positivo balance que arroja el compendio normativo adoptado refleja el compromiso de la UE en la lucha contra la discriminación, si bien es posible apreciar que, aún, queda camino por recorrer en la consecución de la completa igualdad de trato entre personas en el marco del empleo, como por ejemplo en lo relativo a la igualdad en materia de protección social -con la excepción de motivo racial-.

3. El alcance del principio de igualdad y no discriminación por razón de género

Ya en las primeras Directivas se decía que el principio de igualdad de trato suponía la ausencia de toda discriminación por razón de sexo y, desde entonces, se ha entendido dicho principio referido a "esta circunstancia genéricamente, esto es, a la desigualdad de trato injustificada, derivada del hecho de ser mujer u hombre"[3].

La vigente Directiva 2006/54/CE ha adoptado un enfoque dual hacia la discriminación entre hombres y mujeres con el objetivo de que se hiciera efectivo lo más ampliamente posible el principio de igualdad de trato y oportunidades entre ellos: no solo contempla las diferencias biológicas de sexos sino que en ella tienen cabida, también, las desventajas vinculadas a la construcción social de los roles de género[4]. La prohibición de discriminaciones basadas en los estereotipos de género se encuentra amparada, por tanto, en la propia finalidad de la norma.

El alcance que el legislador comunitario ha querido atribuir al principio de igualdad de trato en el empleo y la ocupación abarca los siguientes aspectos, que se van a exponer a continuación: en primer lugar, la prohibición de discriminaciones tanto directas como indirectas, que son aquellas en las que un criterio que parece neutro afecta a personas de un sexo de modo menos favorable que a personas del otro sexo; en segundo lugar, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, que ha sido incardinado en las normas sobre igualdad de trato; en tercer lugar, las medidas de apoyo al colectivo menos favorecido que se adoptan con el propósito de corregir desigualdades que subsisten en la sociedad; y, en cuarto lugar, la justificación de un trato desigual en situaciones muy excepcionales en las que el sexo puede constituir un requisito profesional esencial y determinante.

3.1. La discriminación directa e indirecta

– Discriminaciones directas.

La proscripción de la discriminación directa se manifiesta fundamentalmente en la prohibición de que las normas, los actos administrativos y los contratos

[3] Montoya Melgar, 2007, p. 58.

[4] Mulder, 2017, p. IIIA.

instituyan un trato diferente y perjudicial en razón de la pertenencia a uno u otro sexo. La discriminación directa supone una diferencia de trato hacia un trabajador o una trabajadora, que resulta menos favorable[5]. Según dispone el artículo 2 de la Directiva 2006/54/CE, la discriminación directa por razón de sexo es "*la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable*".

Así, en principio, en las discriminaciones directas por razón de sexo, la diferencia produce un trato menos favorable a una persona en relación con el dado a otra de sexo opuesto[6]. Pero, más allá, se ha estimado que concurre esta discriminación respecto del tratamiento que hubiera recibido de haber sido otro su sexo. En la argumentación de la STJUE de 8 de noviembre de 1990 (Asunto C-77/88), ante la negativa de contratar a una mujer por causa de su embarazo, resultó irrelevante que no hubiera un candidato masculino, pero sí fue determinante plantear si el resultado hubiera sido otro si la aspirante hubiera sido un hombre[7]. A la misma conclusión se ha llegado cuando se ha analizado un trato desfavorable a las mujeres con motivo de su situación de maternidad[8]. En fin, la opinión del TJUE -relativa a que los tratos desfavorables a las mujeres por razón de embarazo o maternidad suponen, por sí mismos, sin necesidad de comparación alguna, discriminación directa puesto que únicamente pueden afectar a mujeres- ha sido reflejada en el artículo 2.2.c) de la Directiva 2006/54/CE, que prevé expresamente que el trato menos favorable debido al embarazo o maternidad constituye por sí mismo discriminación.

– Discriminaciones indirectas.

A diferencia de la discriminación directa, que es visible, la discriminación indirecta aparece formalmente como una regla jurídica neutra pero que materialmente produce, dada la desigualdad de hecho existente entre hombres y mujeres, unas consecuencias perjudiciales por el impacto desfavorable que ocasionan en uno u otro sexo: generalmente resulta indiferente para los varones y desventajosa para las mujeres. Además de este primer elemento que comportan las discriminaciones indirectas debe concurrir en ellas la ausencia de justificación; así, como se va a ver, al empresario le asiste la posibilidad de acreditar que la práctica aplicada se encuentra objetivamente justificada por una finalidad legítima.

[5] Rey Martínez, 1995, p. 63.

[6] Se consideraron discriminatorias las peores condiciones de prestación por jubilación previstas para las mujeres en comparación con las que se habían dispuesto para los hombres en la empresa, en la STJUE de 8 de abril de 1976 (Asunto C-43/75).

[7] El Tribunal de Justicia de la UE se ha pronunciado en el mismo sentido en SSTJUE de 5 de mayo de 1994 (Asunto C-421/92), de 14 de julio de 1994 (Asunto C-32/92) o de 3 de febrero de 2000 (Asunto C-207/98).

[8] Como en SSTJUE de 30 de abril de 1998 (Asunto C-136/95) o de 18 de noviembre de 2004 (Asunto C-284/02).

La Directiva 2006/54/CE ofrece un concepto de discriminación indirecta por razón de sexo -basada en la labor que durante años ha realizado del TJUE- en su artículo 2.1.b): "*la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios*". De esta definición se deriva que para identificar una discriminación indirecta deben concurrir dos elementos: de un lado, el efecto peyorativo y, de otro, el alcance colectivo de la medida neutra – ya que tiene su origen precisamente en un trato indiferenciado entre personas pertenecientes al sexo masculino y femenino[9]-.

El concepto de discriminación indirecta ha sufrido una interesante evolución al pasar de medir solo los efectos cuantitativos desfavorables reales de la medida en cuestión ("*proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo*" de la anterior Directiva sobre la carga de la prueba 97/80/CE), a examinar, más cualitativamente, el impacto potencial desfavorable sobre ciertas personas de un sexo en relación con otras del sexo opuesto. En este proceso ha cobrado, además, protagonismo el elemento del efecto potencial discriminatorio de la medida que no requiere que se produzca una consecuencia discriminatoria sino, sencillamente, que sea susceptible de generarla.

Entre los numerosos asuntos que ha conocido el TJUE en los que se detectó discriminación indirecta hacia las mujeres en el ámbito del empleo, han destacado los referidos al trabajo a tiempo parcial, que era y es realizado mayoritariamente por trabajadoras[10]. Pero, junto a ese criterio de dedicación parcial al trabajo, otros, referidos a factores que inciden en la diferencia de trato, como es el caso de la fuerza física[11] o la exigencia de una altura concreta en el acceso al empleo[12], han necesitado que se proceda a su análisis para determinar sus efectos discriminatorios.

A pesar de que una medida aparentemente neutra pueda colocar a un colectivo en una situación menos favorable respecto de otro, es posible que esta no llegue a ser constitutiva de discriminación; esto ocurre si la diferencia de trato que provoca su aplicación se encuentra justificada[13]. Ya en la STJUE de 13 de mayo de 1986 (Asunto C-170/84), el TJUE indicó que, cuando se probara que un grupo estadísticamente identificado fuera objeto de una disposición desfavorable, el empresario podía demostrar que la medida causante se encontraba justificada si obedecía a una finalidad legítima, ajena a cualquier discriminación, a partir de medios que respondieran a un verdadero requisito de la empresa, necesario y

[9] Serra Cristóbal, 2004, p. 369.

[10] Entre otras, en SSTSJUE como las de 20 de marzo de 2003 (Asunto C-187/00) o de 11 de septiembre de 2003 (Asunto C-77/02).

[11] STJUE de 1 de julio de 1986 (Asunto C-237/85).

[12] STJUE de 18 de octubre de 2017 (Asunto C-409/16).

[13] No se apreció discriminación indirecta en el ATJUE de 3 de marzo de 2021 (C-841/19).

proporcionado (lo que no alcanzó a acreditar en este caso el empleador y la medida retributiva que se aplicaba solo a los trabajadores a tiempo completo fue declarada discriminatoria). En fin, la Directiva 2006/54/CE recoge este supuesto al prever que las justificaciones deben ser objetivas, avaladas por una finalidad legítima, y aplicadas con medios adecuados y necesarios.

La justificación alegada por el empresario que podría eliminar la consideración discriminatoria de la medida puede implicar que esta no se encuentre vinculada a ningún elemento subjetivo de la persona. Esta exigencia se ha remitido a las razones "económicas objetivamente justificadas" extraídas de distintas circunstancias, como el estado del mercado laboral[14], la situación económica de crisis en un mercado o de la gestión de la empresa[15] o el objetivo de mitigar las trabas que afectaban a las pequeñas empresas, que desempeñan un papel esencial en la creación de empleo[16]. En otras sentencias se alegaron elementos relacionados con la mano de obra, el requisito de destreza o de flexibilidad de los horarios de trabajo[17], la formación profesional[18] o la antigüedad[19].

3.2. El acoso sexual y por razón de sexo

El acoso vinculado con el sexo no violenta un solo y exclusivo bien jurídico, sino que son varios los que se ven afectados en todo el proceso del hostigamiento; cuando menos la igualdad, la dignidad, la libertad, la intimidad o la integridad física y moral. La Directiva de igualdad por razón de sexo ha acogido, entre las conductas discriminatorias, el acoso sexual y el acoso por razón de sexo por lo que el principio de no discriminación ha terminado por convertirse en fundamento normativo esencial en la construcción de esos conceptos[20].

El legislador comunitario ha ofrecido una identificación diferenciada de dos tipos de acoso relacionados con el sexo: el acoso sexual y el acoso sexista. El artículo 1.2 c) y d) de la Directiva 2006/54/CE indica que el acoso por razón de sexo es "*la situación en que se produce un comportamiento no deseado relacionado con el sexo de una persona con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de la persona y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*" y el acoso sexual está referido a "*la situación en que se produce cualquier comportamiento verbal, no verbal o físico no deseado de índole sexual con el propósito o el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, hostil, degradante, humillante u ofensivo*". Mientras que, en este último, el acosador trataría de conseguir una satisfacción de carácter libidinoso,

[14] STJUE de 27 de octubre de 1993 (Asunto C-127/92).

[15] STJUE de 13 de mayo de 1986 (Asunto C-170/84).

[16] STJUE de 30 de noviembre de 1993 (Asunto C-189/91).

[17] STJUE de 30 de marzo de 2000 (Asunto C-236/98).

[18] SSTJUE de 17 de octubre de 1989 (Asunto C-109/88) y de 2 de octubre de 1997 (Asunto C-1/95).

[19] STJUE de 3 de octubre de 2006 (Asunto C-17/05).

[20] Robles Carrillo, 2014, p. 809.

en aquel, el objetivo del acosador no sería sino la manifestación de su desprecio por el otro sexo –generalmente, las mujeres–, la desconfianza en sus capacidades y el valor social secundario que, en su opinión, estas deben seguir ocupando.

La diferencia entre lo sexual y lo sexista en el acoso tiende a diluirse cuando este se analiza desde una perspectiva de género porque los estereotipos que le son propios, sean sexuales o sexistas, interactúan entre sí o llegan a mezclarse; así, un acoso sexual manifiesta una reafirmación del poder del hombre sobre la mujer y un acoso sexista trasluce un desprecio a las mujeres o a los estereotipos a ellas asociados; e incluso, en ocasiones, pueden confluir ambos acosos como es el caso, por ejemplo, de comentarios obscenos sobre la apariencia física de una mujer.

3.3. Las acciones positivas como medidas de igualdad

A pesar de que la igualdad formal se vea hoy día garantizada, la realidad confirma que, de hecho, la desigualdad real existente desfavorece a las mujeres. Para luchar contra esa situación se ha estimado imprescindible que se emprendieran acciones complementarias –por parte de los Gobiernos, los interlocutores sociales y otros organismos competentes– tendentes a compensar los efectos perjudiciales que para las mujeres resultan de ciertas actitudes, comportamientos y estructuras de la sociedad[21]. La inclusión de estas medidas proactivas que pretenden la modificación de conductas o pautas sociales que perpetúan cánones discriminatorios ha requerido de un proceso de construcción jurídica[22].

La fórmula empleada para la integración de tales medidas fue inicialmente -en la Directiva de 1976- bastante cauta: la del compromiso de no impedir la adopción de medidas tendentes a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres mediante la superación de las desigualdades de hecho[23]. Más tarde, la Recomendación 84/635/CEE, de 13 de diciembre de 1984, relativa a la Promoción de Acciones Positivas en favor de la Mujer instó a los Estados miembros a que adoptaran acciones positivas para paliar las deficiencias detectadas.

La primera vez que el TJUE se pronunció sobre este tema fue en la STJUE de 17 de octubre de 1995 (Asunto C-450/93), en la que debía decidir sobre la adecuación al Derecho comunitario de lo dispuesto en una ley alemana que establecía que, para la contratación y ascensos en sectores en los que la mujer estuviera en minoría, se debía dar preferencia a aquella que poseyera una valoración de méritos equivalente a la de un aspirante varón. El TJUE emitió una sentencia contraria a la práctica nacional porque, a su juicio, las acciones positivas, que podían ser una forma de promoción de la igualdad real entre los sexos, debían respetar ciertos límites que aquí se entendieron sobrepasados[24]. En ese caso, apreció

[21] Ballester Pastor, 2007, p. 112.

[22] Barnard, 2012, p. 375.

[23] Otero García-Castrillón, 2002, p. 489.

[24] Sierra Hernaiz, 1999, p. 143 y Lousada Arochena, 2013, p. 293.

que no se había respetado el principio de proporcionalidad entre los medios y los fines elegidos para la promoción de una igualdad real puesto que la medida no afectaba al principio de igualdad de oportunidades sino a un resultado final que se imponía en la práctica. Según el Tribunal, la disposición de la ley alemana no estaba dirigida a eliminar los obstáculos que, de hecho, producía el desequilibrio en la representación de los dos sexos, sino que eliminaba, directamente, dicho desequilibrio.

La decisión del Tribunal originó múltiples tomas de posición por parte de los analistas, lo que llevó a la Comisión a recoger todas estas opiniones, críticas y adhesiones en un documento que dirigió al Parlamento y al Consejo de Ministros Europeo con su parecer (marzo 1996). En opinión de la Comisión no podían considerarse prohibidos, en términos generales, los sistemas de cuotas con vistas a la promoción, sino solo los establecidos de forma cerrada o absoluta (mecanismos automáticos de selección o sistemas de cuotas rígidos); pero se admitía, en materia de selección y promoción en el empleo, un amplio conjunto de medidas entre las que se encontraban los sistemas de cuotas flexibles (con cláusulas de apertura), esto es, aquellos que daban margen a la consideración de circunstancias personales de los candidatos –lo que permitía otorgar legitimidad a las acciones positivas–. En los años posteriores, el Tribunal volvió a pronunciarse sobre la adecuación al Derecho comunitario de medidas de acción positiva admitiendo la legitimidad de diversas disposiciones que incluían reglas de preferencia no automática[25].

La referencia normativa a las acciones positivas contenida en la Directiva 2006/54/CE contempla la posibilidad de que los Estados miembros mantengan o adopten las medidas indicadas en el artículo 157, apartado 4, del TFUE con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral. Ciertamente, la remisión del artículo 3 de la mencionada Directiva no establece la obligación de los Estados miembros de aplicar este tipo de instrumentos, pero sí parece aludir a su conveniencia. Más allá de los preceptos mencionados no se descubren intervenciones relevantes por parte de la normativa comunitaria ni se identifican acciones positivas de alcance innovador dentro del actual Derecho de la Unión[26].

3.4. Diferencias de trato no discriminatorias

En la aplicación del principio de igualdad de trato y prohibición de discriminación no caben, de partida, tratos diferenciados entre hombres y mujeres en el empleo; sin embargo, las normas reguladoras de dicho principio aceptan una cierta flexibilidad al admitirse la posibilidad de un tratamiento diferencial razonable. La Directiva de 1976 ya contemplaba, como excepción al principio de igualdad de trato, la facultad de los Estados miembros de excluir de su ámbito

[25] En SSTJUE de 28 de marzo de 2000 (Asunto C-158/97), de 6 de julio de 2000 (Asunto C-407/98) o de 30 de septiembre de 2004 (Asunto C-319/03).

[26] Cruz Villalón, 2019, p. 237.

de aplicación las actividades profesionales en las que el sexo fuera una condición determinante en razón de su naturaleza o de las condiciones de su ejercicio. En esos momentos se podían identificar prácticas de los Estados miembros que coincidían en algunas profesiones muy determinadas (como cantantes masculinos y femeninos, actores y actrices, bailarines y bailarinas, modelos artísticos o maniquíes) pero también se mantenían otras excepciones muy diversas basadas en consideraciones de carácter social, moral o, en algunos casos, religiosos y otras estaban relacionadas directamente con el servicio militar o la organización de cuerpos armados.

El TJUE tuvo oportunidad de interpretar la exclusión de la aplicación del principio de igualdad de trato en diversos pronunciamientos. Con relación al alcance de los requisitos profesionales esenciales, su postura ha ido evolucionado a lo largo de los años, desde la aceptación de la negativa a que los hombres pudieran ser "matronos" en la STJUE de 8 de noviembre de 1983 (Asunto C-165/82), a una posterior que declaró injustificado un trato diferente a las mujeres en el acceso al cuerpo de policía nacional, en la STJUE de 30 de junio de 1988 (Asunto C-318/86).

A partir de entonces, se plantearon ante el TJUE varios casos en los que se cuestionó si la seguridad pública (interior o exterior) de un Estado miembro podía servir de fundamento a la excepción al principio de igualdad, concluyendo el órgano juzgador que la interpretación que cabía hacer en esos casos debía ser de carácter restrictivo insistiendo en que solo podían estar referidas a actividades muy específicas[27].

La principal conclusión que podía extraerse de esta jurisprudencia, y que se ha visto reflejada en la normativa vigente, es que el "cierto margen de apreciación" del que disponían los Estados miembros para excluir determinadas actividades profesionales del ámbito de la Directiva estaba sujeto a un escrutinio estricto. En este sentido, el apartado 2 del artículo 14 de la Directiva 2006/54/CE expresa que "*los Estados miembros podrán disponer, por lo que respecta al acceso al empleo, incluida la formación pertinente, que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo no constituirá discriminación cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando su objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado*".

4. La aplicación de la igualdad y no discriminación por razón de género en el marco de la relación de trabajo

El artículo 14 de la Directiva 2006/54/CE prohíbe la discriminación, en varios ámbitos del empleo y la ocupación, que aquí se han sistematizado en seis apartados. Primero, se encuentra prohibida cualquier discriminación en relación con las condiciones de acceso a la orientación y a la formación capacitadora, así como, en segundo lugar, al propio acceso al empleo -entre el que se incluyen los criterios de

[27] SSTJUE de 15 de mayo de 1986 (Asunto C-222/84) o de 11 de enero de 2000 (Asunto C-250/98).

selección y las condiciones de contratación-. En tercer lugar, queda prohibida, en general, la discriminación en las condiciones de empleo y de trabajo; pero, entre dichas condiciones, destacan en cuarto lugar, específicamente, las condiciones de retribución y, en quinto lugar, las de extinción de la relación de trabajo. Por último, se pone de manifiesto también esta prohibición de discriminación en el ámbito de la afiliación y participación en organizaciones empresariales y sindicales, así como en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta.

4.1. El acceso a la orientación y formación profesional

Una verdadera igualdad entre hombres y mujeres en el entorno profesional comienza por un acceso al empleo en condiciones de igualdad lo que en un sentido amplio abarca no solo el propio ingreso sino también procesos anteriores, como la orientación profesional, que posibilita que los trabajadores conozcan y, en definitiva, tengan oportunidades de integración profesional en virtud de sus preferencias e intereses, o la formación profesional, como espacio en el que los sujetos adquieren capacitación profesional, tanto en un momento inicial como a lo largo de toda su trayectoria laboral.

El apartado b) del artículo 14.1 de la Directiva 2006/54/CE dispone que no se ejercerá discriminación alguna por razón de sexo en relación con: "*el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional, incluida la experiencia laboral práctica*".

Este precepto contempla distintas manifestaciones de la formación profesional: la genérica formación profesional está referida a la capacitación para el desempeño competente en un puesto de trabajo, por lo que constituye un tipo de enseñanza apegado a la actividad profesional que abarca, por lo tanto, la formación profesional básica y la superior y, según el momento en el que se adquiere dicha formación en relación con la actividad profesional, la ocupacional y la formación profesional continua o permanente, como el reciclaje -que atendería, normalmente, a la adaptación a las novedades introducidas en el puesto de trabajo (actualización de conocimientos) aunque también podría estar dirigida a la adquisición de conocimientos nuevos de cara a una reorientación de la carrera profesional para aumentar las posibilidades de acceder a un empleo en un ámbito distinto del que venía desarrollándose hasta el momento-.

El Tribunal de Justicia pudo interpretar la regla de no discriminación en relación con el acceso a la formación profesional en la STJUE de 7 de diciembre de 2000 (Asunto C-79/99), en la que estimó que el principio de igualdad de trato debía extenderse a los periodos de prácticas formativas exigidos para incorporarse a un determinado puesto en la función pública. El TJUE decidió que las medidas que otorgaban preferencia de acceso dichas prácticas a los candidatos varones que habían completado el servicio militar o civil obligatorio no resultaba contraria al principio de igualdad porque tenía por finalidad la compensación a un determinado

colectivo por los perjuicios sufridos por el retraso impuesto por la normativa nacional; es decir, se estimó que la medida destinada a beneficiar al colectivo de hombres para la realización de unas prácticas formativas estaba justificada por razones objetivas y no resultaba desproporcionada.

Cuando no estaba prevista regla alguna que compensara a las mujeres por los tiempos dedicados a la maternidad fue necesario reclamar ante el TJUE protección frente a esa discriminación a la hora de incorporarse a cursos formativos conducentes a un ascenso. En la STJUE de 6 de marzo de 2014 (Asunto C-595/12), en el que una trabajadora que había tomado un permiso de maternidad obligatorio fue dada de baja el curso que le habilitaba para acceder a una categoría superior, el TJUE resolvió declarando que la medida resultaba discriminatoria porque provocaba un perjuicio respecto de la carrera de un compañero de sexo masculino aprobado en el mismo procedimiento y admitido en el mismo curso de formación inicial (cosa que se habría podido evitar diseñando cursos de recuperación paralelos).

Se cuestionó, en otro momento, la posibilidad de que el candidato preterido en un curso formativo accediera a información relativa a la cualificación de los candidatos elegidos, con el fin de obtener medios de prueba -en los que apoyar su pretensión-. A ello se refirió la STJUE de 21 de julio de 2011 (Asunto C-104/10), en la que el demandante que consideraba que había sufrido una discriminación reclamó obtener la exhibición de copias de los formularios de inscripción, de los documentos adjuntos o incluidos en esos formularios y de las "hojas de puntuación" de los otros candidatos. Para el TJUE no estaba contemplado el derecho de un solicitante no elegido a acceder a informaciones en poder del organizador de la formación sobre las cualificaciones de los demás aspirantes -aunque el Tribunal matizó que, en todo caso, no se debía frustrar el efecto útil de la normativa comunitaria-.

4.2. El acceso al empleo

Las Directivas europeas, desde 1976, han consagrado que la libertad empresarial de elegir al candidato final con el que celebrar un contrato de trabajo se encuentra limitada por el principio de prohibición de discriminación entre hombres y mujeres, lo que obliga al responsable de los procesos de reclutamiento y selección de trabajadores en las empresas a utilizar criterios de acceso neutros así como a rechazar requisitos que produzcan un efecto adverso para los integrantes de uno y otro sexo. Pero, al igual que ocurría respecto de la formación profesional, la prohibición de discriminación por razón de sexo en materia de acceso al empleo no parece tener contornos demasiado acotados. Ciertamente, la expresión "*acceso al empleo*" no se encuentra claramente definida en el artículo 14.a) de la Directiva 2006/54/CE. Por ello, de nuevo, la labor del Tribunal de Justicia ha sido determinante para la fijación de su alcance.

Un primer elemento a tener en cuenta para descubrir a qué se refiere el legislador con la expresión "*acceso al empleo*" es que este no solo incumbe a las partes que, con posterioridad, se encontrarán vinculadas mediante un contrato de trabajo, sino que, más allá, alcanzaría a cualquier institución dedicada a labores de intermediación laboral así como a cualquier aspirante a ocupar un puesto de trabajo[28]. Cabe añadir que la aplicación del principio debe producirse no solo en las propias condiciones de ingreso a un empleo sino, fundamentalmente, en las fases que le preceden y que tienen relación directa con dicho acceso, esto es, la publicación de las ofertas de trabajo y la selección de personal.

A. La publicación de ofertas de trabajo

Las normas comunitarias han previsto que, entre las condiciones de acceso a un empleo, se incluyan los criterios de selección y los criterios de contratación, con independencia del sector de actividad. Sin embargo, no se hace mención expresa en la Directiva de igualdad de trato a la prohibición de las prácticas contrarias al principio de igualdad y no discriminación en el momento de la publicación o difusión de la oferta de empleo. El TJUE ha venido cubrir ese vacío al declarar[29] que la materia de ofertas de empleo no se podía excluir *a priori* del ámbito de aplicación de la Directiva en la medida en que dichas ofertas estaban estrechamente vinculadas con el acceso al empleo y podían producir un efecto restrictivo del mismo.

En alguna ocasión se ha planteado ante el Tribunal de Justicia la adecuación al Derecho comunitario de ofertas de empleo en las que se establecía la preferencia o la exclusión por motivo de pertenencia a un determinado sexo. Precisamente en la STJUE de 22 de abril de 1997 (Asunto C-180/95), el TJUE trató sobre la imposibilidad de que el empresario pudiera ofrecer un empleo únicamente a trabajadores de un determinado sexo. Se había publicado un anuncio en el que se buscaba "una colaboradora de Dirección con experiencia". A dicha oferta de empleo contestó el Sr. Draehmpaehl, quien no obtuvo respuesta de la empresa. Con el convencimiento de que era el candidato mejor cualificado para acceder a ese puesto, inició un procedimiento a fin de obtener reparación del perjuicio sufrido. El Tribunal apreció que el afectado había sido víctima de una discriminación por razón de sexo por parte de la empresa ya que la oferta de empleo no estaba formulada de un modo neutro sino que se dirigía manifiestamente a las mujeres y, en consecuencia, aquel debía ser compensado íntegramente.

Más recientemente, el Tribunal ha podido analizar si resultaba discriminatorio un criterio, aparentemente neutro, que exigía la oferta de empleo como condición de acceso al cuerpo de policía griego. Se trataba de la ya mencionada –al hablar de la discriminación indirecta– STJUE de 18 de octubre de 2017 (Asunto C-409/16), en la que cuestionaba si el requisito de una altura mínima de 1,70 cm para el ingreso en

[28] Mateu Carruana, 2009, p. 262.

[29] STJUE de 21 de mayo de 1985 (Asunto C-248/83).

la Escuela de Policía suponía una discriminación indirecta por razón de sexo dado que provocaba una desventaja para mujeres -muchas de las cuales no alcanzaban en Grecia esa altura- respecto de hombres -que podían cumplirlo más fácilmente-. En opinión del Tribunal, si aquella exigencia hubiera estado justificada por un objetivo legítimo y si los medios para alcanzar tal objetivo hubiesen sido adecuados y necesarios se podría haber considerado que no existía discriminación indirecta. El TJUE estimó que, en ese caso, la exigencia de aquella altura mínima iba más allá de lo necesario y adecuado para alcanzar el objetivo legítimo perseguido, por lo que determinó que se había producido una discriminación hacia el colectivo femenino.

A la vista de estas decisiones puede afirmarse que el principio de igualdad de trato en el acceso al empleo alcanza, como punto inicial, aquel en el que se manifiesta externamente la oferta de empleo. Dichas ofertas no pueden contener, en principio, la exclusión expresa de un colectivo de aspirantes por razón de su sexo (con expresiones como "absténganse mujeres"). La descripción del puesto de trabajo objeto de cobertura, así como de las necesidades que este puede requerir, han de expresarse en términos que no generen un impacto adverso para ninguno de los sexos, por lo que no cabe –salvo excepciones a las que ya se ha aludido– expresar el requerimiento de un trabajador atendiendo directamente a su sexo mediante la utilización de un lenguaje sexista en la redacción (recepcionista, secretaria, limpiadora...) ni tampoco a condiciones físicas o psicológicas solo o comúnmente atribuibles a un sexo (aspecto femenino, carácter maternal...). A salvo de estas consideraciones quedan las medidas adoptadas en tanto que acciones positivas de aplicación no automática tendentes a conseguir un equilibrio real entre hombres y mujeres en la sociedad a través de su equiparación en el acceso al empleo[30].

B. Los procesos de selección

Menos dudas caben acerca de la aplicación del principio de igualdad en momentos más cercanos a la incorporación de los trabajadores a la plantilla de la empresa como los procesos de selección de personal y de toma de decisiones sobre la contratación. La selección de personal puede requerir la fijación de unos criterios que, naturalmente, deben diseñarse y aplicarse de forma neutra y una sucesión de contactos que servirían para calibrar la adecuación de los candidatos a las necesidades de personal de las empresas. El desarrollo de pruebas, entrevistas, test y demás instrumentos destinados a evaluar la idoneidad de los candidatos a los requisitos del puesto ofertado, así como la recogida de resultados de tales procesos, han de llevarse a cabo sin tener en cuenta la condición masculina o femenina de los aspirantes.

También la elección entre los candidatos más cualificados para ocupar el puesto de trabajo debe producirse con independencia del sexo del elegido. El rechazo a la contratación de una trabajadora, considerada idónea para cubrir un

[30] Nieves Nieto, 2019, p. 187.

determinado puesto de trabajo, pero que se encontraba embarazada de tres meses, fue juzgado por el TJUE como discriminatorio basado en el sexo en la STJUE de 8 de noviembre de 1990 (Asunto C-77/88). La posición del TJUE respecto a la decisión de la empresa supuso un importante avance en la tutela de la igualdad de oportunidades para el acceso al empleo de las mujeres al declarar que se había producido una discriminación directa por razón de sexo.

Como se dijo a propósito del ingreso a cursos de formación, en este terreno del acceso al empleo también se plantea el problema de la pertinencia de la solicitud, por el afectado, de información relativa a la contratación y a los expedientes de otros aspirantes para constatar la existencia de discriminación en la incorporación a un empleo. El TJUE se pronunció sobre este asunto en la STJUE de 19 de abril de 2012 (Asunto C-415/10), en el que una candidata había respondido, en dos ocasiones, a un anuncio de empleo difundido en internet y su solicitud había sido desestimada sin convocatoria a entrevista y sin comunicación acerca de los motivos de tal desestimación. Ante tales circunstancias, la afectada –que consideraba que reunía las condiciones exigidas para ocupar el puesto– había requerido que se le mostrara el expediente del candidato seleccionado para que pudiera comprobar que estaba más cualificado que ella. El Tribunal declaró que la Directiva sobre igualdad de trato debía interpretarse en el sentido de que no preveía el derecho de un trabajador que alegaba de forma verosímil que reunía las condiciones enunciadas en un anuncio de contratación y cuya candidatura no había sido seleccionada, de acceder a la información, si al término del proceso se había contratado a otro aspirante; no obstante, advirtió que la negación total de acceso a dicha información por la empresa podía constituir uno de los factores que se debían tener en cuenta en el contexto de la acreditación de los hechos que permitían presumir la existencia de una discriminación, lo cual competía concretar al juez nacional.

4.3. Las condiciones de trabajo

La prohibición de discriminación se ha de aplicar, además, a aquellas condiciones en las que se desarrolla o ejecuta el trabajo, tal y como dispone la Directiva 2006/54/CE, en su artículo 14.1.c). De este precepto se deriva que, entre las condiciones de trabajo en las que debe respetarse la prohibición de discriminación, cabe incluir las referidas, por ejemplo, a los tiempos dedicados a la realización de la actividad laboral, así como a los correspondientes tiempos de ausencia, las relativas a la retribución y, en fin, aquellas que afectan a las condiciones de despido -expuestas estas dos últimas condiciones en los apartados posteriores-.

En el contexto de estas normas comunitarias, la expresión "*condiciones de trabajo* " ha de ser interpretada en sentido amplio; de los numerosos pronunciamientos de dicho Tribunal puede concluirse que, entre las "*condiciones de trabajo*" aludidas por las normas antidiscriminatorias, se encuentran, por supuesto, las referidas a la realización del trabajo, pero también las vinculadas, de una forma u otra, a la atención de la familia, como las prestaciones familiares

percibidas en virtud de la relación de trabajo[31], las plazas de guardería[32] o los permisos vinculados al cuidado de los hijos menores[33].

En resumen, respecto de las condiciones de trabajo, al igual que en el acceso al empleo, el TJUE ha realizado una interpretación bastante extensa de su ámbito de aplicación, lo que ha llevado a que, en última instancia, cualquier circunstancia derivada de la relación laboral se considerara incluida en esta categoría. En cambio, las condiciones que solo corresponden a las trabajadoras por su situación biológica de maternidad -en las que solo ellas pueden encontrarse- han de mantenerse para evitar su desprotección y permitir el equilibrio en la igualdad de derechos de hombres y mujeres en el trabajo; tal sería el supuesto de la coincidencia del disfrute del permiso de maternidad y el periodo de vacaciones, que fue tratado en la célebre STJUE de 18 de marzo de 2004 (Asunto C-342/01), en la que el TJUE precisó que la Directiva de igualdad de trato afectaba a la fijación del periodo de las vacaciones anuales retribuidas y que el ejercicio de los derechos conferidos a las mujeres en lo que se refiere al embarazo y a la maternidad no podía dar lugar a un trato desfavorable respecto a sus condiciones de trabajo. Por ello, el principio de igualdad de trato en las condiciones de trabajo debía interpretarse en el sentido de que una trabajadora tenía derecho a disfrutar de sus vacaciones anuales durante un periodo distinto del correspondiente a su permiso de maternidad.

Una atención especial recibió durante unos años el trabajo nocturno, que se encontraba históricamente prohibido para las mujeres con el fin de protegerlas de situaciones inconvenientes; dicha prohibición requirió un replanteamiento para conseguir alcanzar el objetivo de igualdad real entre hombres y mujeres. Con relación a dichas proscripciones, cabe recordar que la primera Directiva sobre igualdad de trato (1976) obligó a los Estados miembros a derogar las disposiciones normativas que se oponían a ella, en particular, las que durante años habían impedido el acceso de las mujeres a ciertos tipos de trabajos supuestamente nocivos o peligrosos para ellas. Las disposiciones que correspondía revisar (basadas en la pretendida debilidad física o la defensa de la dignidad de la mujer) debían analizarse en un contexto de transformaciones sociales, culturales y económicas que iban permitiendo la eliminación de estereotipos tradicionales que determinaban el limitado ámbito laboral de las mujeres. El TJUE ha ayudado en este proceso con una serie de decisiones que han contribuido a avanzar significativamente en la integración de las mujeres en el mundo profesional; primero, condenando directamente prácticas discriminatorias[34] y, en segundo lugar, entablando

[31] STJUE de 13 de julio de 1995 (Asunto C-116/94).

[32] STJUE 19 de marzo de 2002 (Asunto C-476/99).

[33] STJUE de 30 de septiembre de 2010 (Asunto C-104/09).

[34] SSTJUE de 25 de julio de 1991 (Asunto C-345/89), de 2 de agosto de 1993 (Asunto C-158/91) y de 3 de febrero de 1994 (Asunto C-13/93).

procedimientos contra Estados que mantenían injustificadamente reglas diferentes para hombres y mujeres respecto del trabajo nocturno[35].

Junto a las condiciones de trabajo apuntadas, otras han sido objeto de análisis por el TJUE en referencia a medidas de diferente fisionomía, pero con el rasgo común de dar como resultado un trato desfavorable para un colectivo integrado fundamentalmente por trabajadores de un sexo determinado: los trabajadores a tiempo parcial; siendo así que el trabajo a tiempo parcial ha venido siendo desarrollado habitualmente por mujeres. El TJUE entendió[36] que el régimen de trabajo a tiempo parcial afectaba al ejercicio de la actividad profesional de los trabajadores que se acogían a esta modalidad de empleo mediante una reordenación de su tiempo de trabajo y que, en los dos casos, se trataba de normas relativas a las condiciones de trabajo. También el TJUE constató[37] la existencia discriminación indirecta en la medida en que la jornada reducida de trabajo afectaba exclusiva o principalmente a las mujeres. De ahí que apreciara que la exclusión, para el cálculo de la antigüedad, de los periodos de empleo a tiempo parcial resultara contraria a la Directiva de igualdad de trato.

4.4. Las condiciones retributivas

Entre las condiciones de trabajo, las relativas al salario son las más determinantes para alcanzar la igualdad real –al corregir la tradicional infravaloración de las tareas desempeñadas por las mujeres-. Originariamente, la igualdad retributiva estaba contemplada de forma bastante escueta en el artículo 119 del Tratado de Roma (actual 157 del TFUE). Durante el proceso de expansión de la dimensión social de la Comunidad se configuró la ordenación jurídica del principio de igualdad de retribución por razón de sexo en el ordenamiento comunitario derivado; primero, con la Directiva 75/117/CEE sobre la aplicación del principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos y, más tarde, con la Directiva 2006/54/CE, de refundición[38], que regula, en su artículo 4, el principio de igualdad de retribución disponiendo que de un mismo trabajo o de un trabajo de igual valor debe derivarse la misma retribución y que, cuando se utilice un sistema de clasificación profesional para la determinación de las retribuciones, ese sistema deberá basarse sobre criterios comunes a los trabajadores masculinos y femeninos y establecerse de forma que excluya las discriminaciones por razón de sexo[39].

Las resoluciones del TJUE han tenido una notable relevancia en la aplicación de dicho principio al interpretar distintos conceptos esenciales en la igualdad de remuneración entre hombres y mujeres: la propia noción de retribución, la

[35] STJUE de 13 de marzo de 1997 (Asunto C-197/96) y de 4 de diciembre de 1997 (Asunto C-207/96).

[36] SSTJUE de 20 de marzo de 2003 (Asunto C-187/00) y de 11 de septiembre de 2003 (Asunto C-77/02).

[37] STJUE 10 de marzo de 2005 (Asunto C-196/02).

[38] Pérez Agulla, 2015, p. 72.

[39] Nieves Nieto, 2017, p. 493.

expresión "trabajo de igual valor" o la diferencia de trato en las discriminaciones indirectas. La Directiva (UE) 2023/970 de 10 de mayo de 2023 por la que se refuerza la aplicación del principio de igualdad de retribución entre hombres y mujeres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor, ha acogido la más relevante doctrina sentada por el TJUE en las sentencias referidas (plazo de transposición: hasta el 7 de junio de 2026).

A. El concepto amplio y complejo de retribución

El artículo 157 del TFUE (como el originario artículo 119 TCE) asume una noción de retribución ciertamente limitada, al disponer que, por tal, debía entenderse: "*el salario o sueldo normal de base mínimo y cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario en razón de la relación de trabajo*". Esta definición ha sido interpretada en sentido amplio por el TJUE al indicar que el principio de igualdad debe ser aplicado a cada uno de los elementos de la retribución y no partiendo de una apreciación global de la misma[40].

La amplitud atribuida a la noción de retribución se ha puesto de manifiesto también con la inclusión en ese concepto de ciertas partidas como indemnizaciones -entendidas como forma de retribución pagada en el momento de cesar su relación de trabajo y que permite facilitar la adaptación del trabajador[41], ventajas en materia de transporte ferroviario -reconocidas solo a trabajadores (jubilados), y no a trabajadoras[42],- gratificaciones concedidas por el empresario en razón de la relación de trabajo, como las abonadas por Navidad[43] y las primas especiales de fin de año[44] o las cantidades ofrecidas para compensar la prestación de servicios en horarios incómodos[45]. Todos estos fallos destacan la extensión de la noción de remuneración del artículo 157 del TFUE, en la medida en que incluye tanto las retribuciones directas, monetarias o en especie, de presente o de futuro, salariales o extrasalariales, como las indirectas. En esta línea, el artículo 3.1.a) de la Directiva (UE) 2023/970 dispone que a los efectos de dicha norma por "retribución" se ha de entender: "*el salario o sueldo base o mínimo ordinario y cualesquiera otras gratificaciones abonadas directa o indirectamente, en efectivo o en especie («componentes complementarios o variables»), por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo*".

Cabe sumar a lo anterior la inclusión en el concepto de retribución de los regímenes profesionales de Seguridad Social, que incluyen prestaciones destinadas

[40] Arce, 1999, p. 2; Cabeza Pereiro, 2012, p. 93. Como se declaró en las SSTJUE de 17 de mayo de 1990 (Asunto C-262/88) y de 26 de junio de 2001 (Asunto C-381/99).

[41] SSTJUE de 9 de febrero de 1999 (Asunto C-167/97) y de 9 de diciembre de 2004 (Asunto C-129/02).

[42] Identificadas también como retribución. STJUE de 9 de febrero de 1982 (Asunto C-12/81).

[43] STJUE de 21 de octubre de octubre de 1999 (Asunto C-333/97).

[44] STJUE de 9 de septiembre de 1999 (Asunto C-281/1997).

[45] STJUE de 30 de marzo de 2000 (Asunto C-236/98).

a completar aquellas de los regímenes legales de Seguridad Social. En efecto, la mencionada tendencia extensiva en la interpretación del concepto de retribución, según la cual en él se incluyen todas las prestaciones que recibe el trabajador con motivo de la relación de trabajo aun cuando no sean estrictamente salario, debe completarse con la consideración de que el concepto de retribución integra las contribuciones empresariales a fondos de pensiones, como señaló la STJUE de 11 de marzo de 1981 (Asunto C-69/80) respecto de un régimen de jubilación pagado por la empresa. En opinión del TJUE, dichas cantidades constituían salario, si bien diferido al futuro; por lo que las contribuciones empresariales a los regímenes profesionales de Seguridad Social quedan integradas en el concepto de retribución[46]. La jurisprudencia del TJUE siguió esta misma vía interpretativa al extender el principio de igualdad retributiva a las pensiones destinadas a funcionarios apoyándose en la concurrencia del criterio del empleo, según el cual si el abono de la pensión al trabajador trae su causa en la relación de trabajo que le vincula a su empresario, se estaría en presencia de un régimen profesional de Seguridad Social[47]. Actualmente, la igualdad y no discriminación en los regímenes profesionales de Seguridad Social se encuentra recogida en el artículo 5 de la Directiva 2006/54/CE.

Al margen del concepto de retribución que utiliza la normativa comunitaria se encuentran las prestaciones de la Seguridad Social pública -integradas estas últimas en el ámbito de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materias de Seguridad Social[48]-, que son las que se encuentran reguladas de forma exclusiva por la ley, sin intervención de ningún tipo de concertación en la empresa o sector profesional y obligatorias respecto de las categorías generales de trabajadores, si bien el criterio decisivo es que no encuentren su causa en la relación de trabajo que les vincula con el empleador.

B. El significado de "igual trabajo o trabajo de igual valor"

Según dispone el artículo 4 de la Directiva 2006/54/CE -en la línea de lo preceptuado por el artículo 157 del TFUE respecto de la garantía de la igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor-[49], debe eliminarse cualquier discriminación en la retribución no solo en referencia a un mismo trabajo sino también respecto de "*un trabajo de igual valor*". La habitual segregación existente en los empleos ha contribuido a mantener los diferentes niveles salariales entre hombres y mujeres, lo que ha ocasionado que se mantengan valoraciones distintas para puestos ocupados por unos y otras; esto ha generado

[46] STJUE de 13 de mayo de 1986 (Asunto C-170/84), Guerrero Padrón, 2003, p. 67.

[47] STJUE de 12 de septiembre de 2002 (Asunto C-351/00), Sande Pérez Bedmar, 2006, p. 229.

[48] STJUE de 14 de septiembre de 2023 (Asunto C-113/22).

[49] STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto 624/19). Señala el efecto directo de ese apartado primero del artículo 157 TFUE.

que resulte muy difícil, en la práctica, definir de una manera real el trabajo de igual valor.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión ha ofrecido un importante elenco de pronunciamientos que han ayudado a resolver las complejidades de la comparación entre trabajos iguales o de igual valor, que no tienen por qué coincidir en el tiempo, como declaró la STJUE de 27 de marzo de 1980 (Asunto C-129/79), que afirmó que la comparación puede producirse entre trabajos no simultáneos (una mujer requería la misma retribución que un hombre que previamente había ocupado el mismo puesto de trabajo para el mismo empleador); tampoco tienen por qué coincidir en un mismo espacio, como afirmó el TJUE en una decisión posterior en la que declaró que si las condiciones de retribución pueden atribuirse a una fuente única, (único empresario) el trabajo y la retribución de estos trabajadores pueden compararse, aun cuando estos presten servicios en establecimientos distintos[50].

En términos generales, el TJUE ha declarado que, para apreciar que unos trabajadores realizan el mismo trabajo o un trabajo al que se pueda atribuir el mismo valor (trabajo comparable), debe tenerse en cuenta el conjunto de elementos fácticos que concurran en cada caso concreto, como la naturaleza del trabajo, las condiciones de formación o las condiciones laborales en las que se desarrolla la prestación. De ello se deduce, en particular, que la clasificación de los trabajadores en la misma categoría profesional prevista en convenio colectivo no es suficiente, por sí sola, para concluir que realizan el mismo trabajo o un trabajo de valor igual[51] puesto que dicha clasificación no excluye que existan otros factores que conduzcan a otra conclusión. Por tanto, debe comprobarse –por el órgano jurisdiccional nacional– si concurren otros elementos que determinen que los trabajadores desempeñan un mismo trabajo o un trabajo comparable. Así, por ejemplo, el criterio del esfuerzo muscular, que parece favorecer en principio a los hombres[52] puede justificar una diferencia salarial y no resultar discriminatorio pero siempre que el sistema de clasificación profesional en la empresa contemple también presupuestos que respondan a las especiales aptitudes de las mujeres o si adopta otro tipo de criterios neutrales con respecto al sexo; o, tratándose de la formación profesional, puede justificarse su exigencia, de igual modo, si se acreditara que esa formación tiene importancia para el desarrollo de las tareas encomendadas al trabajador. En este sentido, se ha considerado[53] que no se encontraban en una situación comparable dos grupos de trabajadores (en ese caso, psicoterapeutas: psicólogos –mayoritariamente mujeres– y médicos –en su mayoría hombres–) que habían recibido una formación profesional diferente y que, debido al alcance

[50] STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto C- 624/2019).

[51] STJUE de 26 de junio de 2001 (Asunto C-381/99).

[52] STJUE de 1 de julio de 1986 (Asunto C-237/85).

[53] STJUE de 11 de mayo de 1999 (Asunto C-309/97).

de la habilitación que se derivaba de dicha formación, podían ser requeridos para ejercer tareas y funciones diferentes.

La Directiva (UE) 2023/970, en su artículo 3.1.g) ha definido recientemente "trabajo de igual valor" como "*un trabajo que se considere de igual valor con arreglo a los criterios no discriminatorios, objetivos y neutros con respecto al género a que se refiere el artículo 4, apartado 4*", que alude a las estructuras retributivas que deben permitir evaluar, si los trabajadores se encuentran en una situación comparable, sobre la base de criterios objetivos y neutros con respecto al género acordados con los representantes de los trabajadores, de existir tales representantes.

No cabe duda, a partir de lo expuesto, de que un sistema de clasificación en el que claramente se empleen criterios neutros en cuanto al género resulta ser lo más apropiado para evitar sospechas de discriminación. Se admiten, desde luego, diferencias de retribución, pero han de estar justificadas por circunstancias que constituyan razones objetivas ajenas a todo trato discriminatorio. El valor del trabajo debe evaluarse y compararse utilizando criterios objetivos tales como los requisitos educativos, profesionales y de formación, la cualificación, el esfuerzo y la responsabilidad, los trabajos realizados y la naturaleza de los trabajos en cuestión. La mayoría de los Estados miembros, entre los que se encuentra nuestro país, ya han incorporado en sus legislaciones el concepto de trabajo de igual valor (art. 28.1 ET).

C. La eliminación de discriminaciones indirectas en materia retributiva

Como se apuntó, es discriminatoria una medida aparentemente objetiva que afecte a ambos sexos de forma desigual. Las discriminaciones indirectas son las más difíciles de detectar y eliminar, no solo por su difusa configuración y definición, sino también por la necesidad de determinarlas casuísticamente al descubrir una causa no prohibida que, tras un análisis, se presenta como productora del mismo efecto perverso que se pretende eliminar. Puede recordarse que la discriminación indirecta se encuentra recogida en el artículo 2.b) de la Directiva 2006/54/CE y artículo 3.1.j) de la Directiva (UE) 2023/970 que señalan que debe situar a personas de un sexo determinado en "*desventaja particular*" respecto de personas del otro sexo.

El TJUE se ha planteado la existencia de discriminación en las diferencias retributivas con referencia, en la mayoría de los casos, a las desigualdades entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial. En el primer asunto sobre discriminación salarial indirecta entre estos grupos de trabajadores fue el de la STJUE de 31 de marzo de 1981 (Asunto C-96/80), en la que el Tribunal consideró que, el hecho de que el trabajo a tiempo parcial fuera realizado mayoritariamente por mujeres –mientras que el trabajo a tiempo completo se asumiera de forma mayoritaria por hombres–, podía suponer una discriminación prohibida. En tal

caso, se demostró –a través de datos porcentuales– que la diferencia retributiva desfavorable correspondía a una categoría trabajadores y que esta estaba integrada por mujeres en su mayoría, lo que le llevó a entender que existía discriminación indirecta. Otros asuntos posteriores dignos de mención estuvieron referidos a compensaciones por pérdida de salario, diferente para trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo[54], a restricciones de compensación por participar trabajadores a tiempo parcial en cursos de formación sobre actividades de los miembros de juntas de personal[55] o al reconocimiento del derecho a participar en un plan de pensiones de empresa a los trabajadores a tiempo parcial[56].

Si es posible probar que un grupo de mujeres han sido perjudicadas salarialmente en relación con los hombres, corresponde al empresario acreditar que los criterios de retribución tienen justificación objetiva y que son ajenos a cualquier discriminación (art. 19 Directiva 2006/54/CE).

4.5. Extinción de la relación de trabajo

La expresión "*condiciones de trabajo*" no solo se refiere a las que rigen la actividad laboral durante el tiempo en el que está vigente la relación de trabajo sino, también, a las condiciones que concurren en el momento de su terminación. El despido se menciona expresamente en el artículo 14.1.c) de la Directiva 2006/54/CE como situación a la que se aplica el principio de igualdad de trato, pero esta circunstancia debe entenderse extensiva a cualquier otra forma de finalización de la relación laboral.

Se ha desarrollado un concepto bastante amplio de "despido" que cubre, además de este, todas las situaciones en las que se produce la resolución de la relación laboral, ya sea por voluntad del trabajador, voluntad conjunta de las partes o cumplimiento de un plazo, término o condición. Así, por ejemplo, se entendió que el término despido comprendía la extinción de la relación laboral en virtud de un cese voluntario en la STJUE de 21 de julio de 2005 (Asunto C-207/04), en la que el Tribunal de Justicia decidió que era discriminatorio para los trabajadores masculinos el otorgamiento de ventajas fiscales a las indemnizaciones por cese voluntario de los hombres mayores de 55 años, cuando a las mujeres se les exigía ser mayores de 50 años.

Por último, puede apuntarse que los requisitos que permiten constatar si un trabajador, en caso de despido improcedente, tenía derecho a ser readmitido o a ser contratado nuevamente se encontraban también comprendidos en las condiciones de despido, según afirmó el Tribunal de Justicia en la STJUE de 9 de febrero de 1999 (Asunto C-167/97), a diferencia del derecho a obtener una indemnización

[54] STJUE de 6 de febrero de 1996 (Asunto C-457/93).

[55] STJUE de 7 de marzo de 1996 (Asunto C-278/93).

[56] SSTJUE de 24 de octubre de 1996 (Asunto C-435/93) y de 16 de mayo de 2000 (Asunto C-104/98).

en esas circunstancias, que se ha de entender incluido en el ámbito de aplicación de la igualdad de retribución.

4.6. La participación en organizaciones sindicales y profesionales

La Directiva 2006/54/CE, en su artículo 14.2.d) dispone que no se ha de ejercer ninguna discriminación por razón de sexo en relación con "*la afiliación y la participación en una organización de trabajadores o empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas*". Respecto de la integración en organizaciones de defensa de los intereses de trabajadores y empresarios o profesionales resulta de aplicación el principio de igualdad de trato, especialmente en lo que se refiere al acceso y participación en las mismas.

Dicho precepto va dirigido a proteger los derechos de asociación profesional y laboral frente a las actitudes contrarias al principio de igualdad que puedan limitar la defensa de esos derechos en el entorno laboral o corporativo. Como declaró la Confederación Europea de Sindicatos, la creciente feminización del mercado laboral y el elevado nivel de estudios de las mujeres en la mayoría de los países de la Unión no ha impedido que estas encuentren dificultades a la hora de acceder a puestos de responsabilidad en las organizaciones sindicales y empresariales.

La baja participación de las mujeres en la actividad de las organizaciones sindicales y empresariales ha llevado a las instituciones europeas a recalcar la necesidad de conseguir una representación más equilibrada y proporcional en sus órganos. Para ello se han implantado distintas iniciativas, como la introducción de cuotas, la reserva de puestos a las mujeres en los órganos de toma de decisiones o la adopción de medidas tendentes a proporcionar a las mujeres formación específica para que puedan desplegar sus dotes de dirección en ese ámbito y la puesta en marcha de campañas de sensibilización para impulsar cambios educativos que posibiliten una ruptura de estereotipos y roles tradicionales.

5. El principio de igualdad y no discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género

El sexo o el género son también causas de discriminación en el entorno de trabajo desde otras perspectivas distintas de la pura condición biológica como son las vinculadas a los patrones de atracción sexual (tendencia sexual), la vivencia personal acerca del propio género o la manifestación externa del mismo (identidad de género). Esos aspectos relativos a la tendencia u orientación sexual y la identidad de género pueden englobarse en el más genérico de orientación sexual que, como causa de discriminación, contempla la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

La orientación sexual en sentido estricto puede entenderse como la capacidad del individuo de sentir atracción sexual por personas de un género diferente, del mismo género o de más de un género. Normalmente, los asuntos relativos a la discriminación por motivos de orientación sexual atañen a personas que reciben un trato desfavorable por su condición de homosexual o bisexual, pero esta característica puede también concernir a la discriminación basada en el hecho de ser heterosexual.

Hasta el Tratado de Ámsterdam, la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual no estaba amparada por el Derecho comunitario puesto que excedía de sus competencias -el TJUE había entendido que la discriminación por razón de sexo no abarcaba la discriminación por orientación sexual[57]. A partir de la inclusión de este motivo de discriminación entre las prohibiciones que acogía dicho Tratado se ha ido produciendo una evolución en su reconocimiento, que fundamentalmente se manifestó en la Directiva 2000/78/CE, que estableció un marco de protección de la igualdad tanto frente a la discriminación directa como la indirecta, al acoso o la instrucción de discriminar -entre otros- por motivo de orientación sexual a la hora de solicitar un puesto de trabajo, obtener una promoción y asistir a formación, así como en materia de condiciones de trabajo, salario y despido. Por lo que se refiere a los derechos de las parejas del mismo sexo en el ámbito laboral, de la Directiva 2000/78/CE se desprende que el trato diferencial entre parejas homosexuales y parejas heterosexuales no casadas violaría el principio de igualdad de trato, puesto que se basaría únicamente en la orientación sexual de los miembros de la unión; por ello, los empresarios deben reconocer las mismas prestaciones a las uniones estables del mismo sexo que a las parejas no casadas de sexo opuesto.

El enfoque que surge a partir de la Directiva de 2000 se deja ver en sentencias como la TJUE de 1 de abril de 2008 (Asunto C-267/06), que se fundamentó en la prohibición de discriminación por orientación sexual. En este supuesto, las autoridades alemanas habían denegado la pensión de viudedad al cónyuge supérstite por no estar ésta prevista en los estatutos de la entidad de gestión de seguros para las parejas de hecho cuando, sin embargo, la ley alemana las equiparaba al matrimonio -homologaba miembro superviviente de la pareja a viudo-[58]. El TJUE puso de manifiesto que, si el Estado había decidido regular las uniones entre parejas del mismo sexo equiparándolas a las maritales, la negativa a la pensión constituía una discriminación por orientación sexual. Unos años después, la STJUE de 10 de mayo de 2011 (Asunto C-147/08) abordó la conformidad con la Directiva 2000/78/CE de una legislación nacional que establecía un trato diferenciado en el derecho al acceso a una pensión complementaria de jubilación entre parejas heterosexuales con unión matrimonial y parejas homosexuales con una relación estable formalmente registrada. El TJUE reiteró que, si se partía de que

[57] STJUE de 17 de febrero de 1998 (Asunto C-249/96), Navarro Nieto y otros, 2011, p. 254.

[58] Manzano Barragán 2009, p. 173.

el matrimonio y las parejas de hecho se reconocían como situaciones análogas, la regulación sobre deducciones en la pensión prevista solo para casos de matrimonio era contraria a la Directiva de igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En un sentido similar, la STJUE de 12 de diciembre de 2013 (Asunto C-267/12) declaró que la negativa a conceder a un trabajador que había celebrado "un pacto civil de convivencia" con una pareja del mismo sexo -pues en aquel momento no podían contraer matrimonio por la legislación nacional- las mismas ventajas que se habían atribuido a otros trabajadores por razón de su matrimonio (relativas a días de permiso especial retribuido y una prima salarial) constituía una discriminación directa por orientación sexual.

Más recientemente se ha analizado la vulneración del derecho a la no discriminación por orientación sexual en el contexto del acceso al empleo y al servicio profesional, que queda expresamente protegido por la Directiva 2000/78/CE (art. 3.a)[59]. El litigio de la STJUE de 23 de abril de 2020 (Asunto C-507/2018), tuvo su origen en unas declaraciones emitidas en un medio radiofónico, en las cuales un abogado afirmaba que nunca contrataría en su empresa ni recurriría a los servicios de personas con una determinada orientación sexual. Ante estas declaraciones, una asociación defensora de los derechos LGTBI le demandó por considerar que había incurrido en conducta constitutiva de discriminación. El TJUE recordó[60] que el concepto de "acceso al empleo y al servicio profesional" requiere una interpretación autónoma y uniforme, no debiendo ser objeto de una interpretación restrictiva. En esos casos, el TJUE ha considerado la existencia de una política de contratación homófoba cuando existe un vínculo no hipotético entre esas declaraciones y la política de contratación de personal del empresario; pues de no ser así, la esencia de la protección en materia de empleo y de ocupación concedida por esa Directiva podría resultar ilusoria.

La protección antidiscriminatoria relacionada con la orientación sexual se extiende también a la identidad de género. La noción de identidad de género más comúnmente aceptada engloba tanto los supuestos en los que los sujetos se someten a cirugía de reasignación de sexo, como también los modos de identificación del género de cada individuo y los medios elegidos por cada uno para manifestar su sexualidad, como el travestismo o, sencillamente, la adopción de una manera de hablar o de expresarse que suelen asociarse a miembros del sexo opuesto o a ambos. En términos generales, parece que la legislación en torno a la característica de la "identidad de género" requiere una considerable aclaración a escala tanto europea, como nacional. Recientes estudios de la normativa nacional que regula este ámbito ponen de relieve que no existe un enfoque uniforme en toda Europa y que, en general, se aprecia una división entre los Estados que abordan la identidad

[59] STJUE de 12 de enero de 2023 (Asunto C-356/21). La protección contra la discriminación por motivo de orientación sexual del artículo 3.1.a) y c) de la Directiva 2000/78/CE, se ha entendido extendida a la actividad por cuenta propia cuando los trabajadores autónomos se encuentren en una situación de vulnerabilidad comparable a la de un trabajador por cuenta ajena.

[60] STJUE de 25 de abril de 2013 (Asunto C-81/12).

de género como parte de la orientación sexual, y los que la tratan como parte de la discriminación por razón de sexo.

Con relación a la protección de los sujetos en los casos de reasignación de sexo, el Tribunal de Justicia ha sostenido que el ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres no puede reducirse únicamente a la prohibición de las discriminaciones que se derivan de la pertenencia a uno u otro sexo. En atención a su objeto y a los derechos que pretende proteger, dicho principio debe aplicarse igualmente a las discriminaciones que tienen lugar a consecuencia del cambio de sexo, pues se basan esencialmente, si no exclusivamente, en el sexo de una persona (considerando 3 de la Directiva 2006/54/CE). El Tribunal de Justicia, en STJUE de 30 de abril de 1996 (Asunto C-13/94), estimó contrario a la entonces vigente Directiva 76/207/CEE el despido de una persona transexual a raíz de su cambio de sexo. El caso hacía referencia a una empleada de un centro docente que había sido despedida tras comunicar su intención de someterse a una operación de reasignación de sexo de hombre a mujer, por lo que interpuso un recurso judicial al considerarse víctima de una discriminación por razón de sexo. Ante la duda sobre la aplicación al supuesto planteado de aquella Directiva de igualdad de trato entre hombres y mujeres, el juez nacional dirigió al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales con el fin de establecer si el despido de un transexual a causa de un cambio de sexo constituía una infracción de dicha norma, y si la misma prohibía tratar de forma diferente a un empleado en función de su transexualidad.

El TJUE ha insistido en su doctrina relativa a la incompatibilidad con las exigencias del Derecho de la Unión de una legislación nacional que no reconozca a quien ha cambiado de sexo su nueva identidad sexual, como así declaró en la STJUE de 27 de abril de 2006 (Asunto C-423/04). La Sra. Richards, que había nacido con sexo masculino en 1942, se había sometido a cirugía de cambio de sexo en 2001. Con base en su nuevo sexo, al cumplir los 60 años, solicitó una pensión de jubilación al Estado. La solicitud le fue denegada pues no había cumplido los 65 años, edad de jubilación para los hombres. En su decisión, el TJUE sostuvo que, al tener su origen en el cambio de sexo, la desigualdad de trato de la que la Sra. Richards fue objeto debió ser considerada una discriminación prohibida por la Directiva sobre igualdad de trato. En efecto, el Tribunal de Justicia ya había declarado que una legislación nacional que, al no reconocer a los transexuales su nueva identidad sexual, impedía que este reuniera uno de los requisitos necesarios para disfrutar de un derecho protegido por las disposiciones del Derecho Comunitario debía considerarse incompatible con esas disposiciones.

En fin, el trato desfavorable que resulta únicamente del hecho de un cambio de sexo constituye una discriminación directa por razón de sexo, diferenciable de la discriminación asociada con la orientación sexual (heterosexual, homosexual o bisexual) que engloba la identidad de género (femenino, masculino u otros -como intergénero, no binario o *queer*-) y la expresión sexual o de género.

6. Bibliografía

Alonso-Olea García, B. (2007): "La igualdad entre hombres y mujeres y de género en la Unión Europea" (*portal.uned.es*)

Ballester Pastor, M.A. (2007): "Los elementos conceptuales de la Ley para la Igualdad y la herencia comunitaria", en Temas Laborales, n.º 97.

Ballester Pastor, M.A. (2010): "Evolución del principio antidiscriminatorio comunitario: análisis crítico preliminar", *La transposición del principio antidiscriminatorio comunitario al ordenamiento jurídico laboral español*, ed. Tirant lo Blanch.

Ballester Pastor, M.A. (2011): "El principio de igualdad y no discriminación en el contexto de la Unión Europea" en *La dimensión social de la Unión Europea a partir del Tratado de Lisboa* (Coord. García Murcia, J.), ed. Gobierno del Principado de Asturias.

Ballestrero, M.V. (2006): "Igualdad y acciones positivas. Problemas y argumentos de una discusión infinita", en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 29.

Barnard, C. (2012): *EU Employment Law*, ed. Oxford.

Bergamaschi, M. (2001): "Perspectiva de género en la política de los sindicatos europeos", *Políticas de género en la Unión Europea* (Coord. Rossilli, M.), ed. Narcea.

Cabeza Pereiro, J. (2012): "La discriminación retributiva por razón de sexo como paradigma de discriminación sistémica", en Lan Harremanak, n.º 25.

Cruz Villalón, J. (2019): "Las medidas de acción positiva", *Derecho Social de la UE. Aplicación por el Tribunal de Justicia* (Dir. Casas Baamonde, M.E.), ed. Francis Lefebvre.

Fernández López, M.F. (2019): "Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral", *Derecho Social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia* (Dir. Casas Baamonde, M.E.), ed. Francis Lefebvre.

Ferradans Caramés, C. (2015): "Impacto de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los trabajadores a tiempo parcial" en *Tutela y promoción de la plena integración de la mujer en el trabajo (Homenaje a T. Pérez del Río)*, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

Figueroa Bello A. (2006): *El desarrollo progresivo del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en las Directivas europeas: ámbito salarial* (*www.juridicas.unam.mx*).

García Murcia, J. (2011): (Coord.) *La dimensión social de la Unión Europea a partir del Tratado de Lisboa*, ed. Gobierno del Principado de Asturias.

Girón Larrucea, J.A. (2001): "El principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el Tratado de la Comunidad Europea", en Anuario de Derecho Europeo.

Guerrero Padrón, T. (2003): "Directivas comunitarias sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y Seguridad Social", en Temas Laborales, n.º 68.

López López, J. y Chacártegui Jávea, C. (2000): "Las políticas de empleo comunitario sobre inserción de la mujer en el mercado de trabajo. Del principio de igualdad retributiva en el Tratado de Roma a la constitucionalización comunitaria del principio de igualdad de trato y de oportunidades en el Tratado de Ámsterdam", en Revista Española de Derecho del Trabajo, n.º 99.

Lousada Arochena, J.F. (2013): *El principio de igualdad entre hombres y mujeres. En especial, en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, ed. Repositorio Universidad de Coruña (*ruc.udc.es*).

Montoya Melgar, A. (2007): *Igualdad de hombres y mujeres*, ed. Thomson Civitas.

Montoya Melgar, A. (2008): "El acoso en el trabajo y su encuadramiento jurídico", en REDT, nº 140.

Mangas Martín, A. (2008): "Cincuenta años de igualdad de trato entre mujeres y hombres en la Unión Europea: Balance", AA.VV., *Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario* (*eprints.ucm.es*), ed. Marcial Pons.

Manzano Barragán, I. (2009): "La protección de las minorías sexuales en la Unión Europea", en Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 32.

Mateu Carruana, M.J. (2009): "Igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres en el empleo: significado y alcance de la Directiva 2006/54/CE" en Cuestiones actuales sobre Derecho Social Comunitario (Dir. M. Areta Martínez y A.V. Sempere Navarro), ed. Laborum.

Moreno Gené, J. y Romero Burillo, A.M. (1998): "Planes de pensiones y principio de igualdad: de la sentencia Bilka a la Directiva 96/97/CE", en Revista de Derecho Social, nº 1.

Mulder, J. (2017): *EU non discrimination law in the Courts. Aproaches to sex and sexualities discrimination in EU Law,* ed. Bloomsbury.

Nieves Nieto, N. de (2017), "Igualdad y no discriminación en materia salarial" en *Condiciones de Empleo y Relaciones de Trabajo en el Derecho de la Unión Europea. Un estudio de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi.

Nieves Nieto, N. de (2019), *El trabajo de la mujer en el Derecho de la Unión Europea*, ed. Thomson Reuters-Aranzadi.

Navarro Nieto, F. y otros (Dirs.) (2011): *Manual de Derecho de la Unión Europea*, ed.Tecnos.

Otero García-Castrillón, C. (2002): "Igualdad, género y medidas de acción-discriminación positiva en la política social comunitaria", en Revista de Derecho Comunitario, vol. 6, n.º 12.

Pérez Agulla, S. (2015): "De nuevo sobre el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo: algunas aportaciones recientes del TJUE (I)", en Trabajo y Derecho, n.º 11.

Pérez del Río, T. (2009): *La discriminación por razón de género en el empleo y las condiciones de trabajo*, ed. Consejo Andaluz de Relaciones de Trabajo.

Rey Martínez, F. (1995): *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, ed. McGraw-Hill.

Robles Carrillo, M. (2014): "El concepto de acoso en el Derecho Europeo", en Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 49.

Rodríguez Escanciano, S. (2019): "Condiciones de trabajo y discriminación salarial por razón de sexo", *Derecho Social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia* (Dir. Casas Baamonde, M.E.), ed. Francis Lefebvre.

Sánchez-Urán Azaña, Y. (1999): "El principio de no discriminación sexual en el Derecho Social Comunitario ¿avance sustancial del Tratado de Ámsterdam?", en Revista de la Facultad de Derecho de la UCM, nº extra 24.

Sande Pérez-Bedmar, M. de (2006): "Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en RMTAS, n.º 62.

Sanz Caballero, S. (2009): "De la exigencia de igualdad salarial a la política social comunitaria de atención a la maternidad y a la conciliación laboral y familiar: cuarenta años de promoción de la igualdad laboral por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", en Estudios de Economía Aplicada, vol.-27/3.

Sierra Hernaiz, E. (1999): *Acción positiva y empleo de la mujer,* ed. CES, Madrid.

UE-Comisión (2017): *Pay transparency in the EU, European Network of legal experts in gender and non-discrimination, A legal analysis of the situation in the EU Member States, Iceland, Liechtenstein and Norway*, European Commission, (*equalitylaw.eu*).

CAPÍTULO OCTAVO. Igualdad y no discriminación por origen racial o étnico; religión; convicciones; discapacidad; edad

Raquel Aguilera Izquierdo
Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0003-0383-293X

Sumario: 1. Introducción. 2. Discriminación por motivos de origen racial o étnico. 3. Discriminación por motivos de religión o convicciones. 3.1. Normativa de la ONU. 3.2. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la prohibición de discriminación por motivos religiosos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3.3. La prohibición de discriminación por razón de religión o convicciones en la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, y en la jurisprudencia del TJUE. 4. Discriminación por motivos de edad. 5. Discriminación por motivos de discapacidad. 5.1. Normativa de la ONU. 5.2. El Consejo de Europa. 5.3. La Unión Europea. 5.4. Otros organismos Internacionales. 5.5. Jurisprudencia del TJUE. A. Concepto de discapacidad. B. Ajustes razonables. C. Supuestos en los que puede entenderse que existe una discriminación por discapacidad. 6. Bibliografía.

1. Introducción

La Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, establece la igualdad de todos los seres humanos y la erradicación de la discriminación por cualquier motivo, entre ellos el origen racial, el idioma, la religión, el origen nacional o de nacimiento, o de cualquier otra condición (art. 2).

Posteriormente, el Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España en 1977, recoge en su art. 26 el derecho a la igualdad y no discriminación. Señala este precepto que: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas

las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 señala en su art. 2 que los "Estados Parte en este Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

Como norma internacional más específica en materia de discriminación racial, en 1965 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, que fue ratificada por España en 1969.

Y, como norma internacional más específica en materia de discapacidad, en 2006 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención Internacional sobre los derechos de la personas con discapacidad, ratificada por España en 2007. El art. 4 de esta norma señala que "los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad" y en su art. 5.2 insiste en que, "los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo".

Distintos organismos internacionales han aprobado también convenios, acuerdos, pactos, recomendaciones y disposiciones de todo tipo en defensa del principio de igualdad y no discriminación.

En este sentido, la OIT aprobó en 1958 el Convenio 111 relativo a la discriminación en materia de empleo y no discriminación, ratificado por España en 1968. Según su art. 1: "A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende: (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación".

Por su parte, el Consejo de Europa, organización internacional que tiene como objetivo principal la defensa, protección y promoción de los derechos humanos, la democracia y el estado de derecho, aprobó dos normas fundamentales en las que se prohíbe la discriminación; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, ratificado por España en 1979 (en adelante, CEDH), y la Carta Social Europea de 1961,

ratificada por España en 1980. La prohibición de discriminación está recogida en el art. 14 CEDH según el cual: "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación". La Carta Social Europea, revisada en 1996, ha sido ratificada por España en 2021, y al contrario que la Carta de 1961, contiene un artículo E (Parte V de la Carta) que prohíbe expresamente la discriminación en términos muy similares a como lo hace el art. 14 CEDH. Con el fin de asegurar el cumplimiento de los compromisos establecidos en el Convenio, se crea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuya competencia se extiende a todos los asuntos relativos a la interpretación y la aplicación del mismo. Al Tribunal sólo podrá recurrirse después de agotar las vías de recursos internos, tal como se entiende según los principios de derecho internacional generalmente reconocidos y en el plazo de seis meses a partir de la fecha de la resolución interna definitiva (art. 35 CEDH).

Por lo que se refiere a la Unión Europea debemos destacar dos directivas para combatir la discriminación y la igualdad de trato (dejando de lado la igualdad de trato entre hombres y mujeres que ha sido estudiada en el Capítulo anterior):

- La Directiva del Consejo 2000/43/CE, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que prohíbe la discriminación por origen racial o étnico en cualquier ámbito (empleo, educación, seguridad social, salud, acceso a bienes y servicios, etc.); y,
- La Directiva del Consejo 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que establece un marco para evitar la discriminación en el empleo por motivos de religión o creencia, discapacidad, edad y orientación sexual.

Existe una propuesta de Directiva que tiene por objeto aplicar el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual fuera del contexto laboral. Se trataría con esta propuesta de complementar el marco jurídico comunitario actual en el que la prohibición de discriminación por los motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual se circunscribe al empleo, la ocupación y la formación profesional.

La entrada en vigor del Tratado de Lisboa en diciembre de 2009 ha reforzado las competencias de la UE en el ámbito de la igualdad de trato y la no discriminación. En este sentido:

- El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea define la igualdad como uno de los valores centrales en los que se fundamenta la Unión, en el marco de una sociedad caracterizada por el pluralismo y la no discriminación.
- El artículo 19 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea establece que el Consejo de la Unión Europea, por unanimidad, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual.
- La Carta de Derechos Fundamentales prohíbe en su artículo 21 toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. La Carta de Derechos Fundamentales posee el mismo rango que los Tratados de la Unión Europea y sobre el Funcionamiento de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) interpreta la legislación de la UE para garantizar que se aplique de la misma manera en todos los países miembros y resuelve los litigios entre los gobiernos nacionales y las instituciones europeas.

2. Discriminación por motivos de origen racial o étnico

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial condena la discriminación racial y asume el compromiso de seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a promover el entendimiento entre todas las razas.

Los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente, y por lo que se refiere a la materia laboral, en el goce de los derechos siguientes: el derecho al trabajo, a la libre elección de trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, a la protección contra el desempleo, a igual salario por trabajo igual, a una remuneración equitativa y satisfactoria y el derecho a fundar sindicatos y a sindicarse (art. 5).

En esta Convención, según señala su art. 1, la expresión "discriminación racial" denota toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por

resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

La Convención crea un Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial que analiza las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado los Estados partes y que sirvan para hacer efectivas las disposiciones de la Convención. El Comité podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados partes. También podrá resolver asuntos sometidos al Comité por los Estados partes cuando consideren que otro Estado no cumple con las disposiciones de la Convención.

Por su parte la Directiva 2000/43/CE de 29 de junio, sobre aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, tiene por objeto "establecer un marco para luchar contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico, con el fin de que se aplique en los Estados miembros el principio de igualdad de trato" (art. 1). Por "principio de igualdad de trato" se entiende, a los efectos de esta Directiva, "la ausencia de toda discriminación, tanto directa como indirecta, basada en el origen racial o étnico" (art. 2.1).

Así, según señala expresamente el art. 2.2 de la Directiva, existirá discriminación directa cuando, por motivos de origen racial o étnico, una persona sea tratada de manera menos favorable de lo que sea, haya sido o vaya a ser tratada otra persona en situación comparable. Y, existirá discriminación indirecta, cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de origen racial o étnico concreto en desventaja particular con respecto a otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios. El considerando 15 del Preámbulo de la Directiva señala que las normas nacionales podrán disponer que la discriminación indirecta se establezca por cualquier medio, incluso basándose en pruebas estadísticas.

No obstante, el art. 4 de la Directiva admite que los Estados miembros pueden disponer que "una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el origen racial o étnico no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado". Ahora bien, como señala el Preámbulo de la Directiva, "en muy contadas circunstancias, una diferencia de trato puede estar justificada cuando una característica vinculada al origen racial o étnico constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el

requisito proporcionado. Dichas circunstancias deberán figurar en la información que facilitarán los Estados miembros a la Comisión". Por lo tanto, esta excepción resulta verdaderamente excepcional.

Asimismo, la Directiva también prevé la acción positiva dirigida a grupos étnicos con el fin de garantizar la plena igualdad en la práctica. De este modo, "el principio de igualdad de trato no impedirá que un Estado miembro mantenga o adopte medidas específicas para prevenir o compensar las desventajas que afecten a personas de un origen racial o étnico concreto".

El ámbito de la Directiva 2000/43/CE no es solo el estrictamente laboral. En efecto, la Directiva se aplica (art. 3) a todas las personas en relación con las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional; al acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica; a las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; y, a la afiliación y participación en una organización de trabajadores o empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas. Junto a estas materias, propiamente laborales, el art. 3 señala que la Directiva se aplica también en relación con: la protección social, incluida la seguridad social y la asistencia sanitaria; las ventajas sociales; la educación; y, el acceso a bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos, incluida la vivienda.

Después de delimitar su ámbito aplicativo el art. 3.2 de la Directiva señala que: "La presente Directiva no afecta a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entiende sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y de cualquier tratamiento derivado de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas". Con esta expresión, como ha señalado la doctrina, la Directiva pretende zanjar los problemas derivados de la conexión entre la discriminación por raza y la discriminación por nacionalidad[1].

La Directiva prohíbe las discriminaciones fundadas en el origen racial y étnico y no las basadas en la nacionalidad, que sólo quedarán incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva cuando escondan una discriminación racial. En la práctica muchas discriminaciones indirectas por motivos étnicos o raciales esconden diferencias de trato fundadas en la nacionalidad. En todo caso, el TJUE ha hecho una aplicación muy estricta de la excepción prevista en el art. 3.2 de la Directiva 2000/43/CE. La STJCE de 10 de julio de 2008, (Asunto C-54/07)

[1] Ballester Pastor, 2003.

es un ejemplo de ello. En este asunto el TJCE consideró que las declaraciones de un empresario en las que hacía referencia a su voluntad de no contratar a trabajadores "extranjeros" porque los clientes "no les dejaban entrar en sus casas", debían considerarse una discriminación directa fundada en el origen racial o étnico. Se muestra así la estrecha relación entre la condición de extranjero y las discriminaciones fundadas en el origen racial o étnico.

La Directiva establece la obligación de que los Estados miembros configuren procedimientos judiciales y/o administrativos, incluidos conciliatorios, para la defensa de las víctimas de discriminación étnica. Este derecho puede ejercitarse incluso tras la terminación del contrato con la sola precisión de los plazos de prescripción aplicables en cada Estado con relación al principio de igualdad de trato. Se establece también la obligación de que los Estados miembros velen para que las asociaciones con interés legítimo puedan iniciar en nombre del demandante o en su apoyo, y con su autorización, el correspondiente procedimiento judicial o administrativo (art. 7).

El art. 8 configura el principio de reparto de la carga de la prueba, de manera que frente a la presentación de indicios de discriminación, la carga de la prueba se traslada al demandado. Esta regla no se aplicará en los procedimientos penales.

Como ejemplo de un hecho que permite presumir la existencia de discriminación directa podemos citar la STJCE de 10 de julio de 2008, (Asunto C-54/07), según la cual, "las declaraciones públicas mediante las que un empleador da a conocer que, en el marco de su política de contratación, no empleará a trabajadores de determinado origen étnico o racial bastan para presumir la existencia de una política de contratación directamente discriminatoria, en el sentido del art. 8.1 de la Directiva 2000/43". Incumbe en tal caso a ese empleador probar que no se ha vulnerado el principio de igualdad de trato.

Por otro lado, la STJUE de 19 de abril de 2012, (Asunto C-415/10), considera que el art. 8.1 de la Directiva 2000/43, debe interpretarse en el sentido de que no prevé "el derecho de un trabajador que alega de forma verosímil que no reúne las condiciones enunciadas en un anuncio de contratación y cuya candidatura no ha sido seleccionada de acceder a la información que indica si al término del proceso de selección el empresario ha contratado a otro trabajador". Sin embargo, esa denegación total de acceso a la información demandada puede constituir "uno de los factores que se deben tener en cuenta en el contexto de la acreditación de los hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta".

Los Estados miembros están obligados a adoptar las medidas necesarias para proteger a los trabajadores de las represalias que puedan producirse ante una reclamación o ante un procedimiento destinado a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato (art. 9). Asimismo, adquieren la obligación de fomentar el diálogo social entre los interlocutores sociales a fin de promover

la igualdad de trato y el diálogo con las correspondientes organizaciones gubernamentales (arts. 11 y 12).

Cada Estado miembro designará uno o más organismos responsables de la promoción de la igualdad de trato entre todas las personas sin discriminación por motivo de su origen racial o étnico (art. 13).

El art. 15 de la Directiva dispone que los Estados miembros establecerán el régimen de sanciones aplicables en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de esta Directiva y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar la aplicación de tales sanciones. Sin imponer sanciones concretas, dicho artículo precisa que las sanciones así previstas, que pueden incluir la indemnización a la víctima, deben ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. Se señala un plazo específico para que se comunique a la Comisión el alcance de dichas sanciones (el art. 15 de la Directiva fija el plazo en el 19 de julio de 2003).

El citado art. 15 obliga, por tanto, a los Estados miembros a establecer en su ordenamiento jurídico interno medidas de eficacia suficiente para alcanzar el objetivo de la Directiva 2000/43 y a hacerlo de tal manera que esas medidas se puedan invocar efectivamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales, también por una asociación, organización o persona jurídica tal como se contempla en art. 7.2 de dicha Directiva, para que la tutela judicial sea real y eficaz, dejándoles al mismo tiempo la libertad de elegir entre las diferentes soluciones apropiadas para alcanzar tal objetivo.

En este sentido, la STJUE de 15 de abril de 2021, (Asunto C-2021/269), ha señalado que cuando la reparación pecuniaria es la medida adoptada en caso de declaración de la existencia de discriminación, debe ser adecuada en el sentido de que ha de permitir que se compensen íntegramente los perjuicios efectivamente sufridos a causa de la discriminación en cuestión, según las normas nacionales aplicables. En cambio, una sanción meramente simbólica no puede considerarse compatible con la aplicación correcta y eficaz de la Directiva 2000/43. Para la sentencia citada, "los artículos 7 y 15 de la Directiva 2000/43, en relación con el artículo 47 de la Carta, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que impide a un órgano jurisdiccional que conozca de un recurso de indemnización basado en una alegación de discriminación prohibida por dicha Directiva examinar la pretensión de que se declare la existencia de tal discriminación, cuando el demandado acepta abonar la indemnización reclamada sin reconocer no obstante la existencia de esa discriminación". Por consiguiente, el mero pago de un importe pecuniario, aunque sea reclamado por el demandante, no garantiza la tutela judicial efectiva de una persona que solicita que se constate la existencia de la violación de su derecho a la igualdad de trato que se deriva de la citada Directiva, en particular cuando el principal interés de esa persona no es económico, sino que se acrediten los hechos reprochados al demandado así como su calificación jurídica. El mero pago de una cantidad de dinero sin que se

reconozca la existencia de discriminación choca tanto con la función reparadora como con la función disuasoria que deben tener las sanciones previstas por los Estados miembros.

Por último, en relación con las sanciones, en el caso de que no haya víctima directa de una discriminación sino un organismo, que estando facultado para ello por la ley, solicita que se declare y sancione una discriminación, el TJUE ha señalado que las sanciones deben ser también efectivas, proporcionadas y disuasorias. Así, "esas sanciones pueden consistir en su caso, y si ello parece apropiado para la situación controvertida en el litigio principal, en la declaración de la discriminación por el tribunal o la autoridad administrativa competente, acompañada del grado de publicidad adecuado, cuyo coste en tal caso soporte la parte demandada. Pueden también consistir en la conminación al empleador, según las reglas del Derecho nacional, a cesar en la práctica discriminatoria declarada, en su caso junto con una multa coercitiva. Pueden consistir además en la concesión de una indemnización al organismo que haya promovido el procedimiento"[2].

3. Discriminación por motivos de religión o convicciones

3.1. Normativa de la ONU

Como ya hemos señalado, en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los Pactos internacionales de Derechos Humanos se proclaman los principios de no discriminación y de igualdad ante la ley. En concreto, el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión aparece recogido en el art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966.

Sin embargo, el interés de la ONU por este tema no se ha limitado a los instrumentos generales para la protección de los derechos humanos, y la Asamblea General decidió la preparación de dos instrumentos distintos y autónomos que tratasen específicamente la cuestión de la eliminación de las formas de intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones: una Declaración y una Convención internacional. En el año 1981 la ONU aprobó la Declaración sobre eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones (Declaración de 25 de noviembre de 1981), pero el proyecto de elaborar una Convención internacional no ha dado su fruto. De este modo, no se ha cumplido el objetivo de establecer obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados, así como la creación de mecanismos específicos de protección que garanticen el ejercicio efectivo del derecho de libertad religiosa.

Señala el art. 1 de esta Declaración que, "toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho incluye la libertad de tener una religión o cualesquiera convicciones de su elección, así como

[2] STJCE de 10 de julio de 2008, (Asunto C-54/07).

la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la observancia, la práctica y la enseñanza". "Nadie será objeto de discriminación por motivos de religión o convicciones por parte de ningún Estado, institución, grupo de personas o particulares" (art. 2.1). Se entiende por intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones "toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin o efecto sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales" (art. 2.2).

3.2. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y la prohibición de discriminación por motivos religiosos en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma en noviembre de 1950 (CEDH), dispone en su art. 9 que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y que este derecho implica, en particular, la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

Por su parte el art. 14 del Convenio prohíbe la discriminación en el goce de los derechos y las libertades reconocidos en el Convenio.

El art. 9 indica distintas formas que puede tomar la manifestación de la creencia religiosa de una persona como el culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos, pero no protege cualquier acto motivado por una religión o creencia.

El TEDH ha considerado que viola el art. 9 del Convenio el despido de una profesora al quedar probado que el mismo tuvo lugar por sus convicciones y por considerar que hacía proselitismo entre los alumnos a favor de una organización religiosa no admitida en el registro[3].

Por otro lado, el TEDH ha declarado que constituye una medida razonable y proporcionada exigir a un trabajador que solicita permiso para celebrar un día de fiesta religiosa musulmana, probar la pertenencia a la fe musulmana, al existir dudas por su comportamiento en los últimos años (nunca había manifestado públicamente su pertenencia a la religión musulmana y en un período de ocho años cambió de creencias tres veces). Por lo tanto, no hay violación de los arts. 9 y 14 del Convenio[4].

[3] STEDH de 12 de abril de 2007.

[4] STEDH de 13 de abril de 2006.

En opinión del TEDH, no es irrazonable que la iglesia o las comunidades religiosas esperen un cierto grado de lealtad de los profesores de religión en la medida en que son vistos como sus representantes. La existencia de discrepancias entre las ideas que deben enseñarse y las creencias personales del profesor pueden dar lugar a una cuestión de credibilidad si el profesor realiza campañas activas y públicamente en contra de las ideas en cuestión. Con el fin de mantener su credibilidad, la religión debe ser enseñada por una persona cuyo modo de vida y declaraciones públicas no estén frontalmente en desacuerdo con la religión en cuestión, especialmente cuando se supone que la religión dirige la vida privada y las creencias personales de sus seguidores[5].

La no renovación del contrato de trabajo a una asistente social en un hospital público por su negativa a quitarse el velo se ha considerado una medida encuadrada en el margen de apreciación del Estado y justificada en la necesaria neutralidad del servicio público hospitalario que podría verse comprometida por la actitud de sus agentes. Se trata de una injerencia en el derecho a la libertad religiosa justificada en los principios de laicidad del Estado y el de neutralidad de los servicios públicos, corolario del principio de igualdad que rige el funcionamiento de estos servicios y que tiene como objetivo el respeto a todas las creencias[6].

Para el TEDH una restricción en la manifestación de una religión o creencia en el lugar de trabajo puede constituir una injerencia en los derechos del artículo 9 y requiere una justificación incluso en casos donde el empleado acepta voluntariamente un empleo o una tarea que no se ajusta a la práctica en cuestión o donde existen otros medios abiertos a la persona para practicar u observar su religión como, por ejemplo, renunciando al empleo u ocupando un nuevo puesto. "Dada la importancia en una sociedad democrática de la libertad de religión, el Tribunal considera que, cuando una persona alega una restricción a la libertad de religión en el lugar de trabajo, en lugar de declarar que la posibilidad de cambiar de trabajo evitaría cualquier injerencia con el derecho, la mejor aproximación sería sopesar la posibilidad de considerar en el balance total si la restricción era proporcionada o no"[7].

3.3. La prohibición de discriminación por razón de religión o convicciones en la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, y en la jurisprudencia del TJUE

La prohibición de discriminación basada en la religión o las convicciones tiene carácter imperativo como principio general del derecho de la Unión. Establecida en el art. 21.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, esta prohibición es suficiente por sí sola para conferir a los particulares

[5] STEDH de 12 de junio de 2014.

[6] STEDH de 26 de noviembre de 2015.

[7] STEDH de 15 de enero de 2013.

un derecho invocable como tal en un litigio que les enfrente en un ámbito regulado por el Derecho de la Unión.

Por su parte, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, sobre establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, tiene por objeto establecer un marco general para luchar contra la discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual en dicho ámbito. Por lo que se refiere al concepto de religión que utiliza esta Directiva, el TJUE ha entendido que cubre tanto "el forum internum, a saber, el hecho de tener convicciones, como el forum externum, a saber, la manifestación pública de la fe religiosa"[8].

En todo caso, hay que tener en cuenta, que para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea[9] los términos "religión o convicciones" que figuran en el artículo 1 de la Directiva 2000/78 deben interpretarse en el sentido de que constituyen un solo y único motivo de discriminación, que abarca tanto las convicciones religiosas como las convicciones filosóficas o espirituales. En consecuencia, "el margen de apreciación reconocido a los Estados miembros no puede conducir a permitir a estos o a los órganos jurisdiccionales nacionales dividir, en varios motivos, uno de los motivos de discriminación enumerados de manera exhaustiva en el artículo 1 de la Directiva 2000/78, so pena de desvirtuar el texto, el contexto y la finalidad de ese motivo y menoscabar el efecto útil del marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación establecido por dicha Directiva. Efectivamente, dado que el motivo de discriminación 'religión o convicciones' abarca a todos los trabajadores de la misma manera, un enfoque segmentado de ese motivo, según el objetivo perseguido por la norma en cuestión, tendría como consecuencia crear subgrupos de trabajadores y menoscabar así el marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación establecido por la Directiva 2000/78".

El contenido de esta Directiva es muy similar en muchos aspectos al de la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, sobre aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

Esta Directiva se aplicará a todas las personas, por lo que respecta tanto al sector público como al privado, incluidos los organismos públicos, en relación con las siguientes materias (art. 3): las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad y en todos los niveles de la clasificación profesional, con inclusión de lo relativo a la promoción; el acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional, formación profesional superior y reciclaje, incluida la experiencia laboral práctica; las condiciones de empleo y trabajo, incluidas las de despido y remuneración; la afiliación y participación en

[8] STJUE de 14 de marzo de 2017, (Asunto C-2017/204).

[9] STJUE de 13 de octubre de 2022, (Asunto C-2020/344).

una organización de trabajadores o de empresarios, o en cualquier organización cuyos miembros desempeñen una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

Al igual que la Directiva 2000/43/CE, esta Directiva "no afectará a la diferencia de trato por motivos de nacionalidad y se entenderá sin perjuicio de las disposiciones y condiciones por las que se regulan la entrada y residencia de nacionales de terceros países y de apátridas en el territorio de los Estados miembros y del trato que se derive de la situación jurídica de los nacionales de terceros países y de los apátridas" (art. 3.2).

A los efectos de esta Directiva se entenderá por principio de igualdad de trato la ausencia de toda discriminación directa o indirecta por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual (art. 2). En este sentido, la Directiva recuerda que existe discriminación directa cuando una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada de manera menos favorable que otra en situación análoga por alguno de los motivos mencionados; y existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con una religión o convicción, con una discapacidad, de una edad, o de una orientación sexual determinadas, respecto de otras personas, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y salvo que los medios para la consecución de esta finalidad sean adecuados y necesarios.

El TJUE se ha pronunciado acerca de si constituye una discriminación directa por motivos de religión o convicciones una norma interna de una empresa privada que prohíbe llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo. Para el Tribunal una norma de esta índole no constituye tal discriminación si atañe indistintamente a cualquier manifestación de esas convicciones y trata por igual a todos los trabajadores de la empresa, imponiéndoles, de forma general e indiferenciada, especialmente una neutralidad indumentaria que se opone al uso de tales signos[10]. Si la norma, por tanto, se aplica de forma general e indiferenciada, no establece una diferencia de trato basada en un criterio ligado a la religión o las convicciones[11].

Para el TJUE[12], una norma interna de una empresa que prohíbe a los trabajadores llevar cualquier signo visible de convicciones políticas, filosóficas o religiosas en el lugar de trabajo, constituye una diferencia de trato basada indirectamente en la religión o las convicciones, pero puede estar justificada por la voluntad del empresario de seguir un régimen de neutralidad política, filosófica y religiosa ante sus clientes o usuarios, siempre que:

[10] STJUE de 14 de marzo de 2017, (Asunto C-157/15).

[11] STJUE de 15 de julio de 2021, (Asuntos C-804/18 y C-341/19).

[12] STJUE de 15 de julio de 2021, (Asuntos C-804/18 y C-341/19).

- en primer lugar, este régimen responda a una verdadera necesidad de este empresario, necesidad que deberá acreditar tomando en consideración especialmente las expectativas legítimas de sus clientes o usuarios y las consecuencias desfavorables que sufriría de no adoptarse dicha medida;
- en segundo lugar, esa diferencia de trato sea apta para garantizar la correcta aplicación de dicho régimen de neutralidad;
- en tercer lugar, esa prohibición se limite a lo estrictamente necesario en consideración a la amplitud y la gravedad real de las consecuencias desfavorables que el empresario pretende evitar con esa prohibición; y,
- en cuarto lugar, esa prohibición debe cubrir toda forma visible de expresión de las convicciones políticas, filosóficas o religiosas. En todo caso, no puede limitarse solo al uso de signos vistosos y de gran tamaño pues ello puede constituir una discriminación directa basada en la religión o las convicciones.

El art. 4.1 de la Directiva, al igual que la Directiva 2000/43/CE, prevé que "los Estados miembros podrán disponer que una diferencia de trato basada en una característica relacionada con cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 1 no tendrá carácter discriminatorio cuando, debido a la naturaleza de la actividad profesional concreta de que se trate o al contexto en que se lleve a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado". En todo caso, y como también lo hace la Directiva 2000/43/CE, el considerando 23 del Preámbulo de la Directiva 2000/78/CE señala que "en muy contadas circunstancias, una diferencia de trato puede estar justificada cuando una característica vinculada a la religión o convicciones, a una discapacidad, a la edad o a la orientación sexual constituya un requisito profesional esencial y determinante, cuando el objetivo sea legítimo y el requisito, proporcionado. Dichas circunstancias deberán figurar en la información que facilitarán los Estados miembros a la Comisión".

El TJUE ha declarado reiteradamente que lo que debe constituir un requisito profesional esencial y determinante no es el motivo en el que se basa la diferencia de trato sino una característica relacionada con dicho motivo [13] e insiste en afirmar que se trata de un requisito objetivamente dictado por la naturaleza de la actividad profesional de que se trate o por el contexto en que ésta se lleve a cabo. En cambio, no puede cubrir consideraciones subjetivas, como la voluntad del empresario de tener en cuenta los deseos particulares de un cliente de que los servicios de dicho empresario no sigan siendo prestados por una trabajadora que lleva un pañuelo islámico [14].

[13] Ver, STJUE de 12 de enero de 2010, (Asunto C-229/08); 13 de septiembre de 2011, (Asunto C-447/09); 13 de noviembre de 2014, (Asunto C-416/13); 15 de noviembre de 2016, (Asunto C-258/15).

[14] STJUE de 14 de marzo de 2017, (Asunto C-2017/204).

Por su parte, el art. 4.2 de la Directiva toma en consideración el derecho a la autonomía de las iglesias y de las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se basa en la religión o las convicciones, reconocido en el art. 17 TFUE y en el art. 10 de la Carta. De este modo, el art. 4.2 trata de garantizar el justo equilibrio entre el derecho a la autonomía de las iglesias y de las demás organizaciones cuya ética se basa en la religión o las convicciones, por un lado, y, por otro lado, el derecho de los trabajadores a no ser objeto de una discriminación basada en la religión o las convicciones. Para ello el precepto señala los criterios que deben tenerse en cuenta al efectuar la necesaria ponderación para garantizar el justo equilibrio entre esos derechos eventualmente concurrentes.

El art. 4.2 señala literalmente lo siguiente:

> *"Los Estados miembros podrán mantener en su legislación nacional vigente el día de adopción de la presente Directiva, o establecer en una legislación futura que incorpore prácticas nacionales existentes el día de adopción de la presente Directiva, disposiciones en virtud de las cuales en el caso de las actividades profesionales de iglesias y de otras organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones de una persona, por lo que respecta a las actividades profesionales de estas organizaciones, no constituya discriminación una diferencia de trato basada en la religión o las convicciones de una persona cuando, por la naturaleza de estas actividades o el contexto en el que se desarrollen, dicha característica constituya un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de la organización. Esta diferencia de trato se ejercerá respetando las disposiciones y principios constitucionales de los Estados miembros, así como los principios generales del Derecho comunitario, y no podrá justificar una discriminación basada en otro motivo.*

Siempre y cuando sus disposiciones sean respetadas, las disposiciones de la presente Directiva se entenderán sin perjuicio del derecho de las iglesias y de las demás organizaciones públicas o privadas cuya ética se base en la religión o las convicciones, actuando de conformidad con las disposiciones constitucionales y legislativas nacionales, podrán exigir en consecuencia a las personas que trabajen para ellas una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de la organización".

Este precepto ha sido objeto de interpretación en varias sentencias del TJUE de las que pueden extraerse las siguientes conclusiones.

- Lo dispuesto en el art. 4.2 de la Directiva 2000/78/CE se aplica exclusivamente a las iglesias y a las demás organizaciones públicas o privadas "cuya ética se base en la religión o las convicciones" y se refiere a las personas que trabajen para dichas iglesias u organizaciones[15].

[15] STJUE de 11 de septiembre de 2018, (Asunto C-2018/696).

– Cuando una iglesia u organización alega que la religión es un requisito profesional esencial, legítimo y justificado respecto de la ética de dicha iglesia u organización, "es necesario que esa alegación, llegado el caso, pueda ser objeto de un control judicial efectivo que exija garantizar que, en ese caso concreto, se cumplen los criterios señalados en el art. 4.2 de la Directiva 2000/78/CE". Este examen pretende comprobar "si el requisito profesional exigido por la iglesia o la organización en cuestión es, por la naturaleza de las actividades de que se trate o por el contexto en que se desarrollen, esencial, legítimo y justificado respecto de esa ética" [16].

De este modo, para el TJUE debe existir, en primer lugar, un vínculo directo entre el requisito profesional impuesto por el empresario y la actividad de que se trate. Este vínculo puede derivarse [17]:

– De la naturaleza de esta actividad, "por ejemplo, cuando implica participar en la determinación de la ética de la iglesia o la organización en cuestión o colaborar en su tarea de predicación"; o bien,

– "de las circunstancias en que debe desarrollarse dicha actividad, como la necesidad de garantizar una representación fidedigna de la iglesia o de la organización a efectos externos".

Y, en segundo lugar, el requisito profesional debe ser "esencial, legítimo y justificado" respecto de la ética de la iglesia o de la organización [18]:

– Esencial, en el sentido de que "la pertenencia a la religión o la adhesión a las convicciones en que se basa la ética de la iglesia o de la organización de que se trate debe resultar necesaria debido a la importancia de la actividad profesional en cuestión para la afirmación de esa ética o el ejercicio de su derecho a la autonomía por parte de esa iglesia o de esa organización";

– Legítimo, en el sentido de que el requisito de pertenencia a la religión o la adhesión a las convicciones en que se basa la ética de la iglesia o de la organización de que se trate "no sirva para promover un objetivo ajeno a dicha ética o al ejercicio de su derecho a la autonomía por parte de esa iglesia o esa organización"; y,

– Justificado, de manera que no sólo un órgano jurisdiccional nacional puede controlar la observancia de los criterios incluidos en el art. 4.2 de la Directiva, sino que también la iglesia o la organización que hayan exigido este requisito "está obligada a demostrar, a la luz de las circunstancias de hecho del caso concreto, que el riesgo alegado de vulneración de su ética o de su derecho a la autonomía es probable

[16] STJUE de 17 de abril de 2018, (Asunto C-2018/257).

[17] STJUE de 17 de abril de 2018, (Asunto C-2018/257).

[18] STJUE de 17 de abril de 2018, (Asunto C-2018/257).

y grave, de tal manera que el establecimiento de este requisito resulte verdaderamente necesario". Además, el TJUE entiende que este requisito debe ser proporcionado aunque el art. 4.2 de la Directiva no lo exija expresamente.

– El párrafo segundo del art. 4.2 añade al párrafo primero la precisión de que entre los requisitos profesionales que una iglesia u otra organización pública o privada cuya ética se base en la religión o en las convicciones puede exigir a las personas que trabajen para ella se encuentra el de que observen una actitud de buena fe y de lealtad hacia la ética de dicha iglesia u organización. La exigencia de una actitud de buena fe y lealtad no puede implicar una diferencia de trato entre unos trabajadores y otros cuando todos realizan las mismas funciones dentro de la iglesia u organización. Así, la STJUE de 11 de septiembre de 2018, (Asunto C-2018/696), ha considerado no justificado el despido de un trabajador, jefe del servicio de medicina interna de un hospital perteneciente a una confederación internacional de organizaciones católicas, que tras divorciase contrae matrimonio civil con su nueva compañera, sin que se hubiera anulado su primer matrimonio. El hospital entendió que al haber contraído un matrimonio nulo con arreglo al derecho canónico, el trabajador había incumplido los deberes que le incumbían en virtud de su contrato de trabajo. Para el TJUE la no observancia de un aspecto concreto de la ética de la iglesia católica como es el carácter sagrado e indisoluble del matrimonio religioso no constituye en este caso un requisito esencial de la actividad profesional, si tenemos en cuenta que el trabajador prestaba servicios de asesoramiento y asistencia médica en un hospital y llevaba a cabo la gestión del servicio de medicina interna. Además, una buena prueba de que no puede constituir un requisito profesional esencial queda corroborada por el hecho de que se han confiado puestos de responsabilidad médica con funciones directivas, análogos al ocupado por el trabajador despedido, a trabajadores que no son de religión católica y que, por lo tanto, no están sujetos a la misma exigencia de observar una actitud de buena fe y lealtad hacia la ética del hospital.

4. Discriminación por motivos de edad

Como ya hemos señalado la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre establece un marco general mínimo para luchar contra la discriminación por diversos motivos, entre ellos la edad. La edad ha sido la causa de discriminación que ha planteado un mayor número de cuestiones prejudiciales elevadas por los órganos judiciales nacionales al TJUE, dando lugar a una abundante jurisprudencia.

La Directiva 2000/78 recoge un régimen específico en relación a la edad a través de una serie de excepciones que permiten eludir la aplicación de sus disposiciones. Estas excepciones se pueden agrupar en tres apartados:

– La protección de la salud

El art. 2.5 de la Directiva 2000/78 señala que lo dispuesto en esta Directiva se entenderá "sin perjuicio de las medidas establecidas en la legislación nacional que, en una sociedad democrática, son necesarias para la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud y la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos". De este modo, el legislador de la Unión ha pretendido que en los casos enumerados en el art. 2.5 de la Directiva, los principios sentados en ella no se apliquen a medidas que impliquen diferencias de trato basadas en alguno de los motivos contemplados en el art. 1 de la Directiva con la condición, no obstantes, de que tales medidas sean necesarias para preservar la seguridad pública (en particular, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales), la protección de la salud pública y los derechos y libertades de los ciudadanos.

La protección de la salud pública como objetivo legítimo que justifica la excepción del art. 2.5 de la Directiva ha sido considerada en distintos asuntos del TJUE relacionados con la edad como motivo de discriminación. Así, en la STJUE de 13 de septiembre de 2011, Asunto C-447/09, el Tribunal ha entendido que una norma nacional que fija en 60 años la edad máxima a partir de la cual los pilotos de transporte aéreo comercial de pasajeros ya no pueden ejercer su actividad profesional, pese a que la normativa nacional e internacional fija dicha edad en 65 años, no es una medida necesaria para la seguridad pública y la protección de la salud, en el sentido del art. 2.5 de la Directiva. Por el contrario, ha entendido que corresponde comprobar al órgano jurisdiccional de cada Estado si resulta una medida adecuada para la seguridad pública una normativa nacional que extingue automáticamente, al cumplir los 60 años de edad, la relación laboral de los pilotos empleados por una sociedad que explota aeronaves en el marco de actividades relacionadas con la protección de la seguridad nacional de un Estado miembro[19].

Por su parte, la STJUE de 12 de enero de 2010, (Asunto C-341/08) ha admitido que en el marco del art. 2.5 de la Directiva, un Estado miembro puede considerar necesario establecer un límite de edad para el ejercicio de una profesión médica como la de dentista, con la finalidad de proteger la salud de los pacientes.

– Los "requisitos profesionales"

La Directiva, como se ha analizado al hablar de la discriminación por razón de origen racial o étnico, recoge la posibilidad de trato diferenciado justificado en función de la concurrencia de "requisitos profesionales" esenciales y determinantes

[19] STJUE de 7 de noviembre de 2019, (Asunto C-2019/929).

para ejercer una concreta actividad profesional (art. 4.1), siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado.

La STJUE de 12 de enero de 2010, (Asunto C-229/08), apreció la concurrencia del "requisito profesional" del art. 4.2 en relación con la fijación de una edad máxima para contratar en un servicio público. El TJUE debía decidir si la normativa nacional alemana que fijaba en 30 años la edad máxima legal para la contratación de funcionarios en el servicio técnico medio de bomberos era una medida discriminatoria contraria a la Directiva. Para el TJUE el hecho de disponer de una capacidad física particularmente importante puede considerarse una exigencia profesional esencial y determinante, en el sentido del art. 4.1 de la Directiva, para el ejercicio de la profesión de bombero del servicio técnico medio. A su juicio, la normativa controvertida es adecuada para lograr el objetivo consistente en garantizar el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de bomberos profesionales y no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

Asimismo, para la STJUE de 15 de noviembre de 2016, (Asunto C-258/15), no se opone a la Directiva una norma que establece que los candidatos a Ertzaintza no deben haber cumplido 35 años, pues, por un lado, esta norma es adecuada al objetivo consistente en mantener el carácter operativo y el buen funcionamiento del servicio de policía de que se trata y, por otro, no va más allá de lo necesario para alcanzar este objetivo.

– Justificaciones objetivas

El art. 6.1, párrafo primero, de la Directiva 2000/78 establece que los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios.

El propio precepto señala diferencias de trato que se podrán incluir por los Estados. Entre ellas señala las siguientes:

– El establecimiento de condiciones especiales de acceso al empleo y a la formación profesional, de empleo y de trabajo, incluidas las condiciones de despido y recomendación, para los jóvenes, los trabajadores de mayor edad y los que tengan personas a su cargo con vistas a favorecer su inserción profesional o garantizar la protección de dichas personas;

– El establecimiento de condiciones mínimas en los que se refiere a la edad, la experiencia profesional o la antigüedad en el trabajo para acceder al empleo o determinadas ventajas vinculadas al mismo;

– El establecimiento de una edad máxima para la contratación, que esté basada en los requisitos de formación del puesto en cuestión o en la necesidad de un período de actividad razonable previo a la jubilación".

En todo caso, los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación "para considerar que determinadas medidas que suponen una diferencia por razón de edad se amparan dentro de la excepción de discriminación por razón de edad del art. 6.1 de la Directiva y son diferencias de trato justificadas"[20].

La jurisprudencia del TJUE sobre el art. 6.1 de la Directiva puede sintetizarse del siguiente modo:

Un primer bloque estaría formado por las sentencias sobre trato desigual justificado como medida de promoción de la contratación o de reparto intergeneracional de las posibilidades de empleo.

En este sentido, se ha considerado que el art. 6.1 a) de la Directiva no se opone a una disposición que permite a un empresario celebrar un contrato de trabajo discontinuo con un trabajador menor de 25 años, sea cual fuere la naturaleza de las prestaciones que deban realizarse, y despedir a ese trabajador en el momento en que cumple 25 años, puesto que la referida disposición persigue un objetivo legítimo de política de empleo y del mercado laboral y los medios previstos para lograr dicho objetivo son adecuados y necesarios[21].

Por el contrario, no responde a ese objetivo y, por tanto, se opone al principio de no discriminación por razón de la edad, una normativa nacional que establece que los períodos de trabajo completados por el trabajador antes de alcanzar los 25 años de edad no se tienen en cuenta a efectos del cálculo del plazo de preaviso de despido[22].

En su sentencia de 12 de enero de 2010, (Asunto C-341/08), el Tribunal ha declarado que resulta coherente que las autoridades nacionales consideren que el establecimiento de un límite de edad de 68 años para ejercer como dentista concertado en la sanidad pública, que conduce a que los trabajadores de mayor edad abandonen el mercado laboral, pueda favorecer el empleo de profesionales más jóvenes. En esta misma línea, en la Sentencia de 18 de noviembre de 2010 (Asuntos acumulados C-250/09 y C-268/09) el TJUE ha reconocido que un Estado miembro puede legítimamente tratar de garantizar la existencia de una pirámide de edades equilibrada dentro del cuerpo de los profesores de universidad, estableciendo para ello un límite de edad. De este modo, el Tribunal ha señalado en este asunto que una normativa que prevé la jubilación forzosa de los catedráticos universitarios al cumplir los 68 años de edad y la continuación de su actividad más allá de los 65 años mediante contratos de duración determinada de un año prorrogables por dos

[20] Requena Casanova, M., p. 10.

[21] STJUE de 19 de julio de 2017, (Asunto C-2017/566).

[22] STJUE de 19 de enero de 2010, (Asunto C-555/07).

veces, no se opone al art. 6.1 de la Directiva, en la medida en que persigue un fin legítimo vinculado con la política de empleo como el intercambio de experiencias y la innovación, así como el reparto óptimo de las plazas de catedráticos entre profesores de distintas generaciones. Este mismo argumento ha sido utilizado en la STJUE de 21 de julio de 2011 (Asuntos acumulados, C-159/10 y C-160/10), al entender que no se opone a la Directiva 2000/78 una norma que establece la jubilación forzosa de los funcionarios vitalicios cuando éstos han alcanzado la edad de 65 años, aunque les permita seguir trabajando hasta la edad máxima de 68 años, si el interés del servicio lo requiere, siempre que esta norma tenga por objetivo establecer una estructura de edades equilibrada para favorecer el empleo y la promoción de los jóvenes, optimizar la gestión del personal, así como prevenir los posibles litigios relativos a la aptitud del empleado para ejercer su actividad superada cierta edad, y que permita alcanzar dicho objetivo por medios adecuados y necesarios.

En este mismo sentido, la STJUE de 15 de abril de 2021, (Asunto C-2021/274), ha considerado que no se opone al art. 6.1 de la Directiva una normativa nacional en virtud de la cual los trabajadores del sector público que cumplan dentro de un período determinado los requisitos para percibir una pensión de jubilación íntegra quedan incluidos en un régimen de reserva laboral hasta la extinción de sus contratos de trabajo, lo que conlleva una reducción de su retribución, una pérdida de su posible promoción y una reducción, o incluso supresión, de la indemnización por despido a la que habrían tenido derecho en el momento de la extinción de sus relaciones laborales, dado que esa normativa tiene un objetivo legítimo de política de empleo que no es otro que la reducción del gasto público y que los medios para lograr ese objetivo son adecuados y necesarios. Señala el Tribunal que el establecimiento de esta medida ha permitido, entre otras cosas, evitar el despido no solo de trabajadores próximos a la jubilación, sino también de trabajadores más jóvenes, y ha contribuido a garantizar una estructura de edad globalmente equilibrada dentro de dicho sector.

Tampoco resulta contraria al art. 6.1 de la Directiva 2000/78 una normativa que prevé un régimen profesional de jubilación en virtud del cual un empresario abona, como elemento de la retribución, cotizaciones de jubilación progresivas en función de la edad, a condición de que la diferencia de trato resultante basada en la edad sea adecuada y necesaria para alcanzar un objetivo legítimo[23]. Para el TJUE constituye un objetivo legítimo el hecho de que la progresividad de las cotizaciones en función de la edad permite a los trabajadores de más edad constituir un capital para la jubilación razonable. Esta progresividad permite también a los trabajadores jóvenes afiliarse a este régimen, dado que es accesible a cualquier asalariado con independencia de su edad, al tiempo que los interesados han de asumir una carga financiera menos pesada, puesto que las cotizaciones salariales que se imponen a los trabajadores jóvenes son menos elevadas que las abonadas por los trabajadores

[23] STJUE de 26 de septiembre de 2013, (Asunto C-476/11).

de más edad. Además, la aplicación a los trabajadores de más edad de unos tipos de cotización más elevados resulta en principio adecuada para garantizar que una parte importante de esas cotizaciones se reserve para la cobertura de los riesgos de defunción, incapacidad y enfermedad grave, cuya incidencia es estadísticamente más probable en el caso de los trabajadores de más edad.

-Un segundo grupo de sentencias incluye las relativas a la jubilación forzosa. Se entiende por el TJUE que la Directiva 2000/78 no se opone a una normativa que considera válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos que exijan, como únicos requisitos, que el trabajador haya alcanzado la edad para acceder a la pensión de jubilación según la normativa nacional y los demás requisitos exigidos para acceder a dicha pensión, siempre que dicha medida esté justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y el mercado de trabajo, y los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto[24].

En estos dos asuntos citados el Tribunal no tuvo en cuenta la cuantía de la pensión, pero en la STJUE de 5 de julio de 2011, (Asunto C-141/11), el Tribunal precisó que una medida que permite extinguir la relación laboral de un trabajador cuando éste ha cumplido determinada edad, sin tener en cuenta la cuantía de la pensión de jubilación a percibir por el interesado, no es contraria a la Directiva 2000/78, siempre que esté justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima y sea proporcionada.

-Un último grupo de sentencias hace referencia al apartado c) del art. 6.1 (establecimiento de una edad máxima para la contratación). El TJUE ha entendido que no puede considerarse que una normativa nacional que fija en 30 años la edad máxima de contratación de los agentes de la Policía Local sea necesaria para garantizar a dichos agentes un período de actividad razonable previo a la jubilación. El que la edad normal de jubilación establecida en el Sistema de Seguridad Social esté fijada en 67 años carece de pertinencia a este respecto[25].

Esta jurisprudencia ha sido reiterada, entre otras, en la STJUE de 17 de noviembre de 2022, (Asunto C-304/21), en la que se afirma que no puede considerarse que una normativa nacional que fija en 30 años la edad máxima para participar en un proceso selectivo para la provisión de puestos de comisario de policía sea necesaria para garantizar a los comisarios en cuestión un período de actividad razonable previo a la jubilación a efectos del artículo 6, apartado 1, párrafo segundo, letra c), de la Directiva 2000/78, en particular, si el órgano jurisdiccional remitente confirma, tras examinar todos los elementos pertinentes, que las funciones de los comisarios de policía no implican esencialmente tareas exigentes desde el punto de vista físico que los comisarios de policía contratados

[24] STCE de 16 de octubre de 2007, (Asunto C-411/05); en sentido similar, STJUE de 12 de octubre de 2010, (Asunto C-45/09).

[25] STJUE de 13 de noviembre de 2014, (Asunto C-416/13).

a una edad más avanzada no podrían realizar durante un período suficientemente largo.

Por último, hay que tener en cuenta que la normativa comunitaria admite la legitimidad de los criterios de edad para la regulación de la protección en materia de Seguridad Social En este sentido, el art. 6.2 de la Directiva 2000/78 señala que, "los Estados miembros podrán disponer que no constituirán discriminación por motivos de edad, la determinación, para los regímenes profesionales de seguridad social, de edades para poder beneficiarse de prestaciones de jubilación o invalidez u optar a las mismas, incluidos el establecimiento para dichos regímenes de distintas edades para trabajadores o grupos o categorías de trabajadores y la utilización, en el marco de dichos regímenes, de criterios de edad en los cálculos actuariales, siempre que ello no suponga discriminaciones por razón de sexo".

5. Discriminación por motivos de discapacidad

5.1. Normativa de la ONU

El 13 de diciembre de 2006 se aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. España ha ratificado tanto la Convención como el Protocolo (BOE de 21 de abril de 2008 y BOE de 22 de abril de 2008, respectivamente), incorporándose así a su derecho interno.

El propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

La Convención alude a una serie de derechos sustantivos, como el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho al empleo, entre otros, pero dichos derechos son incluidos desde la perspectiva de la no discriminación. No se trata, por tanto, de crear nuevos derechos para las personas con discapacidad, sino de facilitar el ejercicio de dichos derechos en igualdad de condiciones con el resto de las personas.

Un aspecto destacable de la Convención lo constituye el hecho de que no solo está abierta a la participación de los Estados, sino también de organizaciones regionales de integración, lo que permitió su ratificación por la Unión Europea el 23 de diciembre de 2010, convirtiéndose de este modo en el primer tratado internacional sobre derechos humanos adoptado por las Naciones Unidas en el que es parte una organización internacional.

La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, en materia de trabajo y empleo, señala que los Estados parte salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las

personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación. Entre las medidas que menciona para el logro de la integración de las personas con discapacidad se refiere de manera expresa a "emplear a personas con discapacidad en el sector público" (art. 27.1 g), y a "promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas" (art. 27.1 h).

Por lo que se refiere a la protección social de las personas con discapacidad la Convención señala en su art. 28 que los Estados parte reconocen "el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho".

La Convención de la ONU en su considerando e) reconoce que "la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás". Así, el art. 1, párrafo segundo, de esta Convención dispone que son personas con discapacidad aquellas "que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás".

Conforme al artículo 2, párrafo cuarto, de la Convención de la ONU, los «ajustes razonables» son «las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales». De ello se sigue que dicha disposición preconiza una definición amplia del concepto de «ajuste razonable».

5.2. El Consejo de Europa

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Roma 4 de noviembre de 1950; ratificado por España BOE de 10 de octubre de 1979) firmado por los Estados miembros del Consejo de Europa no contiene ninguna referencia expresa a la discapacidad pero en su art. 14 prohíbe expresamente la discriminación y señala que "el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación".

La Carta Social Europea (1961) contiene disposiciones sobre los derechos de las personas con discapacidad a la independencia, a la integración social y a la

participación en la vida de la comunidad. El art. 15 de la Carta señala que "para garantizar a las personas discapacitadas, con independencia de su edad y de la naturaleza y el origen de su discapacidad, el ejercicio efectivo del derecho a la autonomía, a la integración social y a la participación en la vida de la comunidad, las Partes se comprometen, en particular: 1. a tomar las medidas adecuadas para procurar a las personas discapacitadas orientación, educación y formación profesional en el marco del régimen general, siempre que sea posible, o, en caso contrario, a través de instituciones especializadas, ya sean públicas o privadas; 2. a promover su acceso al empleo mediante todas las medidas encaminadas a estimular a los empleadores para que contraten y mantengan empleadas a las personas discapacitadas en el entorno habitual de trabajo y a adaptar las condiciones de trabajo a sus necesidades o, cuando ello no sea posible por razón de la discapacidad, mediante el establecimiento o la creación de empleos protegidos en función del grado de incapacidad. Estas medidas pueden exigir, en determinados casos, el recurso a servicios especializados de colocación y de apoyo; 3. a promover su plena integración y participación social, en particular, mediante la aplicación de medidas, incluidas las ayudas técnicas, dirigidas a superar las barreras a la comunicación y a la movilidad y a permitirles acceder a los transportes, a la vivienda, y a las actividades culturales y de ocio".

5.3. La Unión Europea

La Unión Europea y sus Estados miembros tienen un mandato muy sólido para mejorar la situación social y económica de las personas con discapacidad:

- De conformidad con el art. 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (de 7 de diciembre de 2000), "la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida". El art. 26 establece que "la Unión reconoce y respeta el derecho de las personas discapacitadas a beneficiarse de medidas que garanticen su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad". Asimismo, el art. 21 prohíbe toda discriminación por razón de discapacidad.
- El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea señala que la Unión, en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, tratará de luchar contra toda discriminación por razón de discapacidad (art. 10) y que podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivo de discapacidad (art. 19).
- La Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, aborda, como ya hemos señalado, la discriminación directa o indirecta por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, edad y orientación sexual. En materia de discapacidad,

> la Directiva 2000/78 representa un avance importante, ya que se insta a los Estados miembros para que dentro de sus ordenamientos internos establezcan un conjunto de respuestas a las discriminaciones que puedan padecer las personas con discapacidad.

Con arreglo al artículo 5 de esta Directiva, titulado "Ajustes razonables para las personas con discapacidad", se señala lo siguiente: "A fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidades, se realizarán ajustes razonables. Esto significa que los empresarios tomarán las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente, o para que se les ofrezca formación, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. La carga no se considerará excesiva cuando sea paliada en grado suficiente mediante medidas existentes en la política del Estado miembro sobre discapacidades".

Además de las actuaciones normativas mencionadas, en el seno de la Unión Europea se han ido desarrollando programas e iniciativas más concretas, con el objetivo, siempre, de intentar mejorar la situación de las personas con discapacidad. Entre los programas europeos dirigidos a las personas con discapacidad cabe destacar la "Estrategia sobre discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras", cuyo objetivo general es "capacitar a las personas con discapacidad para que puedan disfrutar de todos sus derechos y beneficiarse plenamente de una participación en la economía y la sociedad europeas, especialmente a través del mercado único". La Estrategia se centra en la supresión de barreras e identifica ocho ámbitos primordiales de actuación: accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, sanidad y acción exterior.

5.4. Otros organismos internacionales

Asimismo, al margen de la labor desarrollada en el seno de la Organización de las Naciones Unidas y de la normativa europea, existen otros organismos internacionales que han aprobado disposiciones específicas sobre discapacidad que resultan de aplicación en nuestro país, como es el caso de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). La actuación de la OIT se ha dirigido a la promoción del trabajo digno para los hombres y mujeres con discapacidad y a facilitar los medios necesarios para superar los obstáculos que impiden la plena participación de las personas con discapacidad en el mercado laboral. A este respecto, destacan el Convenio núm. 159 de la OIT (1983) (personas inválidas), relativo a la rehabilitación profesional y el empleo de las personas con discapacidad (ratificado por España el 23 de noviembre de 1990) y la Recomendación núm. 168 (1983), complementaria del Convenio, y de otra la Recomendación núm. 99 de 1955, sobre la adaptación y readaptación profesionales de los inválidos.

A los efectos del Convenio núm. 159 OIT, se entiende por persona inválida toda persona cuyas posibilidades de obtener y conservar un empleo adecuado y de progresar en el mismo queden sustancialmente reducidas a causa de una deficiencia de carácter físico o mental debidamente reconocida. Todo Miembro deberá considerar que la finalidad de la readaptación profesional es la de permitir que la persona inválida obtenga y conserve un empleo adecuado y progrese en el mismo, y que se promueva así la integración o la reintegración de esta persona en la sociedad. Por su parte la Recomendación núm. 168 señala que "las personas inválidas deberían disfrutar de igualdad de oportunidades y de trato en cuanto al acceso, la conservación y la promoción en un empleo que, siempre que sea posible, corresponda a su elección y a sus aptitudes individuales" y que "al prestar asistencia a las personas inválidas en materia de readaptación profesional y empleo, tendría que respetarse el principio de igualdad de oportunidades y de trato para trabajadores y trabajadoras".

5.5. Jurisprudencia del TJUE

A. Concepto de discapacidad

En materia de discapacidad, una de las cuestiones que viene suscitando más polémica es el concepto de discapacidad, habiendo dejado claro el TJUE que no cabe una equiparación pura y simple de los conceptos de enfermedad y discapacidad. En la STJCE de 11 de julio de 2006, (Asunto C-13/05), dictada en el caso Chacón Navas, se afirma que para que se pueda hablar de "discapacidad" es necesario que la probabilidad de la limitación sea "de larga duración". No hay discapacidad "tan pronto como aparezca cualquier enfermedad", pero una enfermedad que provoque una limitación en la actividad profesional "de larga duración" sí puede ser causa de una discapacidad.

Con posterioridad el TJUE ha dictado otras dos sentencias importantes en esta materia y ha insistido en el hecho de que la enfermedad puede ser de larga duración, lo que parece constituir un matiz importante a tener en cuenta en estos casos. Así, la STJUE de 11 de abril de 2013, (Asunto C-335/11), ahonda, en efecto, en este punto. Comienza advirtiendo que, tras la sentencia Chacón Navas, se ha incorporado al ordenamiento comunitario la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y recuerda que los acuerdos internacionales que celebra la Unión Europea tienen primacía sobre las disposiciones de Derecho derivado, de forma que éstas deben interpretarse de conformidad con dichos acuerdos. En este contexto, está claro que la Directiva 2000/78 debe interpretarse de conformidad con la Convención. Pues bien, de acuerdo con el art. 1.2 de la Convención, «las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Basándose en este precepto, el TJUE concluye que «si una enfermedad, curable o incurable, acarrea una limitación que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena de la persona en la vida profesional en igualdad de condiciones y si esta limitación es de larga duración, tal enfermedad puede ser incluida en el concepto de discapacidad». La enfermedad, en cuanto tal, que no cumpla estas condiciones no se incluye en el ámbito de protección de la Directiva.

Se acoge, por tanto, el concepto de discapacidad previsto en el art. 1 de la Convención de la ONU, un concepto mucho más amplio y flexible, y también ambiguo al incluir la expresión deficiencias "a largo plazo".

La STJUE de 1 de diciembre de 2016, (Asunto C-395-2015), que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial por el Juzgado de lo Social n.º 33 de Barcelona, ha pretendido aclarar este concepto; es decir, qué se entiende con la exigencia de que la limitación en la vida profesional sea "a largo plazo".

Señala el TJUE que para determinar si cabe considerar a un trabajador como una "persona con discapacidad" con arreglo a la Directiva 2000/78, e incluida, por tanto, en el ámbito de aplicación de esa Directiva, hay que analizar si esa limitación de su capacidad, que, al interactuar con diversas barreras, puede impedir la participación plena y efectiva del interesado en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores, es "duradera" en el sentido de la jurisprudencia comunitaria.

Afirma el Tribunal que "corresponde al juzgado remitente comprobar si la limitación de la capacidad del interesado tiene carácter 'duradero', ya que tal apreciación es, ante todo, de carácter fáctico". A la hora de valorar esa circunstancia, el Tribunal advierte de la importancia que el legislador comunitario atribuye a las medidas de adaptación del art. 5 de la Directiva, lo que, a su juicio, demuestra que tuvo en mente supuestos en los que la participación en la vida profesional se ve obstaculizada durante "un largo período". Entre los indicios que permiten considerar que una limitación es "duradera" figuran, en particular, el que, en la fecha del hecho presuntamente discriminatorio, la incapacidad del interesado no presente una perspectiva bien delimitada en cuanto a su finalización a corto plazo o, el que dicha incapacidad pueda prolongarse significativamente antes del restablecimiento de dicha persona.

B. Ajustes razonables

La definición del concepto de discapacidad en el sentido del artículo 1 de la Directiva 2000/78 precede a la determinación y a la apreciación de las medidas de ajuste adecuadas a que se refiere el artículo 5. Conforme al decimosexto considerando de la Directiva 2000/78, estas medidas tienen por objeto la adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad. Por lo tanto, son la consecuencia y no el elemento constitutivo del concepto de discapacidad[26].

[26] STJUE de 11 de abril de 2013, (Asuntos C-335/11 y C-337/11).

Los empresarios han de tomar las medidas adecuadas, en particular, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, tomar parte en el mismo o progresar profesionalmente. A este respecto, el vigésimo considerando de dicha Directiva realiza una enumeración no exhaustiva de tales medidas, que pueden ser de orden físico, organizativo o educativo.

La jurisprudencia del TJUE recuerda que, en virtud del artículo 5 de la Directiva 2000/78, el empresario deberá tomar las medidas adecuadas, en función de las necesidades de cada situación concreta, para permitir a las personas con discapacidades acceder al empleo, ejercerlo o progresar profesionalmente, salvo que esas medidas supongan una carga excesiva para el empresario. En efecto, a tenor del considerando 16 de esa Directiva, la adopción de medidas de adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad en el lugar de trabajo desempeña un papel importante a la hora de combatir la discriminación por motivos de discapacidad. A este respecto, el Tribunal de Justicia ha precisado que el concepto de "ajustes razonables" debe entenderse de forma amplia, en el sentido de que se refiere a la eliminación de las barreras que dificultan la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

Por tanto, partiendo de la base de que los ajustes a los que tienen derecho las personas con discapacidad no deben constituir una carga excesiva para los trabajadores, el TJUE ha señalado que incumbe al juez nacional apreciar si la reducción del tiempo de trabajo como medida de ajuste supone una carga excesiva para los empleadores. A este respecto es preciso tener en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que esta medida implica, el tamaño, los recursos financieros y el volumen de negocios total de la organización o empresa y la disponibilidad de fondos públicos o de otro tipo de ayuda[27].

Por último, hay que señalar que el concepto de "ajustes razonables para las personas con discapacidad" a efectos de la Directiva 2000/78 implica, según STJUE de 10 de febrero de 2022, (Asunto C-485/20), que un trabajador, incluido el que realiza un período de prácticas tras su incorporación, que, debido a su discapacidad, ha sido declarado no apto para desempeñar las funciones esenciales del puesto que ocupa, sea destinado a otro puesto para el que disponga de las competencias, las capacidades y la disponibilidad exigidas, siempre que esa medida no suponga una carga excesiva para el empresario.

C. Supuestos en los que puede entenderse que existe una discriminación por discapacidad

El TJUE se ha pronunciado expresamente sobre en qué supuestos puede entenderse que existe una situación de discriminación por razón de discapacidad. El principio de igualdad de trato consagrado por la Directiva 2000/78 tiene por

[27] STJUE de 11 de abril de 2013, (Asuntos C-335/11 y C-337/11).

objeto proteger a un trabajador con discapacidad en el sentido de esta Directiva frente a cualquier discriminación basada en esa discapacidad, y ello no solo respecto de los trabajadores que no tengan discapacidad, sino también respecto de los demás trabajadores con discapacidad[28].

Para el TJUE, "una diferencia de trato que conduzca de hecho a una desventaja particular para las personas con discapacidad ostensible o que exija ajustes razonables no puede constituir una discriminación indirecta si puede justificarse objetivamente por una finalidad legítima y si los medios para la consecución de esta finalidad son adecuados y necesarios"[29].

También ha señalado el TJUE que, la Directiva 2000/78 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente[30].

En este mismo sentido, considera el TJUE que el despido por causas objetivas de un trabajador con discapacidad debido a que este cumple los criterios de selección tomados en consideración para determinar a las personas que van a ser despedidas, a saber, presentar una productividad inferior a un determinado nivel, una menor polivalencia en los puestos de trabajo de la empresa y un elevado índice de absentismo, constituye una discriminación indirecta por motivos de discapacidad, a no ser que el empresario haya realizado previamente con respecto a ese trabajador ajustes razonables, en el sentido del artículo 5 de la Directiva, a fin de garantizar la observancia del principio de igualdad de trato en relación con las personas con discapacidad[31].

Por lo que se refiere a los ajustes razonables que el empresario debe llevar a cabo para permitir a las personas con discapacidad acceder a un empleo o mantenerse en el mismo, hay que tener en cuenta que esos ajustes deben llevarse a cabo con carácter previo a adoptar una determinada decisión sobre el trabajador afectado por la discapacidad. Si después de adoptarse los ajustes correspondientes en el puesto de trabajo persiste la imposibilidad de llevar a cabo las funciones respectivas, el empresario podrá adoptar la decisión oportuna. Así, el TJUE ha señalado que se opone a la Directiva 2000/78 una norma nacional que establece la imposibilidad absoluta de mantener en sus funciones a un funcionario de prisiones cuya agudeza auditiva no cumple los umbrales mínimos de percepción acústica

[28] STJUE de 26 de enero de 2021, (Asunto C-2021/64).

[29] STJUE de 26 de enero de 2021, (Asunto C-2021/64).

[30] STJUE 18 de enero de 2018, (Asunto C-270/16).

[31] STJUE 11 de septiembre de 2019, (Asunto C-397/18).

establecidos en esa normativa, y que no permite comprobar si el mencionado funcionario puede desempeñar tales funciones tras realizar los ajustes razonables necesarios[32].

En sentido similar, la STJUE de 18 de enero de 2024, (Asunto C-631/22), considera que el artículo 5 de la Directiva 2000/78/CE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que establece que el empresario puede poner fin al contrato de trabajo por hallarse el trabajador en situación de incapacidad permanente para ejecutar las tareas que le incumben en virtud de dicho contrato debido a una discapacidad sobrevenida durante la relación laboral, sin que el empresario esté obligado, con carácter previo, a prever o mantener ajustes razonables con el fin de permitir a dicho trabajador conservar su empleo, ni a demostrar, en su caso, que tales ajustes constituirían una carga excesiva.

Por último, ha señalado el TJUE que, a los efectos de la Directiva 2000/78/CE, la obesidad como tal no puede considerarse discapacidad. Ahora bien, la obesidad de un trabajador puede considerarse como discapacidad cuando acarree una limitación, derivada en particular de dolencias físicas, mentales o psíquicas, a largo plazo, que, al interactuar con diversas barreras, pueda impedir la participación plena y efectiva de la persona de que se trate en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Así sería, por ejemplo, si la obesidad del trabajador impidiera su participación plena y efectiva en la vida profesional en igualdad de condiciones con los demás trabajadores a causa de su movilidad reducida o a causa de la concurrencia de patologías que no le permitieran realizar su trabajo o que le acarrearan una dificultad en el ejercicio de su actividad profesional[33].

6. Bibliografía

AA.VV. (2018): *Manual de legislación europea contra la discriminación*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

Alonso Olea, B. (2003): "El principio de no discriminación por origen racial o étnico en la Unión Europea: su aplicación al empleo y a la política social", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº. 5.

Ballester Pastor, A. (2003): "Las Directivas sobre aplicación del principio de igualdad de trato de las personas por razón de origen racial o étnico (2000/43) y por motivos de religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual (2000/78)", en *La protección de derechos fundamentales en el orden social,* Dir. F. Salinas Molina y G. Moliner Tamborero, CGPJ.

Ballester Pastor, A. (2006): "El principio comunitario de igualdad de trato por razón de origen racial o étnico", *RMTAS*, nº. 63.

[32] STJUE 15 de julio de 2021, (Asunto C-795/19).

[33] STJUE de 18 de diciembre de 2014, (Asunto C-354/13).

Giménez Gluck, D. (2009): "El principio de igualdad de trato por razón de discapacidad en el ordenamiento europeo y español", en *Hacia un derecho de la discapacidad: estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Ed. Aranzadi.

Herbosa Martínez, I. (2020): "Una primera aproximación a la propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual", *Unión Europea Aranzadi,* nº. 5.

Requena Casanova, M. (2013): "La discriminación por razón de edad en la Unión Europea: la expansión del principio de no discriminación a través de la jurisprudencia", *Revista General de Derecho Europeo*, nº. 31.

Vidal Gallardo, M. (2019): "El principio de igualdad de trato en el empleo: discriminación por motivos religiosos; sentencia de 22 de enero de 2019 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto Markus Achatzi", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 224.

CAPÍTULO NOVENO. Los derechos de información y consulta de las personas trabajadoras

Miguel Ángel Garrido Palacios
Profesor Asociado y Doctor en Derecho
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0002-4470-0178

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes y marco normativo en el derecho comunitario. 3. Objetivos, principios y ámbito de aplicación de la Directiva 2002/14/CE. 3.1. Objetivos de la directiva. 3.2. Definiciones y ámbito de aplicación de la Directiva 2002/14/CE. 4. Derechos, límites y garantías de la Directiva 2002/14/CE. 4.1. Derechos que incorpora la Directiva 2002/14/CE. 4.2. Límites: información confidencial. 4.3. Garantías en la aplicación de la directiva: visión crítica. 5. Referencias al contenido ejecutivo, el ámbito competencial, el contenido sancionador y el régimen transitorio de la Directiva 2002/14/CE. 5.1. Delimitación competencial. 5.2. Contenido ejecutivo y sancionador. 5.3. Referencias a su régimen transitorio. 5.4. Transposición. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

1. Introducción

El derecho a la información y consulta supone una herramienta imprescindible para la defensa de los derechos de las personas trabajadoras y para lograr un justo equilibrio con los legítimos intereses de las empresas. Su reconocimiento no solo proviene de una visión o necesidad doméstica sino que desde la Unión Europea se ha compartido dicha sensibilidad. En el marco de la economía globalizada en la que se mueven nuestras sociedades desde hace décadas, se planteó la necesidad de plasmar una regulación que generase un marco de armonización comunitaria.

Producto de lo anterior es la Directiva 2002/14/CE que reconoce tales derechos si bien desde una óptica de mínimos respetando las distintas realidades domésticas de los países de la Unión Europea lo que encaja con la conformación de la pluralidad de las regulaciones nacionales. No obstante lo anterior, este texto

tiene su valor ya que supone el refuerzo del marco de protección nacional con el europeo como lógica expresión de la protección multinivel de derechos. En base a este planteamiento, es menester estudiar su alcance y ámbito que conforma ese estándar de derechos que ha de ser garantizado desde el derecho comunitario.

Como cualquier norma, la Directiva 2002/14/CE ha dado lugar a conflictos interpretativos de los que se ha ocupado el TJUE. Esto justifica que el contenido de la directiva se vaya concordando con la doctrina que emana del tribunal que vela por la primacía del derecho comunitario y de las aportaciones más significativas de la doctrina académica.

En la propia interrelación entre el derecho comunitario y el derecho nacional, la Directiva 2002/14/CE supone un texto para su pertinente adaptación doméstica, lo que no quiere decir que no haya un estándar mínimo de derechos que debe ser asegurado por todos los Estados que componen la Unión Europea. Esto se ha visto a través de los asuntos que se han conocido por el TJUE y que han provocado interpretaciones concretas que sin duda sirven para construir un acervo doctrinal como referencia para futuros conflictos. Se trata en definitiva de la expresión del principio de norma mínima que contiene el actual artículo 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), anterior artículo 137 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCE) conocido como Tratado de Roma. El artículo 151 del TFUE en referencia a los derechos sociales contenidos en la Carta Social Europea (CSE) y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (CCDSFT) se propone como objetivos el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones. Para la consecución de esos objetivos el artículo 153 del TFUE establece que la Unión Europea apoyará y complementará la acción de los Estados entre otras materias en la información y consulta de los trabajadores. Continua ese precepto señalando que dentro de los medios de acción, el Parlamento y el Consejo podrán adoptar directivas de mínimos para la aplicación progresiva en los Estados miembros de la Unión Europea. Esta es la vía específica por la que se inserta la presente directiva de información y consulta. Además el citado artículo 153 en su apartado tercero recoge la posibilidad de que los Estados miembros decidan aplicar el contenido de las directivas a través del diálogo social lo que muestra una coordinación con las respectivas legislaciones laborales, que con sus particularidades específicas, incorporan la negociación colectiva para la construcción de su derecho social. En la aplicación efectiva del derecho comunitario no solo opera la técnica del principio de primacía sino desde el canon hermenéutico del artículo 10.2 de la Constitución española por la falta de ratificación expresa por la UE de la CSE y la falta de vinculación jurídica de la CCDSFT[1].

[1] Sempere Navarro, 1998, p. 5.

2. Antecedentes y marco normativo en el derecho comunitario

La Directiva 2002/14/CE no es el primer hito normativo que procede del derecho comunitario sino que se trata de un punto de inflexión que refleja un proceso que se remonta a varias décadas atrás. La resolución del Consejo de las Comunidades Europeas de 21 de enero de 1974 recogía entre sus objetivos y prioridades la participación creciente de los interlocutores sociales tanto en las decisiones económicas y sociales de la Comunidad Europea como por las personas trabajadoras en la vida de las empresas. La progresividad se hacía inevitable a la hora de ir consiguiendo la participación en la empresa de las personas trabajadoras y sus representantes al conocer que se arrancaba de una situación de escasa implicación.

Tras ese buen propósito la construcción fue lenta de lo que son expresión las directivas 75/129/CEE y la 77/187/CEE. La primera abordaba la aproximación de las legislaciones nacionales a los despidos colectivos. Partía de la necesidad de pertrechar el desarrollo económico y social de la Comunidad Económica Europea para lo que se debía implementar el derecho de información y consulta en los procesos de despido colectivo. Específicamente se venía a reconocer en su artículo 2 la consulta a favor de los representantes de los trabajadores y el derecho a la información en el artículo 3 en el marco del procedimiento de despido colectivo.

La Directiva 77/187/CEE versaba sobre la aproximación de la legislación de los Estados miembros relativos al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad. En estos procesos de sucesión de empresa, se establecía también un procedimiento reglado de información y consulta en el artículo 6.

Como se acaba de ver, la primera etapa de reconocimiento del derecho de información y consulta en la empresa se realiza desde dos aspectos concretos y reactivos desde el punto de vista de las personas trabajadoras puesto que se refiere a los procedimientos de despido colectivo y de sucesión de empresa, donde quien toma la decisión y marca el tiempo del proceso es el empresario. Seguía faltando el marco informativo y de deliberación previo y constante en la marcha de la empresa y no como en ese momento a rebufo de las medidas tomadas por las empleadoras.

El siguiente elemento que se adiciona en esta construcción jurídica es la CCDSFT en 1989. Este texto se refiere a la información, consulta y participación de los trabajadores en los puntos 17 y 18. Cabe destacar que para el cumplimiento de estos derechos el punto 17 establece que se deben desarrollar mecanismos adecuados para tal fin. Por otro lado, el punto 18 amplía la información y consulta al referirse a los cambios tecnológicos y la situación de los trabajadores fronterizos y aquellos afectados por las políticas de empleo más allá de los supuestos "clásicos" de despidos colectivos y reestructuraciones y fusiones de empresa. Pese a que en su momento no se le logró dotar de eficacia vinculante se valoró de buen grado el

reconocimiento de los derechos de información y consulta[2]. De hecho la directiva que es objeto de este capítulo cita en su considerando segundo el punto 17 de la CCDSFT lo que muestra que es un texto que sirve como refuerzo e inspiración adicional a la misma.

El Tratado de Ámsterdam firmado en 1997 afectó a una buena parte del derecho originario y su trascendencia consiste en que supone el refuerzo expreso de los derechos sociales, situando a los derechos de los ciudadanos en el centro del proyecto europeo alejándose en cierta medida del enfoque económico que le ha lastrado desde sus inicios. Sin embargo, esa loable declaración quedó disminuida por las insuficientes reformas para su aplicación a los nuevos socios de la Unión Europea y el posterior Tratado de Niza que supuso un paso atrás en la recepción de competencias en materia social por la UE[3]. El Tratado de Ámsterdam se produce un contexto difícil para los derechos sociales, con la globalización de la economía en su máximo esplendor y un Reino Unido que se desmarca de la construcción del Derecho Social Comunitario. Pese a que recibe o expresa en su texto la influencia de la CSE y la CCDSFT no se ratifican, lo que hubiera ayudado a una mayor vinculación y exigencia de los derechos sociales[4]. El texto refuerza la tendencia de dar una visión global o conjunta del derecho de información y consulta desde la normativa comunitaria que amplía la actuación comunitaria en materia social para apoyar y complementar la actuación de los Estados miembros. En estos términos modificaba el texto del artículo 117 del Tratado de la Unión Europea (TUE) que así se configuraba desde el principio de subsidiariedad[5]. Es más, el artículo 118 del TUE en la nueva redacción dada concretaba la acción comunitaria en complemento a la de los Estados entre otras cuestiones en el ámbito de la información y consulta a los trabajadores.

Con estos antecedentes se transita hacia la definitiva aprobación de la Directiva 2002/14/CE de información y consulta de los trabajadores. Su gestación viene influida por el cierre de la fábrica de Renault en Bélgica lo que llevó a la reflexión crítica consistente en que el derecho comunitario sólo afrontaba la información y consulta con carácter reactivo a las decisiones ya tomadas por el empresario[6]. En definitiva, la Directiva 2002/14/CE supone la evolución normativa de la CCDSFT[7].

Después de la ratificación de la Directiva 2002/14/CE los derechos de información y consulta han seguido teniendo una visibilidad en el espacio comunitario. Así se hace una valoración positiva de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) que ha supuesto un avance en la

[2] Molero Marañón y Valdés Dal-Ré, 2013, p. 36.

[3] Aparicio Tovar, 2005, p. 30.

[4] Sempere Navarro, ibidem, p. 2.

[5] Molero Marañón y Valdés Dal-Ré, 2013, p. 34.

[6] Huertas Bartolomé, 2002, p. 120.

[7] Alós Ramos, 2018, p. 1046.

protección multinivel de los derechos fundamentales[8]. Los derechos de información y consulta en la empresa son reconocidos a los trabajadores y sus representantes en el artículo 27 cuya relevancia radica en que la Carta goza del mismo valor jurídico que los Tratados[9].

En esa construcción del derecho de la información y consulta se reconocen otra serie de directivas que se relacionan con la que se analiza en este capítulo:

- Directiva 98/59/CE relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos.
- Directiva 2001/86/CE que regula el Estatuto de la Sociedad Anónima Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.
- Directiva 2001/23/CE relativa al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresa o centros de actividad.
- Directiva 2003/72/CE que completa el Estatuto de la sociedad cooperativa europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores.
- Directiva 2009/38/CE sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresa de dimensión comunitaria. Esta norma deroga la histórica directiva 94/45/CE sobre la misma materia.

Sin más preámbulo, procede adentrarse en los contenidos de la directiva 2002/14/CE concordados con los pronunciamientos contenidos en las resoluciones emitidas por el TJUE en interpretación de sus disposiciones.

3. Objetivos, principios y ámbito de aplicación de la Directiva 2002/14/CE

3.1. Objetivos de la directiva

Como se desprende del recorrido histórico efectuado anteriormente, la Directiva 2002/14/CE viene a colmar la necesidad informativa que existe para la buena marcha de la economía europea desde un elemento central como son las empresas que operan en su territorio. En su momento fue bien acogida al introducir un marco general de visibilización de los derechos colectivos en el panorama comunitario desde el modelo participativo[10].

En la consecución del objetivo de establecer un marco informativo la Directiva 2002/14/CE opta por una metodología funcional dejando margen a

[8] Valdés Dal-Ré, 2018, p. 30.

[9] Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, 2018, p. 65.

[10] Molero Marañón y Valdés Dal-Ré, ibidem, p. 36.

los Estados para alcanzar las metas desde las peculiaridades de cada mercado de trabajo nacional y desde la legislación interna[11].

La propia Directiva 2002/14/CE no deja lugar a dudas de su objetivo principal que es el diálogo social entre los interlocutores sociales como recoge el propio considerando primero. En un segundo plano se busca garantizar la participación de los trabajadores en la marcha de las empresas. No se trata, como se ha dicho de la visión reactiva o clásica de información y consulta ante medidas traumáticas de despido o de transmisión de empresa sino ampliar estos derechos desde la confianza mutua, para favorecer la prevención de los riesgos laborales, flexibilizar la organización del trabajo y facilitar la formación de los trabajadores, así como concienciar a los mismos en las necesidades de adaptación y disponibilidad para medidas y acciones de refuerzo del empleo y en definitiva que la participación de los trabajadores sea en el interés del futuro de la empresa y su competitividad[12]. Se parte del convencimiento que los marcos jurídicos no han sido suficientes para conseguir esa consulta previa sino que se constata que se han tomado decisiones graves desde el punto de vista de las personas trabajadoras sin que se hayan observado previamente los procedimientos adecuados de información y consulta[13].

El legislador comunitario ya allá por el año 2002 era consciente del reto por el que transitaba el Derecho Social de la Unión Europea para armonizar el mercado con sus valores sociales, cuyo éxito pasaba por una estrategia para el empleo sobre los conceptos de anticipación, prevención y empleabilidad y estos debían ser incorporados a las empresas a través del diálogo social[14].

Como expresa el artículo 1 el objeto de la norma es establecer un marco general que fije unos requisitos mínimos para el ejercicio del derecho de información y consulta de los trabajadores en las empresas o centros de trabajo situados en la Unión Europea. La forma en que se ha de cumplir con la misma ha de ser conforme a la legislación y práctica de las relaciones laborales de cada Estado lo que asigna un amplio margen al legislador nacional. Por último en este apartado sobre el objeto y principios, el texto establece que el empresario y los representantes de las personas trabajadoras han de actuar desde el principio de cooperación en el cumplimiento de sus derechos y obligaciones recíprocas, teniendo en cuenta los intereses de la empresa o los específicos del centro de trabajo y los de las personas trabajadoras.

Llegados a este punto se debe analizar si la Directiva 2002/14/CE es suficiente para la finalidad con la que se aprobó. Tras el paso por la crisis financiera, después sobrevino la pandemia provocada por la Covid-19, las dificultades en el suministro de las materias primas, la guerra Rusia-Ucrania y la pervivencia del mecanismo

[11] Menéndez Sebastián, 2005, p. 515.

[12] Esta es básicamente la declaración de intenciones que contiene el considerando 7 de la Directiva 2002/14/CE.

[13] Véase considerando sexto de la Directiva 2002/14/CE.

[14] Considerandos diez y once de la Directiva 2002/14/CE.

FEAG[15]; se puede afirmar que no existe una norma en el ámbito comunitario que pueda paralizar o evitar las deslocalizaciones sino más bien una serie de medidas para paliar sus efectos en la instalación de las empresas a otros continentes como Asia o América Latina[16]. Esta incapacidad está llevando a que a nivel nacional se esté produciendo el debate de la necesidad de poner trabas a las deslocalizaciones lo que tiene una difícil traducción legislativa por la protección que tiene la libertad de empresa precisamente en el marco comunitario.

3.2. Definiciones y ámbito de aplicación de la Directiva 2002/14/CE

En primer lugar se debe precisar que, con la técnica legislativa habitual de las directivas, el legislador comunitario establece una serie de definiciones de los conceptos nucleares sobre los que pivota. La gran mayoría de estas se remiten a su configuración desde el derecho nacional en los siguientes casos; centro de trabajo, empresario, trabajador y representante de los trabajadores. Realmente el concepto más trascendente que si es regulado por el legislador comunitario es el de empresa apostando por un concepto amplio como las empresas públicas o privadas que ejerzan actividad económica independientemente que tengan o no ánimo de lucro, situadas en los Estados miembros. No obstante lo anterior, se excluye a los efectos de la Directiva 2002/14/CE a las Administraciones Públicas[17].

De ese concepto amplio de empresa caben dos excepciones de conformidad con el contenido del artículo 3.2 de la Directiva 2002/14/CE. En primer lugar, la posibilidad de introducir obligaciones específicas por el legislador nacional para las empresas que persigan, directa y sustancialmente, fines políticos, de organización profesional, confesionales, benéficos, educativos, científicos o artísticos, así como fines de información o de expresión de opiniones. Esta limitación es posible siempre que a la entrada en vigor de la directiva comunitaria existieran disposiciones en la materia en el marco del derecho nacional. Llama la atención la discrecionalidad que permite la Directiva 2002/14/CE máxime cuando el resto de las directivas que reconocen el derecho de información de los trabajadores no admiten estas excepciones[18] estando en juego un derecho crucial a las personas trabajadoras como es el de información y consulta. En segundo lugar, es factible la exclusión del contenido de la Directiva 2002/14/CE a las tripulaciones que naveguen en alta mar.

Al introducir un concepto genérico de empresa esto ha obligado a acometer la labor interpretativa. En este sentido el TJUE se ha tenido que pronunciar en

[15] Se trata del Fondo Europeo de Adaptación a la Globalización, mecanismo ideado para proteger a las personas trabajadoras afectadas por los procesos de despido en el marco de las deslocalizaciones europeas motivadas por la marcha del comercio mundial.

[16] Baylos Grau, 2022, pp. 18-22.

[17] Marín Martínez, 2015, p. 297.

[18] García Gutiérrez, 2003, p. 62.

su STJUE de 6 de julio de 2023 (asunto C-404/22)[19] que aborda el alcance de la definición. En este caso se discutía si el EOPPEP que es un organismo nacional que realizaba, entre otras, funciones de formación y orientación profesional tanto para la administración, otras entidades y los agentes sociales, está comprendido dentro del concepto de empresa a los efectos del artículo 2.a) de la Directiva 2002/14/CE. El organismo es una entidad de derecho privado pero que realiza funciones y tiene prerrogativas de naturaleza pública. El TJUE hace un recorrido sobre cómo ha construido el concepto de empresa que es ciertamente amplio como se puede comprobar a los efectos de su actuación en el ámbito del derecho de la competencia y determina que el organismo se inserta en el concepto de empresa al ofertar servicios de los que recibe remuneración y competir en el mercado. En definitiva y pese a que la directiva no define el concepto de "actividad económica" el TJUE acude a otras sentencias que trataron la cuestión del derecho de la competencia y de otras directivas sociales para afirmar que comprende toda actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado[20].

En cuanto a la aplicación material de la Directiva 2002/14/CE esta no se orienta desde una aplicación transnacional sino de garantizar unos mínimos en el interior de los Estados[21]. No se trata por lo tanto de lo que recogen otros textos como la Directiva 2009/38/CE, sobre la constitución del comité de empresa europeo, que necesariamente se dirige a empresas de ese calado supranacional sino a la construcción de unos estándares de información y consulta en las empresas que operan dentro de cada Estado miembro con un mínimo de implantación como más adelante se verá. En esos mínimos que fija la Directiva 2002/14/CE cabe la posibilidad que los Estados miembros establezcan mejoras para las personas trabajadoras[22].

Acudiendo más específicamente al ámbito de aplicación, el artículo 3 establece que la Directiva 2002/14/CE operará en las empresas que empleen más de 50 trabajadores o a los centros de trabajo que empleen al menos a 20 trabajadores. Se deja a los Estados la tarea de determinar el modo de cálculo de los trabajadores en plantilla. Se aprecia que la fijación de este umbral es desmesurado puesto que supone dejar sin derecho a la información y consulta a un buen número de trabajadores que prestan sus servicios para empresas pequeñas o medianas[23]. Esta última disposición ha dado lugar a que el TJUE se pronuncie sobre la transposición de la Directiva 2002/14/CE por la legislación nacional francesa que excluía de la aplicación de esta a un colectivo concreto de trabajadores. Este asunto se trató

[19] El litigio se produjo entre el Ethnikos Organismos Pistopoiisis Prosonton & Epangelmatikou Prosanatolismou (Eoppep) [Organismo Nacional para la Certificación de las Cualificaciones y de la Orientación Profesional (Eoppep), Grecia] y el Elliniko Dimosio (Estado griego).

[20] Casas Baamonde, p. 10.

[21] Molero Marañón y Valdés Dal-Ré, *ibidem*, p. 41.

[22] Considerando dieciocho de la directiva 2002/14.

[23] Marín Martínez, *ibidem*, p. 298.

por primera vez en la STJUE de 18 de enero 2007 (Asunto C-385/05)[24] en la que se interpretaba el no cómputo a los efectos de la directiva de los trabajadores con contrato de duración determinada, con contrato temporal de trabajo o los subcontratados que quedaban excluidos del cómputo de la plantilla de la empresa cuando sustituían a un trabajador ausente o cuyo contrato de trabajo se encontraba suspendido. En este caso el TJUE entendió que esta regulación se opone a la directiva puesto que el artículo 3 fía a los Estados la determinación del criterio de cálculo pero no el concepto propio de trabajador del que se incluyen, como es lógico, todas estas categorías de trabajadores.

Este criterio ha sido ratificado y ampliado en su argumentación con la STJUE de 15 de enero de 2014 (Asunto C-176/12)[25]. Este caso tuvo como parte de nuevo al Estado francés y también al sindicato CGT. La cuestión prejudicial planteada por la *Cour de Cassation* consistía en determinar si confrontaba con la directiva la norma L-113 del código de trabajo francés que excluía del cómputo del personal de plantilla a los aprendices, los contratos de iniciativa de empleo, los de fomento del empleo y los de formación profesional. En el recorrido interno del conflicto la CGT designó a un representante en el seno de la empleadora AMS al computar a los trabajadores que excluía la norma interna y la empleadora se opuso a esta interpretación. Aquí el TJUE se remite a su sentencia ya mencionada de 18 de enero de 2007 y en consecuencia los referidos trabajadores se incluyen plenamente en la definición del artículo 2.d) de la Directiva 2002/14/CE. Precisa que una cosa es la determinación de los criterios de cómputo pero lo que no cabe al calor de la letra de la directiva es excluir a determinados perfiles de trabajadores puesto que al reunir esta condición de asalariados por cuenta ajena el texto comunitario no admite exclusiones. Además aquí se da un efecto añadido y es que esa regulación nacional vulnera el artículo 11 de la directiva que impone a los Estados la transposición de esta para garantizar su cumplimiento, deducción lógica puesto que la legislación interna al excluir a una serie de trabajadores bajo esos determinados contratos de trabajo se está evadiendo en la práctica la aplicación efectiva de la directiva comunitaria.

Otro elemento para analizar es el posible efecto entre particulares de la Directiva 2002/14/ CE que también fue estudiado por la ya referenciada STJUE de 15 de enero de 2014. El TJUE recuerda su doctrina consistente en que los contenidos claros y precisos de una directiva pueden ser invocados por los particulares ante los órganos nacionales por su no transposición al ordenamiento interno. Sin embargo, la directiva no puede aplicarse directamente entre particulares. En el caso que nos ocupa la AMS tiene la consideración de entidad de derecho privado a lo que se une que el artículo 27 de la Carta exige el posterior desarrollo normativo. En conclusión el incumplimiento en la transposición de la directiva puede servir para fundamentar ante el órgano judicial interno el daño causado pero no para la

[24] Caso CGT contra Ministère de l'Emploi, de la Cohésion sociale et du Logement y otros.

[25] Caso Association de médiation sociale contra Union locale des syndicats CGT y otros.

aplicación directa de su contenido. Este criterio, que aborda también el alcance del artículo 52.5 de la CDFUE, ha sido cuestionado al plantear que no es directamente aplicable al contrario que el principio de discriminación por razón de edad que si otorga ese derecho subjetivo, puesto que parece que el control de legalidad que le otorga a los jueces posibilitaría su aplicación directa a favor de los ciudadanos perjudicados[26].

Salvando estos mínimos imperativos del texto comunitario opera la necesaria apertura a la legislación de los Estados para concretar sus objetivos lo que conlleva una flexibilidad en sus contenidos lo que ha dado lugar a incertidumbres en la participación concreta de los trabajadores[27] por lo que aunque este capítulo trata de sistematizar los criterios interpretativos que se han ido asentado a lo largo de su vida seguramente prosiga la casuística interpretativa que acompaña a la Directiva 2002/14/CE durante su vigencia.

4. Derechos, límites y garantías de la Directiva 2002/14/CE

4.1. Derechos que incorpora la Directiva 2002/14/CE

El artículo 4 recoge el contenido material de la Directiva 2002/14/CE que consiste en agregar derechos de información y consulta a favor de las personas trabajadoras desde el espectro comunitario. Conviene hacer un inciso y es reseñar cual es el concepto de información y consulta que incorpora el texto y que viene definido en su artículo 2. Por información se entiende la transmisión de datos por el empresario a los representantes de los trabajadores para que puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo. En cuanto a la consulta es el intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre los representantes de los trabajadores y el empresario. Una vez expuesta esta cuestión el artículo 4.2 precisa el contenido específico de la información y consulta:

- Evolución reciente y probable de las actividades de la empresa o centro de trabajo así como su situación económica;
- La estructura y la evolución probable del empleo en la empresa y las eventuales medidas preventivas previstas especialmente cuando concurra riesgo para el empleo;
- Cambios sustanciales en la organización del trabajo y de los contratos de trabajo[28].

En cuanto a ese segundo aspecto referido en relación con las medidas previstas cuando concurre riesgo para el empleo se ha llegado a discutir si ese

[26] Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *ibidem*, p. 65.

[27] García Murcia, 2014, p. 103.

[28] Aquí se incluye la información a la que se refiere el artículo 9.1 de la directiva que a su vez se refiere a las directivas 98/59/CE (artículo 2) y 2001/23/CE (artículo 7).

contenido informativo abarca las relaciones laborales individuales. Se trata del reciente asunto C-404/22 que ha sido referenciado más arriba en referencia a Grecia y que se resolvió en la STJUE de 6 de julio de 2023. Sobre esta problemática se interpelaba al órgano comunitario y su respuesta fue que el contenido de ese artículo se refiere a situaciones globales o generales que afectan a la empresa o al centro de trabajo y no a determinadas relaciones laborales individuales. La interpretación viene reforzada por el considerando octavo de la propia directiva que se refiere a la situación y evolución de la empresa y la propia amenaza al empleo así como las medidas previstas en formación y cualificación siempre desde el enfoque colectivo y de afectación general. Es por ello por lo que no abarcaría la información sobre un determinado conflicto interpretativo o práctico individual sino las materias de interés general para las personas trabajadoras. Quizás podría prosperar un derecho de información y consulta en su vertiente colectiva puesto que puede concurrir una afectación estructural al empleo pese a una primera afectación individual o plural del empleo pero de momento no parece que prospere una lectura extensiva por parte del TJUE[29].

En este sentido, la Directiva 2002/14/CE reserva un papel esencial a los interlocutores sociales ya que estos tienen la capacidad mediante acuerdo en el ámbito de negociación apropiado de plasmar las modalidades de información y consulta de los trabajadores. Además se permite que estos acuerdos puedan prever disposiciones diferentes al contenido del derecho de información y consulta anteriormente expuesto siempre que se respeten los principios contenidos en el artículo 1 de la directiva y las condiciones y límites establecidos por los Estados. Hubiera sido idóneo que el texto garantizara la presencia de los asesores expertos que como es costumbre se usan en los procesos de consulta ante la toma de medidas de flexibilidad en las empresas[30]. No se debe olvidar que es una garantía de equilibrio puesto que la empresa es la que dispone de la información y de los especialistas para su correcto tratamiento. Si que es cierto que se puede entender que tácitamente la directiva se refiere y contempla esta figura en base a que el artículo 6 cuando regula la información confidencial cita a los representantes de los trabajadores así como a los expertos, lo que exterioriza que se les reconoce su participación en el proceso y una interpretación restrictiva vaciaría de contenido o confrontaría con dicha dicción.

4.2. Límites: información confidencial

Se trata de un texto que en su configuración se busca asegurar el derecho de información y consulta en un sentido amplio para hacerse una correcta composición del estado de la empresa y desde el diálogo en la búsqueda de soluciones pero su reconocimiento no es ilimitado. Encuentra su límite, como es lógico, en la no revelación de la información confidencial, estableciendo el artículo

[29] Casas Baamonde, *ibidem*, p. 11.

[30] Marín Martínez, 2015, p. 308.

6 que los Estados dispondrán, en las condiciones y en los límites fijados por las legislaciones nacionales, la obligación de los representantes de los trabajadores y en su caso de los expertos que les asistan, de no revelar ni a los trabajadores ni a terceros, información confidencial que se les haya trasladado. Esta obligación subsiste aun habiéndose extinguido el mandato. El artículo admite una excepción y es que el Estado miembro podrá autorizar a los representantes de los trabajadores o a cualquiera que les asista a que transmitan información confidencial a trabajadores o a terceros sujetos a una obligación de confidencialidad. El apartado segundo del artículo 6 permite que los Estados puedan establecer en casos específicos y en las condiciones y límites establecidos por las legislaciones nacionales, que el empresario no esté obligado a facilitar información o a proceder a consultas que por su naturaleza, pudieran causar graves obstáculos o perjuicios para la empresa o el centro de trabajo siempre desde criterios objetivos.

Para evitar derivas extensivas es necesaria la calificación expresa de información confidencial por parte de las empresas[31] por lo que tendría prioridad el ejercicio de un derecho que conecta o vehicula otros derechos fundamentales como el de libertad sindical.

4.3. Garantías en la aplicación de la directiva: visión crítica

El último apartado del artículo 6 de la Directiva 2002/14/CE obliga a los Estados miembros a garantizar los recursos administrativos o judiciales en los supuestos en que el empresario exija confidencialidad o no facilite la información en los términos anteriormente visto, garantía sobradamente cumplida por nuestro Estado.

Más relevancia tiene el contenido del artículo 7 de la Directiva 2002/14/CE que garantiza la protección de los representantes de los trabajadores a los que se les reconoce que en el ejercicio de sus funciones se les debe dotar de protección y garantías suficientes para que puedan realizar sus tareas de forma adecuada. Sin duda esta disposición es una condición para conseguir que realmente el derecho de información y consulta funcione y para ello los representantes deben encontrarse debidamente protegidos.

Se ha criticado que la concreción de los derechos de información y consulta es débil en el ámbito comunitario siendo la única expresión "fuerte" la de la participación en los órganos de dirección y o administración de las empresas reconocido en el artículo 153.1. f) del TFUE, es decir las fórmulas de cogestión, cuando además se excluye el derecho de sindicación o el de huelga lo que muestra la dificultad de conformar un Derecho Colectivo Europeo[32]. Esta regulación aun criticable no carece de cierta lógica puesto que la directiva encaja con la estrategia de flexiseguridad de la UE y por eso se orienta la información y

[31] Alós Ramos, *ibidem*, 2018, p. 1054.

[32] Monereo Pérez, 2009, pp. 236-237.

consulta como funcional a la competitividad de las empresas y no desde la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores o desde la acción sindical[33]. Otras posturas analizan el texto desde la evolución normativa por la que ha transitado la UE, y de la que brevemente hemos hecho eco, y sitúa la responsabilidad de este déficit en los Estados miembros para conseguir garantizar el cumplimiento de sus contenidos[34]. Es más, existen planteamientos con una mejor valoración en la línea de afirmar que estamos ante un sistema de relaciones laborales a nivel europeo basado en la cogestión y la participación de los trabajadores[35].

A la vista que gran parte de estos procesos informativos y de consulta sobre decisiones estratégicas para el futuro de las empresas terminan en procesos de crisis o reconversión con afectación al propio empleo, sería deseable una mayor intervención de la Administración Laboral en sus capacidades de mediación y en definitiva el refuerzo del control colectivo con un derecho de información más intenso y transparente en sus contenidos[36].

Otro defecto de la Directiva 2002/14/CE es que ha omitido en su ámbito la regulación de los grupos de empresa cuando en su aprobación tenían una presencia indiscutible en el espacio económico de la Unión Europea[37]. Esta es una deficiencia que también se encuentra en la normativa nacional donde el legislador no ha copado esta necesidad de dotar de una definición al grupo de empresa en relación con sus efectos laborales lo que ha conllevado que sea la jurisprudencia la que ha tenido que elaborar las notas y las consecuencias jurídicas de este fenómeno. En base a la seguridad jurídica sería necesario acometer esta necesidad tanto en el plano comunitario como nacional.

El TJUE ha tenido oportunidad de interpretar el alcance de la garantía de protección de los representantes de los trabajadores. Se trata de la STJUE de 11 de febrero de 2010 (Asunto C-405/08)[38]. Nace de un litigio entre la Federación Danesa de Ingenieros, la sociedad Babcok and Wilcox y la Confederación Danesa de Empresarios. Para su análisis es necesario adentrarse en la legislación danesa aplicable al caso y su modelo de negociación colectiva.

En primer lugar hay que partir de la ley 303 danesa de información y consulta cuyo objeto es adaptar el derecho danés a la Directiva 2002/14/CE. La ley fijaba que los que participaban en procedimientos de información y consulta estaban protegidos frente al despido o ante la modificación de sus condiciones laborales. El artículo 3 de la ley establecía que esto no era aplicable cuando los convenios colectivos de aplicación hubieran transpuesto el contenido de la directiva. También

[33] Preciado Doménech, pp. 22-23.

[34] Alós Ramos, 2023, pp. 1523-1524.

[35] Terradillos Ormaetxea, 2007, p. 7.

[36] Baylos Grau, ibidem, p. 100.

[37] Marín Martínez, 2015, p. 297.

[38] STJCE (Sala Tercera) Caso Ingeniorforeningen i Danmark contra Dansk Arbejdsgiverforening. Sentencia de 11 febrero 2010.

hay que tener en cuenta la ley de trabajadores por cuenta ajena (FL) comprendía una indemnización de hasta 6 meses si el despido no podía considerarse como procedente.

Existía un acuerdo colectivo entre patronal y sindicatos, el *Samarbejdsaftalen*, que fijaba el consejo de empresa para sociedades con más de 35 trabajadores y establecía que aquellos representantes de los trabajadores que formen parte del órgano de dirección de empresa, pero que no gozaban de protección como delegados de personal, se les aplicaba el plazo de preaviso que determinaba el convenio aumentado en 6 semanas. Hubo una ampliación del acuerdo que permitió la ampliación de la representación por categorías profesionales incluidos los ingenieros.

En este caso, el trabajador sr. Holst demandante estaba afiliado a la organización sindical IDA que no era parte firmante del *Samarbejdsaftalen* y constaba en el procedimiento que fue despedido por reducción de la plantilla de su empresa BWV. El trabajador fue elegido representante en el consejo de empresa. Su sindicato presentó demanda solicitando el pago de la indemnización por el despido con arreglo a la FL. Asimismo se alegaba que conforme a la Directiva 2002/14/CE el trabajador tenía derecho a una protección reforzada en aplicación de su artículo 7.

La primera cuestión que planteaba el tribunal danés es si la Directiva 2002/14/CE se oponía a la adaptación del derecho interno mediante un convenio colectivo que tenía el efecto de que una categoría de trabajadores estaba incluida en el ámbito de aplicación de dicho convenio, aun cuando los trabajadores de tal categoría no estaban afiliados a la organización sindical que firmó dicho acuerdo y su sector de actividad no estaba representado por esa organización.

El TJUE recuerda que la directiva da un papel preponderante a los interlocutores sociales sin olvidar la obligación de los Estados para que se cumpla el contenido del texto comunitario. De todo ello el TJUE entiende que la Directiva 2002/14/CE en sí misma no se opone a que un trabajador que no esté afiliado a una organización sindical firmante de un convenio disfrute de las condiciones previstas en la directiva a través de ese texto.

La segunda cuestión consiste en dirimir si el artículo 7 de la directiva debe interpretarse en el sentido de que exige que se otorgue a los RLT una protección reforzada frente al despido. Esto se complementa con la tercera cuestión planteada por el tribunal nacional y es si a la directiva se opone a una adaptación consistente en no prever un nivel más alto de protección frente al despido de categorías profesionales no incluidas en el ámbito del convenio.

El TJUE parte de la consideración que ni del tenor literal ni del espíritu del artículo se desprende que se deba asignar una protección reforzada frente al despido para los representantes de los trabajadores.

Aunque la directiva otorgue un margen de apreciación a los Estados este no es ilimitado. El TJUE parte de la premisa de que la protección es distinta en función de si se aplica la ley o el convenio. Esa diferenciación en cuanto al preaviso y al refuerzo de las razones no es por sí misma contraria a la directiva pero se debe respetar el nivel mínimo que marca el texto comunitario. Lo que es contrario a la directiva es que se permita a un convenio establecer un nivel de protección inferior a la ley que la transpone. Se constata que el acuerdo recoge el plazo de preaviso ampliado y por otro lado la protección reforzada proviene en algunos aspectos del convenio y en otros de la FL. Todo esto deberá ser interpretado por el órgano judicial nacional siendo la tarea del TJUE ceñirse al artículo 7 de la Directiva.

Para el TJUE tampoco se aseguraría la protección efectiva si se garantiza únicamente a los trabajadores del consejo de empresa que estén afiliados a un sindicato firmante del convenio colectivo del que se trata la posibilidad de que se compruebe que su despido no ha tenido como motivo su condición de representante de los trabajadores o el ejercicio de sus funciones como tal. Reitera que no exige que se conceda a los representantes de los trabajadores una protección reforzada frente al despido. No obstante, cualquier medida adoptada para adaptar el Derecho interno a dicha Directiva, sea mediante Ley o mediante convenio colectivo, deberá respetar el nivel mínimo de protección previsto en el citado artículo 7.

5. Referencias al contenido ejecutivo, el ámbito competencial, el contenido sancionador y el régimen transitorio de la Directiva 2002/14/CE

5.1. Delimitación competencial

En cuanto a la clarificación de su marco de actuación, la Directiva 2002/14/CE realiza una diferenciación en su artículo 9 que es conveniente relacionar con otras directivas. Así se recoge que no afectará a los procedimientos específicos de información y consulta contenidos en la Directiva sobre despidos colectivos (98/59/CE) y en la Directiva sobre el mantenimiento de los derechos en el caso de transmisión de empresa (2001/23/CE). Ambas directivas en sus artículos 2 y 7 respectivamente deben cumplir con una serie de información antes de acometer el despido colectivo o la transmisión de la empresa o de centro de actividad con el objetivo que los trabajadores y sus representantes puedan conocer la situación de la empresa y buscar soluciones de forma conjunta. La norma también excepciona las disposiciones adoptadas de conformidad con las directivas 94/45/CE y 97/74/CE superadas por la Directiva 2009/38/CE.

La Directiva 2002/14/CE también recoge que no supondrá un menoscabo de otros derechos de información, consulta y participación que puedan estar reconocidas por las legislaciones nacionales. Por último, como salvaguarda establece que no podrá suponer como motivo suficiente para justificar regresiones respecto

de las situaciones ya existentes en cuanto a la protección de los trabajadores en relación con el ámbito objeto de la directiva.

5.2. Contenido ejecutivo y sancionador

La directiva no se queda en una mera declaración de intenciones sino que de alguna forma busca la efectividad de su contenido. Así, su artículo 8 es una clara muestra de esto al titularse "defensa de los derechos". En su primer apartado recoge que los Estados miembros establecerán las medidas adecuadas cuando se produzca el incumplimiento de la directiva por el empresario o por los representantes de los trabajadores. De nuevo viene a reiterar la necesidad de que existan procedimientos administrativos o judiciales adecuados para hacer respetar las obligaciones derivadas de la presente directiva.

El segundo elemento para garantizar el cumplimiento de los derechos de la directiva es el contenido sancionador. En este aspecto el texto únicamente establece que los Estados miembros establecerán las sanciones adecuadas debiendo ser efectivas, proporcionadas y disuasorias. En este sentido hubiera sido deseable que la directiva contuviera el marco sancionador para garantizar la efectividad y cumplimiento de los derechos de información y consulta[39].

5.3. Referencias a su régimen transitorio

La Directiva 2002/14/CE establecía en su artículo 10 un régimen más flexible para aquellos Estados que no tenían implantando un sistema de información de consulta de los trabajadores con carácter general y obligatorio, ni tampoco de representación de los trabajadores. Esta flexibilidad estaba limitada temporalmente y dicha fecha ha sido superada por lo que debe ser aplicada con carácter uniforme por los Estados. En este sentido se podía limitar la aplicación de las disposiciones nacionales de aplicación de la directiva a: empresas que empleen al menos 150 trabajadores y a centros de trabajo que empleen al menos a 100 trabajadores hasta el 23 de marzo de 2007 y a empresas que empleen al menos a 100 trabajadores o a centros de trabajo que empleen al menos a 50 trabajadores durante el año siguiente a la fecha expuesta anteriormente.

5.4. Transposición

Se marcaba la fecha de 23 de marzo de 2005 como fecha tope para su transposición en el ámbito interno. Para ello los Estados se podían valer de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas o a través de los acuerdos que alcancen los interlocutores sociales. Para garantizar la seguridad jurídica establece el artículo 11 de la Directiva que los Estados miembros deberán referenciar que las disposiciones se adoptan en aplicación de esta.

[39] Rojo Torrecilla, 2001, p. 60.

6. Conclusiones

Como se ha podido comprobar la Directiva 2002/14/CE culmina un proceso evolutivo en el derecho social comunitario de plasmación y respeto a los derechos de información y consulta de las personas trabajadoras. Su incorporación al ámbito comunitario supuso asegurar unos mínimos en los Estados de la Unión Europea que implicó su oportuna adaptación a los ordenamientos internos. Todo ello se precipitó en el proceso traumático de deslocalizaciones de empresas en el ámbito europeo.

En cuanto a las lecturas sobre su debilidad o su caracterización como "papel mojado" se debe recordar en primer lugar que de la labor interpretativa del TJUE se muestra que esto no es así. La configuración de un concepto amplio de empresa, la inclusión de categorías de trabajadores excluidas por el derecho nacional o la protección que se debe asignar a los representantes de los trabajadores ante el despido son buena muestra de ello. El TJUE en su labor de intérprete actúa como garante de los estándares mínimos y es un aviso para posibles futuras disposiciones nacionales que puedan socavar o atenuar los contenidos de la directiva.

Sin embargo, hay que reconocer espacios de debilidad o que merecen ser mejorados. En primer lugar, se debe partir de la realidad de que las deslocalizaciones siguen produciéndose en el espacio de la Unión Europea como es el caso de Nissan o las medias traumáticas que ha anunciado Ford en Alemania, Reino Unido y España[40]. Ciertamente es difícil limitar aquí la libertad de empresa pero qué duda cabe que una directiva que actualice y refuerce las garantías de información y consulta podría ayudar a reforzar la implementación de medidas de flexibilidad interna y evitar los efectos traumáticos que conllevan las deslocalizaciones. En relación con esto es necesaria la plasmación de los contenidos de la directiva pensada desde los grupos de empresa que operan en el tráfico jurídico y que sin embargo no ha sido posible hoy en día, disponer de una definición legal. En este sentido el legislador comunitario podría poner coto a esto asegurando unas condiciones en igualdad para los Estados miembros y las empresas que operan en su entorno.

Se ha reflexionado sobre la dicotomía existente entre los procedimientos de información de consulta reactivos a las decisiones empresariales y los preventivos a los mismos. Se puede afirmar que básicamente no hemos salido de la predominancia de las primeras. Esto obedece a factores que van más allá del espacio y el contenido de este trabajo. No obstante para conseguir esa transformación cultural sería necesario transformar la visión de la directiva y de otros textos basada en un concepto rígido o económico de la flexiseguridad y transitar a escenarios de mayor implicación y aportación de los trabajadores y sus representantes.

[40] Consultado el 17 de enero de 2024 en https://www.lavanguardia.com/economia/20211216/7934025/nissan-barcelona-montcada-sant-andreu-fin-produccion.html.

7. Bibliografía

Alós Ramos, A. (2023): "Derechos de información y consulta, (Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2002)", en Casas Baamonde, M. E., García-Perrote Escartín, I., Gil Alburquerque, R., Gómez García-Bernal, A. y Sempere Navarro, A. V. (dirs.): *Derecho Social de la Unión Europea*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.

Alós Ramos, A. (2018): "Derechos de información y consulta", en Casas Baamonde, M.E. y Gil Alburquerque, R. (dir.): *Derecho Social de la Unión Europea, aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre.

Aparicio Tovar, J. (2005): *Introducción al Derecho Social de la Unión Europea*, Bomarzo.

Baylos Grau, A. (2022): *Deslocalizaciones de empresas y despidos colectivos,* Bomarzo.

Casas Baamonde, M.E. (2023): "El alcance material de la obligación empresarial de información y consulta a los trabajadores sobre empleo en las empresas (y centros de trabajo), y su dimensión general", Revista de Jurisprudencia Laboral, núm. 7/2023.

García Gutiérrez, M.L. (2003): "La Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea", Actualidad Laboral, nº 4.

García Murcia, J. (2014): "Naturaleza y fuerza vinculante de los derechos fundamentales en la Unión Europea: a propósito de las previsiones sobre información y consulta en materia laboral", Revista Española de Derecho Europeo, núm. octubre-diciembre.

Huertas Bartolomé, T. (2002): "Nuevas normas sobre dialogo social europeo: la información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea", Cuadernos de Relaciones Laborales, Vol. 20, núm. 1.

Marín Martínez, F. (2015). *Los derechos de información, consulta y participación de los trabajadores.* Tesis doctoral dirigida por Blasco Pellicer, A., disponible en Teseo

Menéndez Sebastián, P. (2005): "La participación de los trabajadores en la empresa", en García Murcia, J. (dir.): *La transposición del derecho social comunitario al ordenamiento español*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Molero Marañón, M. L. y Valdés Dal-Ré, F. (2013): *Los derechos de información y consulta en las reestructuraciones de empresa*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Monereo Pérez, J. L., *la protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo*, Bomarzo.

Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. (2018): "La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ámbito de aplicación y eficacia", en Casas Baamonde, María Emilia y Gil Alburquerque, Román (dirs.): *Derecho Social de la Unión Europea, aplicación por el Tribunal de Justicia,* Francis Lefebvre.

Rojo Torrecilla, E. (2001): "La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea y los derechos de información y consulta", en Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social.

Sempere Navarro, A. (1998): "El "Tratado de Amsterdam" y el Derecho Social Europeo", en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, Vol. 5.

Terradillos Ormaetxea, E. (2007): "La regulación de la información y consulta de los trabajadores en la empresa nacional y transnacionales", en RGDTSS, núm. 15, octubre.

Preciado Domènech, C.H. (2016): "La aplicación judicial de los derechos de información y consulta", en *Lan Harremanak*, nº 35, 2016 (II).

Valdés Dal-Ré, F. (2018): "Constitucionalismo laboral europeo", en Casas Baamonde, M. E. y Gil Alburquerque, R. (dirs.): *Derecho Social de la Unión Europea, aplicación por el Tribunal de Justicia*, Francis Lefebvre.

CAPÍTULO DÉCIMO. Condiciones de trabajo transparentes y previsibles y protección de datos personales del trabajador

Sira Pérez Agulla
Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0003-0136-8264

Sumario: 1. Planteamiento y líneas estructurales. 2. Reglamento General de Protección de Datos (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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. 2.1. Antecedentes. 2.2. Cuestiones Generales. A. Conceptualización. B. Principios generales. C. Consentimiento explícito del interesado. D. Categorías especiales de datos personales. E. Derechos de los interesados. F. Principio de privacidad desde el diseño. G. Evaluación de impacto. H. Delegado de protección de datos. 2.3. Protección de datos en el ámbito laboral. 2.4. Grupo de Trabajo del artículo 29: Dictamen 2/2017 sobre tratamiento de datos en el trabajo. 3. 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. 3.1. Antecedentes. 3.2. Objeto. 3.3. Ámbito de aplicación. 3.4. Obligación empresarial de proporcionar información. 3.5. Requisitos mínimos relacionados con las condiciones de trabajo. 3.6. Resolución de conflictos y sanciones. 4. Resolución del Parlamento Europeo de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la comisión sobre el derecho a la desconexión. 5. Bibliografía.

1. Planteamiento y líneas estructurales

En el marco de la Unión Europea, numerosos son los retos a los que se debe hacer frente desde el prisma de la revolución digital. En este escenario, se ha procedido a llevar a cabo una renovación legislativa en la que adquieren especial protagonismo dos normas de gran calado: por un lado, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), así como la Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

Precisamente, en torno a estas dos iniciativas comunitarias, gira el estudio que ahora se presenta.

En cuanto a la primera de las normas citadas, el poder transformador y alcance de las nuevas tecnologías ha facilitado el flujo de datos. Si bien son incuestionables las infinitas oportunidades que las NTIC nos ofrecen, también lo son los riesgos que las mismas implican para la privacidad, protección de datos personales y seguridad de la información. Así pues, ante la falta de una respuesta uniforme por parte de los Estados miembros, desde la esfera comunitaria, haciendo uso de un instrumento jurídico de eficacia directa, se remodeló el marco jurídico a través el RGPD.

Tras un breve repaso a los principales elementos de esta novedosa regulación y tras detenernos, al hilo de estas cuestiones generales, en asuntos que, de manera directa, afectan a la esfera laboral, dedicaremos un apartado a la parca respuesta que el Reglamento otorga, precisamente, a dicho ámbito, de manera específica.

Teniendo presente que la norma reglamentaria nada indica -al menos de manera expresa-sobre cuestiones propias de la actual organización del trabajo se ha considerado de interés recordar, de manera exigua, lo señalado por el Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo del GT29 de Trabajo del art. 29, que incide precisamente en estos aspectos.

Por otra parte, el sustancial impacto que dicha revolución ha tenido en la organización empresarial ha dado lugar a un escenario laboral en continuo cambio, que ha requerido, por parte de la U.E., el establecimiento de nuevos derechos mínimos destinados a promover la seguridad y la previsibilidad de las relaciones laborales. Además, en este contexto, las nuevas formas de trabajo atípicas, nacidas al amparo del uso intensivo de compleja tecnología, vendrían a cuestionar la enraizada dicotomía trabajo dependiente-trabajo autónomo, requirieron del parecer del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por todo ello, ante las necesidades presentadas y, por tanto, para la consecución de los objetivos fijados, entró en vigor la Directiva (UE) 2019/1152, norma que será abordada en el presente estudio de manera detallada.

Con la intención de cerrar el círculo respecto al marco normativo comunitario, referente a las condiciones de trabajo, incidiremos, en el contenido de la Resolución del Parlamento europeo, de 21 de enero de 2021, referente al controvertido Derecho de Desconexión. En un contexto en el que tanto empresarios como trabajadores han aceptado en el desarrollo de su actividad profesional el uso de herramientas digitales que ofrecen disponibilidad absoluta, resulta necesario incorporar, en el ámbito de la U.E., medidas tendentes a proteger a los trabajadores de la que se ha venido denominando hiperconectividad, instaurando un derecho consistente en el respecto al tiempo de descanso, los permisos, las vacaciones, además de la intimidad personal y laboral de los trabajadores.

2. Reglamento General de Protección de Datos (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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE

2.1. Antecedentes

Antes de profundizar en el actual marco jurídico en materia de protección de datos, debemos destacar que la cuestión ya había sido tenida presente por los organismos internacionales. En este sentido, en 1957, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ponía de relieve, en su art. 16.1, el derecho de toda persona "a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan". Este precepto, en su apartado segundo, dispone que "El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación de Derecho de la Unión y sobre la libre circulación de estos datos".

De igual manera, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000 incide en esta cuestión. En particular, su art. 8, bajo el epígrafe "Protección de datos de carácter personal" dispone que "toda persona tiene derecho a la protección de datos de carácter personal que la conciernan. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación".

Con anterioridad a la misma, en 1980, la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE) emitió sus "Recomendaciones del Consejo respecto a las directrices que gobiernan la protección de la privacidad y el flujo transfronterizo de datos personales". Poco tiempo después, el Consejo de Europa, mediante su Convenio nº 108, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal se haría cargo de esta cuestión; es conveniente resaltar que se considera el primer instrumento a nivel internacional jurídicamente vinculante en el ámbito de la protección de datos de carácter personal - España firmaría el mismo el 28 de enero de 1982 y lo ratificaría en 1984-.

Pues bien, concretamente, con el objeto de precisar y ampliar los principios dispuestos por el Convenio aludido, así como para integrar las directrices marcadas por la OCDE, el 24 de octubre de 1995, fue publicada la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas

en lo que respeta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos[1].

En estos últimos años, en los que desde la Unión Europea se aspiraba a conseguir un Mercado Único Digital capaz de hacer aflorar todo el potencial económico de las NTIC, paralelamente, comenzó a resultar imperioso reforzar la protección que desde la normativa comunitaria se venía otorgando a los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas, en particular, a la privacidad que, a consecuencia de dicha revolución tecnológica, venía siendo especialmente amenazada.

Como respuesta a tal necesidad, el tratamiento de datos personales por parte de las instituciones, órganos y organismos de la Unión quedó bajo el paraguas protector de un nuevo marco regulador abanderado por el Reglamento General de Protección de Datos Personales (RGPD), que vino a derogar la Directiva 95/46/CE. Debemos subrayar que si bien los objetivos y principios fijados por la norma de 1995, actualmente siguen siendo válidos, el motivo que llevó a su sustitución fue la divergencia de los Estados miembros en cuanto a su aplicación y ejecución; este tratamiento dispar por parte de los países integrantes de la Unión Europea se materializó en un peligro cada vez mayor para la libre circulación de los datos de carácter personal en la esfera comunitaria. Ante tal problemática, se optó por un cambio en el instrumento jurídico regulador, esto es, por la disposición normativa europea de alcance general, obligatoria en todos sus elementos y directamente aplicable, es decir, el RGPD. Además, es obvio que las dos décadas que distan entre ambas nomas, requerían de la respuesta de una nueva regulación ante los nuevos retos que planteaban la revolución digital y la globalización.

Cabe destacar que junto con el RGPD entró en vigor la Directiva (UE) 2016/680 de protección de datos en materia de cooperación policial y judicial, que vino a derogar la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, de 27 de noviembre de 2008, relativa a la protección de datos personales tratados en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal; esta será de aplicación a los tratamientos de datos personales que desarrollen las autoridades competentes para la prevención, la investigación, la detección o el enjuiciamiento de infracciones penales y la ejecución de las posibles sanciones.

2.2. Cuestiones Generales

A. Conceptualización

Tras fijar, en sus primeros preceptos, su objetivo y esfera aplicativa, el RGPD conceptualiza, en su art. 4, aquellas palabras, términos y locuciones empleados en el mismo. En este sentido, comienza con el significado de la locución dato

[1] *Vid*. STJUE (Gran Sala), de 13 de mayo de 2014 (Asunto C-131/12).

personal[2]: "toda información sobre una persona física identificada o identificable (el interesado)"; el legislador, en un intento por clarificar este concepto, explica el sentido del mismo: "se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona. Seguidamente, se encarga de otros términos de significado imprescindible para la comprensión del texto normativo; véase a modo de ejemplo "tercero", "datos biométricos" o "autoridad de control interesada".

Especial relevancia adquiere la figura de responsable del tratamiento de datos, la cual queda definida en el art. 4.7 del RGPD: "La persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros". Respecto del responsable, no podemos dejar de apuntar hacia el art. 24 del RGPD el cual dispone de forma general los objetivos del responsable del tratamiento de datos personales, haciendo hincapié en su obligación de aplicar las medidas técnicas y organizativas necesarias para garantizar el cumplimiento de la ley conforme a los dispuesto por la norma reglamentaria.

B. Principios generales

A continuación, el legislador europeo, en el art. 5, establece cuales son los principios básicos a tener en consideración respecto al uso, tratamiento y almacenamiento de datos de carácter personal. Si bien estos principios ya fueron abordados por la Directiva 95/46/CE, en el RGPD parecen haber descendido del plano meramente teórico, para impregnar de su sentir cada una de las obligaciones por él impuestas. En síntesis, el precepto dispone que los datos personales:

– Deben ser tratados de forma lícita, leal y transparente (licitud, lealtad y transparencia[3]).

  Toda información y comunicación relativa al tratamiento de dichos datos será fácilmente accesible y fácil de entender, lo que implica que se debe utilizar un lenguaje sencillo y claro. Dicho principio se refiere, en particular, a la información de los interesados sobre la identidad del responsable del tratamiento y los fines del mismo y a la información añadida para garantizar un tratamiento leal y transparente con respecto

[2] *Vid*. STJUE de 20 de diciembre de 2017 (Asunto C-434/16); STJUE de 6 de noviembre de 2003 (Asunto C-101/01).

[3] *Vid*. GT29 de trabajo art. 29: Directrices sobre transparencia en virtud del Reglamento 2016/679, de 29 de noviembre de 2017. https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/613101.

a las personas físicas afectadas y a su derecho a obtener confirmación y comunicación de los datos personales que les conciernan que sean objeto de tratamiento. Las personas físicas deben tener conocimiento de los riesgos, las normas, las salvaguardias y los derechos relativos al tratamiento de datos personales, así como del modo de hacer valer sus derechos en relación con el tratamiento (considerando 39).

– Deben ser recogidos con fines determinados explícitos y legítimos (limitación de la finalidad).

  Los fines específicos del tratamiento de los datos personales deben ser explícitos y legítimos, y deben determinarse en el momento de su recogida (considerando 39). En particular, el art. 6.4 dispone que el responsable de tratamiento con objeto de determinar si dicho fin es compatible tendrá en cuenta una serie de cuestiones:

– Cualquier relación entre los fines para los cuales se hayan recogido los datos personales y los fines del tratamiento ulterior previsto.

– El contexto en que se hayan recogido los datos personales, en particular por lo que respecta a la relación entre los interesados y el responsable del tratamiento.

– La naturaleza de los datos personales, en concreto, cuando se traten categorías especiales, de conformidad con el artículo 9, (Categorías especiales de datos personales) o datos personales relativos a condenas e infracciones penales, de conformidad con el artículo 10 (Datos relativos a condenas e infracciones)

– Las posibles consecuencias para los interesados del tratamiento ulterior previsto.

– La existencia de garantías adecuadas, que podrán incluir el cifrado o la seudonimización.

– Deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con el tratamiento (minimización de datos).

  Los datos personales deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario para los fines para los que sean tratados. (…) Solo deben tratarse si la finalidad del tratamiento no pudiera lograrse razonablemente por otros medios (considerando 39).

– Deben ser exactos y estar siempre actualizados (exactitud)

– Deben tomarse todas las medidas razonables para garantizar que se rectifiquen o supriman los datos personales que sean inexactos (considerando 39).

– Deben mantenerse de forma que se permita la identificación de los interesados durante no más tiempo del necesario para los fines del tratamiento (limitación del plazo de conservación).

  Para garantizar que los datos personales no se conservan más tiempo del necesario, el responsable del tratamiento ha de establecer plazos para su supresión o revisión periódica (considerando 39).

– Deben ser tratados de tal manera que se garantice su seguridad incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas (integridad y confidencialidad).

Los datos personales deben tratarse de un modo que garantice una seguridad y confidencialidad adecuadas de los datos personales, inclusive para impedir el acceso o uso no autorizados de dichos datos y del equipo utilizado en el tratamiento (considerando 39).

El responsable del tratamiento será responsable del cumplimiento de lo aquí dispuesto y capaz de demostrarlo (responsabilidad proactiva).

Si damos traslado de tales principios al sector del empleo diremos que estos facilitarán la consecución del ansiado equilibrio entre las incuestionables ventajas de las NTIC en las empresas y los derechos y libertades de los trabajadores en un contexto donde la tecnología forma parte de las actividades diarias de los empleados.

C. Consentimiento explícito del interesado[4]

Otra de las cuestiones en la que de manera inexcusable debemos incidir en esta visión genérica del RGPD es en el consentimiento del afectado, es decir, en la manifestación de la voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que una persona acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen (art. 4.11). Como se desprende de la noción aportada, libre, inequívoco, específico e informado son los cuatro los ejes sobre los que pivota el consentimiento.

Como se aprecia en la concreta noción que la norma facilita, a diferencia de la Directiva de 1995, el legislador incluye en la definición el término "inequívoco"; para entender el sentir del mismo, debemos acudir al considerando 32, que, con finalidad didáctica, ejemplifica mecanismos a partir de los cuales pudiera entenderse que se ha prestado el consentimiento requerido para el tratamiento de los datos- "marcar una casilla de un sitio web en internet, escoger parámetros

[4] Comporta especial interés, el informe del GT29 de Trabajo del art. 29. "Directrices sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, adoptadas el 28 de noviembre de 2017. https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/613101.

técnicos para la utilización de servicios de la sociedad de la información, o cualquier otra declaración o conducta que indique claramente en este contexto que el interesado acepta la propuesta de tratamiento de sus datos personales. Por tanto, el silencio, las casillas ya marcadas o la inacción no deben constituir consentimiento"-. Teniendo presente estos ejemplos que sirven para ilustran el significado del término "inequívoco" llegaremos a la conclusión de que un consentimiento caracterizado por dicho rasgo podrá otorgarse de forma implícita cuando se deduzca de una acción del interesado -modalidad no extraña en el entorno digital-. Eso sí, se exigirá que el consentimiento sea explícito cuando se traten categorías especiales -art. 9-, cuando los datos sean susceptibles de transferirse a terceros países -art. 49-[5] o en el caso de que se vayan a adoptar decisiones individuales automatizadas -art. 49-.

Al mismo tiempo, reflejo de la libertad requerida, lo dispuesto tanto en el considerando 70 como en el art. 21; ambos inciden en el derecho de oponerse al tratamiento de datos, así como en la necesidad de que dicha facultad sea comunicada explícitamente al interesado.

No debemos pasar por alto la letra del considerando 43, que de manera indubitada indica que el consentimiento[6] no se considerará libremente prestado cuando el interesado no goza de verdadera o libre elección o no puede denegar o retirar su consentimiento sin sufrir perjuicio alguno. Precisamente, en la esfera laboral, no siempre se podrá considerar emitido de manera libre como consecuencia de la relación de subordinación existente entre el trabajador y el empresario ya que para garantizar que el consentimiento es libre "este no debe constituir un fundamento jurídico válido para el tratamiento de datos de carácter personal en un caso concreto en el que exista un desequilibrio claro entre el interesado y el responsable del tratamiento".

Por otra parte, la exigencia del consentimiento informado impregna la letra del apartado segundo del art. 7: "la solicitud de consentimiento se presentará de tal forma que se distinga claramente de los demás asuntos, de forma inteligible y de fácil acceso y utilizando un lenguaje claro y sencillo". Dicho requerimiento debemos ponerlo en consonancia con el requisito de transparencia, a su vez, estrechamente ligado con los principios de lealtad y licitud.

Del mismo modo, en función de otro de los rasgos que se desprenden del art. 4.11, es decir, el carácter específico del consentimiento, adquiere especial relevancia en el art. 6.1.a), por el cual se requiere que el consentimiento del interesado para el tratamiento de sus datos deba darse "para uno o varios fines específicos"; en la misma línea, el considerando 43 por el que se presume que el consentimiento no se ha dado libremente cuando no permita autorizar por separado las distintas

[5] STJUE (Gran Sala) de 16 de julio de 2020, (Asunto C- 311/18).

[6] En la mayoría de los casos de tratamiento de datos de los trabajadores, la base jurídica de dicho tratamiento no puede ni debe ser el consentimiento de los trabajadores por lo que se requiere de una base jurídica diferente". Dictamen 02/2017, de 8 de junio, sobre el tratamiento de datos en el trabajo, adoptado por el GT29.

operaciones de tratamiento de datos personales pese a ser adecuado en el caso concreto, o cuando el cumplimiento de un contrato, incluida la prestación de un servicio, sea dependiente del consentimiento, aun cuando este no sea necesario para dicho cumplimiento.

Asimismo, conforme al considerando 171, debemos señalar que cuando el tratamiento se base en el consentimiento de conformidad con la Directiva 95/46/CE, no será necesario que el interesado de su consentimiento de nuevo si la forma en que se dio se ajusta a las condiciones del presente RGPD, a fin de que el responsable pueda continuar dicho tratamiento tras la fecha de aplicación de la norma reglamentaria.

De igual manera, debemos recabar en el consentimiento explícito requerido en determinados supuestos en los que el riesgo en relación con la protección de datos personales se presume grave. Así ocurre en el tratamiento de categorías especiales de datos personales -art. 9-, en las disposiciones sobre la transferencia de datos a terceros países u organizaciones internacionales en ausencia de garantías adecuadas -art. 49- o en el caso de decisiones individuales automatizadas[7], incluida la elaboración de perfiles- art. 22-.

Para dar por concluido este subepígrafe, señalar que el art. 7.1 impone la obligación del responsable del tratamiento de los datos personales de demostrar el consentimiento del interesado; en este sentido, como así dispone el considerando 42, "Cuando el tratamiento se lleva a cabo con el consentimiento del interesado, el responsable del tratamiento debe ser capaz de demostrar que aquel ha dado su consentimiento a la operación del tratamiento".

Del mismo modo, el responsable quedará obligado a acreditar el cumplimiento de las exigencias impuestas por el RGPD. Si bien este no determina el instrumento a través del cual podrá demostrar que trata los datos conforme a la norma comunitaria, el art. 24.3 dispone dos herramientas que servirán a tales fines; por un lado, la adhesión a códigos de conducta aprobados -art. 40- o a un mecanismo de certificación –art. 42-.

D. Categorías especiales de datos personales

El RGPD califica como categorías especiales de datos personales[8] aquellas que "revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud[9] o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones

[7] Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, adoptadas el 3 de octubre de 2017 por el Grupo de trabajo sobre protección de datos del art. 29.

[8] STJUE (Gran Sala), de 24 de septiembre de 2019 (Asunto C-136/17).

[9] STJUE de 21 de diciembre de 2023 (Asunto 667/21).

sexuales de una persona física" -art. 9.1-. Estas categorías especiales de datos personales si bien ya fueron previstas en el art. 8.1 de la Directiva 95/46/CE, la norma reglamentaria añade los datos genéticos y biométricos dirigidos a identificar de manera inequívoca a una persona.

En el art. 4.13, se contiene la definición de los "datos genéticos", entendidos como "datos personales relativos a las características genéticas heredadas o adquiridas de una persona física que proporcionen una información única sobre la fisiología o la salud de esa persona, obtenidos en particular del análisis de una muestra biológica de tal persona"; por otro lado, el apartado posterior del precepto aludido se encarga de conceptualizar los "datos biométricos", describiendo los mismos como los "datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos".

En cuanto a lo dicho, debemos apuntar hacia el Considerando 51, que viene a matizar los dispuesto por el art. 9; por ejemplo, cuando dispone que "el tratamiento de fotografías no debe considerarse sistemáticamente tratamiento de categorías especiales de datos personales, pues únicamente se encuentran comprendidas en la definición de datos biométricos cuando el hecho de ser tratadas con medios técnicos específicos permita la identificación o la autenticación unívocas de una persona física".

A este respecto, el legislador presume ilícito el tratamiento de estos datos- art. 9.1-, los cuales tradicionalmente han formado parte de las múltiples formas que ha adoptado la discriminación. Debemos resaltar, ya que se trata de una información de contenido estrictamente laboral, la categoría referente a la afiliación sindical; respecto de ello, simplemente apuntar que los representantes de los trabajadores también se encargan del tratamiento de datos personales, tal como ocurre a modo de ejemplo en la constitución de los órganos de representación de los trabajadores.

Si bien el precepto parte de esta prohibición, en su apartado segundo fija excepciones a la misma, mereciendo especial atención en el ámbito laboral las planteadas en las letras b) y h) del apartado segundo del precepto número nueve. Por un lado, el legislador comunitario admite el tratamiento de dichos datos cuando este "sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento- los empresarios, agencias de colocación, ETT, los agentes de intermediación laboral- o del titular de los datos en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social" siempre y cuando "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".

Del mismo modo, permite el tratamiento de estos datos considerados especiales cuando sea necesario para fines de medicina preventiva o laboral, evaluación de la capacidad laboral del trabajador, diagnóstico médico, prestación de asistencia o tratamiento de tipo sanitario o social, o gestión de los sistemas y servicios de asistencia sanitaria y social". Al hilo de este supuesto excepcionado, debemos destacar la infinidad de datos que son tratados en las empresas en cuanto a la gestión de la prevención de los riesgos laborales; en particular, debemos subrayar aquellos datos genéticos que se tratan en el marco de la vigilancia de la salud en el trabajo.

E. Derechos de los interesados

El RGPD amplía el catálogo de derechos los interesados, mejorando con ello la capacidad de decisión y control de los ciudadanos sobre sus propios datos personales.

En cuanto al derecho de acceso, este viene regulado en el art. 15 y se recoge en los considerandos 63 y 64, como un derecho del interesado a obtener del responsable del tratamiento, confirmación de si se están tratando o no datos personales que le conciernen[10]. El Reglamento amplía la información a la que ha de acceder el interesado, respecto de la que venía recogida en el artículo 12 de la Directiva 95/46. Así, de la regulación del derecho de acceso contenida en el RGPD se desprende que, en caso de que se estén tratando sus datos personales, el interesado puede acceder a los mismos y a una profusa información entre la que se encuentra, por ejemplo, la finalidad del tratamiento, la categoría de los datos personales que se trata o los destinatarios o categorías de destinatarios a los que se les comunicará estos datos, entre otros.

Avanzando en nuestra exposición, debemos aludir al derecho de rectificación, recogido en el art. 16 RGPD, como el derecho que tiene el interesado a solicitar del responsable del tratamiento la rectificación de sus datos cuando sean inexactos. Ante esta solicitud el responsable deberá satisfacer este derecho sin dilación indebida.

Por otro lado, la norma reglamentaria, en su art. 17, regula el derecho a la supresión –"derecho al olvido"–. En base al mismo, el interesado tendrá derecho a obtener la supresión de los datos personales que le conciernan, cuando concurra determinadas circunstancias tales como, cuando los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos, cuando el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento y este no se base en otro fundamento jurídico o cuando los datos personales hayan sido tratados ilícitamente. El responsable del tratamiento estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales, ante la solicitud de un derecho de supresión en la que se den tales circunstancias. No podemos olvidar que se trata de derecho por

[10] STJUE (Sala primera) de 22 de junio 2023 (Asunto 579/21).

primera vez abordado legalmente, si bien con base jurisprudencial en la STJUE de 13 de mayo de 2014 (Asunto C-131/12).

Por otro lado, el texto normativo ahora analizado recoge, entre su articulado, el derecho de oposición, concretamente su art. 21, reforzado por los considerandos 69 y 70. Se trata del derecho del interesado a oponerse, en cualquier momento, por motivos relacionados con su situación particular, a que datos personales que le conciernan sean objeto de un tratamiento. Ante el ejercicio por parte del interesado de este derecho, el responsable dejará de tratar los datos personales. No obstante, no nos encontramos ante un derecho absoluto, por lo que procederá, en algunos supuestos, a realizar una ponderación con el fin de considerar si prevalece o no el derecho del interesado. Cuando el interesado se oponga al tratamiento con fines de mercadotecnia directa, los datos personales dejarán de ser tratados para dichos fines. Así pues, en estos casos no procederá a dicha ponderación.

Por último, para poner fin a esta retahíla de derechos, debemos aludir al derecho a la portabilidad, quizá, uno de los más novedosos de los regulados por el RGPD, que viene a completar el derecho de acceso, abordado en líneas anteriores. Será su art. 20 el que se hará cargo del mismo, entendiendo por tal el derecho del interesado a recibir los datos personales que le incumban, que haya facilitado a un responsable del tratamiento, en un formato estructurado, de uso común y lectura mecánica, y a transmitirlos a otro responsable del tratamiento sin que lo impida el responsable al que se los hubiera facilitado.

F. Principio de privacidad desde el diseño

Otra novedad es la integración de la protección de datos desde el inicio de cualquier proceso, producto, servicio a todos los niveles mediante el principio de privacidad desde el diseño. En concreto, el art. 25 del RGPD insta al responsable del tratamiento a implementar la protección de datos por diseño y por defecto; es este sentido, deberá aplicar, tanto en el momento de determinar los medios de tratamiento como en el momento del propio tratamiento, medidas técnicas y organizativas apropiadas para la consecución de tal fin; la norma ejemplifica tales medidas refiriéndose a la seudonimización. Trasladando lo dicho a la esfera laboral, en caso de que se pretenda facilitar un dispositivo a un trabajador, se deberá elegir, entre las diversas opciones posibles, la más respetuosa con la privacidad del empleado.

G. Evaluación de impacto

En aquellos casos en los que sea probable que las operaciones de tratamiento entrañen un alto riesgo para los derechos y libertades de las personas físicas, se exige al responsable del tratamiento la realización de una evaluación de impacto relativa a la protección de datos, que evalúe, en particular, el origen, la naturaleza, la particularidad y la gravedad de dicho riesgo -art. 35-.

Esta evaluación de impacto se requerirá en particular en caso de: a) evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales de personas físicas que se base en un tratamiento automatizado, como la elaboración de perfiles, y sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas o que les afecten significativamente de modo similar; b) tratamiento a gran escala de las categorías especiales de datos o de los datos personales relativos a condenas e infracciones penales; c) observación sistemática a gran escala de una zona de acceso público, en particular, cuando se utilicen dispositivos optoelectrónicos.

Si dicha evaluación muestra que las operaciones de tratamiento entrañan un alto riesgo que el responsable no puede mitigar con medidas adecuadas en términos de tecnología disponible y costes de aplicación, debe consultarse a la autoridad de control antes del tratamiento.

Si no se toman a tiempo medidas adecuadas, las violaciones de la seguridad de los datos personales pueden entrañar daños y perjuicios físicos, materiales o inmateriales para las personas físicas; baste como muestra, la pérdida de control sobre sus datos personales o la usurpación de identidad.

Por ello, tan pronto como el responsable del tratamiento tenga conocimiento de que se ha producido una violación de la seguridad de los datos personales, deberá, a más tardar 72 horas después de que haya tenido constancia de dicha vulneración, notificar la violación de la seguridad de los datos personales a la autoridad de control competente.

H. Delegado de protección de datos (*Data Protection Officer*)

Otra de las novedades del RGPD es la introducción de la figura del Delegado de Protección de datos (DPO)[11], el cual, teniendo que ser designado por el responsable y el encargado del tratamiento de datos personales -art. 37-, se encargará de la supervisión y transmisión de la política de protección de datos tanto dentro como fuera de la empresa. Tal designación se realizará atendiendo a sus cualidades profesionales y, en particular, a sus conocimientos especializados del Derecho, su experiencia práctica en la materia y a su capacidad para desempeñar las funciones mínimas- podrán ser aumentadas por las entidades- recogidas en el art. 39; baste como muestra, la función de supervisar el cumplimiento de lo dispuesto por el Reglamento u ofrecer asesoramiento acerca de la evaluación de impacto, anteriormente referenciada.

No todas las empresas quedaran obligadas a contar con un DPO, no obstante, estaremos ante un instrumento obligatorio cuando se den las siguientes circunstancias: a) cuando el tratamiento lo lleve a cabo una autoridad u organismo público, excepto los tribunales que actúen en ejercicio de su función judicial; b) cuando las actividades principales del responsable o del encargado consistan en operaciones de tratamiento que, en razón de su naturaleza, alcance y/o fines,

[11] STJUE de 9 de febrero de 2023 (asunto C-453/21).

requieran una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala; c) cuando las actividades principales del responsable o del encargado consistan en el tratamiento a gran escala de categorías especiales de datos personales y de datos relativos a condenas e infracciones penales.

2.3. Protección de datos en el ámbito laboral

El RGPD - Capítulo IX "Disposiciones relativas a situaciones específicas de tratamiento"- se muestra parco en cuanto al tratamiento de datos personales de los trabajadores por parte de las empresas, omitiendo cualquier referencia específica a cuestiones de gran calado ligadas a la creciente digitalización y datificación en la esfera laboral. Nada indica, al menos de manera expresa, respecto de supuestos tales como el uso de dispositivos digitales, la videovigilancia o la geolocalización, optando por dejar en manos del legislador interno su regulación.

En particular, a través del art. 88.1 materializa dicho encargo cuando dispone que serán los Estados miembros los que a través de disposiciones legislativas o de convenios colectivos, podrán establecer normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral (en línea con el considerando 155)[12].

Como se puede apreciar, en contra del escueto tratamiento que la norma comunitaria otorga a dicha cuestión, copiosa es la retahíla de asuntos cuya regulación queda en manos bien del legislador interno, bien de la negociación colectiva. Es cierto que el RGPD marca el proceder de los países integrantes de la UE en cuanto a la adopción de dichas medidas; en este sentido, no solo determina que éstas deberán ser adecuadas y específicas para preservar los derechos fundamentales de los interesados, sino que, con el fin de evitar su posible vulneración, reclama especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo- art. 88. 2-; quizás, mediante esta última referencia, quedarían aludidos de un modo tácito los nuevos sistemas de control generados en el ámbito de las NTIC.

Por último, el RGPD marca un plazo para la toma de tales iniciativas; en este sentido dispone que cada Estado miembro notificará a la Comisión las

[12] STJUE de 30 de marzo de 2023 (C-34/21).

disposiciones legales que adopte a más tardar el 25 de mayo de 2018 y, sin dilación, cualquier modificación posterior de las mismas -art. 88.3-.

2.4. Grupo de Trabajo del artículo 29: Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo [13]

Si bien somos conscientes del contenido del art. 94 RGPD, por el cual toda referencia al GT29 de protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales establecido por el artículo 29 de la Directiva 95/46/CE se entenderá hecha al Comité Europeo de Protección de Datos, nos vemos obligados simplemente referirnos al brillante Dictamen 2/2017 de dicho GT29, de 8 de Junio de 2017 sobre tratamiento de datos en el trabajo; informe que vino a completar el Dictamen 8/2001 sobre el tratamiento de los datos personales en el contexto del empleo y el documento de trabajo de 2002 sobre la vigilancia de las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo.

La transformación digital imperante en nuestros días ha dado lugar a un procesamiento sistemático de los datos personales de los trabajadores; conceptos como "datificación" o "automatización" han calado en las relaciones laborales actuales. Por ello, ante los desafíos que para la privacidad y protección de datos implican tales avances, el GT29 considero necesario llevar a cabo una nueva evaluación del equilibrio entre los intereses legítimos de los empleadores y las expectativas razonables de los empleados.

Tras reflexionar sobre el contenido del RGPD, destacando las novedades por él incorporadas, el GT29 analiza diferentes escenarios en los que la privacidad de los trabajadores podría verse vulnerada a consecuencia de un tratamiento inadecuado de sus datos personales; en particular, en el Dictamen se examinan una serie de situaciones en las que la empresa debe evaluar su legitimación para llevar a cabo este tipo de tratamientos. Entre ellas, a modo de ejemplo y de manera sintetizada, nos referiremos a lo establecido acerca de:

- Proceso de contratación.

  Poniendo el foco de atención en el generalizado uso de las redes sociales, el Grupo considera que el acceso público a un determinado perfil no significa que el empresario pueda tratar esos datos para fines propios; es más, considera que se requiere para dicho tratamiento un fundamento jurídico como el interés legítimo.
  Por otro lado, señala que, en ningún caso, debería exigirse la utilización de un perfil corporativo facilitado por la empresa.

- Operaciones de tratamiento derivadas de examen del empleo.

  Actualmente, las TIC permiten al empresario examinar de forma permanente a los trabajadores mediante el acceso a datos relacionados

[13] https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/613101.

con su vida privada y familiar- en muchos casos considerados sensibles-. Ante esta circunstancia, el GT29 entiende que el examen por las empresas de los perfiles en las redes sociales de sus trabajadores no debe realizase de forma generalizadas; además, razona que los empleadores deben abstenerse de solicitar a un trabajador o a un solicitante de empleo acceso a información que este comparta con otras personas a través de las redes sociales.

– Operaciones de tratamiento derivadas del uso de las TIC en el trabajo.

  El GT29 trae a colación su Documento de trabajo relativo a las comunicaciones electrónicas en el lugar de trabajo de 2001, en el que se incluían reflexiones específicas referentes al control del correo electrónico y al uso de internet. Si bien considera que dichas conclusiones continúan siendo válidas, ante las nuevas formas de control derivadas de la intensificación de los avances tecnológicos, alude a novedosas formas de control potencialmente más intrusivas, baste como muestra, corta fuegos de próxima generación (NGFW), herramientas de prevención de pérdida de datos (DLP), tecnología de detección electrónica (eDiscovery), uso de dispositivos ponibles (por ejemplo, dispositivos de salud y estado físico)…Con independencia de la tecnología o capacidad que posea se requerirá al empresario que tenga en cuenta la proporcionalidad de las medidas que se apliquen y, si es posible, mitigue o reduzca su impacto en cuanto al tratamiento de datos. Además, deben comunicarse a los empleados las políticas de uso de los sistemas en el trabajo.

– Operaciones de tratamiento derivadas de la observación del uso de las TIC fuera del trabajo.

  El sustancial impacto que la revolución de las TIC tuvo en la organización empresarial, situó al teletrabajo en una posición privilegiada, frente a las otras formas de trabajo atípicas nacidas al amparo del uso intensivo de compleja tecnología. Así las cosas, el GT29 presta especial atención al trabajo a distancia, siendo consciente de los riesgos que en materia de privacidad esta manera de trabajar conlleva.

Dividiendo el apartado en cuatro subepígrafes contempla estos riesgos potenciales desde diversos prismas:

– Observación del trabajo a domicilio y remoto.

  A pesar de ser conscientes de las múltiples ventajas propias de esta forma de trabajar, advierte de los riesgos que implica trabajar desde casa. Por ello, considera imperante la adopción de medidas técnicas adecuadas que atenúen tales riesgos. En particular, el GT29 considera desproporcionado y, por tanto, no amparado por el interés legítimo del empleador, el uso de medidas tales como el establecimiento de un

software que registre pulsaciones de teclas y movimientos del ratón, qué aplicaciones y durante cuánto tiempo se han utilizado etc.

– Utilización del propio dispositivo del trabajador.

  El GT29 si bien parte de las ventajas de permitir a los trabajadores el uso de dispositivos propios, cuestiona el posible tratamiento por parte de los empresarios de información claramente personal- direcciones MAC o acceso al dispositivo para realizar un análisis de seguridad-. Pues bien, ante esta más que probable intromisión, el Grupo recomienda adoptar medidas adecuadas para distinguir entre el uso privado y profesional del dispositivo.

– Gestión de dispositivos móviles.

  El *software* de gestión de dispositivos móviles (en inglés *mobile device management*; abreviado MDM) permite localizar dispositivos, implementar configuraciones y/o aplicaciones, así como eliminar datos de forma remota. Por ello, el GT29 considera pertinente pronunciarse sobre esta avanzada tecnología, subrayando que la implantación de la misma requerirá de un Informe de Evaluación de Impacto previo, con el objetivo de determinar si resulta necesaria y, en caso afirmativo, si el tratamiento de datos resultante cumple con los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.
  Los empleados cuyos dispositivos están inscritos en los servicios de MDM deberán estar plenamente informados sobre qué seguimiento se está llevando a cabo y las consecuencias que tiene para ellos.

– Dispositivos ponibles.

  El GT29 considera que los dispositivos que se pueden llevar puestos para tener un control de la salud y de la actividad física dentro o, incluso, fuera del trabajo está prohibido en función del art. 8 de la Directiva, hoy derogada.

– Videovigilancia

  En el informe se hizo hincapié en la reducción del tamaño de las cámaras y los nuevos tratamientos que pueden realizarse a través de imágenes, lo cual el GT29 considera que puede elevar los riesgos derivados de la videovigilancia, pudiendo implicar a su vez la creación de perfiles y la toma de decisiones automatizada. Teniendo ello en cuenta, el grupo considera desproporcionado este tipo de tratamientos con respecto a los derechos y libertades de los empleados y, por lo tanto, ilícito. No obstante, afirma que puede haber algunas excepciones a esta regla, pero tales supuestos no pueden emplearse para invocar una legitimación general del uso de tal tecnología.

– Uso de dispositivos de seguimiento en los vehículos de empresa.

El informe pone de relieve que los datos derivados de la ubicación del vehículo y por tanto del trabajador, pueden transmitir diversa información, como por ejemplo el comportamiento de conducción. En este sentido, el GT29 si bien entiende que los fundamentos jurídicos en los que se puede basar este tipo de tratamientos pueden ser diversos, valga de muestra, el interés legítimo en localizar los vehículos considera que, en cualquiera de estos supuestos, primero debe evaluarse si el tratamiento para estos fines es necesario y si la aplicación efectiva cumple los principios de proporcionalidad y subsidiariedad.

3. 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 [14]

3.1. Antecedentes

Bajo el texto de la norma comunitaria subyace el art. 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, por el que se establece que todo trabajador tiene derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad, a la limitación de la duración máxima del trabajo, a períodos de descanso diarios y semanales y a un período de vacaciones anuales retribuidas; del mismo modo, la Directiva viene a conjugar los principios 5 – "Empleo seguro y adaptable- y 7- "Información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido" del Pilar europeo de Derechos Sociales.

Si nos referimos a la Directiva que la norma de 2019 viene a derogar, es decir, la 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral, debemos subrayar que, teniendo en cuenta que desde inicios de la década de los noventa el mercado laboral ha cambiado sustancialmente, la necesidad de una nueva regulación no admitía discusión. En consecuencia, la ampliación de las obligaciones de información del empresario, así como, la extensión de su ámbito aplicativo a las nuevas formas de empleo resultaba urgente.

[14] El Consejo de Ministros aprobó el 6 de febrero de 2024 el anteproyecto de ley para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019. A partir de dicha norma, se pretende reconocer el derecho a que las condiciones de trabajo sean previsibles, esto es, que el trabajador pueda conocer de antemano el trabajo a realizar y las condiciones en las que este pueda variar.

3.2. Objeto

La Directiva 2019/1152 tiene como objetivo principal dar respuesta a los retos que viene afrontando el mercado de trabajo como consecuencia del sustancial impacto de las TIC en las organizaciones empresariales. Desde la adopción de la Directiva 91/533/CEE del Consejo, como ya hemos apuntado, los mercados laborales han experimentado profundas modificaciones, inducidas por los cambios demográficos y la digitalización, que han conducido a la creación de nuevas formas de empleo, que, a su vez, han fomentado la innovación, la creación de empleo y el crecimiento del mercado laboral (considerando 4). En este dinámico escenario laboral, el legislador comunitario considera necesario proporcionar a los trabajadores información completa respecto de sus condiciones de trabajo esenciales. Dichas intenciones quedan plasmadas en el apartado primero del art. 1 de la norma- "mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción de un empleo que ofrezca una transparencia y una previsibilidad mayores, a la vez que se garantiza la capacidad de adaptación del mercado laboral"-.

3.3. Ámbito de aplicación

Dando respuesta a la cuestión referente a qué trabajadores se ven afectados por el contenido de la Directiva, no podemos pasar por alto la labor llevada a cabo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, en un intento por alcanzar un concepto uniforme y comprensivo de trabajador, ha fijado criterios para determinar el estatus del mismo [15]. En la última década, el intérprete del Derecho de la Unión Europea ha venido cuestionándose la arraigada dicotomía trabajo dependiente-trabajo autónomo con la aparición de modalidades de trabajo cuyas características distintivas no resultaban de sencilla identificación con las de uno u otro de estos dos grupos tradicionalmente considerados; pues bien, el cumplimiento de estas pautas judiciales, ha sido el que el legislador comunitario ha tenido presente a la hora de incluir en el ámbito aplicativo de la norma objeto de estudio modalidades de empleo tales como el trabajo doméstico, a demanda, intermitente, en prácticas, retribuido mediante vales o el desarrollado mediante plataformas digitales (considerando 8).

Cabe destacar que si bien cualquier referencia a la figura del falso autónomo es omitida por los preceptos que conforman la Directiva, el considerando anteriormente aludido no solo se encarga de incluirlo en la esfera aplicativa de la norma comunitaria, sino que además conceptualiza esta forma de trabajo falsamente declarado- "El falso trabajo por cuenta propia se produce cuando una persona es declarada como trabajador por cuenta propia aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral, con el fin de evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales"-. Es más, incide en que la determinación de la

[15] SSTJUE de 3 de julio de 1986 (Asunto C-66/85); de 14 de octubre de 2010 (Asunto C-428/09); de 9 de julio de 2015 (Asunto C-229/14); de 4 de diciembre de 2014 (Asunto C-413/13); de 17 de noviembre de 2016 (Asunto C-216/15), entre otras.

existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y no por la descripción de las partes de la relación.

Como reflejo de lo anteriormente dispuesto, la letra del art. 1.2 cuando establece que los derechos mínimos fijados por la norma serán de aplicación "a todos los trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a lo definido por la legislación, los convenios colectivos o la práctica vigentes en cada Estado miembro, tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia". Lo anteriormente dispuesto debe ser matizado ya que la norma comunitaria permite a los Estados miembros no aplicar su contenido si el tiempo de trabajo predeterminado y real es igual o inferior a una media de tres horas semanales en un período de referencia de cuatro semanas consecutivas (art. 1.4); no obstante, dicha exclusión no podrá aplicarse si no se ha predeterminado una cantidad de trabajo remunerado garantizada antes de que empiece el empleo (art. 1.4).

Debemos destacar que el mismo precepto también deja en manos de los Estados miembros la aplicación total o parcial de la Directiva a propósito de ciertos colectivos. En este sentido, dispone que aquellos podrán decidir, por razones objetivas, que las disposiciones establecidas en el capítulo III de la norma –"Requisitos mínimos relacionados con las condiciones de trabajo"– no sean aplicables a los funcionarios públicos, los servicios públicos de urgencia, las fuerzas armadas, las autoridades policiales, los jueces, fiscales, investigadores u otras fuerzas o cuerpos de seguridad -1.6. De mismo modo, queda a la decisión de cada país integrante de la UE, no aplicar las obligaciones establecidas en los artículos 12 –"transacción a otra forma de empleo"– y 13 –"formación obligatoria"–, y en el artículo 15, apartado 1, letra a)- "presunciones legales y mecanismos de resolución anticipadas de litigios"-, a las personas físicas pertenecientes a un hogar que actúen como empleadoras en los casos en que el trabajo se realice para el hogar en cuestión.

En cuanto a la delimitación de la esfera aplicativa de la norma comunitaria todavía cabe señalar que la iniciativa legislativa realiza ciertas apreciaciones acerca de la gente del mar y de los pescadores (art. 1.8); en particular, teniendo en cuenta sus condiciones de trabajo, el legislador considera que no serán de aplicación las obligaciones establecidas en determinados preceptos de la norma [art. 4.2. m) y o) y en los arts. 7, 9, 10 y 12]; valga como muestra aquellas referentes al empleo paralelo o a la transacción a otro empleo.

3.4. Obligación empresarial de proporcionar información

Mediante lo dispuesto en el Capítulo II de la Directiva- "Obligación de proporcionar información", los empleadores está obligados a informar a los trabajadores sobre elementos esenciales de su relación laboral, tales como: la identidad de las partes de la relación laboral; el lugar de trabajo; la fecha de comienzo de la relación laboral; la duración y las condiciones del período de prueba;

de haberlo, el derecho a formación proporcionada por el empleador; la cantidad de vacaciones remuneradas a las que el trabajador tenga derecho; la remuneración, incluida la retribución de base inicial, cualesquiera otros componentes, en su caso, indicados de forma separada, y la periodicidad y el método de pago de la remuneración a la que tenga derecho el trabajador o todo convenio colectivo que regule las condiciones laborales del trabajador.

En cuanto a dicha información, el legislador comunitario presta especial atención a determinados supuestos que por sus singularidades requieren de un tratamiento específico. Por ejemplo, en caso de que se trate de una relación laboral de duración determinada el empresario tendrá que informar de la fecha de finalización o la duración prevista de dicha relación laboral o si hablamos de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, la identidad de las empresas usuarias, si se conoce y tan pronto como se conozca. Igualmente, muestra especial interés en los casos en los que el patrón de trabajo es total o mayoritariamente imprevisible; para este supuesto, exige que se informe al trabajador sobre el principio de que el calendario de trabajo es variable, la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado fuera de las horas garantizadas; las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje; el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea.

El art. 5 se encarga de dar respuesta a las cuestiones referentes a cuándo y cómo tendrá que ser proporcionada dicha información. Respecto de la primera interrogante, siempre que la información no se haya proporcionado previamente, el precepto recoge un tratamiento diferenciado para los aspectos que conforman la información exigida en el artículo anterior. Así, para aquellos indicados en las letras a), b), c), d), e), g), k) y l) y m) del apartado segundo del art. 4, la información se proporcionará individualmente al trabajador en forma de uno o más documentos, durante el período comprendido entre el primer día de trabajo y, a más tardar, el séptimo día natural. Para el resto de los datos a los que se hace referencia dicho precepto, se proporcionará individualmente al trabajador en forma de documento en un plazo de un mes desde el primer día de trabajo.

En cuanto al modo en que debe proporcionarse la información, la UE insta a los diferentes Gobiernos a crear modelos de contratos oficiales para facilitar esta labor a los empleadores. Además, esta información, y la relativa a disposiciones legales, reglamentarias, administrativas, estatutarias o convencionales que regulen el marco jurídico de la relación laboral, debe estar disponible de forma generalizada, gratuita, clara, transparente, exhaustiva y fácilmente accesible a distancia y por medios electrónicos y digitales.

El art. 7 centra su atención en los trabajadores enviados a otro Estado miembro o a un tercer país, para los cuales prevé una información adicional. Así, acorde con lo dispuesto, en caso de que el trabajador deba trabajar en un

Estado miembro o un tercer país distinto del Estado miembro en el que trabaja habitualmente, el empleador ha de proporcionarle antes de su partida, como mínimo, los siguientes documentos:

- El país o países en los que debe llevarse a cabo el trabajo y la duración prevista de este.
- La divisa para el pago de la retribución.
- En su caso, las prestaciones en metálico o en especie ligadas a la(s) tarea(s) asignada(s).
- Información sobre si está prevista la repatriación y, en caso afirmativo, las condiciones de repatriación del trabajador.

En el caso de un trabajador desplazado, los Estados miembros velarán por que se comunique al trabajador:

- La remuneración a la que este tiene derecho con arreglo a la legislación aplicable del Estado miembro de acogida;
- De haberlos, todo complemento específico por desplazamiento y toda disposición relativa al reembolso de los gastos de viaje, alojamiento y manutención;
- El enlace al sitio web oficial único a escala nacional desarrollado por el Estado o Estados miembros de acogida de conformidad con el artículo 5, apartado 2, de la Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

El precepto finaliza indicando que, a menos que los países integrantes de la UE dispongan otra cosa, la información adicional anteriormente aludida no se aplicará si la duración de cada período de trabajo fuera del estado en el que el trabajador ejerce habitualmente su actividad es de cuatro semanas consecutivas o menos.

3.5. Requisitos mínimos relacionados con las condiciones de trabajo

El Capítulo III de la Directiva fija condiciones de trabajo mínimas que pueden ser mejoradas por los Estados miembros. En particular, centra su atención en el periodo de prueba -siempre que las relaciones laborales estén sujetas al mismo-; para este supuesto insta al legislador interno a velar por que dicho intervalo no exceda de los seis meses, si bien con carácter excepcional, se permiten períodos de prueba de mayor duración en los casos en que ello esté justificado por la naturaleza del empleo o sea en interés del trabajador (art. 8).

Igualmente, con el objetivo de asentar un marco de condiciones laborales mínimas en base a las cuales el trabajador comunitario desarrolle su actividad profesional, se impide la prohibición del pluriempleo, siempre que no concurran

motivos de salud laboral, confidencialidad o integridad del servicio público o conflictos de intereses (art. 9).

El siguiente precepto se hace cargo de los trabajadores que tienen un patrón de trabajo imprevisible -podríamos encuadrar en este supuesto a la relación profesional de los debatidos *riders*-. Para esta atípica forma de trabajar, el legislador comunitario insta a los Estados miembros para que garanticen que el empleador solo pueda obligar a trabajar si se dan estas condiciones: por un lado, que el trabajo tenga lugar en unas horas y unos días de referencia predeterminados; por otro, que el empleador informe al trabajador de la tarea asignada con un preaviso razonable establecido de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales -art. 10.1-. No obstante, en el caso de no cumplirse estas exigencias, el trabajador tendrá derecho a rechazar una tarea asignada sin que ello tenga consecuencias desfavorables (art. 10.2).

Por otro lado, el legislador, siendo conocedor de la precariedad laboral que puede arrastrar la flexibilidad que caracteriza a las nuevas formas de empleo, establece límites al uso del trabajo a demanda en los Estado miembros. Para ello, con el fin de evitar prácticas abusivas, exige a estos adoptar una o varias de las medidas indicadas por la norma; valga de ejemplo, limitar el uso y la duración de los contratos a demanda o contratos laborales similares o entender como presunción refutable de la existencia de un contrato de trabajo con una cantidad mínima de horas pagadas sobre la base de la media de horas trabajadas durante un período determinado (art. 11).

Por otra parte, mediante la Directiva de 2019 se insta a los Estados a garantizar, a los trabajadores con una antigüedad mayor a seis meses, la transición a otras formas de empleo, estableciendo, mediante el procedimiento que se prevea al efecto, unas condiciones laborales que ofrezcan una previsibilidad y una seguridad mayores, si las hubiese, y sobre las que deberá motivarse por escrito su respuesta, en el plazo de un mes a partir de la solicitud; en particular, respecto del plazo indicado, el legislador comunitario lanza un guiño a las personas físicas que actúan como empleadores y a las microempresas y PYMES permitiendo al legislación nacional ampliar el plazo de respuesta hasta un máximo de tres meses, dejando, incluso, la puerta abierta a una posible contestación verbal (art. 12).

En otro orden de cosas, la norma presta especial atención a la formación de los trabajadores; en particular determina que en caso de que la legislación nacional o de la Unión, o los convenios colectivos, requieran que el empleador proporcione formación a un trabajador para que este lleve a cabo el trabajo para el cual ha sido contratado, los Estados miembros velarán por que dicha instrucción se proporcione gratuitamente al empleado, se compute como tiempo de trabajo y, a ser posible, tenga lugar durante la jornada laboral (art. 13).

3.6. Resolución de conflictos y sanciones[16]

El legislador comunitario es consciente de los conflictos que pueden surgir de la aplicación de la norma, en particular, en el supuesto en el que el trabajador no recibiera la información que la Directiva entiende que debe ser suministrada por parte del empleador; en aras de dar respuesta a este posible desencuentro, la Unión Europea incorpora un mecanismo de resolución anticipada de conflictos. Para ello, los países miembros podrán hacer valer presunciones favorables y articular mecanismos de conciliación competentes y adecuados al fin de la norma (art. 15). Completando lo dispuesto en el precepto indicado, la norma requiere a los Gobiernos integrantes de la UE velar porque los trabajadores tengan acceso a una resolución de litigios imparcial y eficaz, con competencias y ejecutividad para la reparación por los incumplimientos por parte de los empresarios (art. 16).

Deberán incluirse las medidas de protección necesarias para los trabajadores y sus representantes para evitar cualquier trato desfavorable como consecuencia de las acciones que se produzcan en aras de hacer efectiva la exigibilidad del cumplimiento de las disposiciones que emanan de la Directiva y de su transposición efectiva al ordenamiento de los Estados Miembros (art. 17); en este sentido, la norma profundiza y ofrece un elenco de garantías para el supuesto en el que el ejercicio por parte del trabajador de los derechos amparados por la norma deriven en el despido de este (art. 18).

Finalmente, el texto comunitario exige a los Estados miembros que establezcan un régimen de sanciones para los supuestos de infracción de las obligaciones empresariales que regula; aquellas deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias (art. 19).

4. Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de enero de 2021, con recomendaciones destinadas a la comisión sobre el derecho a la desconexión

El Parlamento europeo, mediante su resolución, de 21 de enero de 2021, a pesar de estacar las múltiples ventajas de las herramientas digitales en la esfera laboral, no renuncia a poner de manifiesto que el uso intensivo de las mismas, "incluidas las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), […] también pueden tener efectos negativos como, por ejemplo, la prolongación de la jornada laboral incitando a los trabajadores a trabajar fuera de su tiempo de trabajo, una mayor intensidad de trabajo, así como la difuminación de los límites entre el tiempo de trabajo y el tiempo libre. Si no se utilizan exclusivamente durante el tiempo de trabajo, estas herramientas digitales pueden interferir en la vida privada de los trabajadores". Esta cultura "siempre en línea" y sus efectos adversos en cuanto a la

[16] STJUE (Sala tercera) de 4 de mayo de 2023, (Asunto C-300/21).

salud de las personas trabajadoras, llevan al Parlamento a reclamar una legislación europea que garanticen el derecho de desconexión digital.

En particular, pone el foco de atención en el trabajo a distancia, forma atípica de trabajar que, de manera masiva, repentina e impuesta, se configuró, a consecuencia de la crisis pandémica de la Covid19, como un instrumento de primer orden para poder conjugar las necesarias medidas de aislamiento y contención en la propagación del virus y, al mismo tiempo, garantizar la continuidad de los empleos. En concreto, subraya- en base a las conclusiones de la Eurofound- que las personas que teletrabajan con regularidad "son más del doble de propensas a trabajar por encima del límite máximo de 48 horas semanales"; entiende que "debido a la combinación de largos horarios de trabajo y más altas exigencias, también puede plantear mayores riesgos para los trabajadores con un impacto negativo en la calidad de su tiempo de trabajo y su equilibrio entre la vida profesional y la vida privada, así como su salud física y mental" [17].

Tras lo dispuesto, destaca que actualmente, "no existe una normativa de la Unión que regule específicamente el derecho a la desconexión y la legislación en este ámbito varía considerablemente entre los Estados miembros. No obstante, alude a diversas Directivas cuyo contenido incide en el derecho que se pretende implantar: Directiva del Consejo 89/391/CEE y 91/383/CEE tienen por objeto promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores con una relación laboral de duración indeterminada, por tiempo determinado o temporal; la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo, incluido en lo relativo a las horas máximas permitidas de trabajo y a los períodos mínimos de descanso que han de respetarse; la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo tiene por objeto mejorar las condiciones de trabajo promoviendo un empleo más transparente y previsible; y la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo establece requisitos mínimos para facilitar la conciliación de la vida familiar y profesional de los trabajadores que son progenitores o cuidadores" [18].

Asimismo, la resolución pone de relieve la labor de los interlocutores sociales europeos que concluyeron, el 22 de junio de 2020, un Acuerdo Marco Europeo sobre la Digitalización del Trabajo. Este texto, que constituye un avance importante en la regulación de la revolución tecnológica en el ámbito laboral, "prevé posibles medidas que se acordarán entre los interlocutores sociales por lo que se refiere a la conexión y desconexión del trabajo por parte de los trabajadores. A la luz de la evolución registrada desde la adopción del acuerdo marco sobre teletrabajo en

[17] *Right to disconnect: Implementation and impact at company level Working conditions and sustainable work*.https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/2023/right-disconnect-implementation-and-impact-company-level.

[18] Respecto a este asunto, STJUE (Sala Quinta) de 21 de febrero de 2018 (Asunto C-518/15).

2002, se ha puesto de manifiesto la necesidad de una evaluación y un marco jurídico a escala de la Unión para algunos de los elementos de dicho acuerdo".

Siendo conscientes de que algunos Estados vienen regulando el derecho a la desconexión digital de manera dispar, propone "mejorar las condiciones de trabajo de todos los trabajadores mediante el establecimiento de requisitos mínimos". En particular, considera imperioso garantizar que los empresarios establezcan un sistema objetivo, fiable y accesible que permita medir la duración del trabajo diario de cada trabajador[19].

Concretamente, los 14 preceptos que componen la Directiva propuesta giran en torno a tres pilares fundamentales.

En cuanto al primero, referente a la esfera aplicativa de la norma (art. 1), destaca su ámbito omnicomprensivo, siendo prevista la aplicación de su contenido "a todos los sectores, tanto el público como el privado, y a todos los trabajadores independientemente de su condición y de sus modalidades de trabajo"; así pues, en base a lo aquí dispuesto, podrían quedar afectados por la propuesta comunitaria trabajadores tales como los que llevan a cabo su labor mediante plataformas digitales o aquellos vinculados por un contrato de trabajo temporal.

Respecto del segundo de los pilares, tras conceptualizar el término desconexión - "hecho de no realizar actividades o comunicaciones relacionadas con el trabajo por medio de herramientas digitales, directa o indirectamente, fuera del tiempo de trabajo" -art. 2.1- insta a los Estados miembros para que establezcan obligaciones empresariales significativas para que los trabajadores puedan ejercer su derecho de desconexión -art. 4- En particular, se exigiría la toma de medidas tales como modalidades prácticas para apagar las herramientas digitales con fines laborales; sistemas para computar el tiempo de trabajo; evaluaciones de la salud y la seguridad, incluidas las evaluaciones de los riesgos psicosociales, en relación con el derecho a la desconexión; o la adopción de medidas de concienciación y formación sobre desconexión digital. Los países miembros de la UE podrán, de conformidad con el Derecho y las prácticas nacionales, confiar a los interlocutores sociales la celebración de convenios colectivos a nivel nacional, regional, sectorial o patronal que establezcan o complementen las medidas anteriormente dispuestas (art. 4.2).

No podemos pasar por alto que, excepcionalmente, el empresario podrá quedar dispensado de la obligación de aplicar el derecho a la desconexión en caso de fuerza mayor u otras emergencias; no obstante, deberá informar y justificar los motivos por escrito al trabajador afectado.

Por otro lado, la iniciativa legislativa del Parlamento Europeo insta al empleador a proporcionar por escrito a cada trabajador información clara,

[19] De conformidad con la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 14 de mayo de 2019 (Asunto C-55/18).

suficiente y adecuada sobre su derecho a la desconexión, incluida una declaración en la que figurasen las cláusulas convencionales o de otro tipo aplicables (art. 7).

En cuanto al tercero de los pilares en los que se fundamenta la propuesta, se exhorta a los Estados miembros a velar por que se prohíba la discriminación, un trato menos favorable, el despido y otras medidas desfavorables por parte de los empresarios por el hecho de que los trabajadores hayan ejercido o intentado ejercer su derecho a la desconexión (art. 5). Complementa lo aquí señalado, por un lado, el denominado por el legislador, "derecho de reparación- art. 6-, esto es, en caso de vulneración de tal derecho se garantizará al trabajador afectado "el acceso a una resolución de litigios rápida, eficaz e imparcial", y a la compensación del daño sufrido; por otro, la obligación de establecer un régimen sancionador efectivo, proporcionado y disuasorio ante el incumplimiento de las obligaciones del empleador.

5. Bibliografía

Baz Rodríguez, J. (2019): *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, ed. BOSCH.

Blázquez Agudo, E. M. (2018): *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales*, CISS, 2018.

Desdentado Bonete, A.; Muñoz Ruiz, A. B. (2012): *Control informático, videovigilancia y protección de datos*, ed. Lex Nova.

Fernández Villazón, L. A. (2020): *Protección de datos y derechos digitales de los trabajadores*, Thomson Reuters-Civitas.

García Murcia, J.; Rodríguez Cardo, I. (2019): "La protección de datos personales en el ámbito del trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo", en Nueva revista española del Derecho del Trabajo, nº 216.

Goñi Sein, J.L. (2017): "Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores: análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016", en Revista de Derecho social, nº 78, pp. 15-42.

Miranda Boto, J.Mª. (2023): *Condiciones de trabajo transparentes y previsibles. Desafíos para el Derecho español en la transposición de la Directiva (UE) 2019/1152*, ed. Tirant lo Blanch.

Mercader Uguina, J.R. (2018): *Protección de datos en las relaciones laborales: actualizado a 18 de enero de 2018*, ed. Francis Lefebvre.

Ortega Jiménez, A. (2019): "Cuestiones prácticas laborales en materia de protección de datos de carácter personal tras el nuevo Reglamento General de Protección de Datos de la UE", en Nueva revista española de derechos del trabajo, nº 216.

Rodríguez Escanciano, S. (2018): "El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo, reflexiones a la luz del Reglamento europeo 2016/679", en Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos, nº. 423.

Rodríguez-Piñero Royo, M. (2019): "La Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea", en Derecho de las relaciones laborales, nº. 11 (Ejemplar dedicado a: Las nuevas directivas sociales).

Sempere Navarro, A.V. (Dir.) (2020): *Prontuario de jurisprudencia social, (1986/2020),* Editorial Aranzadi - Thomson Reuters.

CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO. Salarios mínimos adecuados en la Unión Europea

Daniel Redondo Torres
Contratado Predoctoral
Universidad de las Islas Baleares
https://orcid.org/0000-0001-7559-8877

Sumario: 1. Introducción. 2. Antecedentes de la Directiva. 2.1. Política europea sobre salarios mínimos anterior a 2020. 2.2. Tramitación de la Directiva. A. Informes y dictámenes. a) Evaluación de impacto de la Directiva. b) Dictamen del Comité Económico y Social. c) Dictamen del Comité Europeo de las Regiones. d) Informe de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales. B. Acuerdo provisional y aprobación de la Directiva. 3. Análisis de la Directiva aprobada por el Consejo. 3.1. Considerandos previos. 3.2. Finalidad y ámbito de aplicación. A. Propósito. B. Ámbito subjetivo. C. Ámbito objetivo. 3.3. El fomento de la negociación colectiva y del diálogo social. A. Negociación colectiva. B. Interlocutores sociales. 3.4. Obligaciones complementarias. A. Seguimiento y recogida de datos. B. Derecho de reparación y protección. C. Sanciones. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

1. Introducción

La diversidad y desigualdad salarial, asociadas principalmente a mercados de trabajo caracterizados por una alta temporalidad, puestos de trabajo de baja cualificación y sistemas de negociación colectiva debilitados, son una realidad en la Unión Europea[1] (UE en adelante)[2]. Esta situación choca con los objetivos reflejados en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea (TUE) así como con los derechos reconocidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE en adelante), la Carta Social Europea (CSE en adelante) y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales[3] (CCDSF en adelante).

[1] Para examinar el contexto europeo en materia de salarios mínimos en detalle se aconseja la lectura del informe de evaluación de impacto de la directiva, SWD/2020/245 final.

[2] European Commission. Directorate General for Employment, Social Affairs and Inclusion., 2021, p. 19.

[3] (2000/C 364/01).

Fruto del contexto social que enfrentan los Estados Miembros, en aras de relanzar la política social de la Unión con un renovado compromiso[4], el Parlamento, el Consejo y la Unión en 2017 presentaron el Pilar Europeo de Derechos Sociales (PEDS en adelante), que en 2021 se complementó con el Plan de Acción[5]. El Pilar no recoge nuevos derechos, reitera los preexistentes y establece una serie de principios inspiradores de la acción de la Unión y de los Estados miembros en los años posteriores[6].

Entre los principios que integran el PEDS podemos encontrar una referencia directa a los salarios. En su sexto principio dispone: *"Los trabajadores tienen derecho a salarios justos que proporcionen un nivel de vida digno*". Con la finalidad de asegurar este derecho, el PEDS establece lo siguiente: *deberá garantizarse un salario mínimo adecuado que permita satisfacer las necesidades del trabajador y de su familia en función de las condiciones económicas y sociales, y que al mismo tiempo salvaguarde el acceso al empleo y los incentivos para buscar trabajo. Deberá evitarse la pobreza de los ocupados.* Matizando que, en todo caso, *los salarios deberán fijarse de manera transparente y predecible, con arreglo a las prácticas nacionales y respetando la autonomía de los interlocutores sociales.* La importancia que la Unión y los Estados Miembros han dado a este derecho, a partir de la aprobación del PEDS, ha sido creciente, reflejándose indirectamente, por ejemplo, en la Declaración de Oporto sobre Cuestiones Sociales, donde se declaró por los dirigentes de la UE que estaban *"resueltos a reducir las desigualdades, defender unos salarios justos y luchar contra la exclusión social y la pobreza*"[7].

Este derecho ya lo podíamos encontrar en el apartado 5º de la CCDSF, el artículo 4 de la CSE, o, indirectamente, en el artículo 31.1 de la CDFUE. Aunque el PEDS lo configuró de una manera diferente, siendo uno de los motores de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea[8]. La protección del salario mínimo, en la búsqueda de unas condiciones de trabajo dignas y un progreso económico sostenido y sostenible, también se puede enmarcar dentro de la Agenda 2030 de las Naciones Unidas y los Objetivos de Desarrollo Sostenible, concretamente dentro del objetivo octavo.

[4] Fernández Prol, 2024, p. 55.

[5] Plan de acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales. COM/2021/102 final.

[6] Fernández Prol, 2024, p. 56.

[7] Declaración valorada positivamente por el Consejo Europeo, como se refleja en el apartado octavo de las Conclusiones de la Reunión del Consejo Europeo de 24 y 25 de junio de 2021. EUCO 7/21.

[8] COM/2020/682 final.

2. Antecedentes de la Directiva

2.1. Política europea sobre salarios mínimos anterior a 2020

A nivel europeo, en relación con la materia, se aprecia una anomia de reglas vinculantes, resultado de la expresa exclusión, ex artículo 153.5 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE en adelante), de las retribuciones en las normas de armonización[9]. A pesar de esta limitación, el Parlamento Europeo, desde el año 2007[10], puso de manifiesto la necesidad de fijar un salario mínimo en cooperación con los interlocutores sociales y viable desde el punto de vista financiero. En 2019 se reavivó el debate, en conexión con el PEDS, estableciéndose la necesaria puesta en práctica del pilar[11] y, de manera concreta, la regulación relativa a los salarios mínimos[12]. Necesidad reafirmada en 2020 en la Comunicación de la Comisión titulada Una Europa social fuerte para unas transiciones justas[13] y que, pocos meses después, previa reunión con los interlocutores sociales[14], en virtud de lo dispuesto en el artículo 154 TFUE, dio lugar a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea[15].

Aunque hasta 2020 no se puso sobre la mesa una Propuesta de Directiva, aunque, a nivel interno, 21 de los Estados Miembros de la UE ya contaban con salarios mínimos nacionales de aplicación general[16]. En estos países la fijación de salarios se realiza principalmente por dos vías: la legal[17] y la convencional[18]. Cabe matizar que en una gran parte de los países con salario mínimo fijado legalmente los interlocutores sociales cuentan con un papel relevante. Por ejemplo, emitiendo recomendaciones al respecto, como en Bulgaria, o pactando el salario

[9] Zoppoli, 2013, p. 51.

[10] Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2007, sobre la evaluación de la realidad social 2007/2104(INI), apartado 32.

[11] Agenda Estratégica de la Unión 2019-2024. Algunos autores consideran que de hecho, la Directiva es una puesta práctica del Pilar (Fernández Prol, 2024, p. 59).

[12] Orientaciones Políticas para la Comisión 2019-2024.

[13] COM(2020) 14 final.

[14] Se realizaron dos rondas de consultas, una primera desarrollada entre el 14/01/2020 y el 25/02/2020 y una segunda entre el 03/06/2020 y el 04/09/2020. Consultando en primer término sobre la necesidad de la iniciativa y su posible orientación y en segundo término sobre el contenido e instrumento jurídico a utilizar.

[15] COM(2020) 682 final.

[16] Los restantes países, o bien cuentan con salarios mínimos para ocupaciones específicas, como en el caso de Chipre, o estos se fijan por convenio colectivo sectorial, como en el caso de Dinamarca, Italia, Austria, Finlandia, Suecia y Suiza.

[17] A esta vía se acogen: Bulgaria, Republica Checa, Alemania, Estonia, Irlanda, España, Francia, Croacia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Países bajos, Polonia, Portugal, Rumanía, Eslovenia, Eslovaquia.

[18] A esta vía se adscriben: Bélgica y Grecia.

con el gobierno, como en República Checa[19]. La Propuesta de Directiva, antes de ser aprobada, ha tenido un impacto significativo en algunos de los Estados, que, anticipándose a la aprobación de la Directiva, han reenfocado los debates sobre salarios mínimos o comenzado a preparar algunas posibles modificaciones para adecuarse a esta[20]. En este sentido, Bulgaria, Alemania o España se han mostrado dispuestos a aumentar el salario mínimo para adecuar su cuantía[21]. Italia reabrió el debate sobre una posible introducción de un salario mínimo legal.

2.2. Tramitación de la Directiva

A. Informes y dictámenes

Para entender el texto final de la Directiva conviene examinar su tramitación, puesto que a lo largo del procedimiento del que resulta se pueden encontrar algunos documentos que ayudan a comprender el sentido de ésta.

a) Evaluación de impacto de la Directiva

En primer término, la propuesta de Directiva, cumpliendo con el artículo 5 del TFUE, se acompañó de una evaluación de impacto[22]. Este documento resulta de ayuda para comprender ciertos aspectos que la norma no detalla en profundidad.

Por un lado, profundizó sobre la problemática que la Directiva pretende resolver, que se concreta en:

- Ineficacia de los instrumentos existentes en la UE para abordar las deficiencias halladas en los sistemas nacionales de fijación de salarios mínimos.
- Adecuación insuficiente de los salarios mínimos en los Estados. En este sentido, el informe pone de manifiesto que, si bien los salarios mínimos han mejorado considerablemente en los últimos años, en casi todos los Estados Miembros el salario mínimo legal está por debajo del 50 o 60 % del salario medio.
- Brechas de cobertura. En algunos de los países con salarios mínimos legales se producen lagunas de cobertura, al regular las normas exclusiones. Algo similar sucede en los países con un salario mínimo establecido convencionalmente, donde, en algunos casos, la tasa de cobertura de la negociación colectiva es sumamente reducida.

[19] Datos obtenidos de Eurostat. Monthly minimum wages (earn_mw_cur).

[20] Aumayr-Pintar et al., 2022, p. 41.

[21] España, en coherencia con la Propuesta, puso de manifiesto la intención de aumentar el salario mínimo legal, para ajustarlo al 60 % del salario promedio.

[22] SWD/2020/245 final, en su versión extendida y SWD(2020) 246 final en su versión abreviada.

– Marcos normativos insuficientemente claros para la fijación y actualización de salarios mínimos.

Por otro, entró a fondo sobre la base jurídica de la Propuesta, que se asienta en el artículo 153.2 en relación con el artículo 153.1 b) TFUE, que dispone lo siguiente: *la consecución de los objetivos del artículo 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados Miembros en las condiciones de trabajo*. En este sentido, aclaró, en relación con el artículo 153.5 TFUE y partiendo de la jurisprudencia del TJUE[23], que la limitación, ex art 153.5 TFUE[24], no se extiende a todas las cuestiones vinculadas con la remuneración y no impide una actuación indirecta en materia de salarios[25]. Otras Directivas abordan indirectamente cuestiones relativas al salario, sin sobrepasar lo dispuesto en el artículo 153, como la Directiva UE 2019/1158 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores. En conexión con lo anterior, recalcó que la Propuesta no intentaba armonizar el nivel de los salarios mínimos, ni establecer un mecanismo para la fijación de salarios, respetando la diversidad de sistemas de fijación de salarios mínimos. Siendo, como afirman algunos autores, un objetivo loable la promoción de unos salarios más adecuados, tomando en consideración la cantidad de materias en las que se ha conseguido una armonización[26].

Partiendo las problemáticas expuestas, el documento detalló las medidas propuestas, distribuyéndolas en tres posibles agrupaciones; "A", "B" y "C". Algunas medidas se podían encontrar en las tres agrupaciones, como las destinadas a fomentar el desarrollo de capacidades para los interlocutores sociales y alentar las negociaciones sobre salarios mínimos o las relativas a la aplicación y seguimiento de la directiva. Otras sólo podían hallarse en "B" y "C", como la regulación de obligaciones específicas para aquellos países donde la tasa de cobertura fuera inferior a un 70 %. Acogiendo "A", con la misma finalidad una medida distinta, que disponía la posibilidad de extensión del ámbito de aplicación de los convenios colectivos a colectivos no representados por los interlocutores sociales signatarios. En conexión con lo anterior, "B" y "C" preveían medidas para mejorar la participación de los interlocutores sociales en la fijación de salarios, disponiendo la necesaria toma en consideración de estos en el proceso de fijación y actualización de salarios. Mientras que "A", con la misma finalidad, optó por disponer la obligación, por parte de los Estados de crear un organismo bipartito o tripartito que participaría en las decisiones sobre salarios mínimos en los Estados. La diferencia entre "B" y "C" se encuentra en que "B" adoptó medidas centradas en la regulación de criterios para la actualización de salarios, mientras que "C", en el mismo sentido, optó por una actualización automática de los salarios, que también reguló "B", pero con un papel

[23] STJUE de 15 de abril de 2008 (Asunto C-268/06) y STJUE de 13 de septiembre de 2007 (Asunto C-307/05).

[24] STJUE de 15 de julio de 2007 (Asunto C-268/06).

[25] Román Vaca, E. 2023, p. 283.

[26] Román Vaca, E. 2023, p. 282.

secundario. Finalmente, se optó por la agrupación "B" de medidas, por ser la que mejor equilibraba objetivos y costes y dejaba un mejor margen de actuación a los Estados Miembros e interlocutores sociales.

En último término, mencionaremos que el informe dispuso que la Directiva supondría un aumento de los salarios mínimos en los Estados Miembros, ajustándose a unos estándares "justos" y "dignos"; así como una mejora en el acceso a estos salarios, en el número de trabajadores cubiertos y en la tasa de cobertura de la negociación colectiva. Por otro lado, detalló los posibles impactos económicos derivados de la Directiva. En primer término, preveía que el coste económico para las empresas sería reducido, en torno a un 25 %, en segundo término, que supondría una mejora del poder adquisitivo de las personas con salarios mínimos, lo cual llevaría a un aumento del consumo por parte de estos.

Este informe fue acogido de forma favorable con reservas por el Comité de Control Reglamentario, que en su dictamen[27] puso de manifiesto la falta de claridad y precisión en el análisis del problema, la fundamentación jurídica de la propuesta y los paquetes de medidas propuestos.

b) Dictamen del Comité Económico y Social[28]

El Comité Económico y Social Europeo (CESE en adelante) apoyó en términos generales la propuesta y sus objetivos. Considerando que esta era coherente con los objetivos previstos en el artículo 3 y 151 TFUE, y que aseguraba el derecho previsto en el artículo 31 CDFUE, principio 6 del PEDS respetando lo dispuesto en el artículo 153.5 TFUE[29].

Por otro lado, emitió ciertas recomendaciones, principalmente asociadas con aspectos que considera relevantes, como el impulso de la negociación colectiva en materia de salarios mínimos o el papel de los interlocutores sociales en la fijación o actualización de estos. En este sentido, por ejemplo, recomendó que los planes de acción previstos para los Estados con tasas de cobertura menor al 70 % fueran diseñados y acordados con los interlocutores sociales[30]. De la misma manera, aconsejó que se formularan con mayor precisión algunas disposiciones de la Propuesta, como las relacionadas con las competencias de los interlocutores sociales. También pidió que se cambiara el término "organizaciones de trabajadores" por "organizaciones sindicales", para evitar interpretaciones erróneas.

---

[27] COM (2020) 682.

[28] 2021/C 220/16.

[29] Sobre la base jurídica de la propuesta de directiva, existieron opiniones divergentes que se reflejaron en una enmienda a la totalidad rechazada que se puede encontrar en el Anexo I del dictamen. En ésta, por ejemplo, se consideraba que el artículo 153.1 f) hubiera podido ser una buena base jurídica para ciertos aspectos de la directiva, relativos al fomento de la negociación colectiva.

[30] Esta recomendación, como veremos más adelante, fue acogida, ampliándose el apartado segundo del artículo 4 de la directiva sustancialmente en el texto final.

c) Dictamen del Comité Europeo de las Regiones[31]

El Comité Europeo de las Regiones (CEDR) realizó nueve recomendaciones de enmiendas. Unas relativas a cambios de terminología, en la línea de las recomendaciones del CESE, como la segunda enmienda, que fue acogida en el texto final de la directiva. En esta se recomendó el cambio, en el artículo tercero, apartado tercero, el uso del término "organizaciones sindicales" en lugar de "organizaciones de trabajadores". Como justificación, se precisó que, de conformidad con la legislación de la UE, los sindicatos son los principales interlocutores sociales en materia social. Otras, añadían elementos a la regulación, para dotar de cohesión al texto, por ejemplo, la tercera enmienda, donde se proponía incluir como finalidad de los planes de acción previstos para los países con tasa de cobertura inferiores al 70 %, a parte de la promoción de la negociación colectiva, el fortalecimiento de las capacidades de los interlocutores sociales. Esta enmienda no se recogió en el texto final de la directiva. La enmienda sexta, con la misma finalidad añadió al apartado tercero del artículo quinto, en relación con los valores de referencia para valorar la adecuación de los salarios mínimos, los valores previstos en el considerando vigésimo primero. Otras enmiendas proponían eliminar aspectos de la Propuesta, por ejemplo, la enmienda quinta, que no tuvo cabida en el texto final de la Directiva, proponía eliminar, en relación con la fijación de salarios, el criterio relativo a la evolución de la productividad, al considerar que este no era un parámetro adecuado para evaluar la idoneidad de los salarios mínimos. Otras enmiendas, en un sentido similar, proponían alternativas distintas para algunos artículos. En este sentido, la enmienda séptima, tampoco tomada en consideración, proponía una redacción diferente del apartado primero del artículo sexto, donde no permitía exclusión alguna del salario mínimo legal, frente a la propuesta de directiva, que permitía diferentes tipos de salarios mínimos. El CEDR justificó esta enmienda en la necesidad de no incentivación de variaciones del salario mínimo para grupos específicos de trabajadores.

A parte de las enmiendas, apoyó en términos generales la propuesta, ensalzando su adecuación de esta al art 3 TUE, principio 6 del PEDS, art 31 de la CDFUE, art 4 CSE y convenio 131 OIT, así como el papel que atribuyó a la negociación colectiva y a los interlocutores sociales. Si bien, realizó una serie de puntualizaciones. Algunas en la misma línea que el CESE, como la recomendación relativa a la concreción de la Propuesta en lo relativo a los planes de acción. Por otro lado, manifestó, en relación con el ámbito de aplicación de la Directiva, que ésta pudiera no estar teniendo en cuenta las nuevas formas de trabajo. Parte de las matizaciones precisadas por el CESE y el CEDR, como ya veremos quedan solventadas, bajo nuestro punto de vista, en el texto final aprobado.

[31] 2021/C175/08.

d) Informe de la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales

Este informe refleja, en primer término, las 106 enmiendas que la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales (CEAS en adelante) realizó al texto de la Propuesta. Por motivos de extensión, no podemos analizar pormenorizadamente todas, bastando decir que algunas de estas enmiendas se vieron reflejadas en el texto final de la directiva y que algunas de estas, según las opiniones de la Comisión de Asuntos Jurídicos (CAJ en adelante), reflejadas en el informe de la CEAS, introducían fundamentos jurídicos no planeados inicialmente. En segundo término, recoge la opinión, previamente solicitada, de la CAJ, sobre la base jurídica de la propuesta. Donde se disponía que la propuesta respetaba el artículo 153.5 TFUE, al no realizar una regulación específica de los salarios mínimos, dejando margen de actuación al respecto a los Estados Miembros. Recordando que la jurisprudencia del TJUE excluye de la aplicación del art 153.5 aquellas injerencias indirectas en materia de salarios por parte de la UE[32].

B. Acuerdo provisional y aprobación de la Directiva

Presentada la Directiva y realizados sucesivos debates, el 15 de junio de 2022 se publica el acuerdo provisional resultante de las negociaciones interinstitucionales, alcanzado el 6 de junio del mismo año. Texto que sería aprobado posteriormente por el Parlamento en primera lectura el miércoles 14 de septiembre de 2022[33] con 505 votos a favor, 92 en contra y 44 abstenciones. Posteriormente el Consejo de la UE, el 4 de octubre del mismo año, aprobaría la Directiva[34] que contendría el mismo texto que el resultante del acuerdo provisional y el aprobado por el Parlamento.

Algunos de los Estados Miembros, como Dinamarca votaron en contra de la resolución adoptada, otros se abstuvieron, como Hungría, Dinamarca y Hungría[35] justificaron su voto considerando que deben respetarse las competencias nacionales en cuanto a la fijación de salarios en la UE. Otros países como Bulgaria, Austria o Polonia también realizaron declaraciones recogidas en la última nota informativa citada, aunque votaron en favor de la Directiva.

[32] Entre otras, STJUE de 19 de junio de 2014 (Asuntos acumulados C-501/12 a C-506/12, C-540/12 y C-541/12) y STJUE de 10 de junio de 2010 (Asuntos C-395/08 y C-396/08).

[33] Nota informativa de la Secretaría General de Consejo 12331/22.

[34] Nota informativa de la Secretaría General de Consejo 12616/22.

[35] Suecia no se ha pronunciado, en relación con la justificación de su voto.

3. Análisis de la Directiva aprobada por el Consejo[36]

3.1. Considerandos previos

En primer término, procede examinar los 40 considerandos de la Directiva, que en origen eran 31, más una exposición de motivos que los precedía. Sobre éstos no incidiremos apenas puesto que, en gran medida, muchas de las cuestiones que abordan ya las hemos tratado y se mencionarán durante el análisis del articulado.

Los considerandos 1º al 8º exponen el marco normativo relacionado la Directiva, que como no podía ser de otra manera es del todo coherente con ésta[37]. Exponiendo por un lado los objetivos de la Unión reflejados en los artículos 3 TUE, 9 y 151 TFUE, tendentes a garantizar el progreso económico y social a través de unas condiciones de trabajo y una protección social adecuadas. Por otro lado, recoge el elenco de artículos contenidos en las CDFUE[38], CSE y el PEDS[39], relacionados con las condiciones de trabajo dignas, en especial el salario, así como con la negociación colectiva y su papel en la determinación de estas condiciones. Menciona el considerando 6º que tanto el Consejo como la Comisión ya habían puesto de manifiesto la necesidad de que los Estados asegurasen salarios mínimos justos. De manera adicional, en el considerando 8º resalta que los objetivos que persigue la Directiva son coherentes con el Convenio 131 OIT sobre salarios mínimos.

En los considerandos 9º al 18º se expresan, por un lado, el panorama de pobreza y desigualdad salarial que atraviesa la UE, así como las consecuencias que la enfermedad COVID-19 ha tenido sobre los estratos sociales con remuneraciones más bajas. Por otro, los principales problemas que se presentan en relación con la regulación previa de los salarios mínimos en Europa. Para posteriormente presentar la Directiva como posible vía de solución.

Los considerandos 19º a 21º presentan fundamentalmente dos aspectos que han suscitado debate en la tramitación de la Directiva. El primero de ellos, el relativo a la base jurídica, dejando claro cómo repetirá a lo largo del texto de la Directiva en sucesivas ocasiones, que la Directiva no pretende armonizar ni el nivel de salarios mínimos, ni los mecanismos de fijación de éstos. Tampoco pretende interferir en la libertad de los Estados Miembros al respecto ni imponer una vía de fijación de los salarios. En segundo lugar, se pronuncia sobre el ámbito de aplicación de la Directiva, afirmando que siguiendo lo dispuesto en el Reglamento (CE) 593/2008, ésta debe aplicarse a las personas que tengan un contrato de trabajo

[36] Para comprender la evolución del texto, desde la propuesta hasta el texto final de la directiva se aconseja revisar el dosier institucional 10123/22 de la Secretaría General del Consejo, donde se aporta un extenso cuadro comparativo del texto en sus diferentes versiones.

[37] Rojo Torrecilla, 2022.

[38] Aborda los artículos 23, 27, 28, 31.

[39] Menciona los principios 6 y 8.

o relación laboral, en virtud de lo dispuesto cada estado miembro y en todo caso tomando en consideración la jurisprudencia del TJUE sobre la materia.

Los restantes considerandos explican y justifican las medidas previstas en el articulado de la directiva.

3.2. Finalidad y ámbito de aplicación

A. Propósito

La Directiva deja claro en su artículo 1º, apartado primero, que la finalidad principal de la norma es la mejora de las condiciones de trabajo, en concreto la adecuación del salario mínimo. Ello en aras de conseguir una mayor convergencia social y reducción de la desigualdad . Siendo este el principal valor añadido de la norma, puesto en duda por las organizaciones europeas de empleadores[40].

Concreta el artículo que la norma establece un marco para la adecuación y mejora en el acceso a los salarios mínimos y la promoción de la negociación colectiva. Ello con base en el artículo 153.1 b) TFUE, base jurídica insuficiente, según algunos atores tomando en cuenta la prohibición contenida en el artículo 153.5 TFUE, lo que ha afectado a su formato y alcance[41]. Matiza que este marco respeta, en cualquier caso, la autonomía colectiva, así como las competencias de los Estados en la regulación de los salarios mínimos y recuerda que no obliga a introducir un salario mínimo legal en los países donde éste se regule exclusivamente mediante convenio colectivo. Estas precisiones, que se encontraban en términos similares en la propuesta de Directiva, pero sin referencia directa al artículo 153.5 TFUE, tratan de resaltar, de forma forzada y precaria consideran algunos autores[42], en primer lugar, que la actuación normativa establece un marco de actuación, no un régimen jurídico completo que fije y garantice el acceso al salario mínimo[43], en segundo lugar, y en conexión con lo anterior, que no se sobrepasa los límites marcados por el artículo 153.5 TFUE.

Es lógico que se ponga en duda el valor añadido de la norma, puesto que, visto el margen de maniobra con el que cuenta la norma y visto que, gran parte de los países ya cumplen con lo dispuesto en ésta. Bajo nuestro punto de vista, esta Directiva, si bien va dirigida a todos los estados miembros, se orienta especialmente a aquellos que o no tienen sistemas de fijación de salarios mínimos o, que en caso de tenerlos, estos no consiguen asegurar unas condiciones salariales propicias para los trabajadores. Por otro lado, pareciera que cuenta con una segunda intención, que se orienta desde la perspectiva colectiva. Está claro que, en conexión con la regulación de los salarios, esta hace un esfuerzo por potenciar los sistemas de negociación

[40] Álvarez Alonso, 2021, p. 40.

[41] Fernández Márquez, 2023.

[42] Fernández Prol, 2024, p. 61 y Fernández Márquez, 2023.

[43] Álvarez Alonso, 2021, p. 44.

colectiva en los Estados Miembros así como el papel de los interlocutores sociales en la fijación de salarios, en consonancia con lo previsto en el art 152 TFUE.

B. Ámbito subjetivo

El artículo 2º establece que resultará de aplicación a todos los trabajadores, con contrato de trabajo o relación laboral, conforme a sus respectivos Estados Miembros, teniendo en cuenta en todo caso la jurisprudencia del TJUE sobre la materia. El considerando 21º también abordaba la cuestión, por un lado, especificando los concretos colectivos que pudieran encontrarse incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, entre los que menciona a los trabajadores tanto del sector privado como del público, a los trabajadores domésticos, a los trabajadores según demanda, a los trabajadores intermitentes, a los trabajadores retribuidos mediante vales, los trabajadores de plataformas digitales, a los trabajadores en prácticas, los aprendices y otros trabajadores atípicos. Por otro, aclarando que aquellas personas que realmente ejecuten actividades por cuenta propia no deberán entrar en el ámbito de aplicación de ésta. Estas matizaciones se pueden encontrar en términos similares en otras normas recientes, como en la Directiva 2019/1158 sobre conciliación de la vida familiar y de la vida profesional[44].

En relación con lo anterior, la Directiva presta especial interés en reforzar el acceso efectivo de las personas trabajadoras a los salarios mínimos. En este sentido, la norma no prevé que debiera entenderse por acceso efectivo, si bien, pudiera intuirse, que acceso efectivo, hace referencia a un acceso de todos los colectivos susceptibles de recibir estos salarios, en igualdad de condiciones y con los menores impedimentos posibles. En aras de propiciar este acceso efectivo a los salarios, el artículo 8º dispone que los Estados deberán adoptar una serie de medidas que desarrolla posteriormente. La primera de ellas el establecimiento o refuerzo de controles, efectivos, proporcionados y no discriminatorios, en aras de garantizar el cumplimiento de los salarios mínimos legales. Estos controles, dispone la norma, podrán ser realizados por las inspecciones de trabajo u organismos responsables del control del cumplimiento sobre la materia. Esta medida, abre de nuevo la veda a los estados miembros a que los Estados Miembros establezcan órganos y mecanismos de control en relación con los salarios y a su vez, insta, a que, aquellos que ya disponen de estos, los refuercen si lo creen conveniente. En este último sentido, el apartado b) del artículo prevé, como una segunda medida, dirigida a conseguir y controlar el acceso efectivo de las personas trabajadoras a los salarios mínimos, el refuerzo de las capacidades de control de estos organismos, por medio de la formación y orientación, con vistas a perseguir los incumplimientos por parte de los empleadores. La Directiva parece optar por aportar solo dos medidas que garanticen el acceso efectivo, que además, no impide que los Estados puedan instaurar otra clase de medidas que garanticen la finalidad perseguida. Volviendo a uno de los aspectos más controvertidos de la directiva, el efecto útil, este precepto

[44] Cruz Villalón, 2021; Rojo Torrecilla, 2022.

aporta la posibilidad de reforzar los órganos de control del cumplimiento de la normativa laboral, especialmente en materia salarial, lo cual, es sin duda positivo y promueve la erradicación de mala praxis empresarial al respecto.

La presente directiva también resulta de aplicación en el ámbito de la administración pública, en lo relativo a la adjudicación de contratos y concesiones administrativas. En este sentido, el artículo 9º de la Directiva exige, de conformidad con las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE, que los Estados adopten medidas que garanticen, en la adjudicación y ejecución de contratos, se respeten las obligaciones sobre salarios mínimos. La imposición de este tipo de requisitos en las licitaciones públicas son totalmente legítimas, como bien dispuso el TJUE[45]. En el texto de la Directiva, nada más se dispone al respecto, si bien, debiera tomarse en consideración que estas medidas, en aras de asegurar su efectividad, deben acompañarse de un control posterior del que no se habla[46]. En algunos de los Estados Miembros, ya se cumple con las exigencias previas en la norma, en este sentido España cumple con creces con estos estándares, si bien, no en todos los países es así, por lo que, debiera entenderse, de nuevo, que estas medidas están especialmente enfocadas a estos estados.

El quinto apartado del artículo 1º introduce un régimen especial de la Directiva para la Gente del Mar. En este sentido, se establece que a los actos por los que algunos Estados prevén medidas en relación con el salario mínimo de este colectivo no les resulta aplicable el capítulo II de la Directiva. Esto se justifica en el considerando 20º, donde, teniendo en cuenta el Convenio OIT sobre Trabajo Marítimo del año 2006, concreta que esta exclusión principalmente se ampara en la específica naturaleza jurídica de dichos actos. Esta medida se adoptó siguiendo la recomendación dispuesta en el apartado 3.2.3 del Dictamen del CESE en el texto resultante del acuerdo de junio de 2022.

C. Ámbito objetivo

Visto el ámbito de aplicación subjetivo, conviene saber de manera concreta, puesto que ya se ha advertido en apartados anteriores brevemente, cuál es el objeto de regulación de la Directiva.

En este sentido, el artículo 3º de la Directiva, como viene siendo habitual, aporta un elenco de definiciones. Entre estas podemos encontrar las siguientes: Salario mínimo, salario mínimo legal, negociación colectiva, convenio colectivo y cobertura de la negociación colectiva. Nos detendremos en la definición de salario mínimo, que a efectos de la Directiva es "*la remuneración mínima establecida por ley o por convenios colectivos que un empleador, también del sector público, está obligado a pagar a los trabajadores por el trabajo realizado durante un período determinado*".

[45] Sentencia de 17 de noviembre de 2015 (Asunto C-115/14). Tal y como recuerda el CEDR en su recomendación vigésima.

[46] Álvarez Alonso, 2021, p. 50.

Esta definición delimita los principales sistemas de fijación de salarios mínimos; la legal, en la que la fijación de estos se realiza por ley y la convencional, en la que la fijación de salarios se realiza mediante convenios colectivos de eficacia general. Esta diferencia es esencial, puesto que, como ya dijimos, son los dos principales sistemas de fijación de salarios mínimos en Europa. Resultaba necesaria la inclusión de esta definición porque no quedaba reflejada, de forma clara, en la Propuesta de Directiva, cuestión que el CESE puso de manifiesto y que parece solventada en el texto final. Algunos autores consideran algunas de las definiciones contenidas en el artículo resultan muy generales[47], bajo nuestro punto de vista, resulta lógico, puesto que, por ejemplo, en materia colectiva, cabe tener en cuenta la exclusión de la política de armonización al derecho de asociación empresarial y sindical, así como de la negociación colectiva. Lo cual explica que las definiciones aportadas sobre la materia sean generales y respeten, en la medida de lo posible, las regulaciones al respecto de cada Estado Miembro.

Vistos los conceptos, conviene examinar el sistema de fijación y actualización de salarios mínimos legales que regula la Directiva. En este sentido el artículo 5º, establece que los Estados deberán prever procedimientos de fijación y actualización de salarios mínimos legales. Para ello, con la finalidad de conseguir que estos sean "adecuados", término que la norma no define, deberán basarse en criterios claros. Esta es la premisa fundamental del precepto, la búsqueda de la claridad en la fijación de los criterios para la fijación y actualización de los salarios, en aras de lograr un nivel de vida digno, reducir la pobreza de los ocupados, fomentar la cohesión y la convergencia sociales al alza, y reducir la brecha salarial de género. En este sentido, como no podía ser de otra manera, deja en manos de los Estados Miembros la fijación de estos criterios. Aunque, establece, por un lado, que como mínimo deberán contener los siguientes: El poder adquisitivo de los salarios mínimos legales, el coste de la vida; la cuantía general de los salarios y su distribución; la tasa de crecimiento de los salarios; los niveles y la evolución de la productividad nacional a largo plazo. Cabe mencionar que el precepto habilita a los estados para que decidan la ponderación de dichos criterios que, necesariamente debieran aparecer. Ello llevará, como es lógico, a reformar la regulación sobre salarios mínimos en algunos países para incluir algunos de estos criterios. Por otro lado, prevé que los Estados puedan valerse, en aras de valorar la adecuación de los salarios, de valores comúnmente utilizados, a nivel nacional o internacional (como el 60 % de la mediana salarial bruta y el 50 % del salario medio bruto). Superando la redacción inicial contenida en la Propuesta, que realizaba una referencia genérica a los criterios de fijación y actualización de los salarios, habilita a su vez la posibilidad de que los Estados establezcan un mecanismo automático de indexación. Estas concreciones dejan un poco más claro qué se entiende por un salario mínimo adecuado.

[47] Rojo Torrecilla, 2022.

En cuanto a la actualización de los salarios mínimos, el artículo 5º especifica que los Estados deberán realizar esta actuación periódicamente, al menos cada 2 años o cada 4 para aquellos países que cuenten con un mecanismo automático de indexación. A su vez deberán crearse órganos consultivos para asesorar a las autoridades competentes sobre salarios mínimos. En lo que se refiere a estos órganos, se plantea la posibilidad de que esta obligación choque con los mecanismos tradicionales de fijación de salarios mínimos[48]. Observando la flexibilidad que la directiva aporta a los Estados, en cuanto al establecimiento de las medidas que dispone, no consideramos que esta obligación plantee problemas. Por ejemplo, la norma no especifica si estos órganos deben encontrarse especializados en materia de salarios mínimos o pudieran los Estados valerse de otros órganos con más competencias[49]. Bajo nuestro punto de vista, realizando una interpretación literal del precepto, consideramos que pudieran darse ambas opciones, la creación de órganos específicamente dedicados al asesoramiento o la atribución a órganos ya existentes esta función, lo cual, como ya dejamos entrever, dota de mayor flexibilidad a los estados en el cumplimiento de esta obligación. Aunque, debiera tomarse con cautela esta posibilidad, para evitar sobrecargar de funciones a otros órganos, atribuir funciones impropias a otros órganos, o crear órganos innecesarios.

Dos cuestiones que han suscitado debate durante la tramitación de la Propuesta han sido, por un lado, la posibilidad de establecer diferentes cuantías de los salarios mínimos para grupos específicos y por otro, la posibilidad de establecer reducciones en la cuantía de los salarios mínimos, previstas ambas en el artículo sexto de la Directiva. Si bien estas variaciones y reducciones se someten al respeto de los principios de no discriminación y proporcionalidad, no fueron bien acogidas por el CEDR, que en sus enmiendas las eliminaba. La Directiva en el considerando 29º aclara que el propósito del artículo sexto es el de limitar y controlar su utilización, para evitar la posible afectación negativa en los salarios mínimos. A pesar de las cautelas previstas en el artículo sexto, la doctrina muestra su preocupación en relación con su efectividad o su utilización perversa[50]. En este último sentido, algunos autores nos dejan entender que, frente a un uso inadecuado, con vistas a justificar diferencias y excepciones a la baja en las cuantías del salario mínimo, cabría invocar el efecto útil de la Directiva y la cláusula de no regresión prevista en la misma, en el artículo 16[51].

3.3. El fomento de la negociación colectiva y del diálogo social

Como bien ya mencionamos, este es precisamente uno de los objetivos principales de la Directiva, el impulso de la negociación colectiva en relación con la fijación y actualización de los salarios mínimos. Resulta lógico, por un lado si

[48] Cruz Villalón, 2021.

[49] Álvarez Alonso, 2021, p. 48.

[50] Rojo Torrecilla, 2022.

[51] Álvarez Alonso, 2021, p. 48.

se tiene en cuenta que, probablemente una de las intenciones del legislador es atender a lo dispuesto en el artículo 152 TFUE. Por otro, también resulta lógico si se repara en que, en algunos de los Estados, la fijación de salarios se realiza principal o únicamente mediante negociación colectiva. En este sentido, cabe mencionar que, en aquellos países donde la fijación de salarios se realiza por vía legal los interlocutores sociales cuentan con un papel relevante. Este impulso de la negociación colectiva, si bien se enfoca en todos los países, resulta, de nuevo, especialmente trascendente para aquellos Estados Miembros que cuentan con sistemas negociales más debilitados o con menos trabajadores amparados por los beneficios resultantes de las negociaciones. En definitiva, bajo nuestro punto de vista, aparte de fomentar un progreso en la negociación colectiva en términos generales, en consonancia con el TFUE, trata de solventar, en una materia especialmente sensible, las posibles deficiencias que los sistemas de negociación colectiva puedan tener los Estados Miembros, eso sí, como no podía ser de otra manera, siguiendo la tendencia de todo el cuerpo normativo analizado, respetando al máximo las competencias sobre la materia de cada Estado.

A. Negociación colectiva

En primer término, el artículo cuarto trata de promover y fortalecer la negociación colectiva sobre salarios mínimos. Por un lado, estableciendo la obligación de fomentar y reforzar el papel de los interlocutores sociales, de cara a que negocien sobre la materia, especialmente a nivel sectorial e intersectorial. En cuanto a la negociación, el precepto dispone, que los Estados Miembros deberán velar porque estas negociaciones resulten fructíferas, se desarrollen en unas condiciones adecuadas, por ejemplo, en términos de igualdad para las partes negociadoras. Como no podía ser de otra manera, la Directiva se preocupa por proteger a quienes intervienen o pretenden intervenir en estas negociaciones. En este sentido, prevé que se adoptarán las medidas que correspondan, para proteger el ejercicio de la negociación colectiva en materia de salarios mínimos.

Esta regulación fue bien acogida por el CESE y el CEDR, quienes consideraron que el buen funcionamiento de la negociación colectiva es el medio idóneo para lograr unos salarios justos. Si bien esto es cierto, también lo es que se trata de previsiones poco detalladas[52] y siguiendo la tónica de regulación de toda la norma, elaboradas en términos de recomendación con un marcado carácter enigmático[53]. Por ejemplo, nada se dice sobre las medidas que los estados deberían adoptar frente a posibles actos que atenten contra el derecho a la negociación colectiva en relación con la fijación de salarios. Esto se debe muy probablemente a que, en la medida de lo posible, la Directiva intenta evitar invadir competencias de los Estados sobre la materia. Cabe mencionar que el artículo sólo hace referencia a la negociación colectiva sectorial e intersectorial omitiendo por completo el ámbito

[52] Álvarez Alonso, 2021, p. 45; Cruz Villalón, 2021.

[53] Fernández Márquez, 2023.

de negociación empresarial; ello, explica la doctrina, probablemente se deba a la intención de conseguir una mínima homogeneidad de salarios por actividades empresariales y respetar la diversidad entre los distintos ámbitos[54].

Por otro lado, la Directiva pretende una mejora en la tasa de cobertura convencional de los salarios mínimos, ello probablemente porque, como se ha destacado por algunos autores, existe una correlación entre la tasa de cobertura convencional de los salarios y la calidad y cuantía de estos[55]. El apartado segundo del artículo prevé un elenco de obligaciones para los países que cuenten con una tasa de cobertura inferior al 80 %[56]. El cálculo de la tasa de cobertura resultará complejo si los países no disponen de sistemas de registro y seguimiento de la negociación colectiva[57]. Estas obligaciones incluyen la creación de un marco de condiciones que favorezcan la negociación colectiva, en cooperación con los interlocutores sociales consultándoles o acordando con ellos. De la misma manera, con la participación de estos, los Estados, deberán elaborar un plan de acción público, con la finalidad de conseguir un aumento progresivo de la tasa de cobertura, con medidas concretas, revisado al menos cada cinco años. Esta medida, si bien es algo más concreta que las precedentes, suscita dudas sobre qué es exactamente y cómo se mide esta tasa de cobertura, no existiendo respuesta clara por el momento[58].

B. Interlocutores Sociales

Como se puede apreciar a lo largo de toda la Directiva, el papel que atribuye el texto a los interlocutores sociales es sumamente relevante. En este sentido, a parte de las referencias contenidas en el artículo 4, el artículo 7 prevé su participación en la fijación y actualización de los salarios mínimos legales. Ello supondrá una obligación para los Estados Miembros, que deberán adoptar medidas para conseguir la participación de los agentes sociales en la fijación y actualización de salarios. El artículo 8 dispone que estos deberán participar en la adopción de medidas en aras de conseguir un acceso efectivo de las personas trabajadoras a los salarios mínimos. Todo ello de nuevo, nos deja ver como uno de los principales objetivos de la norma es promover el diálogo social en relación con la fijación y actualización de salarios mínimos, siguiendo la orientación 5º de la Decisión 2020/1512, las recomendaciones del CESE y del CEDR. Resultando esto muy útil para una buena gobernanza de las relaciones de trabajo[59].

[54] Cruz Villalón, 2021.

[55] Fernández Márquez, 2023.

[56] Este porcentaje en origen era un 70 %, pero el texto resultante del acuerdo institucional cambió este a un 80 %.

[57] Fernández Márquez, 2023.

[58] Álvarez Alonso, 2021, p. 45.

[59] Rojo Torrecilla, 2022.

3.4. Obligaciones complementarias

La Directiva prevé una serie de obligaciones adicionales para los estados, relacionadas con la protección de los trabajadores en materia de salarios mínimos, con el control del cumplimiento de las obligaciones por parte de los empresarios y con el seguimiento en la aplicación de la Directiva.

A. Seguimiento y recogida de datos

El artículo 10º dispone que los Estados Miembros adoptarán mecanismos para recoger datos con la finalidad de realizar un seguimiento de los salarios mínimos. Teniendo que comunicar a la comisión, cada dos años, datos relativos a la tasa de cobertura, así como relativos a los salarios mínimos legales y convencionales. Desglosándose, en la medida de lo posible, por género, edad, discapacidad, tamaño de la empresa y sector. Detalla además que la comisión, cada dos años, comunicará al Parlamento y al Consejo estos datos, así como los relativos a los planes de acción, haciendo pública esta información.

En relación con la información dispuesta en el artículo décimo, la Directiva, en su artículo 11º, exige que los Estados la pongan a disposición del público, cuando sea necesario, de forma fácilmente accesible, en la lengua materna

Estas obligaciones, sobre todo las previstas en el artículo 10º, se redactan con cierto margen de flexibilidad, ajustando el cumplimiento a "la medida de lo posible", aportando además unos plazos amplios para la entrega de la información. Esto se debe a que, como bien indican algunos autores[60], estas obligaciones supondrán una readaptación por parte de los Estados, siendo complejo su cumplimiento.

B. Derecho de reparación y protección

En aras de establecer un régimen tuitivo asociado a los salarios mínimos, dispone por un lado que los Estados deberán asegurar, legal o convencionalmente, que las personas trabajadoras, cuenten con una relación laboral activa o no, tienen derecho a asegurar el acceso a la resolución de conflictos y en su caso a la reparación, en relación con las vulneraciones en materia de salarios mínimos.

En el mismo sentido, se establece que los Estados deberán proteger a trabajadores y a sus representantes frente a cualquier consecuencia, derivadas de denuncias o procedimientos asociados a vulneraciones de los derechos anteriormente mencionados. Este tipo de medidas van en la misma línea que las dispuestas en otras Directivas, que protegen a los trabajadores frente a posibles represalias[61].

[60] Álvarez Alonso, 2021, p. 50.

[61] Álvarez Alonso, 2021, p. 51; Rojo Torrecilla, 2022.

C. Sanciones

En conexión con el control previsto en el artículo 8º, la Directiva prevé, en su artículo 13º la obligación por parte de los Estados Miembros de establecer normas que prevean sanciones asociadas al incumplimiento de derechos y obligaciones en relación con los salarios mínimos. Para los países con regulación de los salarios mínimos vía convencional, prevé que estas normas podrán *contener o limitarse a una referencia a compensación y/o a sanciones contractuales dispuestas, cuando proceda, en las normas sobre la ejecución de los convenios colectivos.* En todo caso, las sanciones deberán ser proporcionales y disuasorias.

4. Conclusiones

Primera. La realidad social en Europa en las últimas décadas ha llevado a la Unión a realizar la Política Social Europea con el PEDS. En este contexto, se puso de manifiesto una problemática intrínsecamente apegada a la realidad social europea, la gran diversidad y polaridad salarial imperante en los Estados Miembros.

Segunda. Si bien, esta problemática no es novedosa, si lo es la respuesta europea al respecto. Debido a las normas imperantes en materia de armonización, la actuación de la Unión en materia salarial, con los años ha sido tenue. A resultas de la situación social en Europa, ha devenido necesaria una respuesta al problema, la cual se ha materializado en forma de Directiva[62].

Tercera. La tramitación de esta no se ha prolongado excesivamente en el tiempo, si bien, ha sido algo complejo. Se han puesto de manifiesto multitud de planteamientos que hacían tambalear su posible aprobación, pero que, bajo nuestro punto de vista, en el texto final han quedado solventados. Siendo la norma acogida favorablemente por la gran mayoría de los Estados Miembros.

Cuarta. Esta Directiva, si bien pudiera parecer innecesaria, si se toma en consideración por un lado las limitaciones competenciales en materia salarial por parte de la unión y por otro la existencia general de salarios mínimos en los Estados Miembros, resulta útil. En primer término porque aporta los parámetros que debieran regir la fijación de salarios mínimos en los distintos países. Parámetros que, si bien para muchos países pueden pasar inadvertidos, pues ya los suscriben, para otros pueden resultar una herramienta que asegure unos salarios mínimos dignos, que propugnen un nivel de vida adecuado. En segundo lugar, la Directiva resulta un mecanismo idóneo para fomentar el diálogo social y la negociación colectiva en general y en especial, en materia de salarios mínimos.

Quinta. Esta Directiva, si bien pudiera parecer que adolece de claridad en ocasiones, resulta excusable, bajo nuestro punto de vista, si se tiene en cuenta, el

[62] Directiva (UE) 2022/2041 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. «DOUE» núm. 275, de 25 de octubre de 2022, páginas 33 a 47 (15 págs.).

margen de actuación que tiene en la materia que aborda, que, pudiera afirmarse, gestiona con bastante acierto, ofreciendo un texto coherente, que atiende a la finalidad que pretende, asegurar unos salarios mínimos adecuados.

5. Bibliografía

Álvarez Alonso, D. (2021): "Salarios mínimos en la Unión Europea: Propuesta de Directiva e implicaciones para España", en *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social* nº 151.

Aumayr-Pintar, C., Kostolný, J., & Vacas Soriano, C. (2022): *Minimum wages in 2022: Annual review*. Publications Office of the European Union.

Buriel Rodriguez-Diosdado, P. (2022): "Salario mínimo interprofesional en España y la Carta Social Europea: El desacuerdo permanente", en *Lex Social: Revista de Derechos Sociales* nº 12.

Bogoni, M. (2023): "La regulación europea del salario mínimo en la Directiva (EU) 2022/2041, de 19 de octubre", en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 166.

Cairós Barreto, D.M (2021): "El futuro de Europa y su nuevo «código normativo social»: El Plan de acción del Pilar Europeo de Derechos Sociales", en *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* nº 82.

Callau Dalmau, P. (2023): "Alcance e implicaciones de la Directiva 2022/2041, de 19 de octubre, sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea", en *Revista General de Derecho del trabajo y de la Seguridad Social*, nº 65.

Cruz Villalón, J. (2021, abril 12): "La promoción de salarios mínimos adecuados en la Unión Europea", en *Blog de Jesús Cruz Villalón. Reflexiones y comentarios de cuestiones sociales y laborales de actualidad*. jesuscruzvillalon.blogspot.com/2021/04/la-promocion-de-salarios-minimos.html

European Commission (2021): *Plan de acción del pilar europeo de derechos sociales*. Publications Office.

Fernández Prol, F. (2024): "El derecho a un salario justo. La Directiva (UE) 2022/2041, sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea", en *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol 5 nº 1.

Fernández Márquez, O. (2023) "Salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. Notas para una aproximación crítica a la Directiva 2022/2041, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 262.

Gimeno Diaz De Atauri, P. (2022): "Los salarios mínimos en la España y la Europa que vienen. Algunas reflexiones interdisciplinares", en *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 3 nº 2.

Monereo Pérez, J. L., Rodríguez Escanciano, S., & Rodríguez Iniesta, G. (2021): "Política de rentas y salario mínimo interprofesional: Dos variables indisolublemente imbricadas", en *Revista crítica de relaciones de trabajo, Laborum* nº 1.

Muñoz De Bustillo Llorente, R. (2021): "En torno a la propuesta de Directiva europea sobre el salario mínimo", en NET 21 nº 4.

Ortiz González-Conde, F.M. (2023): "Los salarios mínimos adecuados en la Unión Europea", en *Trabajo y Derecho: Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº Extra 17.

Rojo Torrecilla, E. (2022, septiembre 16): "Salarios mínimos adecuados en la Unión Europea. En la recta final de la aprobación de la Directiva. Texto comparado de la Propuesta de 28.10.2020 (y amplio recordatorio de su contenido) y de la Resolución legislativa aprobada por el Parlamento Europeo el 14.9.2022 tras el acuerdo inter institucional alcanzado el 6.6.2022", en *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales.* www.eduardorojotorrecilla.es/2022/09/salarios-minimos-adecuados-en-la-union.html

Rodríguez González, S. (2023): "La regulación sobre salarios mínimos adecuados en el relanzamiento de la dimensión social de la Unión Europea", en *Trabajo y Derecho: Nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 103-104.

Román Vaca, E. (2023): "Directiva sobre salarios mínimos adecuados y su transposición", en *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 168.

Sánchez Vellvé, F. J. (2018): "Política europea de salarios mínimos: Una propuesta "dual" y su efecto sobre el mercado de trabajo de la UE", en *Revista de estudios europeos* nº 71.

Zoppoli, L. (2013): "Políticas europeas para la competitividad, salarios mínimos y tutela del poder adquisitivo de las retribuciones en Italia tras el acuerdo de noviembre de 2012", en *Documentación Laboral* nº 98.

CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO. La prestación de trabajo de duración determinada y el trabajo a tiempo parcial

Magdalena Llompart Bennàssar
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de les Illes Balears
https://orcid.org/0009-0007-7663-2214

Sumario: 1. Duración determinada: 1.1. Introducción. 1.2. Ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CEE. A. Inclusiones. B. Exclusiones. 1.3. Igualdad de trato. A. Trabajador indefinido comparable. B. Condiciones de trabajo. C. Razones objetivas. a) Supuestos en los que se entiende que concurren razones objetivas. b) Supuestos en los que se entiende que no concurren razones objetivas. 1.4. Prevención de la utilización abusiva de la contratación temporal sucesiva. A. Razones objetivas. B. Contratación sucesiva. C. Medidas legales equivalentes. D. Posibles sanciones. Especial referencia a la conversión de los contratos temporales en indefinidos. 2. Tiempo parcial. 2.1. Introducción. 2.2. Ámbito de aplicación de la Directiva 97/81/CE. 2.3. Igualdad de trato. A. Trabajador a tiempo completo comparable. B. Condiciones de empleo. C. Razones objetivas. 2.4. Proporcionalidad. 2.5. Promoción del contrato a tiempo parcial. 2.6. Voluntariedad en la novación del contrato. 3. Bibliografía.

1. Duración determinada

1.1. Introducción

La Directiva 1999/70/CE, de 28 de junio, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada (Acuerdo CT), tiene por objeto aplicar el citado acuerdo comprendido en su anexo. A tal efecto, dispone que los Estados miembros pondrán en vigor las normas necesarias para dar cumplimiento a la misma o deberán asegurarse de que los interlocutores sociales hayan establecido las disposiciones necesarias para garantizar los objetivos de la Directiva (art. 2 Directiva 1999/70). Por su propia naturaleza, esta Directiva permite que dichos Estados sean quienes elijan la forma y los medios para conseguir el

cumplimiento del Acuerdo CT[1]. Y es que la misma no pretende tanto la armonización de las legislaciones laborales -a efectos de favorecer la libre circulación de los trabajadores y una mejor competencia de las empresas-, como asegurar una mayor protección a los trabajadores temporales[2]. La Directiva se fundamenta en la idea de que, aun cuando los contratos de duración determinada son característicos en algunos sectores, ocupaciones y actividades y pueden convenir tanto a empresarios como trabajadores, los contratos indefinidos son los que contribuyen a la calidad de vida de los trabajadores afectados y a mejorar su rendimiento. Concretamente, la cláusula 1 del Acuerdo CT determina que su objeto es, de una parte, *"mejorar la calidad del empleo de duración determinada garantizando el respeto al principio de no discriminación*" y, de otra, *"establecer un marco para evitar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos o relaciones laborales de duración determinada*". En fin, el párr. 3º de su Preámbulo precisa que el mismo constituye una manifestación de la voluntad de garantizar la igualdad de trato a los trabajadores con un contrato de duración determinada, *"protegiéndolos contra la discriminación*".

1.2. Ámbito de aplicación de la Directiva 1999/70/CEE

El TJUE, en numerosas ocasiones, ha reconocido que el ámbito de aplicación del Acuerdo CT, a tenor de su cláusula 2.1, se ha definido con amplitud al incluir con carácter general a *"los trabajadores con un contrato de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado*"[3]. Se aplica, por tanto, a todos los trabajadores cuyas prestaciones sean retribuidas en el marco de una relación laboral temporal que los vincule a su empleador[4].

[1] Véase, entre otras muchas, STJUE de 23 de abril de 2009 (Asunto C-378/07 a 380/07).

[2] Cfr. SSTJUE de 13 de septiembre de 2007 (Asunto C-307/05); de 15 de abril de 2008 (Asunto C-268/06); de 8 de marzo de 2012 (Asunto C-251/11); de 18 de octubre de 2012 (Asunto C-302/11 a C 305/11); y de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-16/15). Y AATJUE de 3 de marzo de 2013 (Asunto C-178/12); de 11 de noviembre de 2010 (Asunto C-20/10); y de 22 de junio de 2011 (Asunto C-161/11).

[3] SSTJUE de 4 de julio de 2006 (Asunto C-212/04); de 24 de junio de 2010 (Asunto C-89/09); de 11 de abril de 2013 (Asunto C-290/12); de 13 de marzo de 2014 (Asunto C-190/13); de 3 de julio de 2014 (Asunto C-362/13, C-363/13 y C-407/13); de 9 de julio de 2015 (Asunto C-177/14); de 3 de junio de 2021 (Asunto C-942/19); de 13 de enero de 2022 (Asunto C-282/19); y de 27 de junio de 2024 (Asunto C-41/23). Así como ATJUE de 13 de diciembre de 2021 (Asunto C-226/21).

[4] *Vid*. SSTJUE de 13 de septiembre de 2007 (Asunto C-307/05); de 22 de diciembre de 2010 (Asunto C-444/09 y 456/09); de 8 de septiembre de 2011 (Asunto C-177/10); de 3 de julio de 2014 (Asunto C-362/13, C-363/13 y C-407/13); de 3 de junio de 2021 (Asunto C-942/19); de 30 de junio de 2022 (Asunto C-192/21); y de 20 de febrero de 2024 (Asunto C-715/29). De igual modo, AATJUE de 18 de marzo de 2011 (Asunto C-273/10); de 21 de septiembre de 2016 (Asunto C-631/15); de 1 de febrero de 2017 (Asunto C-443/16); de 22 de marzo de 2018 (Asunto C-315/17); y de 26 de abril de 2022 (Asunto C-464/21). En fin, como apunta la STJUE de 24 de junio de 2010 (Asunto C-89/09), el ámbito cubierto por el Acuerdo CT no se limita a los trabajadores que hayan celebrado sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, sino que por el contrario dicho Acuerdo se aplica a todos los trabajadores cuyas prestaciones sean retribuidas en el marco de una relación laboral de duración determinada que los vincule a su empleador independientemente del número de contratos de duración determinada celebrados por estos trabajadores.

Sin perjuicio de las matizaciones del concepto de trabajador con contrato de duración determinada adoptadas por cada país, la cláusula 3 del Acuerdo CT considera que es tal *"el trabajador con un contrato de trabajo o una relación laboral concertados directamente entre un empresario y un trabajador, en los que el final del contrato de trabajo o de la relación laboral viene determinado por condiciones objetivas tales como la fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado"*. Según esta definición, se desprende que el elemento característico de un contrato de duración determinada está concretado por condiciones objetivas, tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado[5]. No impone, por tanto, ninguna obligación a los Estados miembros en relación con las normas de Derecho interno aplicables a la conclusión de los contratos de trabajo de duración determinada, de suerte que el Acuerdo no se opone a una normativa nacional que establezca que los contratos de duración determinada deben indicar su duración, pero no su término[6].

A. Inclusiones

De forma expresa, el TJUE, ya en sus sentencias de 4 de julio de 2006 (Asunto C-212/04), y de 7 de septiembre de 2006 (Asunto C-53/04), sostiene que tanto el Acuerdo CT como la Directiva se aplican no solo a contratos y relaciones laborales de duración determinada celebrados con empresarios del sector privado, sino también con los órganos de la administración y demás entidades del sector público[7]. De una parte, la cláusula 2.1 del Acuerdo CT incluye en su ámbito de aplicación a *"los trabajadores con un trabajo de duración determinada cuyo contrato o relación laboral esté definido por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro"*; y, de otra, la cláusula 3.1 del Acuerdo CT, que define al *"trabajador con contrato de duración determinada"*, comprende

[5] *V. gr.* SSTJUE de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-619/17); de 11 de abril de 2019 (Asunto C-29/18, C-30/18 y C-44/18); y de 22 de febrero de 2024 (Asuntos C-59/22, C-110/22 y C-159/22). También, SSTJUE de 3 de julio de 2014 (Asuntos C-362/13, C-363/13 y C-407/13); y de 9 de julio de 2015 (Asunto C-177/14), que incluye contratos eventuales que finalizan automáticamente cuando se produzca el cese de la autoridad para la que se desempeñen las funciones, pues este supuesto tiene cabida en la *"producción de un hecho o acontecimiento determinado"*.

[6] STJUE de 3 de julio de 2014 (Asunto C-362/13, C-363/13 y C-407/13).

[7] *Vid*., con posterioridad, SSTJUE de 13 de septiembre de 2007 (Asunto C-307/05); de 22 de diciembre de 2010 (Asunto C-444/09 y C-456/09); de 8 de septiembre de 2011 (Asunto C-177/10); de 11 de abril de 2013 (Asunto C-290/12); de 13 de marzo de 2014 (Asunto C-190/13); de 3 de julio de 2014 (Asunto C-362/13, C-363/13 y C-407/13); de 9 de julio de 2015 (Asunto C-177/14); de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-16/15); de 25 de octubre de 2018 (Asunto C-331/17); de 19 de marzo de 2020 (Asunto C-103/18 y C-429/18); de 16 de julio de 2020 (Asunto C-658/18); de 3 de junio de 2021 (Asunto C-942/19); de 13 de enero de 2022 (Asunto C-282/19); y de 30 de junio de 2022 (Asunto C-192/21). Asimismo, AATJUE de 18 de marzo de 2011 (Asunto C-273/10); de 21 de septiembre de 2016 (Asunto C-614/15), que incluye el ámbito de la inspección veterinaria; de 1 de febrero de 2017 (Asunto C-443/16); de 22 de marzo de 2018 (Asunto C-315/17); de 3 de junio de 2021 (Asunto C-942/19); de 26 de abril de 2022 (Asunto C-464/21); de 13 de diciembre de 2021 (Asunto C-226/21); y de 22 de febrero de 2024 (Asuntos C-59/22, C-110/22 y C-159/22).

a todos los trabajadores sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan. En fin, ambas resoluciones reparan en que, como se verá, la cláusula 2.2 del Acuerdo CT tan solo admite la posibilidad de declarar el Acuerdo marco inaplicable a *"las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje"* y a los contratos formalizados *"en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos"*.

Por lo demás, entre las inclusiones que ha tenido ocasión de analizar el TJUE, están las de trabajadores con contrato temporal que deja de producir efectos para el futuro cuando vence el término que se le ha asignado, que puede consistir en la finalización de una tarea determinada, una fecha precisa o el advenimiento de un acontecimiento concreto[8]; trabajadores con contrato cuyo objeto es la realización de una tarea determinada, efectuada en el marco de la ejecución de una contrata[9]; interinos por sustitución[10]; interinos cuya duración está sujeta a la adjudicación de la plaza a un tercero, tras el correspondiente proceso selectivo[11]; funcionarios interinos que ocupan una plaza hasta el nombramiento del funcionario de carrera que la va a ocupar[12]; profesores empleados mediante un contrato en régimen administrativo de duración determinada[13]; profesores ayudantes doctores[14]; profesores asociados[15]; personal estatutario temporal[16]; trabajadores eventuales cuyo nombramiento o cese son libres por desempeñar funciones de confianza y de asesoramiento especial[17]; jueces de paz[18]; trabajadores con una relación laboral de carácter indefinido no fijo[19]; y marinos empleados a bordo de buques que navegan exclusivamente en aguas interiores, ya que el Acuerdo no excluye a ningún sector particular[20].

---

[8] STJUE de 5 de junio de 2018 (Asunto C-677/16).

[9] STJUE de 11 de abril de 2019 (Asunto C-29/18, C-30/18 y C-44/18).

[10] STJUE de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596/14).

[11] STJUE de 5 de junio de 2018 (Asunto C-677/16).

[12] STJUE de 22 de febrero de 2020 (Asunto C-177/18); y de 30 de junio de 2022 (Asunto C-192/21).

[13] STJUE de 20 de junio de 2019 (Asunto C-72/18).

[14] ATJUE de 18 de marzo de 2011 (Asunto C-273/10).

[15] STJUE de 13 de marzo de 2014 (Asunto C-190/13).

[16] SSTJUE de 13 de septiembre de 2005 (Asunto C-307/05); de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-16/15); y de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-184/15); y ATJUE de 13 de diciembre de 2021 (Asunto C-226/21).

[17] STJUE de 9 de julio de 2015 (Asunto C-177/14), que repara en que su prestación de servicios tiene un plazo final, que es cuando se produce el cese de la autoridad para la que desempeñan las funciones.

[18] SSTJUE de 7 de abril de 2022 (Asunto C-236/20); y de 27 de junio de 2024 (Asunto C-41/23).

[19] SSTJUE de 25 de julio de 2018 (Asunto C-96/17); y de 22 de febrero de 2024 (Asuntos C-59/22, C-110/22 y C-159/22). También, ATJUE de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-86/14), que indica que la conversión a contrato indefinido no fijo es una sanción por el recurso abusivo a sucesivos contratos de trabajo de duración determinada y no modifica la propia naturaleza de estos contratos. Asimismo, ATJUE de 26 de abril de 2022 (Asunto C-464/21).

[20] STJUE de 3 de julio de 2014 (Asunto C-362/13, C-363/13 y C-407/13).

Por ende, no se admite la exclusión de trabajadores que tienen un contrato de trabajo de duración determinada de 6 meses como máximo o que solo están empleados ocasionalmente[21]. Es más, incluso cuando el trabajador ha adquirido la condición de fijo o funcionario de carrera, si a efectos de promocionar -profesional o económicamente- se tiene en consideración su antigüedad, no cabe excluir de la misma los periodos trabajados como empleado temporal o funcionario interino. Este proceder, según el TJUE, equivaldría a reducir el ámbito de protección reconocido a los trabajadores afectados frente a una discriminación, salvo que el trato diferenciado obedezca a razones objetivas [STJUE de 8 de septiembre de 2011 (Asunto C-177/10)].

B. Exclusiones

Según la cláusula 2.2 del Acuerdo CT, los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los propios interlocutores sociales pueden prever la exclusión del ámbito de aplicación del Acuerdo de *"las relaciones de formación profesional inicial y de aprendizaje"* y de *"los contratos o las relaciones de trabajo concluidas en el marco de un programa específico de formación, inserción y reconversión profesionales, de naturaleza pública o sostenido por los poderes públicos"*.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que la noción de trabajador temporal contenida en la cláusula 3 del Acuerdo CT incide en que el contrato de trabajo debe haber sido concertado directamente con el empresario. De ahí la confirmación que, tal y como indica el preámbulo del Acuerdo CT, el mismo no resulta de aplicación a los trabajadores temporales puestos a disposición de una empresa usuaria por una agencia de trabajo temporal. Así lo concibe la STJUE de 11 de abril de 2013 (Asunto C-290/12), que destaca que del párrafo 4º del preámbulo del Acuerdo CT resulta que este no se aplica a los trabajadores con un contrato de duración determinada puestos a disposición de una EU por una agencia de trabajo temporal. En el momento de la firma del Acuerdo, la intención de las partes firmantes del Acuerdo CT era concluir un acuerdo similar para las ETT[22]. De hecho, la regulación del trabajo en régimen de cesión por ETT es precisamente el objeto de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. Además, conviene reparar en que la exclusión prevista en el preámbulo del Acuerdo CT se refiere al trabajador cedido temporalmente como tal, y no a una u otra de sus relaciones, de modo que tanto su relación laboral con la ETT como la relación con la EU quedan fuera del ámbito de aplicación del Acuerdo.

Por lo demás, en relación con el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, el TJUE ha afirmado que no constituye un contrato de duración determinada comprendido en el ámbito de aplicación del Acuerdo CT[23].

[21] STJUE de 22 de abril de 2010 (Asunto C-486/08).

[22] Véase, también, STJUE de 3 de julio de 2014 (Asuntos C-362/13, 363/13 y 407/13).

[23] STJUE de 5 de febrero de 2015 (Asunto C-117/14).

Asimismo, el TJUE rechaza que la prestación de servicios como personal estatutario fijo pueda considerarse como una relación laboral temporal[24]

1.3. Igualdad de trato

Como se desprende del preámbulo y de las consideraciones generales del Acuerdo CT, el trabajo temporal se concibe como precario y feminizado, de suerte que requiere de un marco normativo garantista que evite toda desigualdad de trato no justificada. Pues bien, a tenor de la cláusula 1 a) del Acuerdo CT, uno de sus objetivos es mejorar la calidad del trabajo de duración determinada, garantizando el respeto al principio de no discriminación[25].

Abundando en este objetivo, la cláusula 4.1 del Acuerdo CT dispone que "por lo que respecta a las condiciones de trabajo, no podrá tratarse a los trabajadores con un contrato de duración determinada de una manera menos favorable que a los trabajadores fijos comparables por el mero hecho de tener un contrato de duración determinada, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas"[26]. Esta previsión persigue impedir que una relación laboral temporal sea utilizada por el empleador para privar a los trabajadores de derechos reconocidos a trabajadores con contratos de duración indefinida[27]. En concreto, la cláusula 4.4 del Acuerdo CT preceptúa que "los criterios de antigüedad relativos a determinadas condiciones de trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de

[24] STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto C-942/19).

[25] Cfr. SSTJUE de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596/14); de 5 de junio de 2018 (Asunto C-574/16); de 25 de julio de 2018 (Asunto C-96/17); de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-619/17); de 11 de abril de 2019 (Asunto C-29/18, C-30/18 y C-44/18); de 17 de marzo de 2021 (Asunto C-652/19); y de 3 de junio de 2021 (Asunto C-942/19).

[26] Este primer apartado de la cláusula 4 del Acuerdo se completa con otros apartados. Así, la cláusula 4.2 dispone que *"cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de pro rata temporis"*. La cláusula 4.3 prevé que "*las disposiciones para la aplicación de la presente cláusula las definirán los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, según la legislación comunitaria y de la legislación, los convenios colectivos y las prácticas nacionales*". Por último, la cláusula 4.4 alude a que *"los criterios de antigüedad relativas a determinadas condiciones de Trabajo serán los mismos para los trabajadores con contrato de duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas"*.

[27] *V. gr.* SSTJUE de 13 de septiembre de 2007 (Asunto C-307/05); de 22 de diciembre de 2010 (Asunto C-444/09 y C-456/09); de 12 de diciembre de 2013 (Asunto C-361/12); de 13 de marzo de 2014 (Asunto C-38/13); de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-16/15); de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596/14); de 20 de diciembre de 2017 (Asunto C-158/16); de 5 de junio de 2018 (Asunto C-574/16); de 25 de julio de 2018 (Asunto C-96/17); de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-245/17); de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-619/17); de 11 de abril de 2019 (Asunto C-29/18, C-30/18 y C-44/18); 22 de febrero de 2020 (Asunto C-177/18); de 16 de julio de 2020 (Asunto C-658/18); de 17 de marzo de 2021 (Asunto C-652/19); de 13 de enero de 2022 (Asunto C-282/19); y de 7 de abril de 2022 (Asunto C-236/20). Asimismo, AATJUE de 18 de marzo de 2011 (Asunto C-273/10); de 21 de septiembre de 2016 (Asunto C-631/15); de 1 de febrero de 2017 (Asunto C-443/16); de 22 de marzo de 2018 (Asunto C-315/17); de 3 de junio de 2021 (Asunto C-942/19); de 13 de diciembre de 2021 (Asunto C-226/21); y de 20 de febrero de 2024 (Asunto C-715/29).

duración determinada que para los trabajadores fijos, salvo que criterios de antigüedad diferentes vengan justificados por razones objetivas".

En la medida en que la cláusula 4.1 del Acuerdo CT se enmarca en el principio de Derecho Social de la Unión de no discriminación, no puede ser interpretada de forma restrictiva[28]. Es más, como afirma el TJUE, este principio es incondicional y lo suficientemente preciso para que cualquier particular pueda invocarlo ante un tribunal nacional[29]. La citada cláusula constituye una expresión concreta del principio de no discriminación que exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables, al tiempo que tampoco se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté justificado[30]. Por tanto, la prohibición de discriminación se aplica en aquellos supuestos en los que trabajadores temporales e indefinidos se encuentren en una situación comparable[31]; no cuando los trabajadores con un contrato de duración determinada y los que tienen un contrato de duración indefinida no son comparables. En definitiva, para apreciar si una condición de trabajo debe ser la misma en ambos casos, con carácter previo, es preciso examinar si puede considerarse que las personas interesadas se encuentran en una situación comparable[32].

[28] *Vid*. SSTJUE de 13 de septiembre de 2007 (Asunto C-307/05); de 15 de abril de 2008 (Asunto C-268/06); de 9 de julio de 2015 (Asunto C-177/14); de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596/14); de 20 de diciembre de 2017 (Asunto C-158/16); 5 de junio de 2018 (Asunto C-574/16); de 5 de junio de 2018 (Asunto C-677/16); de 25 de julio de 2018 (Asunto C-96/17); de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-619/17); de 11 de abril de 2019 (Asuntos C-29/18, C-30/18 y C-44/18); y de 17 de marzo de 2021 (Asunto C-652/19). Igualmente, AATJUE de 18 de marzo de 2011 (Asunto C-273/10); 21de septiembre de 2016 (Asunto C-631/15); de 1 de febrero de 2017 (Asunto C-443/16); de 22 de marzo de 2018 (Asunto C-315/17); 5 de junio de 2018 (Asunto C-677/16), de 25 de julio de 2018 (Asunto C-96/17); de 19 de octubre de 2023 (C-660/20); 30 de noviembre de 2023 (Asunto C-270/22); y de 20 de febrero de 2024 (Asunto C-715/29). También, ATJUE de 13 de diciembre de 2021 (Asunto C-226/21).

[29] *Vid*. SSTJUE de 15 de abril de 2008 (Asunto C-268/06); de 22 de diciembre de 2010 (Asunto C-444/09 y C-456/09); de 22 de abril de 2010 (Asunto C-486/08); de 8 de septiembre de 2011 (Asunto C-177/10); de 12 de diciembre de 2013 (Asunto C-361/12); de 19 de marzo de 2020 (Asunto C-103/18 y C-429/18). De igual modo, AATJUE de 18 de marzo de 2011 (Asunto C-273/10); de 21 de septiembre de 2016 (Asunto C-631/15); de 1 de febrero de 2017 (Asunto C-443/16); de 22 de marzo de 2018 (Asunto C-315/17); 30 de noviembre de 2023 (Asunto C-270/22); y de 20 de febrero de 2024 (Asunto C-715/29). Igualmente, ATJUE de 13 de diciembre de 2021 (Asunto C-226/21).

[30] SSTJUE de 8 de septiembre de 2011 (Asunto C-177/10); de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-16/15); de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596/14); de 20 de diciembre de 2017 (Asunto C-158/16); de 5 de junio de 2018 (Asunto C-574/16); de 5 de junio de 2018 (Asunto C-677/16); de 25 de julio de 2018 (Asunto C-96/17); de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-619/17); de 11 de abril de 2019 (Asunto C-29/18, C-30/18 y C-44/18); de 29 de junio de 2019 (Asunto C-72/18); 16 de julio de 2020 (Asunto C-658/18); y de 27 de junio de 2024 (Asunto C-41/23).

[31] SSTJUE de 5 de junio de 2018 (Asunto C-574/16); y de 5 de junio de 2018 (Asunto C-677/16). Y ATJUE de 3 de marzo de 2013 (Asunto C-178/12).

[32] SSTJUE de 18 de octubre de 2012 (Asunto C-301/11 a C-305/11); y de 12 de diciembre de 2013 (Asunto C-361/12).

A. Trabajador indefinido comparable

Antes de analizar qué se entiende por trabajador indefinido comparable, cabe reparar en que la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596/14), mantiene que el principio de no discriminación se ha concretado mediante el Acuerdo CT únicamente en lo que respecta a las diferencias de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores con contratos por tiempo indefinido que se encuentren en una situación comparable[33]. Las posibles diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración determinada no están incluidas en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación consagrado por dicho Acuerdo[34]. Es más, como sostiene la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-16/15), una posible diferencia de trato entre determinadas categorías de personal con contratos de duración determinada, que no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en su carácter funcionarial o laboral, tampoco está incluida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación recogido en dicho Acuerdo[35]. En fin, tampoco se incluyen en el ámbito de aplicación del Acuerdo CT las eventuales diferencias de trato entre determinadas categorías de personal con contrato de duración indefinida[36].

Sentado lo anterior, la prohibición de discriminación exige definir previamente qué es un trabajador con contrato de duración indefinida comparable. Pues bien, la cláusula 3 del Acuerdo CT se encarga de este menester. A su tenor, este es *"un trabajador con un contrato o relación laboral de duración indefinido, en el mismo centro de trabajo, que realice un trabajo u ocupación idéntico o similar, teniendo en cuenta su cualificación y las tareas que desempeña"*. Para el supuesto en que no exista ningún trabajador fijo comparable en el mismo centro, se añade que *"la comparación se efectuará haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún convenio colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales"*.

---

[33] También, entre otras, STJUE de 15 de diciembre de 2022 (Asuntos C-40/20 y C-173/20) y 30 de noviembre de 2023 (C-270/22).

[34] *Vid*., asimismo, SSTJUE de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-245/17); de 22 de febrero de 2020 (Asunto C-177/18); de 24 de junio de 2021 (Asunto C-550/19); y de 13 de enero de 2022 (Asunto C-282/19). También, ATJUE de 11 de noviembre de 2010 (Asunto C-20/10).

[35] *Vid*., igualmente, STJUE de 22 de enero de 2020 (Asunto C-177/18). Y ATJUE de 3 de marzo de 2013 (Asunto C-178/12), que sostiene que la diferencia de trato no se basa en la duración determinada o indefinida de la relación de servicio, sino en su carácter funcionarial o laboral, siendo que el personal laboral puede ser por tiempo determinado como indefinido.

[36] Cfr. SSTJUE de 12 de diciembre de 2013 (Asunto C-361/12); de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-245/17); y de 17 de marzo de 2021 (Asunto C-652/19). Sin embargo, téngase presente que las SSTJUE de 18 de octubre de 2012 (Asuntos C-302/11 a C-305/11) y de 17 de marzo de 2021 (Asunto C-652/19), consideran que el hecho de que la demandante en el litigio principal haya adquirido, después de una concreta fecha, la condición de trabajadora fija no excluye la posibilidad de que esta pueda invocar en determinadas circunstancias el principio de no discriminación de la cláusula 4 del Acuerdo.

Vaya por delante que, según el TJUE, incumbe al tribunal nacional -único competente para examinar los hechos- determinar si un trabajador temporal se halla en una situación comparable a la de los trabajadores fijos contratados por el mismo empresario durante el mismo periodo[37]. Ahora bien, el TJUE sí ha establecido orientaciones a tener en cuenta a la hora de concretar si se está o no ante una situación comparable. A tal efecto, entiende que deben tenerse en consideración la naturaleza del trabajo, los requisitos de formación y las condiciones laborales[38].

Claramente se estima que son situaciones comparables, cuando se ejercen las mismas funciones, la de los trabajadores temporales y los trabajadores indefinidos contratados por el mismo empresario[39]; la de los funcionarios interinos y los de carrera[40]; la de los trabajadores eventuales de la Administración -que desarrollan tareas de asesoramiento- y los funcionarios de carrera[41]; la de los empleados de forma temporal contratados administrativamente y los funcionarios de carrera[42];

[37] Cfr. SSTJUE de 8 de septiembre de 2011 (Asunto C-177/10); de 9 de julio de 2015 (Asunto C-177/14); de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596/14); de 20 de diciembre de 2017 (Asunto C-158/16); de 5 de junio de 2018 (Asunto C-574/16); de 5 de junio de 2018 (Asunto C-677/16); de 25 de julio de 2018 (Asunto C-96/17); de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-619/17); de 11 de abril de 2019 (Asuntos C-29/18, C-30/18 y C-44/18); de 16 de julio de 2020 (Asunto C-658/18); de 17 de marzo de 2021 (Asunto C-652/19) y de 15 de diciembre de 2022 (Asuntos C-40/20 y C-173/20); 30 de noviembre de 2023 (Asunto C-270/22); de 20 de febrero de 2024 (Asunto C-715/29); y de 27 de junio de 2024 (Asunto C-41/23). De igual modo, AATJUE de 1 de febrero de 2017 (Asunto C-443/16); y de 13 de diciembre de 2021 (Asunto C-226/21).

[38] *V. gr.* SSTJUE de 8 de septiembre de 2011 (Asunto C-177/10); de 18 de octubre de 2012 (Asunto C-302/11 a C-305/11); de 9 de julio de 2015 (Asunto C-177/14); de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596/14); de 20 de diciembre de 2017 (Asunto C-158/16); de 5 de junio de 2018 (Asunto C-574/16); de 5 de junio de 2018 (Asunto C-677/16); de 25 de julio de 2018 (Asunto C-96/17); de 20 de septiembre de 2018 (Asunto C-466/17); de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-245/17); de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-619/17); de 11 de abril de 2019 (Asunto C-29/18, C-30/18 y C-44/18); de 20 de junio de 2019 (Asunto C-72/18); 16 de julio de 2020 (Asunto C-658/18); de 7 de abril de 2022 (Asunto C-236/20); y de 30 de junio de 2022 (Asunto C-192/21); de 30 de noviembre de 2023 (Asunto C-270/22); de 20 de febrero de 2024 (Asunto C-715/29); y de 27 de junio de 2024 (Asunto C-41/23). Asimismo, AATJUE de 18 de marzo de 2011 (Asunto C-273/10); de 21 de septiembre de 2016 (Asunto C-631/15); de 1 de febrero de 2017 (Asunto C-443/16); de 22 de marzo de 2018 (Asunto C-315/17); y de 13 de diciembre de 2021 (Asunto C-226/21).

[39] Cfr. SSTJUE de 22 de febrero de 2020 (Asunto C-177/18); de 16 de julio de 2020 (C-658/18) y de 15 de diciembre de 2022 (Asuntos C-40/20 y C-173/20). En el caso concreto de los interinos, *vid*. SSTJUE de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596/14); de 5 de junio de 2018 (Asunto C-677/16); de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-619/17); y de 11 de abril de 2019 (Asuntos C-29/18, C-30/18 y C-44/18).

[40] Cfr. SSTJUE de 8 de septiembre de 2011 (Asunto C-177/10); de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-245/17); y de 30 de junio de 2022 (Asunto C-192/21). También, ATJUE de 1 de febrero de 2017 (Asunto C-443/16), en relación con los profesores titulares de Escuela Universitaria funcionarios interinos y los profesores titulares de Escuela Universitaria funcionarios de carrera. Y ATJUE de 22 de marzo de 2018 (Asunto C-315/17).

[41] STJUE de 9 de julio de 2015 (Asunto C-177/14).

[42] SSTJUE de 13 de septiembre de 2007 (Asunto C-307/05); de 18 de octubre de 2012 (Asunto C-302/11 a C-305/11); de 20 de septiembre de 2018 (Asunto C-466/17); de 20 de junio de 2019 (Asunto C-72/18); y de 30 de noviembre de 2023 (Asunto C-270/22).

la del personal estatutario permanente y temporal[43]; la de los profesores ayudantes doctores y los contratados doctores[44]; y la de los jueces de paz y jueces de carrera en Italia[45]. El ejercicio de las mismas funciones también resulta determinante para entender que se trata de trabajadores comparables el empleado con un contrato de relevo y el relevado[46]. Asimismo, se considera que concurre una situación comparable cuando el trabajador temporal debe cumplir con los requisitos de formación exigidos para acceder al concreto puesto de trabajo indefinido de forma permanente[47]. Del mismo modo, un indicio muy relevante a favor de entender que se está ante una situación comparable es que el propio trabajador hubiese ocupado con anterioridad el mismo puesto en virtud de un contrato de duración indefinida[48]. Por lo demás, también se concluye que se está ante una situación comparable cuando existe una diferencia de trato entre los trabajadores fijos y los trabajadores indefinidos no fijos[49].

B. Condiciones de trabajo

La igualdad entre los trabajadores temporales y los indefinidos viene referida a *"las condiciones de trabajo"*. El TJUE entiende que tal concepto debe ser entendido en sentido amplio, aludiendo a todas aquellas condiciones relativas al empleo, es decir, a las que afectan a la relación de trabajo entre un trabajador y un empresario[50]. En la STJUE de 13 de marzo de 2014 (Asunto C-38/13), se recurre al concepto de *"condiciones de trabajo"* que figura tanto en la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación [art. 3.1 c)]; como en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asunto de empleo y ocupación [art. 14.1 c)].

[43] ATJUE de 13 de diciembre de 2021 (Asunto C-226/21).

[44] ATJUE de 18 de marzo de 2011 (Asunto C-273/10).

[45] SSTJUE de 16 de julio de 2020 (Asunto C-658/18); y de 7 de abril de 2022 (Asunto C-236/20).

[46] STJUE de 5 de junio de 2018 (Asunto C-574/16).

[47] SSTJUE de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596/14) y de 15 de diciembre de 2022 (Asuntos C-40/20 y C-173/20).

[48] [STJUE de 13 de marzo de 2014 (Asunto C-38/13)].

[49] SSTJUE de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596/14); de 5 de junio de 2018 (Asunto C-574/16); y de 25 de julio de 2018 (Asunto C-96-17).

[50] *Vid*. SSTJUE de 10 de junio de 2010 (Asuntos C-395/08 y C-396/08); de 12 de diciembre de 2013 (Asunto C-365/12); de 13 de marzo de 2014 (Asunto C-38/13); de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596/14); de 20 de diciembre de 2017 (Asunto C-158/16); de 5 de junio de 2018 (Asunto C-574/16); de 25 de julio de 2018 (Asunto C-96/17); de 20 de junio de 2019 (Asunto C-72/18); y de 30 de junio de 2022 (Asunto C-192/21). También, AATJUE de 21 de septiembre de 2016 (Asunto C-631/15); de 1 de febrero de 2017 (Asunto C-443/16); de 22 de marzo de 2018 (Asunto C-315/17), de 8 de octubre de 2020 (Asunto C-644/19), de 13 de diciembre de 2021 (Asunto C-226/21); de 30 de noviembre de 2023 (Asunto C-270/22); y de 20 de febrero de 2024 (Asunto C-715/29).

Específicamente, el TJUE engloba en el principio de igualdad de trato en materia de condiciones de trabajo aspectos retributivos[51], como trienios[52], sexenios de formación permanente[53], complementos retributivos cuyo único requisito es tener cubierto un periodo de servicios de 6 años y 7 meses (sexenios)[54], la participación en un plan de evaluación profesional con los correspondientes incentivos económicos en caso de evaluación positiva[55], el sistema de carrera profesional con el consecuente complemento retributivo[56] o la consolidación del grado personal[57]. Entiende, también, que el concepto de condiciones retributivas abarca las pensiones que dependen de la relación de trabajo; no a las que derivan del régimen legal de la Seguridad Social[58]. Asimismo, el concepto *"condiciones de trabajo"* comprende el derecho a vacaciones anuales retribuidas[59]; la reducción de la jornada laboral a la mitad con la consecuente reducción retributiva[60]; las reglas relativas a los períodos de servicio que deben cumplirse para poder ser clasificado en una categoría retributiva superior[61]; la exención de guardias[62]; o el derecho de un trabajador, que ha sido elegido para desempeñar un mandato parlamentario, a un permiso especial, en virtud del cual se suspende la relación de trabajo, garantizando el mantenimiento del puesto de dicho trabajador y su derecho a la promoción hasta que expire su mandato parlamentario[63].

Por lo que respecta al despido, la noción *"condiciones de trabajo"* comprende no solo cuestiones indemnizatorias, como puede ser la indemnización ordinaria por finalización de contrato[64] o la indemnización que el empresario está obligado

[51] SSTJUE de 15 de abril de 2008 (Asunto C-268/06); de 20 de diciembre de 2017 (Asunto C-158/16); de 7 de abril de 2022 (Asunto C-236/20); y de 27 de junio de 2024 (Asunto C-41/23).

[52] SSTJUE de 13 de septiembre de 2007 (Asunto C-307/05); de 22 de diciembre de 2010 (Asuntos C-444/09 y C-456/09); y de 9 de julio de 2015 (Asunto C-177/14). Y AATJUE de 18 de marzo de 2011 (Asunto C-273/10); y de 22 de marzo de 2018 (Asunto C-315/17).

[53] ATJUE de 9 de febrero de 2012 (Asunto C-556/11).

[54] STJUE de 20 de junio de 2019 (Asunto C-72/18).

[55] ATJUE de 21 de septiembre de 2016 (Asunto C-631/15).

[56] ATJUE de 22 de marzo de 2018 (Asunto C-315/17).

[57] STJUE de 30 de junio de 2022 (Asunto C-192/21).

[58] SSTJUE de 15 de abril de 2008 (Asunto C-268/06); de 7 de abril de 2022 (Asunto C-236/20); de 27 de junio de 2024 (Asunto C-41/23).

[59] SSTJUE de 7 de abril de 2022 (Asunto C-236/20); y de 27 de junio de 2024 (Asunto C-41/23).

[60] *Vid*. ATJUE de 1 de febrero de 2017 (Asunto C-443/16), referida a una diferencia de trato entre los Profesores Titulares de Escuela Universitaria funcionarios interinos y los Profesores Titulares de Escuela Universitaria funcionarios de carrera, ya que la reducción a la mitad de la jornada laboral y, por tanto, de la retribución, solo se impone a los primeros por la mera razón de que no poseen el título de doctor.

[61] SSTJUE de 8 de septiembre de 2011 (Asunto C-177/10); 20 de septiembre de 2018 (Asunto C-466/17) y 30 de noviembre de 2023 (Asunto C-270/22).

[62] ATJUE de 13 de diciembre de 2021 (Asunto C-226/21).

[63] STJUE de 20 de diciembre de 2017 (Asunto C-158/16).

[64] SSTJUE de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596/14); de 5 de junio de 2018 (Asunto C-574/16); de 5 de junio de 2018 (Asunto C-677/16); 25 de julio de 2018 (Asunto C-96-17); de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-619/17); y de 11 de abril de 2019 (Asunto C-29/18, C-30/18 y C-44/18).

a pagar a un trabajador debido a la inclusión ilícita de una cláusula de terminación de su contrato[65]; sino también el plazo de preaviso de la extinción contractual, que no puede ser diferente en función de si el contrato que finaliza tiene duración temporal o indefinida[66] o la información que debe ofrecerse al trabajador respecto de la causa de despido[67]. En fin, debe garantizarse el mismo nivel de protección ante la decisión extintiva del empresario, es decir, tanto si está prevista la readmisión del trabajador, como el pago de una indemnización[68].

Por ende, del análisis de las resoluciones del TJUE, se deduce, de una parte, que la expresión *"condiciones de trabajo"* designa los derechos y obligaciones que definen una relación laboral concreta, incluyendo tanto las condiciones en las que una persona ejerce un empleo, como las relativas a la finalización de esta relación laboral[69]; y, de otra, que las condiciones de trabajo de los trabajadores temporales no deben ser menos favorables que las aplicables a los trabajadores fijos que se encuentren en una situación comparable, a menos que se justifique un trato diferente entre estas categorías de trabajadores por razones objetivas.

C. Razones objetivas

Con referencia al concepto de *"razones objetivas"*, vaya por delante que la diferencia de trato en ningún caso puede justificarse por la propia naturaleza temporal de la relación de trabajo, dado que ello privaría de eficacia a la propia Directiva 1999/70 y al Acuerdo CT. Tal entendimiento supondría perpetuar el mantenimiento de una situación desfavorable para los trabajadores con contrato de duración determinada[70]. Asimismo, en numerosas ocasiones, el TJUE ha afirmado que la noción *"razones objetivas"* de la cláusula 4.1 del Acuerdo CT en modo alguno permite justificar una diferencia de trato entre trabajadores con contrato de duración determinada y trabajadores fijos por el mero hecho de que dicha divergencia esté prevista por una norma general o abstracta, como una ley o un convenio colectivo[71]. Tal concepto exige que la desigualdad de trato en cada caso

[65] STJUE de 12 de diciembre de 2013 (Asunto C-365/12).

[66] STJUE de 13 de marzo de 2014 (Asunto C-38/13); de 25 de julio de 2018 (Asunto C-96/17); y de 20 de febrero de 2024 (Asunto C-715/29).

[67] STJUE de 20 de febrero de 2024 (Asunto C-715/29).

[68] STJUE de 17 de marzo de 2021 (Asunto C-652/19).

[69] STJUE de 20 de diciembre de 2017 (Asunto C-158/16).

[70] *Vid*. SSTJUE de 22 de diciembre de 2010 (Asunto C-444/09 y 456/09); de 8 de septiembre de 2011 (Asunto C-177/10); de 13 de marzo de 2014 (Asunto C-38/13); y de 20 de diciembre de 2017 (Asunto C-158/16). Del mismo modo, AATJUE de 18 de marzo de 2011 (Asunto C-273/10); de 9 de febrero de 2012 (Asunto C-556/11); de 1 de febrero de 2017 (Asunto C-443/16); de 16 de julio de 2020 (Asunto C-658/18); y de 20 de febrero de 2024 (Asunto C-715/29).

[71] Cfr. SSTJUE de 13 de septiembre de 2007 (Asunto C-307/05); de 23 de abril de 2009 (Asunto C-378/07 a C-380/07); de 22 de diciembre de 2010 (Asunto C-444/09 y 456/09); de 8 de septiembre de 2011 (Asunto C-177/10); de 26 de enero de 2012 (Asunto C-586/10); de 18 de octubre de 2012 (Asunto C-302/11 a 305/11); de 13 de marzo de 2014 (Asunto C-190/13); de 9 de julio de 2015 (Asunto C-177/14); de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-16/15); de 14 de septiembre de 2016 (Asunto

esté justificada por la existencia de elementos precisos y concretos, que caracterizan la condición de trabajo de que se trata, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Tales circunstancias pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos de duración determinada y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro[72]. En todo caso, la aplicación de tales criterios debe efectuarse de manera transparente y debe poder ser controlada para evitar cualquier exclusión de trabajadores temporales sobre la mera base de la duración de los contratos[73]. Por tanto, cuando hay un trato desigual entre empleados indefinidos comparables y temporales sin que conste razón objetiva alguna, cabe concluir que se produce una vulneración de la cláusula 4.1 del Acuerdo CT[74].

a) Supuestos en los que se entiende que concurren razones objetivas

Los casos en los que el TJUE ha considerado que concurren razones objetivas que justifican un trato diferenciado entre trabajadores temporales y fijos son diversos.

En primer término, la diferencia consistente en el mero hecho de que una relación de servicio de duración determinada se extinga en una fecha dada, mientras que una relación de servicio por tiempo indefinido no se extinga en esa fecha, como acontece, por ejemplo, con los funcionarios interinos docentes que

C-596/14); de 20 de diciembre de 2017 (Asunto C-158/16); de 5 de junio de 2018 (Asunto C-574/16); de 5 de junio de 2018 (Asunto C-677/16); de 25 de julio de 2018 (Asunto C-96/17); de 20 de septiembre de 2018 (Asunto C-466/17); de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-619/17); de 20 de junio de 2019 (Asunto C-72/18); de 16 de julio de 2020 (Asunto C-658/18); de 17 de marzo de 2021 (Asunto C-652/19); de 7 de abril de 2022 (Asunto C-236/20); de 30 de junio de 2022 (Asunto C-192/21); y 30 de noviembre de 2023 (Asunto C-270/22). Igualmente, AATJUE de 18 de marzo de 2011 (Asunto C-273/10); 21 de septiembre de 2016 (Asunto C-631/15); de 1 de febrero de 2017 (Asunto C-443/16); de 22 de marzo de 2018 (Asunto C-315/17); de 17 de marzo de 2021 (C-652/19); de 13 de diciembre de 2021 (Asunto C-226/21); y de 15 de diciembre de 2022 (Asuntos C-40/20 y C-173/20).

[72] SSTJUE de 13 de septiembre de 2007 (Asunto C-307/05); de 22 de abril de 2010 (Asunto C-486/08); de 8 de septiembre de 2011 (Asunto C-177/10); de 26 de febrero de 2015 (Asunto C-238/14); de 9 de julio de 2015 (Asunto C-177/14); de 25 de julio de 2018 (Asunto C-96/17); de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-619/17); de 11 de abril de 2019 (Asunto C-29/18, C-30/18 y C-44/18); de 17 de marzo de 2021 (Asunto C-652/19); 20 de junio de 2019 (C. 72/18); de 16 de julio de 2020 (Asunto C-658/18); de 7 de abril de 2022 (Asunto C-236/20); y de 30 de junio de 2022 (Asunto C-192/21). Y AATJUE de 18 de marzo de 2011 (Asunto C-273/10); de 21 de septiembre de 2016 (Asunto C-631/15); de 1 de febrero de 2017 (Asunto C-443/16); y de 22 de marzo de 2018 (Asunto C-315/17); de 17 de marzo de 2021 (C-652/19); de 13 de diciembre de 2021 (Asunto C-226/21); de 7 de abril de 2022 (Asunto C-236/20); de 15 de diciembre de 2022 (Asuntos C-40/20 y C-173/20); y de 27 de junio de 2024 (Asunto C-41/23).

[73] SSTJUE de 20 de septiembre de 2018 (Asunto C-466/17); 30 de junio de 2022 (Asunto C-192/21); y 30 de noviembre de 2023 (Asunto C-270/22). Asimismo, AATJUE de 21 de septiembre de 2016 (Asunto C-631/15); y de 22 de marzo de 2018 (Asunto C-315/17).

[74] STJUE de 15 de diciembre de 2022 (Asuntos C-40/20 y C-173/20).

ven finalizado su contrato al acabar el curso escolar, no necesariamente debe estar cubierta por la prohibición de discriminación de la cláusula 4.1 del Acuerdo CT pues es una diferencia inherente a la coexistencia de relaciones de trabajo por tiempo indefinido y temporal[75].

En segundo término, el TJUE reconoce que la menor indemnización que perciben los trabajadores temporales a la finalización de su relación contractual respecto de los indefinidos cuando el contrato se extingue por razones objetivas halla su justificación en el dato de que los trabajadores temporales conocen, desde el inicio de su relación, la fecha o acontecimiento que va a establecer su término[76]. En cambio, la extinción de un contrato fijo por una causa objetiva a iniciativa del empresario implica el advenimiento de circunstancias que no estaban previstas en el momento de la celebración de dicho contrato y que ponen en tela de juicio el desarrollo normal de la relación laboral[77]. En este segundo caso, por tanto, la indemnización trata de compensar el carácter imprevisto de la ruptura de la relación de trabajo, que frustra las expectativas legítimas que el trabajador podía albergar, en la fecha en que se produce la ruptura en lo que respecta a la estabilidad de dicha relación. Además, esta indemnización se reconoce igualmente a los trabajadores temporales que ven extinguido su contrato por las causas objetivas previstas en el ordenamiento. Por consiguiente, el TJUE concluye que el objeto específico de la indemnización por extinción del contrato temporal, que tiene por finalidad prevenir el empleo temporal excesivo y reforzar la estabilidad del empleo, y de la indemnización por extinción de contratos tanto fijos como temporales por motivos objetivos, constituye una razón objetiva que justifica la diferencia de trato controvertida.

En tercer término, en relación con la diversidad de trato que recibe un trabajador fijo al servicio de la Administración pública y un trabajador temporal o uno indefinido no fijo en caso de despido declarado improcedente, el TJUE considera que puede existir una razón que justifique tal diferencia. En concreto, una norma nacional según la cual, cuando el despido disciplinario de un trabajador fijo al servicio de una Administración pública es declarado improcedente, el trabajador debe ser readmitido obligatoriamente, mientras que, en el mismo supuesto, un trabajador temporal o un trabajador indefinido no fijo que realice las mismas tareas

[75] STJUE de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-245/17).

[76] *Vid*. SSTJUE de 5 de junio de 2018 (Asunto C-574/16), relativa al contrato de relevo; y de 5 de junio de 2018 (Asunto C-677/16), referida a un contrato de interinidad; y de 11 de abril de 2019 (Asunto C-29/18, C-30/18 y C-44/18), sobre un contrato de obra o servicio determinado cuyo objeto es la realización de una contrata.

[77] En términos similares, *vid*. SSTJUE de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-619/17), que analiza la diferencia de trato en materia de indemnización por fin de contrato entre un trabajador interino y uno fijo; de 11 de abril de 2019 (Asunto C-29/18, C-30/18 y C-44/18), referida a la finalización de una contrata que supone tanto la extinción de contratos de trabajo temporales como indefinidos; y de 22 de febrero de 2020 (Asunto C-177/18), que compara la situación de los funcionarios interinos que no reciben indemnización alguna al finalizar su relación de trabajo y los trabajadores fijos que perciben la indemnización por despido objetivo.

que el trabajador fijo pueden no ser readmitidos y recibir como contrapartida una indemnización, puede estar justificada. Y ello por cuanto el personal fijo, que no es funcionario, ha superado un proceso selectivo con arreglo a los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo que justifica que pueda beneficiarse de esta garantía de permanencia que constituye una excepción al régimen general del Derecho laboral[78]. Las consideraciones de imparcialidad, eficacia e independencia de la Administración implican una cierta permanencia y estabilidad en el empleo, lo que justifica los límites a la facultad de extinción unilateral de los contratos impuestos a los empleadores públicos y, en consecuencia, la decisión del legislador nacional de no concederles la facultad de elegir entre readmisión e indemnización del perjuicio sufrido a causa de un despido improcedente.

En cuarto término, en caso de despido colectivo declarado improcedente, el hecho de que se extienda el régimen de protección de los trabajadores fijos -readmisión más indemnización por daños y perjuicios- solo a los trabajadores temporales, cuyo contrato se hubiese transformado en indefinido antes de una determinada fecha y no a aquellos cuyos contratos se convirtieron en indefinido después de la misma -que percibirán solo una indemnización simple-, puede estar a juicio del TJUE justificado en la promoción de la contratación indefinida[79].

En quinto término, el TJUE admite que las diferencias entre los procedimientos de selección pueden constituir una razón objetiva. En concreto, la existencia de una oposición inicial para los jueces de carrera italianos, que no es inherente al nombramiento de los jueces de paz italianos, justifica la posibilidad de que no gocen de todos los derechos de los jueces de carrera[80].

En fin, el TJUE, analizando una normativa que tiene en cuenta de forma distinta los servicios prestados en virtud de contratos temporales según el acceso al cuerpo de funcionarios haya sido a través de un proceso de selección por méritos o por oposición, estima que dicho trato no resulta discriminatorio. Y ello porque la diferencia en el cómputo de los servicios ya prestados tiene por objetivo reflejar las diferencias entre la experiencia adquirida por los profesores seleccionados mediante oposición y los seleccionados por méritos, como consecuencia de la diversidad de materias, de condiciones y de horarios en que estos últimos deben intervenir, en particular en sus misiones de sustitución de otros profesores[81].

[78] STJUE de 25 de julio de 2018 (Asunto C-96/17).

[79] STJUE de 17 de marzo de 2021 (Asunto C-652/19).

[80] SSTJUE de 16 de julio de 2020 (Asunto C-658/18) y de 7 de abril de 2022 (Asunto C-236/20), si bien ninguna de las resoluciones admite un trato desigual entre ambos colectivos en materia de vacaciones anuales por ser un derecho que debe reconocerse a todos los trabajadores (art. 7.1 Directiva 2003/88).

[81] STJUE de 20 de septiembre de 2018 (Asunto C-466/17).

b) Supuestos en los que se entiende que no concurren razones objetivas

En otras ocasiones, el TJUE ha concluido que determinas diferencias de trabajo no están amparadas en razones objetivas.

Con carácter general, interesa recordar que la mera naturaleza temporal de una relación de trabajo ya sea en el ámbito privado o de la función pública, no basta para motivar diferencias de trabajo, puesto que ello perpetúa el mantenimiento de la situación desfavorable para los trabajadores temporales[82]. Ni tan siquiera cuando se comparan las condiciones de trabajo de los empleados a través de contratos administrativos y de los funcionarios de carrera[83]. Es más, el TJUE no acepta como causa justificativa la alegación de que el contrato de trabajo de duración determinada puede favorecer la estabilidad de la relación de trabajo[84], ni la inexistencia de una norma que equipare expresamente la situación de los trabajadores fijos y la de los temporales[85].

De manera más particular, el TJUE no acepta como razón objetiva de la diferencia de trato entre trabajadores fijos y temporales las referidas a medidas de gestión rigurosa del personal y a restricciones presupuestarias impuestas por el Estado[86]. Sobre estas últimas, el TJUE afirma que, aunque las consideraciones de índole presupuestaria pueden ser el motivo de las opciones de política social de un Estado miembro e influir sobre la naturaleza o el alcance de las medidas que este desea adoptar, no constituyen en sí mismas un objetivo perseguido por esta política y, por lo tanto, no justifican la aplicación de una normativa nacional que conduce a un trato diverso en detrimento de los trabajadores con contrato de duración determinada. El TJUE tampoco acepta como razón objetiva el dato de que los trabajadores eventuales sean nombrados libremente por la autoridad competente para desempeñar funciones de asesoramiento especial durante un

[82] Cfr. SSTJUE de 22 de diciembre de 2010 (Asuntos C-444/09 y C-456/09); de 8 de septiembre de 2011 (Asunto C-177/10); de 18 de octubre de 2012 (Asuntos C-302/11 a C-305/1); de 9 de julio de 2015 (Asunto C-177/14); de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-596/14); y de 20 de septiembre de 2018 (Asunto C-466/17); de 30 de junio de 2022 (Asunto C-192/21); y 30 de noviembre de 2023 (Asunto C-270/22). Igualmente, AATJUE de 18 de marzo de 2011 (Asunto C-273/10); de 21 de septiembre de 2016 (Asunto C-631/15); y de 22 de marzo de 2018 (Asunto C-315/17).

[83] STJUE de 20 de junio de 2019 (Asunto C-72/18), que, en línea con la STJUE de 25 de julio de 2018 (Asunto C-96/17), afirma que el interés público vinculado, en sí mismo, a las modalidades de acceso a la función pública no puede justificar una diferencia de trato.

[84] Como sostiene la STJUE de 13 de marzo de 2014 (Asunto C-38/13), referida a un distinto plazo de preaviso de la finalización de la relación laboral según la naturaleza temporal o indefinida de la relación de trabajo.

[85] ATJUE de 18 de marzo de 2011 (Asunto C-273/10).

[86] *Vid*. SSTJUE de 23 de octubre de 2003 (Asuntos C-4/02 y C-5/05); y de 22 de abril de 2010 (Asunto C-486/08). También, ATJUE de 1 de febrero de 2017 (Asunto C-443/16), en relación con profesores titulares de escuela universitaria de carrera e interinos a los que se reduce su jornada y salario.

espacio de tiempo limitado[87], ni la previsibilidad de la finalización de la relación de servicio al tratarse de un contrato temporal[88]. El TJUE rechaza que un requisito genérico y abstracto según el cual el periodo de servicio exigido para promocionar debe haberse cumplido íntegramente en calidad de funcionario de carrera -y no como interino o como contratado administrativamente-, sin que se tomen en consideración la naturaleza particular de las tareas que se han de realizar ni las características inherentes a ellas, constituya una razón objetiva[89]. También desestima que el establecimiento de unos requisitos de acceso para la función pública pueda justificar una diferencia de trato, a pesar de que tales exigencias -tiempo de prestación de servicios como funcionario interino- sean consideradas de nuevo para acceder a la consolidación del grado personal[90]. En esta línea, si bien se ha visto que la existencia de una oposición de entrada a los jueces y fiscales de carrera con el fin de acceder a la carrera judicial y fiscal permite que los que no son de carrera queden excluidos de algunos derechos, el TJUE no acepta la exclusión de todo derecho a vacaciones retribuidas y de toda forma de protección asistencial y social[91]. En fin, el TJUE rechaza que, a efectos del reconocimiento de la antigüedad de un trabajador en el momento de su nombramiento como funcionario de carrera, se excluyan los periodos de servicio prestados en virtud de contratos de trabajo de duración determinada que no alcancen 180 días por curso escolar o que no hayan sido realizados de forma continua entre el 1 de febrero y el fin de las evaluaciones finales de los alumnos, con independencia del número efectivo de horas trabajadas y que limita a las 2/3 partes el cómputo de los periodos que alcancen dichos umbrales una vez superen 4 años[92].

1.4. Prevención de la utilización abusiva de la contratación temporal sucesiva

Sin poner en cuestión las múltiples modalidades de contratación temporal existentes en los Estados miembros, la cláusula 5.1 del Acuerdo CT se centra exclusivamente en el encadenamiento de los contratos temporales. Así, dispone que *"a efectos de prevenir los abusos como consecuencia de la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada los Estados miembros, previa consulta con los interlocutores sociales y conforme a la legislación, los acuerdos colectivos y las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales, cuando no existan*

[87] STJUE de 9 de julio de 2015 (Asunto C-177/14).

[88] STJUE de 20 de diciembre de 2017 (Asunto C-158/16), que analiza una norma que de manera absoluta niega la concesión a un trabajador con contrato temporal, un permiso para desempeñar un cargo político representativo, en virtud del cual la relación de trabajo se suspende hasta la reincorporación de ese trabajador al dejar de desempeñar el mencionado cargo, mientras que se reconoce este derecho a los trabajadores fijos.

[89] STJUE de 20 de junio de 2019 (C-72/18).

[90] STJUE de 30 de junio de 2022 (Asunto C-192/21).

[91] STJUE de 27 de junio de 2024 (Asunto C-41/23).

[92] STJUE de 30 de noviembre de 2023 (Asunto C-270/22).

medidas legales equivalentes para prevenir los abusos, introducirán de forma que se tengan en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores, una o varias de las siguientes medidas: a) razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales; b) la duración máxima total de los sucesivos contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada; c) el número de renovaciones de tales contratos o relaciones laborales". El objetivo de esta previsión es imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones laborales de duración determinada, considerados fuente potencial de abusos en perjuicio de los trabajadores, estableciendo cierto número de disposiciones protectoras mínimas con objeto de evitar la precarización de los trabajadores[93]. La Directiva, en definitiva, no cuestiona las contrataciones temporales iniciales, que pueden ser libres o justificadas, tan solo alude a las repetidas contrataciones temporales en el tiempo. Por consiguiente, la cláusula 5 del Acuerdo CT se aplica únicamente en caso de que existan contratos o relaciones laborales de duración determinada, de modo que un primer o único contrato no está incluido en su ámbito de aplicación, pero sí cuando este primer contrato se prorroga[94].

Sea como fuere, esta previsión no es lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional[95]. Al contrario, corresponde a los Estados miembros la facultad de apreciar si, para prevenir el abuso derivado de la contratación temporal en cadena, implantan una o varias de las medidas enunciadas en esta cláusula o incluso implementan medidas legales *"equivalentes"*, considerando las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores[96], con la

[93] *Vid*. SSTJUE de 4 de julio de 2006 (Asunto C-212/04); de 7 de septiembre de 2006 (Asunto C-53/04); de 7 de septiembre de 2006 (Asunto C-180/04); 23 de abril de 2009 (Asuntos C-378/07 a 380/07); de 10 de marzo de 2011 (Asunto C-109/09); de 26 de enero de 2012 (Asunto C-586/10); de 8 de marzo de 2012 (Asunto C-252/11); de 13 de marzo de 2014 (Asunto C-190/13); de 3 de julio de 2014 (Asunto C-362/13, C-363/13 y C-407/13); de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-16/15); de 28 de febrero de 2018 (Asunto C-46/17); de 25 de octubre de 2018 (Asunto C-331/17); de 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103/18 y C-429/18); de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19); de 13 de enero de 2022 (Asunto C-282/19); de 15 de diciembre de 2022 (Asuntos C-40/20 y C-173/20); y de 22 de febrero de 2024 (Asuntos C-59/22, C-110/22 y C-159/22). Igualmente, ATJUE de 2 de junio de 2021 (Asunto C-130/19).

[94] STSJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19); de 15 de diciembre de 2022 (Asuntos C-40/20 y C-173/20); y de 22 de febrero de 2024 (Asuntos C-59/22, C-110/22 y C-159/22).

[95] SSTJUE de 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103/18) y C-429/18) y de 24 de junio de 2021 (Asunto C-550/19).

[96] SSTJUE de 15 de abril de 2008 (Asunto C-268/06); de 23 de abril de 2009 (Asuntos C-378/07 a 380/07); de 10 de marzo de 2011 (Asunto C-109/09); de 3 de julio de 2014 (Asuntos C-362/13, C-363/13 y C-407/13); de 26 de noviembre de 2014 (Asuntos C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13); de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-16/15); de 25 de octubre de 2018 (Asunto C-331/17); de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-619/17); de 8 de mayo de 2019 (Asunto C-494/17); de 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103/18 y C-429/18); de 3 de junio de 2021 (Asunto C-326/19); de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19); 3 de junio de 2021 (Asunto C-326/19); de 24 de junio de 2021 (Asunto C-550/19); y de 13 de enero de 2022 (Asunto C-282/19). En los mismos términos, ATJUE de 21 de septiembre de 2016 (Asunto C-614/15).

única condición de que un eventual trato desigual obedezca a motivos objetivos[97]. La cláusula 5.1 del Acuerdo CT asigna a los Estados miembros un objetivo general, que consiste en la prevención de abusos en la contratación temporal, dejándoles sin embargo la elección de los medios para alcanzarlo, siempre y cuando no ponga en peligro el objetivo o el efecto útil del Acuerdo[98]. En definitiva, se impone a los Estados miembros que, si no tienen medidas preventivas del uso abusivo de la concatenación de contratos temporales, introduzcan en su ordenamiento jurídico una o varias de las medidas indicadas en las letras a) a c) de la citada cláusula.

Por su parte, la cláusula 5.2 del Acuerdo CT conmina a los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, para que determinen en qué condiciones los contratos de trabajo de duración determinada se considerarán *"sucesivos"* o *"celebrados por tiempo indefinido"*. Tal previsión, a diferencia de la cláusula 5.1, no les reconoce la facultad de considerar las diversas particularidades que pueden existir en los distintos sectores de actividad o categorías de trabajadores. Ahora bien, al remitir a las autoridades nacionales la determinación de las modalidades concretas de aplicación de los términos *"sucesivos"* y *"por tiempo indefinido"*, sí respeta la diversidad de las normativas nacionales en esta materia[99]. En todo caso, el margen de actuación de los Estados no es ilimitado. Al contario, las normativas nacionales deben evitar el abuso en la contratación temporal. Y es que el Acuerdo CT presupone que la estabilidad en el empleo constituye un elemento de protección de los trabajadores. Solo en contados casos, admite que los contratos temporales puedan responder simultáneamente a las necesidades de los empresarios y de los trabajadores (punto 8 de las consideraciones generales del Acuerdo CT)[100].

---

[97] *V. gr.* SSTJUE de 4 de julio de 2006 (Asunto C-212/04); de 7 de septiembre de 2006 (Asunto C-53/04); de 23 de abril de 2009 (Asuntos C-378/07 a 380/07); de 26 de enero de 2012 (Asunto C- 586/10); de 3 de julio de 2014 (Asuntos C-362/13, C-363/13 y C-407/13); y de 28 de febrero de 2018 (Asunto C-46/17). También, ATJUE de 21 de septiembre de 2016 (Asunto C-614/15).

[98] SSTJUE de 15 de abril de 2008 (Asunto C-268/06); de 10 de marzo de 2011 (Asunto C-109/09); de 8 de marzo de 2012 (Asunto C-252/11); de 3 julio de 2014 (Asuntos C-362/13, C-363/13 y C-407/13); de 26 de noviembre de 2014 (Asuntos C-22/13, C-63/13 y C418/13); de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-16/15); de 8 de mayo de 2019 (Asunto C-494/17); de 3 de junio de 2021 (Asunto C-326/19); y de 15 de diciembre de 2022 (Asuntos C-40/20 y C-173/20).

[99] SSTJUE de 4 de julio de 2006 (Asunto C-212/04); de 23 de abril de 2009 (Asuntos C-378/07 a 380/07); de 26 de enero de 2012 (Asunto C-586/10); de 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103/18 y C-429/18); y de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19).

[100] SSTJUE de 4 de julio de 2006 (Asunto C-212/04); de 3 de julio de 2014 (Asuntos C-362/13, C-363/13 y C-407/13); de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-16/15); de 28 de febrero de 2018 (Asunto C-46/17); de 25 de octubre de 2018 (Asunto C-331/17); y 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103/18 y C-429/18). También, ATJUE de 2 de junio de 2021 (Asunto C-130/19).

A. Razones objetivas

De las tres medidas previstas en la cláusula 5.1 del Acuerdo, la que mayormente se ha analizado por el TJUE es la relativa a la exigencia de *"razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales"*[101]. Pues bien, vaya por delante que tal previsión no obliga a los Estados miembros a adoptar una medida que exija que cualquier primer o único contrato temporal esté justificado por tales razones objetivas. Y es que estos contratos de duración determinada, como se ha avanzado, no están incluidos en el ámbito de aplicación de la cláusula 5.1 del Acuerdo CT, que se refiere únicamente a la prevención de abusos derivados de la utilización sucesiva de relaciones temporales. Tal cláusula, por consiguiente, está prevista solo para la renovación o prórrogas de tales relaciones o contratos[102]. En este sentido, debe destacarse que el TJUE considera que se está ante una renovación implícita en aquellos casos en los que, sin celebración formal de uno o varios contratos de duración determinada, la relación laboral -contrato de interinidad por vacante- se mantiene en vigor por el incumplimiento por parte del empleador -Administración Pública- de su obligación legal de organizar en el plazo normativamente previsto un proceso selectivo al objeto de cubrir definitivamente la plaza vacante[103]. En efecto, la modificación de la fecha de finalización de un contrato de trabajo de duración determinada constituye un cambio esencial de dicho contrato, que se asimila a la celebración de una nueva relación laboral de duración determinada que suceda a la anterior relación laboral[104].

Sentado lo anterior, las partes firmantes del Acuerdo CT estiman que el recurso a la contratación temporal basadas en razones objetivas constituye una forma de evitar abusos[105]. Con todo, el Acuerdo CT no define qué debe entenderse por *"razones objetivas que justifiquen la renovación de tales contratos o relaciones laborales"*. Su sentido y alcance, por consiguiente, deben determinarse tanto en función del objetivo perseguido por dicho Acuerdo CT, como por el contexto en

[101] *Vid*., sin embargo, en referencia a los límites relativos a la duración máxima total de los contratos de duración determinada y al número de renovaciones posibles, STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto C-326/19), que analiza el caso de un investigador con contrato de duración determinada, cuya regulación le permite adquirir las cualificaciones necesarias para obtener otro contrato temporal que puede dar lugar a una relación laboral por tiempo indefinido en calidad de profesor asociado. Sobre estos dos límites, *vid*., asimismo, STJUE de 15 de diciembre de 2022 (Asuntos C-40/20 y C-173/20).

[102] Cfr. SSTJUE de 23 de abril de 2009 (Asuntos C-378/07 a 380/07); de 3 de julio de 2014 (Asuntos C-362/13, C-363/13 y C-407/13); de 3 de junio de 2021 (Asunto C-326/19); de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19) y 3 de junio de 2021 (Asunto C-326/19). Y AATJUE de 11 de noviembre de 2010 I (Asunto C-20/10); y de 22 de junio de 2011 II (Asunto C-161/11).

[103] SSTJUE de 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103/18 y C-429/18), 11 de febrero de 2021 (Asunto C-760/18); y de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19).

[104] SSTJUE de 11 de febrero de 2021 (Asunto C-760/18) y de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19).

[105] SSTJUE de 4 de julio de 2006 (Asunto C-212/04); de 23 de abril de 2009 (Asuntos C-378/07 a 380/07); de 26 de febrero de 2015 (Asunto C-238/14); de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19); y de 13 de enero de 2022 (Asunto C-282/19).

el que se inscribe la cláusula 5.1 a) del mismo[106]. De este modo, aunque los Estados miembros dispongan de un margen de apreciación en esta cuestión, tienen el deber de evitar abusos en la contratación temporal.

Por *"razones objetivas"* cabe entender las circunstancias específicas y concretas que caracterizan una determinada actividad y que, en consecuencia, pueden justificar en ese contexto particular el manejo sucesivo de contratos temporales[107]. Tales circunstancias pueden tener su origen en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran tales contratos y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro. La existencia de una *"razón objetiva"* en los términos de la cláusula 5.1 del Acuerdo CT, en principio, va a suponer la inexistencia de una sucesión de contratos abusiva, salvo que el examen de las circunstancias concurrentes en cada caso revele que la prestación de servicios no se corresponde con una necesidad temporal[108].

Con carácter general, se entiende acorde con la cláusula 5.1 del Acuerdo CT una normativa nacional que fija las circunstancias precisas en las que pueden celebrarse sucesivos contratos de duración determinada en el sector público, aludiendo a *"necesidades especiales"* que guarden *"conexión con las características, la naturaleza o a la actividad de la empresa"*; a *"necesidades adicionales"* relacionadas con la prestación de *"servicios de carácter social"*; o *"necesidades estacionales u otras necesidades periódicas o temporales"*[109]. Ahora bien, en todo caso, tales necesidades en ningún caso pueden ser *"permanentes y duraderas"*[110]. Ambas consideraciones exigen una labor de análisis por parte de las autoridades nacionales de todas las circunstancias concurrentes en cada caso concreto[111]; particularmente, el número de los contratos temporales sucesivos celebrados con la misma persona o para realizar un mismo trabajo, con objeto de impedir que los contratos de duración determinada que se concluyan supuestamente para atender a una necesidad de

[106] *Vid*., entre otras, SSTJUE de 7 de junio de 2005 (Asunto C-17/03); de 9 de marzo de 2006 (Asunto C-323/03); y de 4 de julio de 2006 (Asunto C-212/04).

[107] *Vid*. SSTJUE de 4 de julio de 2006 (Asunto C-212/04); de 13 de septiembre 2007 (Asunto C-307/05); de 23 de abril de 2009 (Asunto C-378/07 a 380/07); de 22 de abril de 2010 (Asunto C-486/08); de 26 de enero de 2012 (Asunto C-586/10); de 13 de marzo de 2014 (Asunto C-190/13); de 26 de noviembre de 2014 (Asuntos C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13); de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-16/15); de 28 de febrero de 2018 (Asunto C-46/17); de 25 de octubre de 2018 (Asunto C-331/17); de 19 de marzo de 2020 (Asunto C-103/18 y C-429/18); de 24 de junio de 2021 (Asunto C-550/19); de 13 de enero de 2022 (Asunto C-282/19); y de 27 de junio de 2024 (Asunto C-41/23). De igual modo, ATJUE de 21 de septiembre de 2016 (Asunto C-614/15).

[108] STJUE de 26 de enero de 2012 (Asunto C-586/10).

[109] STJUE de 4 de julio de 2006 (Asunto C-212/04).

[110] Cfr. STJUE de 23 de abril de 2009 (Asunto C-378/07 a 380/07); y de 27 de junio de 2024 (Asunto C-41/23). Igualmente, ATJUE de 21 de septiembre de 2016 (Asunto C-614/15).

[111] *Vid*. SSTJUE de 23 de abril de 2009 (Asuntos C-378/07-380/07); de 26 de enero de 2012 (Asunto C-586/10); de 26 de noviembre de 2014 (Asuntos C-22/13, C-16/13 y C-418/12); de 15 de diciembre de 2022 (Asuntos C-40/20 y C-173/20); y de 27 de junio de 2024 (Asunto C-41/23). Del mismo modo, ATJUE de 21 de septiembre de 2016 (Asunto C-614/15).

sustitución de personal sean utilizados efectivamente de manera abusiva por los empleadores.

De forma más detallada, el TJUE estima como *"razones objetivas"* la renovación de sucesivos contratos de trabajo temporales, en el sector público, para atender a necesidades suplementarias de la empresa[112]; para sustituir a trabajadores que temporalmente no pueden ejercer sus funciones, como sería el caso de los que se hallan en situación de baja por enfermedad, de permiso de maternidad o parental[113]; las sustituciones a la espera de que concluyan los procedimientos de concurso organizados para seleccionar personal por tiempo indefinido[114]; o en el ámbito de las universidades, dado que el investigador está destinado a evolucionar hacia un puesto docente[115]. También, constituye razón objetiva el hecho de que la normativa nacional justifique la celebración y la renovación de contratos temporales por la necesidad de confiar la realización a tiempo parcial de tareas específicas a especialistas de reconocida competencia, que desarrollan otra actividad profesional fuera de ese contrato de trabajo de duración determinada[116]. De forma más cautelosa, el TJUE acepta que las exigencias artísticas o técnicas relacionadas con la representación de un espectáculo puedan constituir una *"razón objetiva"* para la renovación de las relaciones laborales temporales[117], como también la promoción del empleo de trabajadores a partir de cierta edad[118]. En todo caso, aun cuando pueda concurrir una de estas razones objetivas, el TJUE insiste en que no será suficiente si no impide que el empleador dé respuesta, en la práctica, mediante las renovaciones de contratos temporales, a necesidades permanentes y estables en materia de personal[119].

Por el contrario, el TJUE no acepta como *"razón objetiva"* una disposición nacional que se limite a autorizar la utilización sucesiva de contratos de trabajo temporales de un modo general y abstracto[120]. Y ello por cuanto de la misma

[112] *Vid.* SSTJUE de 23 de abril de 2009 (Asuntos C-378/07 a 380/07); y de 26 de enero de 2012 (Asunto C-586/10). También, ATJUE de 21 de septiembre de 2016 (Asunto C-614/15).

[113] SSTJUE de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-16/15); y de 19 de marzo de 2020 (Asunto C-103/18 y C-429/18).

[114] STJUE de 25 de octubre de 2018 (Asunto C-331/17); y de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19).

[115] STJUE de 15 de diciembre de 2022 (Asuntos C-40/20 y C-173/20).

[116] STJUE de 13 de marzo de 2014 (Asunto C- 190/13), relativa a los profesores asociados; y ATJUE de 21 de septiembre de 2016 (Asunto C-614/15).

[117] STJUE de 25 de octubre de 2018 (Asunto C-331/17), que en el supuesto planteado concluye que los distintos contratos temporales por los que se contrató a la trabajadora dieron lugar al cumplimiento de tareas similares durante varios años, de modo que esa relación laboral podría atender a una necesidad duradera de la empresa.

[118] STJUE de 10 de marzo de 2011 (Asunto C-109/09).

[119] SSTJUE de 13 de marzo de 2014 (Asunto C-190/13); 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-16/15); y de 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103/18 y 429/18). Asimismo, ATJUE de 2 de junio de 2021 (Asunto C-130/10).

[120] Cfr. SSTJUE de 4 de julio de 2006 (Asunto C-212/04), de 13 de septiembre 2007 (Asunto C-307/05); de 23 de abril de 2009 (Asunto C-378/07 a 380/07); de 10 de marzo de 2011 (Asunto C-109/09); de 26 de enero de 2012 (Asunto C-586/10); de 13 de marzo de 2014 (Asunto C-190/13); de 26 de febrero

no pueden deducirse criterios objetivos y transparentes a fin de verificar si la renovación de tales contratos responde efectivamente a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Entrañando, por ende, un riesgo real de manejo abusivo de la contratación temporal. A juicio del TJUE, tampoco constituye una *"razón objetiva"* la mera previsión legal que permita la celebración y renovación de contratos temporales para atender determinadas necesidades temporales, aunque en realidad dichas necesidades sean *"permanentes y duraderas"*[121], incluido en el sector de la enseñanza[122]; consideraciones de naturaleza presupuestaria, que eviten exponer al empleador a cualquier riesgo financiero[123]; invocar un objetivo como la flexibilidad que se desprende del uso de contratos temporales[124]; o, por ejemplo, el dato de que, en el ámbito veterinario, concurren constantes variaciones del volumen de las actividades de las instalaciones que se han de inspeccionar[125]. Concretamente, la STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19) rechaza como razón objetiva la renovación de contratos de interinidad por vacante cuando la Administración incumple con el plazo legalmente previsto para la organización de los procesos de selección referidos a la plaza que ocupa el interino, pues entiende que con tal renovación se atienden a necesidades permanentes y duraderas. Es más dicha resolución, afirma que, si bien consideraciones puramente económicas pueden justificar la adopción de leyes de presupuestos que prohíban la organización de procesos selectivos en el sector público, dichas leyes no pueden restringir la protección de que gozan los trabajadores temporales de conformidad con la cláusula 5 del Acuerdo CT. En fin, el TJUE, en su sentencia de 13 de enero de 2022 (Asunto C-282/19), tampoco acepta como razón objetiva, a la hora de permitir la contratación temporal sucesiva de profesores de religión católica, la necesidad de expedir una declaración de idoneidad que acredite la relación de confianza especial que debe existir entre el profesor y el obispo.

Todo cuanto se ha indicado conlleva a que el TJUE apunte a la necesidad de examinar en cada caso todas las circunstancias, tomando en consideración, en particular, el número de contratos sucesivos celebrados con la misma persona o para realizar un mismo trabajo, con objeto de excluir que contratos o relaciones laborales de duración determinada, aunque se concluyan en apariencia para atender

de 2015 (Asunto C-238/14); de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-16/15); de 25 de octubre de 2018 (Asunto C-331/17); de 19 de marzo de 2020 (Asunto C-103/18 y C-429/18); y de 24 de junio de 2021 (Asunto C-550/19); y de 13 de enero de 2022 (Asunto C-282/19). También, ATJUE de 21 de septiembre de 2016 (Asunto C-614/15).

[121] SSTJUE de 23 de abril de 2009 (Asuntos C-378/07 a 380/07); de 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103/18 y C-429/18); y de 24 de junio de 2021 (Asunto C-550/19).

[122] [SSTSJ de 24 de junio de 2021 (C-550/19); y de 13 de enero de 2022 (Asunto C-282/19)].

[123] Cfr. SSTJUE de 24 de octubre de 2013 (Asunto C-220/12); de 26 de noviembre de 2014 (Asuntos C-22/13, C-62/13, C-63/13 y C-418/13); de 25 de octubre de 2018 (Asunto C-331/17); y de 13 de enero de 2022 (Asunto C-282/19). También, ATJUE de 21 de septiembre de 2016 (Asunto C-614/15).

[124] STJUE de 26 de febrero de 2015 (Asunto C-238/14).

[125] ATJUE de 21 de septiembre de 2016 (Asunto C-614/15).

una necesidad de sustitución de personal, sean utilizados de manera abusiva por los empleadores[126].

B. Contratación sucesiva

La cláusula 5.2 del Acuerdo reza que "los Estados miembros, previa consulta a los interlocutores sociales, y/o los interlocutores sociales, cuando resulte necesario, determinarán en qué condiciones los contratos de trabajo o relaciones laborales de duración determinada: a) se considerarán <<sucesivos>>". Queda claro, por tanto, que son los Estados miembros lo que deben determinar en qué condiciones los contratos o relaciones de duración determinada se consideran "sucesivos"[127]. Ahora bien, vaya por delante que no cabe una interpretación restrictiva del concepto de "sucesivas relaciones laborales de duración determinada" que permita emplear a trabajadores de forma precaria durante años y la utilización abusiva de tales relaciones por parte de los empresarios para satisfacer necesidades permanentes y estables en materia de personal[128]. En todo caso, el hecho de que el empleado haya consentido la renovación de sucesivas contrataciones temporales no impide que el comportamiento del empleador se considere abusivo, incluso aunque tal sucesión de contratos se dé en la esfera pública[129].

Varios son los casos analizados por el TJUE relativos a cuándo debe estimarse que se está ante una contratación temporal sucesiva abusiva. Cabe destacar la STJUE de 4 de julio de 2006 (Asunto C-212/04), que afirma que una disposición nacional que únicamente considera sucesivos los contratos de trabajo temporales separados por un intervalo máximo de 20 días laborales permite el abuso empresarial y el mantenimiento de los trabajadores en una situación de empleo precario durante años. Y ello por cuanto al trabajador que quiere mantenerse ocupado no le queda otra opción que aceptar interrupciones de más de 20 días laborables en la cadena de contratos celebrados con el empresario. En el supuesto planteado, el TJUE repara en que al empresario le basta dejar transcurrir un intervalo de 21 días laborales entre contratos para impedir la transformación de los sucesivos contratos en una relación labora indefinida. En la STJUE de 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103/18 y C-429/18), se resuelve si el concepto de *"sucesivos contratos o relaciones de duración determinada"* comprende una situación en la que un empleado público ocupa, en virtud de varios nombramientos, una plaza vacante hasta que sea provista de forma definitiva de modo ininterrumpido durante varios años, desempeñando de forma constante y continuada las mismas funciones. Pues bien, el TJUE considera que el mantenimiento de modo permanente de dicho empleado público en esa

[126] SSTJUE de 26 de noviembre de 2014 (Asuntos C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13).

[127] SSTJUE de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-619/17); de 22 de febrero de 2020 (Asunto C-177/18); 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19); y de 22 de febrero de 2024 (Asuntos C-59/22, C-110/22 y C-159/22).

[128] SSTJUE de11 de febrero de 2021 (Asunto C-760/18); de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19) y de 22 de febrero de 2024 (Asuntos C-59/22, C-110/22 y C-159/22).

[129] STJUE de 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103/18 y C-429/18).

plaza vacante se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de organizar en el plazo previsto un proceso selectivo al objeto de proveer definitivamente la mencionada plaza vacante. Por tanto, considera que se está ante una contratación sucesiva en los términos de la cláusula 5.2 del Acuerdo CT. De forma similar, la STJUE de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19) estima que se está ante una renovación implícita en aquellos casos en los que, sin celebración formal de uno o varios contratos de duración determinada, la relación laboral -contrato de interinidad por vacante- se mantiene en vigor por el incumplimiento por parte del empleador -Administración Pública- de su obligación legal de organizar en el plazo normativamente previsto un proceso selectivo al objeto de cubrir definitivamente la plaza vacante[130]. En efecto, la modificación de la fecha de finalización de un contrato de trabajo de duración determinada constituye un cambio esencial de dicho contrato, que se asimila a la celebración de una nueva relación laboral de duración determinada que suceda a la anterior relación laboral[131].

Mención especial merece la figura del trabajador indefinido no fijo. En efecto, la de 22 de febrero de 2024 (Asuntos C-59/22, C-110/22 y C-159/22) afirma que el dato de que el trabajador esté vinculado a la Administración mediante un único contrato indefinido no fijo no evita considerar que este ha sido objeto de contratación sucesivas. Y ello por cuanto a tal contrato se le reconoce naturaleza temporal y sustituye, como sanción, a sucesivos contratos temporales. Además, el TJUE incide en que la permanencia del trabajador indefinido no fijo en la plaza se debe al incumplimiento por parte del empleador de su obligación legal de convocar, en un determinado plazo, un proceso selectivo para la cobertura definitiva de dicha plaza, de suerte que su relación laboral ha sido renovada tácitamente durante varios años. Por todo ello, concluye que las prórrogas automáticas de dicho contrato indefinido no fijo pueden asimilarse a renovaciones y, por consiguiente, a la celebración de distintos contratos de duración determinada.

Sin embargo, la STJUE de 23 de abril de 2009 (Asuntos C-378/07 a 380/07) afirma que una normativa que solo reconoce que tienen carácter *"sucesivo"* los contratos de duración determinada separados por periodos de menos de 3 meses, no resulta tan rígida ni restrictiva como la de los 20 días. A su juicio, el intervalo de 3 meses puede considerarse suficiente para interrumpir toda relación de trabajo existente, de modo que cualquier contrato que se concluya eventualmente con posterioridad no tiene que ser considerado sucesivo. Asimismo, la STJUE de 3 de julio de 2014 (Asuntos C-362/13, C-363/13 y C-407/13) concluye que una normativa que considera que los contratos temporales firmados más allá de los 60 días no son *"sucesivos"* es acorde con la noción de contratos *"sucesivos"* del Acuerdo. Y ello por cuanto resulta difícil para un empleador que tiene necesidades permanentes y

[130] SSTJUE de 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103/18 y C-429/18), 11 de febrero de 2021 (Asunto C-760/18); y de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19).

[131] SSTJUE de11 de febrero de 2021 (Asunto C-760/18); y de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19).

duraderas eludir la protección del Acuerdo contra los abusos dejando transcurrir, al finalizar cada contrato de trabajo temporal, un plazo aproximado de 2 meses.

C. Medidas legales equivalentes

Como ya se ha indicado, además o al margen de las medidas enunciadas en las letras a) a c) de la cláusula 5.1 del Acuerdo CT, se prevé la posibilidad de que los Estados miembros puedan adoptar *"medidas legales equivalentes"* para prevenir abusos en la contratación temporal.

Pues bien, el concepto de *"medida legal equivalente"* no aparece definido en el Acuerdo CT. Sin embargo, a juicio de la STJUE de 23 de abril de 2009 (Asuntos C-387/07 a 380/07), se trata de una medida que tiene por objeto imponer límites a la utilización sucesiva de contratos o relaciones de trabajo temporales, evitando abusos en perjuicio de los trabajadores. De esta suerte, la cláusula 5.1 del Acuerdo CT impone a los Estados miembros la obligación de adoptar una o varias de las medidas que enumera cuando el Derecho interno no contemple *"medidas legales equivalentes"* destinadas a prevenir el uso abusivo de la contratación temporal[132]. Ahora bien, en todo caso, corresponde a los tribunales de los Estados miembros decidir si, para garantizar la prevención del manejo abusivo de sucesivos contratos temporales, se debe recurrir a una o varias de las medidas enunciadas en la cláusula 5.1 del Acuerdo CT o a medidas existentes equivalentes, teniendo en cuenta las necesidades de los distintos sectores y/o categorías de trabajadores. Es más, la existencia de una *"medida legal equivalente"*, en aras de promocionar la evolución normativa nacional, no impide que el Estado pueda adoptar además una o varias de las medidas de la cláusula 5.1 del Acuerdo CT, ya sea para modificar o completar la protección que ofrece la medida legal equivalente preexistente. De ahí que el TJUE, si bien acepta como *"medida legal equivalente"* la previsión de organización de procesos selectivos que tienen por objeto cubrir de forma definitiva plazas ocupadas por empleados púbicos interinos o temporales -así como plazos concretos a tal fin-, la rechaza como tal cuando dicha organización no garantiza que estos procesos se organicen efectivamente[133] o cuando estén abiertos a candidatos que no hayan sido víctimas de abuso sin conferir a estos últimos garantía alguna de adquirir la condición de fijo[134]. Sobre este particular, y específicamente en relación con la figura del trabajador indefinido no fijo, la de 22 de febrero de 2024 (Asuntos C-59/22, C-110/22 y C-159/22) matiza que si bien la convocatoria -dentro de los plazos establecidos- de procesos selectivos para dar cobertura definitiva a las plazas ocupadas provisionalmente por trabajadores temporales es una medida

[132] SSTJUE de 3 de julio de 2014 (Asunto C-362/13, C-363/13 y C-407/13); de 3 de junio de 2021 (C-726/19); de 24 de junio de 2021 (Asunto C-550/19); de 13 de enero de 2022 (Asunto C-282/19); y de 22 de febrero de 2024 (Asuntos C-59/22, C-110/22 y C-159/22).

[133] SSTJUE de 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103 y C-429/18) y de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19). También, ATJUE de 2 de junio de 2021 (Asunto C-130/19).

[134] STJUE de 19 de marzo de 2020 (Asunto C-103/18 y C-429/18); y de 22 de febrero de 2024 (Asuntos C-59/22, C-110/22 y C-159/22); y ATJUE de 2 de junio de 2021 (Asunto C-130/19).

adecuada para evitar que se perpetúe la situación de precariedad de dichos trabajadores al garantizar que las plazas que ocupan se cubran rápidamente de manera definitiva, deja de serlo tanto cuando no se garantiza que esos procesos se convoquen efectivamente como cuando la convocatoria es independiente de cualquier consideración relativa al carácter abusivo de la utilización de contratos de duración determinada.

Por lo demás, una *"medida legal equivalente",* que pretende evitar la contratación temporal sucesiva de carácter abusivo, puede ser la implantación de las sanciones pertinentes.

D. Posibles sanciones. Especial referencia a la conversión de los contratos temporales en indefinidos

Cuando acontece un uso abusivo de sucesivos contratos temporales resulta indispensable la aplicación de alguna medida que garantice la protección de los trabajadores. Pues bien, respecto de las sanciones, la normativa comunitaria no establece ninguna. En consecuencia, las autoridades nacionales son quienes deben adoptar las sanciones apropiadas para evitar la contratación temporal abusiva[135]; sanciones que no solo deben ser proporcionadas, sino también lo bastante efectivas y disuasorias como para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas en aplicación del Acuerdo CT -principio de efectividad-[136]. En virtud del principio de autonomía de procedimiento de los Estados miembros, el concreto tipo de sanción debe ser determinado por el ordenamiento jurídico interno de estos[137]. Por consiguiente, no es necesariamente indispensable una indemnización de carácter punitivo. Ni el principio de reparación integral del perjuicio sufrido ni el principio

[135] SSTJUE de 4 de julio de 2006 (Asunto C-212/04); de 7 de septiembre de 2006 (Asunto C-53/04); 7 de septiembre de 2006 (Asunto C-180/04); de 23 de abril de 2009 (Asunto C-378/07 a 380/07); de 3 de julio de 2014 (Asunto C-362/13, C-363/13 y C-407/13); de 26 de noviembre de 2014 (Asunto C-22/13, C-61/13, C-63/13 y C-418/13); de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-16/15); de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-184/15 y 197/15); de 28 de febrero de 2018, John (Asunto C-46/17); de 8 de mayo de 2019 (Asunto C-494/17); 11 de febrero de 2021 (Asunto C-760/18); de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19); de 24 de junio de 2021 (Asunto C-550/19); y de 13 de enero de 2022 (Asunto C-282/19). Y ATJUE de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-86/14); de 2 de junio de 2021 (Asunto C-130/19); y de 7 de abril de 2022 (Asunto C-236/20).

[136] SSTJUE de 4 de julio de 2006 (Asunto C-212/04); de 7 de septiembre de 2006 (Asunto C-53/04); de 7 de septiembre de 2006 (Asunto C-180/04); de 23 de abril de 2009 (Asuntos C-378/07 a 380/07); de 14 de septiembre de 2016 (Asunto C-184/15 y 197/15); de 28 de febrero de 2018 (Asunto C-46/17); de 25 de octubre de 2018 (Asunto C-133/17); de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-619/17); de 8 de mayo de 2019 (Asunto C-494/17); de 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103/18 y C-429/18); de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19); de 24 de junio de 2021 (Asunto C-550/19); de 13 de enero de 2022 (Asunto C-282/19); y de 22 de febrero de 2024 (Asuntos C-59/22, C-110/22 y C-159/22).

[137] SSTJUE de julio de 2006 (Asunto C-212/04); de 7 de septiembre de 2006 (Asunto C-53/04) y de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19); y de 24 de junio de 2021 (Asunto C-550/19).

de proporcionalidad exigen dicha indemnización[138]. En todo caso, si se opta por una indemnización, la misma no puede limitarse a ser meramente simbólica[139].

Así, el TJUE ha aceptado como *"medida legal equivalente"* la concesión de una indemnización en caso de despido improcedente que, además de proporcionada, debe ser efectiva y disuasoria como para garantizar la plena eficacia de dicha cláusula, si bien recuerda que los tribunales nacionales son quienes tienen que determinar si tal medida es adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar el manejo abusivo de la contratación temporal[140]. Por el contrario, no acepta como *"medida legal equivalente"* el pago de la indemnización por extinción de contratos temporales, por cuanto esta se abona independientemente del carácter legítimo o abusivo de la utilización de dichos contratos[141]. Es más, en relación con el ordenamiento español, el TJUE no acepta como una medida legal equivalente ni el reconocimiento de indemnización tasada -igual a 20 días de salario por cada año trabajador, con el límite de una anualidad- a todo trabajador cuyo empleador haya recurrido a una utilización abusiva de contratos indefinidos no fijos prorrogados sucesivamente, cuando el abono de dicha indemnización por extinción de contrato es independiente de cualquier consideración relativa al carácter legítimo o abusivo de la utilización de dicho contratos[142]; ni la instauración de unas disposiciones según las cuales las *"actuaciones irregulares"*, en el ámbito de la Administración Pública, darán lugar a la exigencia de responsabilidades de conformidad con la normativa vigente en cada una de ellas, cuando se comprueba que tales disposiciones nacionales no son efectivas ni disuasorias para garantizar la plena eficacia de las normas adoptadas conforme a la cláusula 5 del Acuerdo CT[143].

Por su parte, el art. 5.2 del Acuerdo CT contempla la posibilidad de que los contratos temporales puedan considerarse *"celebrados por tiempo indefinido"*, al ser la estabilidad laboral un factor de protección de los trabajadores[144]. Esta previsión no impone a los Estados miembros una obligación general de prever la transformación de los contratos de trabajo de duración determinada en contratos por tiempo indefinido[145]. Al contrario, les deja la facultad de determinar en

[138] STJUE de 8 de mayo de 2019 (Asunto C-494/17).

[139] STJUE de 8 de mayo de 2019 (Asunto C-494/17).

[140] SSTJUE de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-619/17); de 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103 y C-429/18); y de 24 de junio de 2021 (Asunto C-550/19).

[141] SSTJUE de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-619/17); de 22 de febrero de 2020 (Asunto C-177/18); y de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19).

[142] STJUE de 22 de febrero de 2024 (Asuntos C-59/22, C-110/22 y C-159/22).

[143] STJUE de 22 de febrero de 2024 (Asuntos C-59/22, C-110/22 y C-159/22).

[144] STJUE de 8 de mayo de 2019 (Asunto C-494/17).

[145] SSTJUE de 26 de enero de 2012 (Asunto C-586-10); de 14 de septiembre de 2016 (Asuntos C-184/15 y C-197/15); de 7 de marzo de 2018, Santoro (Asunto C-494/16); de 25 de octubre de 2018 (Asunto C-331/17); de 21 de noviembre de 2018 (Asunto C-619/17); de 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103/18 y C-429/18) de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19); de 24 de junio de 2021 (Asunto C-550/19); de 7 de abril de 2022 (Asunto C-236/20); y de 22 de febrero de 2024 (Asuntos C-59/22, C-110/22 y C-159/22). Asimismo, ATJUE de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-86/14).

qué condiciones los contratos o relaciones laborales de duración determinada se considerarán celebrados por tiempo indefinido[146]. De hecho, el TJUE acepta que la transformación a contratos indefinidos se prevea exclusivamente para el sector privado y no para el público[147] o que, en el ámbito público, tenga un efecto retroactivo menor que si dicha transformación se hubiese llevado a cabo en el sector privado[148]. Con todo, ello debe compensarse con otras medidas efectivas para evitar y sancionar la eventual utilización abusiva de contratos de duración determinada sucesivos en el ámbito público[149]. En caso contrario, permitir a un Estado miembro invocar un objetivo como la flexibilidad que se desprende del uso de contratos de trabajo de duración determinada para eximirse de establecer medidas y sanciones a fin de evitar la contratación temporal abusiva va en contra de la estabilidad en el empleo y puede reducir de manera importante las categorías de personas que pueden beneficiarse de las medidas protectoras establecidas el Acuerdo CT[150].

En el caso español, en el que los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad han sido considerados para evitar la conversión de un contrato temporal en uno fijo en el ámbito de la Administración Pública, una solución intermedia, que también ha analizada por el TJUE, es la de la transformación de los empleados públicos, que hayan sido nombrados de manera abusiva en el marco de sucesivas relaciones de servicio de duración determinada, en *"indefinidos no fijos"*[151]. En este caso, reconociendo que los órganos jurisdiccionales nacionales son quienes deben apreciar si la transformación de dichos empleados públicos en *"indefinidos no fijos"* constituye medida adecuada para prevenir y, en su caso, sancionar los abusos derivados de la utilización de sucesivos contratos temporales, el TJUE ha concluido que no es suficiente. Y ello porque esta transformación se produce sin perjuicio de la posibilidad de que el empleador amortice la plaza o cese al empleado público con nombramiento de duración determinada de que se trate, cuando la plaza se cubra definitivamente. Pues bien, ante la insuficiencia de la

[146] SSTJUE de 4 de julio de 2006 (Asunto C-212/04); de 7 de septiembre de 2006 (Asunto C-53/04); de 23 de abril de 2009 (Asunto C-378/07 a C-380/07); de 3 de julio de 2014 (Asuntos C-362/13, C-363/13 y C-407/13); y de 14 de septiembre de 2016 (Asuntos C-184/15 y 197/15). También, ATJUE de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-86/14).

[147] SSTJUE de 4 de julio de 2006 (Asunto C-212/04); de 7 de septiembre de 2006 (Asunto C-53/04); de 7 de septiembre de 2006 (Asunto C-180/04); de 14 de septiembre de 2016 (Asuntos C-184/15 y 197/15); de 7 de marzo de 2018 (Asunto C-494/16); y 7 de abril de 2022 (Asunto C-236/20).

[148] STJUE de 8 de mayo de 2019 (Asunto C-494/17).

[149] STJUE de 4 de julio de 2006 (Asunto C-212/04); de 7 de septiembre de 2006 (Asunto C-53/04); de 7 de septiembre de 2006 (Asunto C-180/04); de 23 de abril de 2009 (Asunto C-378/07 a 380/07); de 14 de septiembre de 2016 (Asuntos C-184/15 y 197/15); de 7 de marzo de 2018 (Asunto C-494/6); de 25 de octubre de 2018 (Asunto C-331/17); de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19); y de 7 de abril de 2022 (Asunto C-236/20). También, ATJUE de 30 de septiembre de 2020 (Asunto C-135/20).

[150] STJUE de 26 de febrero de 2015 (Asunto C-238/14).

[151] SSTJUE de 14 de septiembre de 2016 (Asuntos C-184/15 y C-197/15); 19 de marzo de 2020 (Asuntos C-103/18 y C-429/18); y de 3 de junio de 2021 (Asunto C-726/19). Y ATJUE de 11 de diciembre de 2014 (Asunto C-86/14).

figura del indefinido no fijo y la falta de otras medidas efectivas que contrarresten y sancionen la contratación temporal fraudulenta en la esfera pública, la STJUE de 22 de febrero de 2024 (Asuntos C-59/22, C-110/22 y C-159/22) ha llegado a admitir que nuestros tribunales pueden modificar la jurisprudencia nacional consolidada si esta se basa en una interpretación de las disposiciones nacionales, incluso constitucionales, incompatible con los objetivos de la cláusula 5 del Acuerdo CT.

En la STJUE de 26 de noviembre de 2014 (Asuntos C-22/13, C-61/13 a C-63/13 y C-418/13), el TJUE estimó que una normativa que prevé la transformación de la relación laboral de unos profesores de temporal a indefinida en función de su progresión en la clasificación de la lista de aptitud permanente, que depende de circunstancias imprevisibles y aleatorias al estar en función de la duración total de los contratos de trabajo de duración determinada y de las plazas que entretanto hubieran quedado vacantes, no supone una sanción lo bastante efectiva y disuasoria para evitar el fraude en la contratación temporal sucesiva. En cambio, cuando esta transformación se convierte en obligatoria, deja de ser imprevisible y aleatoria, de suerte que constituye una sanción efectiva y disuasoria[152]. Y es que una norma que establece una regla imperativa según la cual la utilización abusiva de contratos de trabajo temporales hace que se transformen en una relación laboral por tiempo indefinido puede considerarse como una medida que sanciona efectivamente esta utilización abusiva[153].

En fin, en el supuesto de que se produzca la transformación a un contrato por tiempo indefinido, el TJUE, aun cuando admite que no existe la obligación de mantener de forma idéntica las cláusulas del contrato temporal, entiende que el Estado miembro debe velar para que la transformación de los contratos temporales en indefinidos no vaya acompañada de modificaciones sustanciales de las cláusulas del contrato precedente en un sentido globalmente desfavorable para el interesado cuando los cometidos de este y la naturaleza de sus funciones sigan siendo los mismos[154].

2. Tiempo parcial

2.1. Introducción

La Directiva 97/81/CE, del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES[155] (Acuerdo TP), tampoco persigue armonizar todas las normas

[152] STJUE de 8 de mayo de 2019 (Asunto C-494/17).

[153] STJUE de 3 de julio de 2014 (Asuntos C-362/13, C-363/13 y C-407/13).

[154] STJUE de 8 de marzo de 2012 (Asunto C-251/11).

[155] *Vid*., asimismo, la Directiva 98/23/CE del Consejo, de 7 de abril de 1998, por la que se extiende al Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte el ámbito de aplicación de la Directiva 97/81/CE, relativa al Acuerdo marco sobre el Trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES. Respecto de esta Directiva debe interpretarse en el sentido de que los periodos de antigüedad

nacionales relativas a los contratos de trabajo o a las relaciones de trabajo a tiempo parcial[156]. Tal y como indica el considerando 11 del Acuerdo TP, este responde al deseo de enunciar los principios generales y condiciones mínimas relativas al trabajo a tiempo parcial, establecer un marco general para la eliminación de discriminaciones en relación con los trabajadores a tiempo parcial y contribuir al desarrollo de las posibilidades de trabajo a tiempo parcial sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores. A diferencia de la contratación temporal, no se trata de un tipo de contratación que sea vista con tanto recelo, aunque en muchos casos se trata de un empleo altamente feminizado. En efecto, el considerando 5 defiende la importancia de las medidas que puedan facilitar el acceso al trabajo a tiempo parcial para los hombres y las mujeres *"con vistas a preparar la jubilación, compaginar la vida profesional y la vida familiar y aprovechar las posibilidades de educación y de formación, a fin de mejorar sus competencias y sus oportunidades profesionales, en el interés mutuo de los empresarios y los trabajadores, y de una manera que favorezca el desarrollo de las empresas"*. En línea con lo apuntado, la cláusula 1 del Acuerdo TP fija dos objetivos[157]. En primer término, garantizar la supresión de discriminaciones contra los trabajadores a tiempo parcial y mejorar la calidad del trabajo a tiempo parcial. Y, en segundo término, facilitar el desarrollo del trabajo a tiempo parcial sobre una base voluntaria y contribuir a la organización flexible del tiempo de trabajo de una manera que tenga en cuenta las necesidades de los empresarios y de los trabajadores.

2.2. Ámbito de aplicación de la Directiva 97/81/CE

La cláusula 2 del Acuerdo TP prevé su aplicación "a los trabajadores a tiempo parcial que tengan un contrato o una relación de trabajo tal como se define en la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro". Sentado lo anterior, dicha cláusula, en su apartado 2, contempla la posibilidad de que los Estados miembros, "previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales al nivel pertinente de conformidad con las prácticas nacionales de relaciones laborales" puedan "por razones objetivas, excluir total o parcialmente las disposiciones del presente Acuerdo a los trabajadores a tiempo parcial que trabajan de manera ocasional". Con todo, también conmina a

anteriores a la fecha de expiración del plazo de transposición de esta que se tienen en cuenta para la determinación de la pensión de jubilación de un trabajador a tiempo completo deben tenerse en cuenta para la determinación de los derechos a pensión de jubilación. *Vid*. STJUE de 7 de noviembre de 2018 (Asunto C-432/17).

[156] STJUE de 1 de marzo de 2012 (Asunto C-393/10).

[157] Como sostiene la STJUE de 24 de abril de 2008 (Asuntos C-55/07 y 56/07), la Directiva 97/81 y el Acuerdo marco tiene por objeto, por una parte, promover el trabajo a tiempo parcial y, por otra, suprimir las discriminaciones entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo. *Vid*., también, SSTJUE de 10 de junio de 2010 (Asuntos C-395/08 y C-396/08); de 15 de octubre de 2014 (Asunto C-221/13); 5 de mayo de 2022 (Asunto C-265/20); y de 7 de julio de 2022 (Asunto C-13/21). Y STJUE de 15 de octubre de 2009 (Asuntos C-439/18 y C-472/18).

que periódicamente se reexaminen "estas exclusiones a fin de establecer si siguen siendo válidas las razones objetivas que las sustentan". Se trata de una cláusula que permite que los Estados miembros, de forma justificada, reducir el ámbito de aplicación del Acuerdo TP, excluyendo a los trabajadores a tiempo parcial ocasionales[158].

Sea como fuere, ni la Directiva 97/81 ni el Acuerdo AP definen los términos *"trabajador"*, *"contrato de trabajo"* o *"relación de trabajo"*. Pues bien, en la medida en que el concepto de *"trabajador"* en el Derecho de la Unión no es unívoco -sino que varía según el ámbito de aplicación de la concreta norma de que se trate- y que, como se ha avanzado, la finalidad tanto de la Directiva como del Acuerdo AP no es armonizar las diferentes normativas nacionales relativas al contrato a tiempo parcial, resulta que el concepto de *"trabajadores (…) que tengan un contrato o una relación de trabajo"* debe ser interpretado con arreglo al Derecho nacional[159]. Ahora bien, esta facultad de apreciación de los Estados miembros no es absoluta, dado que aun cuando estos términos pueden ser definidos de conformidad con el Derecho y/o los usos nacionales, debe respetar siempre el efecto útil de esta Directiva y los principios generales del Derecho de la Unión[160]. En este sentido, la STJUE de 1 de marzo de 2012 (Asunto C-393/10), en referencia a los *"recorders"* -un tipo de jueces retribuidos sobre la base de unos honorarios diarios y no un salario mensual-, afirma que únicamente se puede admitir su exclusión del concepto de *"trabajador"* si la relación que les une con el Ministerio de Justicia es, por su naturaleza, sustancialmente diferente de la que vincula a jueces asalariados. No solo debe tenerse en cuenta las modalidades de nombramiento y de separación de los jueces, sino también el modo de organizar su trabajo -si trabajan de conformidad con unos horarios y durante unos periodos bien definidos, indemnización por enfermedad, prestaciones por maternidad, paternidad y otras similares-.

Por su parte, la cláusula 3.1 del Acuerdo TP es la que define "trabajador a tiempo parcial", refiriéndose a un "trabajador asalariado cuya jornada normal de trabajo, calculada sobre una base semanal o como media de un periodo de empleo de hasta un máximo de un año, tenga una duración inferior a la de un trabajador a tiempo completo comparable". Así, por ejemplo, se entiende trabajador a tiempo parcial, aquel que presta sus servicios en virtud de un contrato en el que, atendiendo a las necesidades de la empresa, se estipula que la duración y la distribución de la jornada laboral se determinan en función de la carga de trabajo, debiéndose fijar en cada caso de mutuo acuerdo entre las partes[161].

En definitiva, como se desprende del tenor literal de la cláusula 2.1 del Acuerdo TP, su ámbito de aplicación está concebido de manera extensiva, al

[158] Ahora bien, como indica la STJUE de 7 de julio de 2022 (Asunto C-13/21), tal exclusión no es automática, sino que está sujeta a determinados procedimientos y condiciones.

[159] SSTJUE de 1 de marzo de 2012 (Asunto C-393/10) y de 7 de julio de 2022 (Asunto C-13/21).

[160] STJUE de 1 de marzo de 2012 (Asunto C-393/10).

[161] STJUE de 12 de octubre de 2004 (Asunto C-313/02).

referirse con carácter general a los trabajadores a tiempo parcial cuyo contrato o relación laboral estén definidos por la legislación, los convenios colectivos o las prácticas vigentes en cada Estado miembro. Es más, de la definición de la cláusula 3.1 del Acuerdo TP, se desprende que engloba a todos los trabajadores, sin establecer diferencias en función del carácter público o privado del empleador para el que trabajan[162].

2.3. Igualdad de trato

La cláusula 4.1 del Acuerdo TP prohíbe que, por lo que respecta a "las condiciones de empleo", pueda tratarse a los trabajadores a tiempo parcial "de una manera menos favorable que a los trabajadores a tiempo completo comparables por el simple motivo de que trabajen a tiempo parcial, a menos que se justifique un trato diferente por razones objetivas"[163]. Por su parte, la cláusula 4.4 del Acuerdo TP consiente que cuando existan razones objetivas que lo justifiquen, los Estados miembros puedan en su caso "subordinar el acceso a condiciones de empleo particulares a un periodo de antigüedad, una duración del trabajo o condiciones salariales"[164], si bien añade que tales criterios de acceso a los trabajadores a tiempo parcial a condiciones de trabajo particulares "deberían reexaminarse". Esta interdicción de discriminación -junto con la contenida la Directiva 2006/56/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación- constituye una expresión específica del principio de igualdad, que prohíbe que se traten de manera diferente situaciones comparables, a menos que este trato esté objetivamente justificado[165]. Por tanto, la cláusula 4.1 del Acuerdo TP no puede ser interpretada de manera restrictiva[166]. Como se ha visto acontece con el Acuerdo CT, la cláusula 4.1 del Acuerdo TP es incondicional y lo suficientemente precisa para que un particular pueda invocarla ante un tribunal nacional[167]. En todo caso, vaya por delante que la discriminación, como se deduce del art. 2 de la Directiva 2006/56/CE, puede ser tanto directa como

[162] STJUE de 1 de marzo de 2012 (Asunto C-393/10), que cita la STJUE de 22 de diciembre de 2010 (Asunto C-444/09 y C-456/09), relativa a la contratación temporal; y de 7 de julio de 2022 (Asunto C-13/21).

[163] Se trata de una expresión específica del principio general de igualdad, incluido entre los principios fundamentales del Derecho de la Unión. Cfr. SSTJUE de 5 de mayo de 2022 (Asunto C-265/20) y 19 de octubre de 2023 (C-660/20); y ATJUE de 15 de octubre de 2019 (Asuntos C-439/18 y C-472/18).

[164] Previa consulta a los interlocutores sociales de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o las prácticas nacionales, y/o los interlocutores sociales.

[165] Cfr. de 12 de octubre de 2004 (Asunto C-313/02); de 10 de junio de 2010 (Asuntos C-395/08 y C-396/08); y de 15 de octubre de 2014 (Asunto C-221/13); También, ATJUE de 15 de octubre de 2009 (Asuntos C-439/18 y C-472/18).

[166] STJUE de 10 de junio de 2010 (Asunto C-395/08 y C-396/08), que cita las SSTJUE, relativas a la contratación temporal, de 13 de septiembre de 2007 (Asunto C-307/05); y de 15 de abril de 2008 (Asunto C-268/06). Asimismo, SSTJUE de 7 de julio de 2022 (Asunto C-13/21) y 19 de octubre de 2023 (C-660/20).

[167] STJUE de 22 de abril de 2010 (Asunto C-486/08).

indirecta. Y, a tal efecto, deben traerse a colación las consideraciones efectuadas en las múltiples SSTJUE sobre este particular[168].

En materia de contratación a tiempo parcial, han sido varios los supuestos en los que el TJUE ha analizado supuestos de posible discriminación indirecta, sobre todo porque este tipo de contratación en mayor proporción afecta a las mujeres. En algunos casos, se ha concluido que no existía discriminación alguna[169], mientras que en otros ha apreciado una discriminación indirecta[170].

Por lo demás, como ha declarado el TJUE, el mero hecho de que un trabajador haya adquirido la condición de trabajador a tiempo completo no excluye la posibilidad de que este invoque, en determinadas circunstancias, el principio de no discriminación de la cláusula 4 del Acuerdo TP, cuando la discriminación aducida afecte a periodos cubiertos como trabajador a tiempo parcial[171].

A. Trabajador a tiempo completo comparable

La cláusula 3.2 del Acuerdo TP recoge la noción de "trabajador a tiempo completo comparable" como aquel "trabajador asalariado a tiempo completo del mismo establecimiento que tenga el mismo tipo de contrato o relación laboral y un trabajo o empleo idéntico o similar teniendo en cuenta otras consideraciones

[168] *V. gr.* SSTJUE de 27 de junio de 1990 (Asunto C-33/89) que, en aplicación de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, reconoce un supuesto de discriminación indirecta respecto de una trabajadora a tiempo parcial a la que la regulación convencional le impedía acceder a un subsidio transitorio el día en que cesó su relación laboral; y de 12 de octubre de 2004 (Asunto C-313/02), que indica que un trabajador con un contrato parcial está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 76/207 (derogada por la Directiva 2006/54/CE). Asimismo, en relación con una trabajadora contratada a tiempo parcial, la STJUE de 3 de octubre de 2019 (Asunto C-274/18), a tenor del art. 19.1 de la Directiva 2006/56/CE, afirma que debe interpretarse que tal disposición no exige que la parte que se considere perjudicada por tal discriminación presente, para demostrar una presunción de discriminación, estadísticas o hechos concretos referidas a los trabajadores afectados por la normativa nacional controvertida si dicha parte no tiene acceso a tales estadísticas o hecho o únicamente puede acceder a ellos con grandes dificultades.

[169] STJUE de 14 de abril de 2015 (Asunto C-527/13), que concluye que la normativa relativa a la determinación de la base del cálculo de una pensión de IPT no suponía una discriminación.

[170] *Vid*. SSTJUE de 9 de noviembre de 2017 (Asunto C-98/15), que, tras confirmar que la mayoría de trabajadores con contrato a tiempo parcial vertical son mujeres, estima que este tipo de trabajadoras ven reducido el periodo durante el cual pueden recibir una prestación por desempleo en comparación con el periodo reconocido a los trabajadores a tiempo parcial horizontal; y de 3 de octubre de 2019 (Asunto C-274/18), que ve con recelo una norma que, para los trabajadores con contrato de duración determinada, distingue entre los trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, exigiendo una prestación de servicios más larga en este último supuesto a efectos de alcanzar la condición de trabajador por tiempo indefinido. En términos similares, ATJUE de 15 de octubre de 2009 (Asuntos C-439/18 y C-472/18), que analiza una norma que determina el cálculo de antigüedad de una trabajadora fija discontinua tomando en consideración exclusivamente el tiempo efectivamente trabajador y no el de la duración de la relación laboral, concluyendo que, en la medida en que afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres, supone una discriminación indirecta.

[171] STJUE de 7 de julio de 2022 (Asunto C-13/21), citando STJUE de 18 de octubre de 2012 (Asuntos C-302/11 a 305/12) dictada en relación con el Acuerdo CT.

tales como la antigüedad y las cualificaciones o competencias". Estos criterios se basan en el contenido de la actividad de los interesados[172]. En caso de que no exista tal trabajador a tiempo completo comparable en el mismo establecimiento, el cotejo debe efectuarse "haciendo referencia al convenio colectivo aplicable o, en caso de no existir ningún colectivo aplicable, y de conformidad con la legislación, a los convenios colectivos o prácticas nacionales". Esta figura de trabajador comparable es indispensable para determinar la posible existencia de una situación discriminatoria, dado que, si no existe en el caso planteado judicialmente, no se puede apreciar la discriminación. Por tanto, una eventual diferencia de trato entre dos categorías de trabajadores a tiempo parcial no queda comprendida en el ámbito de aplicación del principio de no discriminación recogido en el Acuerdo TP[173].

Pues bien, el TJUE entiende por trabajador comparable aquel que ejerce la misma actividad que el trabajador a tiempo parcial[174]. De forma similar a lo indicado en relación con la contratación temporal, el ATJUE de 15 de octubre de 2019 (Asuntos C-439/18 y C-472/18)[175], sostiene que, para apreciar si determinados empleados ejercen un trabajo idéntico o similar, debe tenerse en cuenta un conjunto de factores, como la naturaleza del trabajo, sus cualificaciones y competencias, las condiciones de formación y las condiciones laborales[176]. Si se demuestra que, cuando prestan servicios, los trabajadores a tiempo parcial ejercen las mismas funciones que los trabajadores contratados por el mismo empresario a tiempo completo u ocupan el mismo puesto que estos, en principio las situaciones de estas dos categorías de trabajadores han de considerarse comparables. Por el contrario, en el caso de una trabajadora que presta sus servicios conforme a un contrato en el que no se establece ni la duración de la jornada semanal ni la distribución del tiempo de trabajo y que le permite aceptar o rechazar cada trabajo que la proponga la empresa, el TJUE entiende que, en la empresa, no existe ningún trabajador a tiempo completo con el mismo tipo de prestación de servicios[177].

B. Condiciones de empleo

Con carácter general, la interpretación de la expresión *"condiciones de empleo"*, comprendida en la cláusula 4 del Acuerdo AP, requiere tener en cuenta tanto el contexto como los objetivos perseguidos por el citado Acuerdo, siendo

[172] STJUE de 1 de marzo de 2012 (Asunto C-393/10).

[173] STJUE de 7 de julio de 2022 (Asunto C-13/21).

[174] STJUE de 1 de marzo de 2012 (Asunto C-393/10).

[175] Citando la STJUE de 9 de julio de 2015 (Asunto C-177/14), relativa al Acuerdo CT. *Vid*., asimismo, STJUE de 5 de mayo de 2022 (Asunto C-265/20).

[176] SSTJUE de 25 de diciembre de 2022 (C-40/20 y 173/20) y 19 de octubre de 2023 (C-660/20).

[177] STJUE de 12 de octubre de 2004 (Asunto C-313/02), que analiza si un contrato a tiempo parcial en función de las necesidades de la empresa conduce a que la trabajadora sea tratada de manera menos favorable. Y, en este sentido, en la medida en que entiende que en la empresa no hay ningún trabajador a tiempo completo comparable, desestima la existencia de un trato discriminatorio de la trabajadora a tiempo parcial.

uno de ellos *"garantizar la supresión de las discriminaciones contra los trabajadores a tiempo parcial y mejorar la calidad del trabajo a tiempo parcial"* y contribuir al desarrollo de las posibilidades de trabajo a tiempo parcial sobre una base aceptable para los empresarios y los trabajadores [cláusula 1 a) del Acuerdo AP] [178]. En la medida en que esta cláusula expresa un principio de Derecho social de la UE no puede interpretarse de manera restrictiva [179].

Al margen de algún supuesto esporádico que viene referido a la posibilidad de acceder al nombramiento definitivo [180], la mayoría de los supuestos analizados por el TJUE, en los que ha interpretado el alcance de la expresión *"condiciones de empleo"*, vienen referidos a condiciones económicas [181] o retributivas [182] -por ejemplo, los trienios [183] o antigüedad salarial [184]- y a pensiones. Como ya se vio a propósito de la contratación temporal [185], las pensiones que deben incluirse en el ámbito de aplicación de la cláusula 4 del Acuerdo AP son las que dependen de una relación de trabajo entre el trabajador y el empleador, con exclusión de las pensiones legales de Seguridad Social que obedecen más a consideraciones de orden social [186]. El párrafo tercero del Preámbulo del Acuerdo AP deja bien claro que los asuntos relativos a los regímenes legales de seguridad social son competencia de los Estados miembros. Pues bien, para determinar si una pensión de jubilación está incluida en el ámbito de aplicación del Acuerdo, procede examinar por parte del juez nacional si dicha pensión responde a los siguientes requisitos [187]: si solo afecta a una categoría particular de trabajadores, si está directamente en función de los años de servicio cumplidos y si su cuantía se calcula basándose en el último sueldo. En caso afirmativo, debe entenderse como una condición de empleo.

Ahora bien, el dato de que la condición analizada sea una pensión que no se considere como una *"condición de empleo"* a efectos de la cláusula 4 del Acuerdo

[178] SSTJUE de 10 de junio de 2010 (Asuntos C-395/08 y C-396/08); y 5 de mayo de 2022 (Asunto C-265/20).

[179] STJUE de 5 de mayo de 2022 (Asunto C-265/20).

[180] STJUE de 5 de mayo de 2022 (Asunto C-265/20).

[181] STJUE de 10 de junio de 2010 (Asuntos C-395/08 y C-396/08); y ATJUE de 15 de octubre de 2009 (Asuntos C-439/18 y C-472/18).

[182] *Vid*., por ejemplo, la STJUE de 5 de noviembre de 2014 (Asunto C-476/12), que sostiene que el complemento por hijo a cargo abonado por el empresario de un trabajador a tiempo parcial en ejecución de un convenio colectivo es una retribución abonada al trabajador. También SSTJUE de 7 de abril de 2022 (Asunto C-236/20), 7 de julio de 2022 (Asunto C-377/21) y 19 de octubre de 2023 (Asunto C-660/20).

[183] ATJUE de 15 de octubre de 2009 (Asuntos C-439/18 y C-472/18).

[184] STJUE de 7 de julio de 2022 (Asunto C-13/21).

[185] Ver, por todas, STJUE de 15 de abril de 2008 (Asunto C-268/06).

[186] SSTJUE de 10 de junio de 2010 (Asuntos C-395/08 y C-396/08); de 1 de marzo de 2012 (Asunto C-393/10); de 22 de noviembre de 2012 (Asunto C-385/11); de 14 de abril de 2015 (Asunto C-527/13); y de 9 de noviembre de 2017 (Asunto C-98/15).

[187] STJUE de 10 de junio de 2010 (Asuntos C-395/08 y C-396/08); de 22 de noviembre de 2012 (Asunto C-385/11); y de 14 de abril de 2015 (Asunto C-527/13).

AP no impide que dicha pensión encaje en el ámbito de protección del art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, que dispone que *"el principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a: el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos, la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones, el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones"*. Esta previsión, por tanto, supone una suerte de red de seguridad contra posibles conductas discriminatorias en perjuicio de los trabajadores a tiempo parcial. Según la STJUE de 22 de noviembre de 2012 (Asunto C-385/11), esta disposición debe interpretarse en el sentido de que se opone, por discriminación indirecta, a una normativa de un Estado miembro que exige a los trabajadores a tiempo parcial, en su inmensa mayoría mujeres, en comparación con los trabajadores a tiempo completo, un periodo de cotización proporcionalmente mayor para acceder en su caso, a una pensión de jubilación contributiva en cuantía proporcionalmente reducida a la parcialidad de su jornada.

Con todo, importa avanzar que, en materia retributiva, si bien la remuneración de los trabajadores a tiempo parcial debe ser equivalente a la de los trabajadores a tiempo completo, como se tendrá ocasión de comprobar, debe considerarse la eventual aplicación del principio *pro rata temporis* de la cláusula 4.2 del Acuerdo.

C. Razones objetivas

Sin perjuicio de que corresponda al tribunal nacional examinar si se puede justificar la desigualdad de trato entre dos trabajadores comparables[188], de forma similar a lo indicado a propósito de la contratación temporal, el TJUE entiende que el Acuerdo AP no permite justificar una diferencia de trato entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo por el mero hecho de que esté prevista por una norma general y abstracta, como una ley o un convenio colectivo[189]. Al contrario, la cláusula 4.1 del Acuerdo AP requiere que la desigualdad de trato responda a una necesidad auténtica, que permita alcanzar el objetivo perseguido y resulte indispensable a tal efecto. Y es que la desigualdad de trato debe estar justificada por la existencia de elementos precisos y concretos que caractericen la condición de empleo de que se trate, en el contexto específico en que se enmarca y con arreglo a criterios objetivos y transparentes, a fin de

[188] SSTJUE de 1 de marzo de 2012 (Asunto C-393/10) y 19 de octubre de 2023 (C-660/20).

[189] STJUE de 1 de marzo de 2012 (Asunto C-393/10), que cita la STJUE de 13 de septiembre de 2007 (Asunto C-307/05). También, SSTJUE de 5 de mayo de 2022 (C-2675/20) y 19 de octubre de 2023 (C-660/20). Y ATJUE de 15 de octubre de 2009 (Asuntos C-439/18 y C-472/18).

verificar si dicha desigualdad responde a una necesidad auténtica, si permite alcanzar el objetivo perseguido y si resulta indispensable al efecto. Tales elementos pueden tener su origen, en particular, en la especial naturaleza de las tareas para cuya realización se celebran los contratos a tiempo parcial y en las características inherentes a las mismas o, eventualmente, en la persecución de un objetivo legítimo de política social por parte de un Estado miembro[190].

En los supuestos tratados por el TJUE se concluye que no concurren razones objetivas que justifiquen un trato diverso entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial. A tal efecto, vaya por delante que consideraciones de índole presupuestaria no pueden justificar una discriminación[191]. Asimismo, el TJUE ha tenido la oportunidad de analizar el cómputo de la antigüedad a efectos del cómputo de la duración máxima de la relación laboral temporal[192], del cálculo de elementos retributivos -trienios-[193] o de distintas prestaciones sociales, como las de desempleo[194] o pensiones de jubilación[195]. Pues bien, en tales casos, en los que los trabajadores son o bien a tiempo parcial del tipo vertical cíclico o bien fijos discontinuos, la antigüedad a considerar para el reconocimiento de las distintas prestaciones se computaba no como equivalente al tiempo de la relación laboral -como acontecía con los trabajadores a tiempo completo comparables-, sino considerando exclusivamente los periodos de tiempo efectivamente trabajados. A modo de ejemplo, si un trabajador a tiempo completo disfruta por un periodo de empleo de 12 meses consecutivos, su antigüedad será de un año; por el contrario, un trabajador en una situación comparable que haya optado, según la fórmula del tiempo parcial vertical cíclico, por una reducción del 25 % de su jornada, contará, para el mismo periodo de tiempo, con una antigüedad únicamente al 75 % de la de su colega que trabaja a tiempo completo y ello solo porque trabaja a tiempo parcial[196]. Esta modalidad de cómputo de la antigüedad, que penaliza la contratación a tiempo parcial, no se considera como una razón objetiva y, por tanto, el TJUE concluye que es discriminatoria[197]. En su opinión, la antigüedad se calcula teniendo en cuenta la duración efectiva de la relación laboral y no la cantidad de trabajo efectuada durante la misma. El TJUE, atendiendo a la propia definición del trabajador a tiempo parcial de la cláusula 3 del Acuerdo, concluye que los periodos no trabajados, que corresponden a la reducción de la jornada laboral prevista en

[190] SSTJUE de 1 de marzo de 2012 (Asunto C-393/10), 7 de noviembre de 2018 (Asunto C-432/17); de 5 de mayo de 2022 (Asunto C-265/20) y de 19 de octubre de 2023 (Asunto C-660/20). Igualmente, ATJUE de 15 de octubre de 2019 (Asuntos C-439/18 y C-472/18).

[191] SSTJUE de 23 de octubre de 2003 (Asuntos C-4/02 y C-5/02); de 22 de abril de 2010 (Asunto C-486/08); y de 1 de marzo de 2012 (Asunto C-393/10) y de 19 de octubre de 2023 (Asunto C-660/20).

[192] STJUE de 3 de octubre de 2019 (Asunto C-274/18).

[193] ATJUE de 15 de octubre de 2009 (Asuntos C-439/18 y C-472/18).

[194] STJUE de 9 de noviembre de 2017 (Asunto C-98/15).

[195] STJUE de 10 de junio de 2010 (Asunto C-395/08 y C-396/08).

[196] *V. gr.* STJUE de 10 de junio de 2010 (Asuntos C-395/08 y C-396/08).

[197] SSTJUE de 10 de junio de 2010 (Asuntos C-395/08 y C-396/08); y de 9 de noviembre de 2017 (Asunto C-98/15).

un contrato de trabajo a tiempo parcial, se derivan de la ejecución normal de dicho contrato y no de su suspensión[198]. El trabajo a tiempo parcial no implica ninguna interrupción del empleo. Por tanto, la cláusula 4 del Acuerdo se opone a una norma nacional que, en relación con los trabajadores a tiempo parcial vertical cíclico, excluye los periodos no trabajados del cálculo de la antigüedad requerida para adquirir un derecho a tal pensión, a menos que tal diferencia de trato esté justificada por razones objetivas. Piénsese que, en el cálculo de las diferentes prestaciones, consecuencia del principio de proporcionalidad que se va a analizar a continuación, ya se tiene en cuenta el carácter parcial del contrato, de modo que el cómputo de la antigüedad considerando tan solo el tiempo de prestación de servicios efectiva provoca un efecto reductor añadido al del cálculo de aquellas. Recientemente, en relación con unos pilotos que acceden a una retribución complementaria si superan ciertos umbrales de horas de trabajo, sin modular dichos umbrales de acuerdo con la reducción horaria de cada piloto que presta sus servicios a tiempo parcial, el TJUE ha afirmado que existen dudas "en cuanto al carácter apropiado y coherente de la fijación de umbrales de activación uniformes para los pilotos, a efectos de percibir la retribución complementaria, habida cuenta del objetivo de protección de la salud de estos frente a una carga de trabajo excesiva"[199]. Y, ello por cuanto equivale a no tener en cuenta las razones que subyacen a la propia figura del trabajo a tiempo parcial, como las posibles responsabilidades no laborales del trabajador de que se trate.

2.4. Proporcionalidad

La cláusula 4.2 del Acuerdo dispone que *"cuando resulte adecuado, se aplicará el principio de pro rata temporis"*. Tal principio supone la aplicación de la regla de proporcionalidad, que por definición es aplicable a prestaciones divisibles sin que se incurra en discriminación alguna[200]. Por tanto, una jornada laboral reducida en relación con la de un trabajador a tiempo completo constituye un criterio objetivo que permite la reducción de ciertos derechos de los trabajadores a tiempo parcial[201]. Sea como fuere, vaya por delante que esta disposición no impone la aplicación de este principio[202].

Sentado lo anterior, el TJUE expresamente entiende que la regla de *pro rata temporis* se maneja en el caso de condiciones de empleo económicas, como retribuciones -trienios, retribución complementaria por horas extra-[203],

[198] STJUE de 10 de junio de 2010 (Asuntos C-395/08 y C-396/08).

[199] STJUE de 19 de octubre de 2023 (C-660/20).

[200] STJUE de 10 de junio de 2010 (Asuntos C-395/08 y C-396/08).

[201] SSTJUE de 5 de noviembre de 2014 (Asunto C-476/12) y de 7 de abril de 2022 (Asunto C-236/20).

[202] STJUE de 7 de julio de 2022 (Asunto C-13/21).

[203] ATJUE de 15 de octubre de 2009 (Asuntos C-439/18 y C-472/18) y STJUE 19 de octubre de 2023 (C-660/20).

complementos por hijo a cargo[204] o pensiones[205], sin que en ningún caso pueda suponer su eliminación total[206]. En el concreto caso de las pensiones o los trienios, el TJUE afirma que el Derecho de la Unión no se opone al cálculo de una prestación conforme a la regla *pro rata temporis* en caso de trabajo a tiempo parcial. En efecto, la consideración del periodo de tiempo que el trabajador a tiempo parcial ha trabajado efectivamente durante toda su carrera, constituye un criterio objetivo que permite una reducción proporcionada de sus derechos a pensión[207]. Sin embargo, el principio *por rata temporis* no es aplicable a la determinación de la fecha de adquisición de un derecho económico, en la medida en que esta depende exclusivamente de la duración de la antigüedad adquirida por el trabajador. En efecto, como se ha visto a propósito de la igualdad de trato, esta antigüedad se corresponde con la duración efectiva de la relación laboral y no con la cantidad de trabajo realizada durante dicha relación. Por lo tanto, el principio de no discriminación entre trabajadores a tiempo parcial y a tiempo completo implica que la duración de la antigüedad tenida en cuenta a efectos de la determinación de la fecha de adquisición de la antigüedad para percibir una compensación económica se calcule para el trabajador a tiempo parcial como si hubiera ocupado un puesto a tiempo completo, tomando en consideración íntegramente los periodos no trabajados[208].

Asimismo, el TJUE ha afirmado que el principio de proporcionalidad es aplicable a las vacaciones [SSTJUE de 22 de abril de 2010 C-486/08; 8 de noviembre de 2012 (Asuntos C-229/11 y C-230/11); y de 11 de noviembre de 2015 (Asunto C-219/14)], sin que ello pueda suponer la exclusión de todo derecho a vacaciones[209]. Ahora bien, aun cuando afirma que la disminución del derecho de las vacaciones anuales en relación con el concedido por un periodo de trabajo a tiempo parcial está justificado por razones objetivas, en el caso de que un empleado a tiempo completo vea modificada su jornada de trabajo pasando a tiempo parcial, considera inaceptable que las vacaciones aún no disfrutadas tengan que adaptarse proporcionalmente a la nueva jornada de trabajo, con la consecuencia de que dicho trabajador vea disminuido su derecho a vacaciones anuales retribuidas adquirido, sin haber tenido la posibilidad de ejercerlo durante el tiempo en que

[204] STJUE de 5 de noviembre de 2014 Asunto C-476/12).

[205] SSTJUE de 23 de octubre de 2003 (Asuntos C-4/02 y C-5/02); de 16 de julio de 2009 (Asunto C-537/07); y de 10 de junio de 2010 (Asuntos C-395/08 y C-396/08).

[206] STJUE de 7 de abril de 2022 (Asunto C-236/20).

[207] SSTJUE de 23 de octubre de 2003 (Asuntos C-4/02 y C-5/02); de 16 de julio de 2009 (Asunto C-537/07); de 10 de junio de 2010 (Asuntos C-395/08 y C-396/08); y de 5 de noviembre de 2014 Asunto C-476/12). Y ATJUE de 15 de octubre de 2009 (Asuntos C-439/18 y C-472/18).

[208] SSTJUE de 23 de octubre de 2003 (Asuntos C-4/02 y C-5/02); de 16 de julio de 2009 (Asunto C-537/07); de 10 de junio de 2010 (Asuntos C-395/08 y C-396/08); y de 5 de noviembre de 2014 Asunto C-476/12). Y ATJUE de 15 de octubre de 2009 (Asuntos C-439/18 y C-472/18).

[209] STJUE de 7 de abril de 2022 (Asunto C-236/20).

trabajó a jornada completa o, en caso de poder ejercerlo, solo pueda disfrutar como empleado a tiempo parcial de esas vacaciones con una retribución reducida[210].

En el caso de un trabajador que ha pasado a ser a tiempo completo, cuando la normativa establezca a efectos del cálculo de su retribución una antigüedad salarial que se corresponda con el porcentaje del tiempo de trabajo que ha realizado como trabajador a tiempo parcial, es decir, en función exclusivamente de las prestaciones efectivamente realizadas, a diferencia de lo que acontece en relación con los trabajadores a tiempo completo -en los que computa todo el tiempo de relación de trabajo-, el TJUE ha considerado que dicha normativa aplica correctamente el principio de *pro rata temporis*[211].

Por lo demás, en referencia a una normativa sobre la duración de las relaciones laborales temporales que supone que los trabajadores a tiempo completo pueden tener una duración máxima de 6 años y los a tiempo parcial 8 años, el TJUE no la considera respetuosa con el principio de *pro rata temporis*[212]. Y es que dicho órgano repara en que la duración máxima de las relaciones laborales consecutivas se prorroga siempre dos años para todos los trabajadores a tiempo parcial, sin ser por tanto proporcional a las horas realmente trabajadas.

2.5. Promoción del contrato a tiempo parcial

En punto al objetivo de promoción del trabajo a tiempo parcial, la cláusula 5.1 a) del Acuerdo TP prevé la obligación de los Estados miembros de "*identificar y examinar los obstáculos de naturaleza jurídica o administrativas que pudieran limitar las posibilidades de trabajo a tiempo parcial y, en su caso eliminarlos*"[213]. De ahí que el TJUE, en su sentencia de 24 de abril de 2008 (Asuntos C-55/07 y C-56/07), estime no conforme a la Directiva 97/81 la exigencia de que las empresas notifiquen a las autoridades competentes una copia de cada contrato de trabajo a tiempo parcial, dentro de un plazo de 30 contados desde la celebración del contrato, bajo pena de una multa administrativa de un importe de 15 € por trabajador afectado y día de retraso. Y ello por cuanto la sanción no resulta proporcional al objetivo de promocionar la contratación temporal. Se trata de una carga económica sin ninguna limitación del importe total de la multa. A juicio del TJUE, existen otras medidas menos onerosas a disposición de las autoridades nacionales, como medios de vigilancia, de inspección y de policía. En fin, debido al coste de esta obligación formal y al de las sanciones, reconoce el riesgo de que la obligación de notificación a la Administración de los contratos a tiempo parcial afecte de un modo más

[210] STJUE de 22 de abril de 2010 (Asunto C-486/08).

[211] STJUE de 7 de julio de 2022 (Asunto C-13/21). Asimismo, ATJUE de 3 de marzo de 2021 (Asunto C-841/19).

[212] STJUE de 3 de octubre de 2019 (Asunto C-274/18).

[213] Se trata de una obligación idéntica a la que tienen los interlocutores sociales, dentro de su ámbito de competencias y a través de los procedimientos previstos en los convenios colectivos [art. 5.1 b) Acuerdo].

particular a las pequeñas y medianas empresas que, al no disponer de tantos recursos como las empresas de gran dimensión, pueden verse incitadas a renunciar a la contratación a tiempo parcial que la Directiva 97/81 pretende promover. Por su parte, la STJUE de 10 de junio de 2010 (Asuntos C-395/08 y C-396/08), en el caso de una contratación a tiempo parcial vertical cíclico[214], desautoriza la exclusión del cálculo de la antigüedad requerida para adquirir un derecho a pensión de los periodos en los que, aun existiendo vínculo laboral, no hay prestación de servicios por parte del trabajador a tiempo parcial -que tiene el trabajo concentrado en determinados periodos de tiempo-. Según el parecer de esta resolución, esta previsión constituye una penalización del trabajo a tiempo parcial al hacerlo menos atractivo por el retraso en el acceso al derecho de la pensión y, en consecuencia, dificulta el objetivo de facilitar el desarrollo del trabajo a tiempo parcial. Por el contrario, a tenor de la STJUE de 14 de abril de 2005 (Asunto C-527/13), interpretar la expresión *"obstáculos de naturaleza jurídica"*, que figura en la cláusula 5.1 a) del Acuerdo TP, en el sentido de que los Estados miembros están obligados a adoptar, más allá del ámbito de las *"condiciones de empleo"*, medidas relacionadas con la integración de lagunas de cotización para el cálculo de una pensión de IP, que es una pensión excluida de tal concepto, supondría imponerles obligaciones en materia de política social general relativas a medidas que no entran dentro del ámbito de aplicación de dicho Acuerdo.

2.6. Voluntariedad en la novación del contrato

La cláusula 5.2 del Acuerdo TP sostiene que "el rechazo de un trabajador a ser transferido de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial o viceversa, no debería por sí mismo constituir un motivo válido de despido, sin perjuicio de la posibilidad de realizar despidos, de conformidad con las legislaciones, convenios colectivos y prácticas nacionales, por otros motivos tales como los que pueden derivarse de las necesidades de funcionamiento del establecimiento considerado".

Como señala la STJUE de 15 de octubre de 2014 (Asunto C-221/13), de esta cláusula no se desprende que se obligue a los Estados miembros a adoptar una normativa que supedite al acuerdo del trabajador la transformación de su contrato laboral a tiempo parcial en contrato laboral a tiempo completo. Tan solo pretende impedir que su negativa a tal transformación de su contrato laboral pueda ser el único motivo de su despido, a falta de otros motivos objetivos. Por consiguiente, una regulación que permite al empleador disponer, por razones objetivas, la transformación de un contrato laboral a tiempo parcial en a tiempo completo sin el acuerdo del trabajador afectado no se opone a la cláusula 5.2 del Acuerdo. Asimismo, tal resolución repara en que una situación en que el contrato laboral a tiempo parcial se transforma en a tiempo completo sin el acuerdo del trabajador

[214] Entendido como modo de organización con arreglo al cual el trabajador solo trabaja determinadas semanas o meses del año, a jornada completa o reducida.

afectado no es comparable con otra en que el contrato laboral a tiempo completo del trabajador se transforma en contrato laboral a tiempo parcial contra la voluntad de éste, pues la reducción del tiempo de trabajo no tiene las mismas consecuencias que su incremento, en particular, en el plano de la remuneración del trabajador, que constituye la contrapartida del trabajo.

Por lo demás, cabe tener bien presente que la cláusula 5.3 del Acuerdo indica que "en la medida de lo posible, los empresarios deberían tomar en consideración: a) las peticiones de transferencia de los trabajadores a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial que esté vacante en el establecimiento; b) las peticiones de transferencia de los trabajadores a tiempo parcial a un trabajo a tiempo completo o de incremento de su tiempo de trabajo si se presenta esta posibilidad; c) la transmisión de información a su debido tiempo sobre los puestos a tiempo parcial y a tiempo completo disponibles en el establecimiento, a fin de facilitar las transferencias de un trabajo a tiempo completo a un trabajo a tiempo parcial, o viceversa; d) las medidas destinadas a facilitar el acceso al trabajo a tiempo parcial a todos los niveles de la empresa, incluidos los puestos cualificados y los puestos directivos y, en los casos apropiados, las medidas destinadas a facilitar el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional a fin de favorecer la progresión y la movilidad profesionales; e) las transmisión, a los órganos representativos de los trabajadores de información apropiada sobre el trabajo a tiempo parcial en la empresa".

3. Bibliografía

Ballester Pastor, M.A. (1998): "La adecuación de la normativa española a la Directiva 97/81 sobre trabajo a tiempo parcial, en Relaciones laborales, nº 2.

Cabeza Pereiro, J. (2000): "Directiva 97/81, del Consejo, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo a tiempo parcial, concluido por la UNICE, el CEEP y la CES", en Actualidad Laboral, nº 2.

Castro Argüelles, M.A. (1998): "La incidencia de las Directivas comunitarias en la reforma laboral", en Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 92.

Cruz Villalón, J. (2018): "El encadenamiento de contratos temporales en la jurisprudencia de la UE", en Documentación Laboral, nº 133.

García Sánchez, A.V. (2017): "La aplicación de la jurisprudencia del TJUE relativa al acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada a los regímenes de contratación temporal español y de las instituciones europeas", en Revista General de Derecho Europeo, nº 41.

González Del Rey Rodríguez, I. (1998): "El trabajo a tiempo parcial en el Derecho comunitario: la Directiva 97/81/CE", en Actualidad Laboral, nº 3.

González Del Rey Rodríguez, I. (2012): "Contratos de trabajo", en Nogueira Guastavino, M., Fotinopoulou Basurko, O. y Miranda Boto, J.M., A.V. (dir.): *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, ed. Tirant lo Blanch.

González Del Rey Rodríguez, I. (2016): "El trabajo temporal en la jurisprudencia comunitaria", en Foro, vol. 19, nº 2.

Lousada Arochena, J.F. (2000): "La Directiva 70/99/CE, de 28 de junio, para aplicar el Acuerdo Marco sobre trabajo de duración determinada y su incidencia en el Derecho español interno", en Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 102.

Miranda Boto, J.M. (2016): "El pésimo encaje del empleo público español en la directiva 1999/70/CE. Una primera aproximación a tres sentencias y un auto recientes", en Derecho de las Relaciones Laborales, nº 9.

Moreno Vida, M.N. (2015): "La contratación temporal en la jurisprudencia del TJUE", en Temas Laborales, nº 130.

Morón Prieto, R. (2000): "La regulación comunitaria de la contratación temporal (Comentario a la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada", en Temas Laborales, nº 55.

Navarro Nieto, F. (2018): "El impacto de la jurisprudencia comunitaria en la regulación laboral española sobre contratos de duración determinada", en Diario La Ley, nº 9441.

Palomino Saurina, P. (2008): "El trabajo a tiempo parcial en la Unión Europea: una manifestación del diálogo social europeo", en Revista Doctrinal Aranzadi social, nº. 16.

Pérez Rey, J. (2000): "La incidencia de la Directiva 1999/70 sobre la contratación temporal", en Revista de Derecho Social, nº 10.

Pérez Rey, J. (2019): "La contratación de duración determinada (Directiva 1999/70/CE del Consejo, 28 de junio de 1999)", en Casas Baamonde, M.E. y Gil Alburquerque, R., A.V. (dir.): *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, ed. Francis Lefebvre.

Quintanilla Navarro, Y. (1999): "La adaptación del Ordenamiento interno español al Derecho comunitario en materia de contrato de trabajo a tiempo parcial", en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 18.

Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. (2011): "La contratación temporal en las Administraciones Públicas y la Directiva 1999/70/CEE (I)", en Relaciones laborales, nº 2.

Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M. (2011): "La contratación temporal en las Administraciones Públicas y la Directiva 1999/70/CEE (II)", en Relaciones laborales, nº 3.

Rodríguez-Piñero Royo, M. (1998): "Trabajo a tiempo parcial y Derecho comunitario", en Relaciones Laborales, nº 15-16.

Sánchez Trigueros, C. (2017): "Incidencia de la reciente doctrina del TJUE sobre temporalidad en el empleo público", en Anales de Derecho, Vol. 35, nº 2.

Vicente Andrés, R. (2017): "Análisis de la jurisprudencia del TJUE en el ámbito de la contratación temporal: implicaciones para los tribunales españoles", en Unión Europea Aranzadi, nº 8-9.

CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO. La prestación de trabajo a través de empresas de trabajo temporal y la prestación a través del teletrabajo

Giuseppina Pensabene Lionti
Profesora Titular de Derecho del Trabajo
Universidad de Padua
https://orcid.org/0000-0002-5553-3766

Sumario: 1. El empleo a través de ETTs: marco normativo. 2. Análisis de la Directiva 2008/104/ce relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. 2.1. La estructura de la Directiva. 2.2. Los objetivos inspirados en los principios de flexiseguridad. 2.3. El ámbito de aplicación y las definiciones a efectos de lo dispuesto en la normativa comunitaria. 2.4. La revisión de las prohibiciones o restricciones al recurso a la cesión temporal de trabajadores por ETT. 2.5. El régimen de protección del trabajador cedido. A. El principio de igualdad de trato (y sus excepciones). B. El reconocimiento de derechos específicos de los trabajadores cedidos. a) Acceso al empleo y obligaciones informativas. b) Nulidad de cláusulas que prohíben o impidan la contratación directa. c) Prohibición del cobro a los trabajadores cedidos. d) Instalaciones comunes. e) Formación profesional. C. Representación de los trabajadores cedidos. D. Requisitos mínimos de protección. 2.6. Régimen sancionador. 3. Apuntes sobre seguridad y salud en el trabajo a través de ETTs. 4. El teletrabajo: definición y marco normativo. 5. Análisis del Acuerdo marco europeo sobre teletrabajo de 23 de mayo de 2002. 5.1. El carácter voluntario del teletrabajo y el derecho de información del teletrabajador. 5.2. La equiparación de los derechos de los teletrabajadores con los trabajadores presenciales. A. Las condiciones de empleo. B. La formación. C. Los derechos colectivos. 5.3. La protección de la privacidad del teletrabajador. A. La protección de los datos de los teletrabajadores. B. El respeto del ámbito de la vida privada de los teletrabajadores. 5.4. Equipamientos. 5.5. Salud y seguridad de los teletrabajadores y organización del teletrabajo. 5.6. Eficacia jurídica del AMET. 6. ¿Cómo encajan estas dos formas de trabajo atípico en la Estrategia Europea para el crecimiento 2020? 7. Bibliografía.

1. El empleo a través de ETTs: marco normativo

La regulación del empleo a través de una Empresa de Trabajo Temporal (en adelante, ETT), involucrando a dos empresarios en vez de uno como en el empleo típico, cabe en el ámbito de las normas de la Unión Europea sobre "trabajo atípico".

Dicha regulación está actualmente recogida en tres directivas comunitarias:

- la Directiva 91/383/CEE, de 25 de junio de 1991, que regula exclusivamente los aspectos relativos a la prevención de riesgos laborales y a la mejora de la salud y seguridad en el trabajo (de los trabajadores empleados tanto a través de ETT como con contratos laborales de duración determinada);
- la Directiva 96/71/CEE, de 16 de diciembre de 1996, que se aplica a los supuestos de trabajadores puestos a disposición por una ETT para prestar servicios temporalmente en el territorio de otro Estado miembro;
- la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, que regula el trabajo a través de ETT de modo general, otorgando a los ordenamientos nacionales unas normas homogéneas sobre las cuestiones básicas relativas a la cesión de mano de obra.

Ahora bien, entre dichas directivas destaca en especial la Directiva 2008/104/CE, cuya regulación será analizada a continuación, haciendo hincapié sobre sus objetivos y específicas estrategias, tal y como se enmarcan en el ámbito del Derecho comunitario del trabajo.

2. Análisis de la Directiva 2008/104/ce relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal

2.1. La estructura de la Directiva

Antes de analizar el contenido de la Directiva 2008/104/CE, cabe considerar su estructura, que está compuesta por 3 capítulos, 14 artículos y 23 considerandos.

El primer capítulo (art. 1-4) concierne las «Disposiciones Generales» y contiene las reglas relativas al ámbito de aplicación, el objeto, las definiciones y la revisión de las prohibiciones o restricciones. El segundo capítulo (art. 5-8) comprende las «Condiciones de Trabajo y Empleo» y regula el principio de igualdad de trato, el acceso al empleo, las instalaciones comunes, la formación profesional, la representación de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal y la información de los representantes de los trabajadores. Por último, el tercer capítulo contiene las «Disposiciones Finales» (art. 9-14) relativas a los requisitos mínimos de protección requeridos por la normativa europea, a las sanciones, a la aplicación,

a la revisión por la Comisión, a su entrada en vigor y a sus destinatarios, que son los Estados miembros.

2.2. Los objetivos inspirados en los principios de flexiseguridad

La Directiva supone un paso decisivo en la regulación de la cesión temporal de mano de obra, marcándose objetivos inspirados en los principios de flexiseguridad.

Así bien, por un lado, las ETTs se reconocen como empleadores (art. 2) y se convierten en herramientas útiles y flexibles para el fomento de la creación de empleo y, por otro lado, se garantiza la protección de los trabajadores cedidos por ETT. Para ello, la Directiva fija unos contenidos de protección mínimos comunes a nivel europeo (considerando 23), mejorando las condiciones de trabajo prestado por empleados cedidos y reconociendo tanto el principio general de igualdad de trato (art. 5) como algunos derechos de aplicación concreta (art. 6), incluso sindicales, como los relativos a los órganos de representación de dichos trabajadores y a sus derechos de información (art. 7-8).

Todo ello destaca claramente del considerando 23 y del artículo 2 que, respectivamente, reconocen como objetivo de la Directiva el establecimiento «de un marco de protección para los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal que este armonizado a escala comunitaria» y que sea «apropiado [...] para contribuir eficazmente a la creación de empleo y desarrollo de formas flexibles de trabajo». Por lo tanto, en última instancia, la clave de regulación de la Directiva consiste en la mejora de la calidad de las ETT, de acuerdo con las estrategias europeas ya consolidadas en la materia, que tienden a hacer más "atractivo"[1] el empleo a través de ETT, tanto para los trabajadores como para los solicitantes de empleo.

2.3. El ámbito de aplicación y las definiciones a efectos de los dispuesto en la normativa comunitaria

Según lo establecido por el artículo 2, es posible destacar un doble ámbito de aplicación de la Directiva: uno subjetivo y otro objetivo. El primer apartado de dicho artículo regula el ámbito subjetivo, incluyendo en ello «a los trabajadores que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal, y que se pongan a disposición de empresas usuarias a fin de trabajar de manera temporal bajo su control y dirección». Por su parte, el segundo y el tercer apartado se refieren al ámbito objetivo de aplicación de la Directiva -que se

[1] El concepto de mayor "atractividad" del empleo a través de ETT se desprende de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal [COM (2002) I 49 final, 20.03.2002, p. 5, donde reza que el ETT «no podrá ser un motor duradero de creación de puestos de trabajo si carece de *un atractivo suficiente* para los trabajadores y los solicitantes de empleo, es decir, si no ofrece puestos de trabajo de calidad pese a su carácter temporal»].

extiende «a las empresas públicas y privadas que son empresas de trabajo temporal o empresas usuarias y ejercen una actividad económica, independientemente de si tienen o no fines lucrativos»- especificando que los Estados miembros, tras consultar a los interlocutores sociales, «podrán disponer que la presente Directiva no se aplique a los contratos de trabajo o relaciones laborales concluidos en el marco de un programa -público específico o apoyado por los poderes públicos- de formación, inserción y reconversión profesionales».

A efectos de lo dispuesto en la Directiva, se proporcionan una serie de definiciones que abarcan las nociones de "trabajador", "empresa de trabajo temporal", "trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal", "empresa usuaria", "misión" y "condiciones esenciales de trabajo y empleo" que, a la luz de la interpretación sugerida por el TJUE, contribuyen a la demarcación de los límites del ámbito de aplicación de la normativa comunitaria.

Así pues, por "trabajador" se entiende «toda persona que, en el Estado miembro en cuestión, esté protegida como trabajador en el marco de la legislación nacional sobre empleo» [art. 3.1.a)]. En otros términos, dicha noción parece quedar encomendada a la definición proporcionada por cada legislador estatal. Sin embargo, el TJUE ha afirmado que el mero hecho de que una persona este desvinculada de una ETT según el Derecho nacional (esto es, que no tiene una relación laboral o no ha firmado un contrato de trabajo) no la excluye sin más del ámbito de aplicación de la Directiva [STJUE de 17 de noviembre de 2015 (Asunto C-216/15)].

En efecto, según lo establecido reiteradamente por la jurisprudencia comunitaria [STJUE 11 de noviembre de 2010 (Asunto C-232/09)], para que haya una relación laboral no importan la forma de dicha relación o la calificación jurídica del vínculo existente entre las dos personas que la componen, sino que resulta determinante el hecho de que, durante cierto tiempo, una persona realice una prestación en favor de otra y bajo su dirección, recibiendo a cambio una retribución. Del mismo modo, aunque no haya formalmente una ETT y ni siquiera un "trabajador" en el sentido del Derecho nacional, podemos hallarnos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva que nos ocupa si existe una empresa que desarrolla una actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (en este caso, servicios de cesión de mano de obra), porque -tal y como ha establecido el TJUE en varias ocasiones [SSTJUE de 8 abril de 2016 (Asunto C-179/14); 6 de septiembre de 2011 (Asunto C-108/10); 18 de junio de 1998 (Asunto C-35/96)]- este tipo de actividad tiene carácter económico, independientemente de su forma jurídica o del hecho que, en su caso, carezca de ánimo de lucro.

La Directiva se propone también de definir cada uno de los sujetos que intervienen en la relación triangular que genera la cesión de trabajadores a través de ETT. Así bien, por un lado, se define "empresa de trabajo temporal" como «toda

persona física o jurídica que celebre contratos de empleo o establezca relaciones de empleo con trabajadores, con arreglo al Derecho nacional, con vistas a destinarlos a empresas usuarias para que trabajen en ellas temporalmente bajo la dirección y control de estas» [art. 3.1.b)]. Por otro lado, se define "empresa usuaria" como «toda persona física o jurídica para la cual y bajo el control y la dirección de la misma trabaja temporalmente un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal» [art. 3.1.d)]. Por último, el "trabajador cedido", que representa el tercer elemento en la relación triangular, es «todo trabajador que celebre un contrato de trabajo o que establezca una relación laboral con una empresa de trabajo temporal que le encomiende la misión de trabajar temporalmente en una empresa usuaria bajo el control y dirección esta» [art. 3.1.c)]. Así pues, el trabajador cedido contrata con la ETT, instaurándose de esta manera una relación laboral que, pese a poder ser a tiempo indefinido (*staff leasing*), es normalmente de carácter temporal. En especial, este trabajador es cedido temporalmente a una empresa usuaria, que asume cierta responsabilidad sobre el mismo, durante el tiempo de la «misión», definida precisamente como «el período durante el cual el trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal tiene encomendada la misión de trabajar bajo la dirección y el control de la empresa usuaria» [art. 3.1.e)].

En especial, la doctrina del TSJUE ha interpretado la expresión «de manera temporal», recogida en el art. 1.1. de la Directiva 2008/104/CE, en el sentido de que dicha norma no se opone a la cesión de un trabajador que tenga un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal a una empresa usuaria para cubrir un puesto que tenga carácter permanente y que no sea ocupado para realizar una sustitución [STJUE de 17 de marzo de 2002, Caso NP contra Benz Werk Berlin, TJCE\2022\47].

Ahora bien, siempre con referencia al ámbito de aplicación de la Directiva y a las definiciones contenidas en la misma, cabe subrayar que la norma comunitaria regula exclusivamente la relación de trabajo prestada por empleados cedidos, quedando fuera cuestiones adyacentes como, por ejemplo, la relación entre las ETT y las empresas usuarias (que tiene carácter mercantil, diferentemente de lo que ocurre con referencia a la relación laboral entre los trabajadores cedidos y las ETT) o los sistemas de autorización de las ETT. A este propósito, debe tenerse presente que la norma comunitaria sería aplicable a cualquier empresa sin importar si tiene o no autorización administrativa o este formalmente reconocida como empresa de trabajo temporal, en la medida en que realice un acto de puesta a disposición de uno o varios trabajadores.

2.4. La revisión de las prohibiciones o restricciones al recurso a la cesión temporal de trabajadores por ETT

De acuerdo con la política de flexiseguridad a la que se inspira la Directiva, se procede a una revisión de las prohibiciones o restricciones al recurso a la

cesión temporal de trabajadores por ETT. En especial, conforme al artículo 4 de la Directiva, solo se admiten tres causas genéricas de restricción relativas a:

- la protección de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal,
- las exigencias en materia de salud y seguridad en el trabajo,
- la necesidad de garantizar el buen funcionamiento del mercado de trabajo y de evitar posibles abusos.

En especial, con respeto a la necesidad de evitar abusos, el TJUE ha afirmado recientemente que constituye un uso abusivo de la posibilidad de llevar a cabo cesiones sucesivas de un trabajador de una empresa de trabajo temporal la renovación de tales cesiones para un mismo puesto en una empresa usuaria durante 55 meses, en el supuesto de que las sucesivas misiones del mismo trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal a la misma empresa usuaria den lugar a un período de actividad en esta empresa más largo que el que cabe calificar razonablemente de «temporal», a la vista de todas las circunstancias pertinentes, que incluyen, entre otras, las particularidades del sector, y en el contexto del marco normativo nacional, sin que se facilite ninguna explicación objetiva sobre el hecho de que la empresa usuaria de que se trate recurra a una serie de contratos de trabajo sucesivos a través de una empresa de trabajo temporal, extremo que corresponde determinar al órgano jurisdiccional remitente [STJUE de 17 de marzo de 2002, cit.]. Por lo tanto, la Directiva 2008/104 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que fija un período máximo de puesta a disposición del mismo trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal a la misma empresa usuaria cuando dicha normativa excluya, mediante una disposición transitoria, a efectos del cálculo de ese período, el cómputo de los períodos anteriores a la entrada en vigor de esa normativa, privando al órgano jurisdiccional nacional de la posibilidad de tener en cuenta la duración real de la puesta a disposición de un trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal a efectos de determinar si dicha puesta a disposición tuvo carácter «temporal», en el sentido de la citada Directiva, extremo que corresponde determinar a dicho órgano jurisdiccional. Un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un litigio exclusivamente entre particulares no está obligado, basándose únicamente en el Derecho de la Unión, a abstenerse de aplicar tal disposición transitoria contraria al Derecho de la Unión.

De ello se desprende también que las restricciones o prohibiciones al recurso a la institución del empleo a través de ETT deberán estar justificadas exclusivamente por razones de interés general.

Establece además la Directiva que los Estados miembros deben consultar a los interlocutores sociales al objeto de revisar las actuales restricciones que se regulan en la legislación nacional, los convenios colectivos y las prácticas nacionales de cada uno de ellos a fin de comprobar si siguen estando justificadas por estas

tres causas genéricas de restricción de uso. En especial, en caso de que dichas restricciones o prohibiciones estén establecidas en convenios colectivos, son los interlocutores sociales que hayan negociado el acuerdo correspondiente quienes efectúan la revisión de las restricciones a la luz de las causas enunciadas por la Directiva. A estos efectos, no se consideran restricciones, conforme a lo establecido por la normativa comunitaria en la materia, «las exigencias nacionales en materia de registro, concesión de licencias, certificación, garantía financiera o supervisión de las empresas de trabajo temporal» (art. 4.4). Por último, la Directiva fija el 5 de diciembre de 2011 como plazo para finalizar la revisión de las legislaciones nacionales al respecto (art. 4.5).

A la luz de lo dicho, es evidente que la revisión de las restricciones en la utilización de ETT, contando con la opinión de las organizaciones sindicales y empresariales de los sectores afectados, constituye una de las principales líneas de reforma introducida por la Directiva, que abandona la inicial desconfianza hacia la cesión de mano de obra. En efecto, este tipo de actividad se ha revelado particularmente eficaz para la canalización de volúmenes importantes de empleo, debido sobre todo al atractivo de una fórmula de bajo riesgo para las empresas usuarias.

Bajo esta perspectiva, la regulación contenida en la Directiva adquiere especial relevancia porque, optando tanto por la revisión de las restricciones como por la especial protección de los trabajadores cedidos, reconoce la licitud del fenómeno y consiente precisamente controlar su desarrollo y evitar sus posibles abusos.

2.5. El régimen de protección del trabajador cedido

A. El principio de igualdad de trato (y sus excepciones)

El principio de igualdad de trato es sin duda uno de los ejes centrales del régimen de protección de los trabajadores cedidos a una empresa usuaria, establecido por la normativa comunitaria.

Conforme a lo previsto por el artículo 5.1 de la Directiva, las condiciones esenciales de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal durante su misión en una empresa usuaria serán, por lo menos, las que les corresponderían si hubiesen sido contratados directamente por dicha empresa para ocupar el mismo puesto.

A este respecto, se observa que el uso de la expresión «por lo menos» por parte del legislador comunitario es muy significativo, operando el principio de igualdad de trato como un mínimo, no impidiendo que el trabajador cedido tenga mejores condiciones respecto a los trabajadores contratados por la empresa usuaria. En consecuencia, una norma legal o reglamentaria o un convenio colectivo será ilegal y, por tanto, no aplicable, en virtud del principio de primacía propio

del Derecho Europeo, si imponen que al trabajador cedido temporalmente se le apliquen condiciones de trabajo peores que a los trabajadores de la empresa usuaria. Este principio ha sido reafirmado recientemente en una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea con referencia al puesto de trabajo ocupado por un trabajador puesto a disposición del Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE) por una empresa de trabajo temporal. En especial, se ha establecido que el artículo 5, apartado 1 , de la Directiva 2008/104 debe interpretarse en el sentido de que «puede considerarse que el puesto de trabajo ocupado por un trabajador puesto a disposición del Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE) por una empresa de trabajo temporal constituye el "mismo puesto", en el sentido de dicha disposición, aun suponiendo que todos los puestos de trabajo para los que el EIGE contrate trabajadores directamente incluyan tareas que solo puedan ser desempeñadas por personas sometidas al Estatuto de los Funcionarios de la Unión Europea». Además, en esta misma ocasión el TJUE ha afirmado que el artículo 1 de la Directiva 2008/104/CE debe interpretarse en el sentido de que «está comprendida en el ámbito de aplicación de esta Directiva la puesta a disposición del EIGE por parte de una empresa de trabajo temporal, de trabajadores que hayan celebrado un contrato de trabajo con dicha empresa, con el fin de realizar prestaciones laborales en dicho Instituto» [STJUE de 11 de noviembre de 2021 (Caso UAB «Manpower lit» contra E.S., M.L., M.P., V.V., R.V., con intervención de Instituto Europeo de la Igualdad de Género (EIGE)].

Así pues, las normas vigentes en la empresa usuaria deberán respetarse también con referencia a los trabajadores en misión, tal como establezcan las disposiciones legislativas, reglamentarias, administrativas, los convenios colectivos y demás disposiciones de alcance general. En especial, la Directiva menciona las normas relativas:

- a la protección de las mujeres embarazadas y en período de lactancia, y de los niños y jóvenes;
- a la igualdad de trato entre hombres y mujeres
- a las disposiciones adoptadas con vistas a combatir toda discriminación basada en el sexo, la raza o el origen étnico, la religión o las creencias, la discapacidad, la edad o la orientación sexual.

Sin embargo, sobre el principio de igualdad de trato se permiten algunas excepciones. En primer lugar, el art. 5.2 de la Directiva prevé que, por lo que se refiere a la remuneración, los Estados miembros podrán, tras consultar a los interlocutores sociales, establecer excepciones a dicho principio cuando los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, vinculados a la empresa de trabajo temporal por un contrato indefinido, continúen siendo remunerados en el período de tiempo comprendido entre la ejecución de dos misiones. Así pues, dicha excepción es coherente con lo establecido por el Considerando 15 según el cual, «en el caso de los trabajadores vinculados a la empresa de trabajo temporal

por un contrato indefinido, teniendo en cuenta la protección particular que ofrece este tipo de contrato, es preciso prever la posibilidad de contemplar excepciones a las normas aplicables en la empresa usuaria».

En segundo lugar, también se prevé que los Estados miembros, tras consultar a los interlocutores sociales, podrán ofrecerles, al nivel apropiado y observando las condiciones establecidas por los Estados miembros, la posibilidad de mantener o celebrar convenios colectivos que, siempre que respeten la protección global de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, contemplen acuerdos relativos a las condiciones de trabajo y de empleo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, que puedan ser diferentes a las de los trabajadores de las empresas usuarias (art. 5.3). La Directiva entonces, tal como advierte ya en sus Considerandos 16 y 17, concede a los interlocutores sociales que definan las condiciones de empleo de los trabajadores cedidos, pudiendo –en algunas circunstancias específicas y en aras a la flexibilidad– desviarse del principio de igualdad de trato, siempre que se ofrezca «un nivel de protección adecuado», aunque falta la concreción de dicha fórmula utilizada por la norma comunitaria[2].

En tercer lugar, siempre que se ofrezca un nivel de protección adecuado para los trabajadores cedidos por ETT, los Estados miembros en cuya legislación no exista un sistema para declarar la aplicación general de los convenios colectivos, ni exista en su legislación o en la práctica un sistema semejante para extender sus disposiciones a todas las empresas similares en un sector o zona geográfica determinados, podrán, previa consulta de los interlocutores sociales a escala nacional y sobre la base de un acuerdo celebrado por estos, establecer disposiciones relativas a las condiciones esenciales de trabajo y de empleo que constituyan excepciones al principio de igualdad de trato(art. 5.4). Sin embargo, dichas disposiciones podrán incluir la fijación de un plazo para alcanzar la igualdad de trato.

Además, estas disposiciones se ajustarán al Derecho comunitario y serán suficientemente precisas y accesibles para permitir a los sectores y empresas afectados identificar y cumplir sus obligaciones. En particular, los Estados miembros especificarán, de conformidad con el art. 3.2 de la Directiva, si los regímenes profesionales de seguridad social (incluyendo pensiones, prestaciones económicas por enfermedad o los regímenes de participación financiera) están incluidos en las disposiciones relativas a las condiciones esenciales de trabajo y de empleo a que se refiere el principio de igualdad de trato. Asimismo, dichas disposiciones se entenderán, sin perjuicio de los acuerdos a escala nacional, regional, local o sectorial que sean menos desfavorables a los trabajadores.

[2] A este respecto, el Comité Económico y Social Europeo critico a su tiempo el hecho de que «no se define suficientemente "un nivel de protección adecuada"», vid. *Dictamen del Comité Económico y Social* sobre la «*Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las condiciones de trabajo de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal*», Bruselas, 19 de septiembre de 2002.

Por último, con carácter general a las excepciones al principio de igualdad de trato, la Directiva establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias, de conformidad con el derecho o las prácticas nacionales, con vistas a evitar la aplicación abusiva de dichas excepciones y, en particular, que se lleven a cabo cesiones sucesivas con el objetivo de eludir las disposiciones de la presente Directiva, e informarán a la Comisión de dichas medidas (art. 5.5).

A este respecto, cabe destacar que también el TJUE ha vuelto recientemente a pronunciarse con carácter antielusivo contra las normativas nacionales que permiten excepciones al principio general e inderogable de igualdad de trato. Consideremos, por ejemplo, la sentencia de la Sala Sexta del TJUE del 12 de mayo de 2022 (Caso varios contra Luso Temp — Empresa de Trabalho Temporário SA, TJCE\2022\108) donde se dictaminó que el artículo 5, apartado 1, párrafo primero , de la Directiva 2008/104/CE, en relación con el artículo 3, apartado 1, letra f), de esta, debe interpretarse en el sentido de que «se opone a una normativa nacional en virtud de la cual la compensación a la que tienen derecho los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, en caso de extinción de su relación laboral con una empresa usuaria, en concepto de los días de vacaciones anuales retribuidas no disfrutados y de la paga extraordinaria de vacaciones correspondiente, es inferior a la compensación a la que esos trabajadores tendrían derecho, en la misma situación y por el mismo concepto, si hubiesen sido contratados directamente por esa empresa usuaria para ocupar el mismo puesto durante el mismo período de tiempo».

Por último, siempre con referencia a la posibilidad de introducir algunas excepciones al principio de igual de trato, cabe recordar la doctrina del TJUE según la cual los Estados miembros pueden acordar con los interlocutores sociales mantener o celebrar convenios colectivos en los que las condiciones de trabajo entre los trabajadores cedidos por la empresa de trabajo temporal y los contratados directamente sean diferentes, siempre que se respeten las condiciones globales de los trabajadores cedidos las (art. 5. 3). En especial, dicha protección global no exige que se tenga en cuenta un nivel de protección propio para los trabajadores cedidos que exceda de los derechos reconocidos en el derecho social nacional y de la UE en materia de condiciones esenciales de trabajo, pero exige que se compense a los trabajadores cedidos con una ventaja por lo que respecta a dichas condiciones esenciales que permitan compensar la diferencia de trato que sufran. Al respecto, el TJUE también afirma que esas diferencias deben poder ser objeto de un control jurisdiccional efectivo con el fin de comprobar si los interlocutores sociales cumplen su obligación de garantizar la protección global de estos trabajadores; estableciendo que el art. 5.3 de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que el cumplimiento de la obligación de garantizar la protección global de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal debe apreciarse de manera concreta, comparando, para un determinado puesto, las condiciones esenciales de trabajo y de empleo aplicables a los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria con

las aplicables a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, para de ese modo poder determinar si las ventajas compensatorias concedidas en relación con dichas condiciones esenciales permiten contrarrestar los efectos de la diferencia de trato sufrida [STJUE(Sala Segunda) 15 de diciembre de 2022 (Caso CM contra TimePartner Personalmanagement GmbH – TJCE\2022\268)].

B. El reconocimiento de derechos específicos de los trabajadores cedidos

a) Acceso al empleo y obligaciones informativas

En relación con el acceso al empleo, el art. 6.1 de la Directiva reconoce el derecho de los trabajadores cedidos por ETTs a ser informados de los puestos vacantes existentes en la empresa usuaria para que tengan las mismas oportunidades que los demás trabajadores de dicha empresa usuaria de obtener empleo indefinido. En especial, el mismo apartado prevé que «esta información podrá ser facilitada mediante un anuncio general expuesto en un lugar adecuado de la empresa usuaria a la cual, y bajo cuya supervisión, estén vinculados los trabajadores cedidos por una empresa de trabajo temporal».

Por otra parte, el art. 8 de la Directiva contempla otra obligación informativa de la empresa usuaria a favor de los trabajadores cedidos que consiste en proporcionar información apropiada a sus órganos de representación sobre el recurso a la cesión temporal de mano de obra; sin perjuicio de las disposiciones nacionales y comunitarias más restrictivas o más específicas relativas a la información y la consulta y, en particular, la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea.

b) Nulidad de cláusulas que prohíben o impidan la contratación directa

En el ámbito del régimen de protección del trabajador cedido, de especial relevancia es lo establecido por el art. 6.2 de la Directiva. Dicha norma manda a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para que «las cláusulas que prohíben o tienen por efecto impedir la formalización de un contrato de trabajo o de una relación laboral entre la empresa usuaria y el trabajador cedido por una empresa de trabajo temporal, tras la expiración de su puesta a disposición, sean nulas o puedan ser declaradas nulas».

De todos modos, el mismo apartado precisa que esta disposición se entenderá sin perjuicio de las previsiones según las cuales las ETTs reciben un determinado nivel de compensaciones por los servicios proporcionados a las empresas usuarias

en materia de misiones, contratación y formación de trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal.

Por otra parte, también se precisa que no se impide (sino que, al revés, parece coherente con el espíritu de la normativa comunitaria) la posterior contratación directa del trabajador cedido, sucesiva al periodo de misión a través de ETTs.

c) Prohibición del cobro a los trabajadores cedidos

Otra forma de protección de los trabajadores cedidos consiste en la prohibición del cobro a los trabajadores cedidos, establecida por el art. 6.3 de la Directiva. Dicha norma, en especial, prohíbe que las ETTs exijan a los trabajadores el pago de honorarios, «a cambio de haber gestionado su contratación por una empresa usuaria o por la celebración de contratos de trabajo o la concertación de relaciones laborales con la empresa usuaria una vez finalizada una misión en esa empresa usuaria».

d) Instalaciones comunes

Los trabajadores cedidos también gozan de algunos derechos específicos en relación con las instalaciones y servicios comunes de la empresa usuaria, pudiendo disfrutar del acceso a estas, incluyendo expresamente el art. 6.4 de la Directiva, «los servicios de comedor, guardería y transporte en las mismas condiciones que los trabajadores empleados directamente por la empresa usuaria, a menos que concurran razones objetivas que justifiquen un trato diferente». Así pues, dicha previsión ha de leerse conjuntamente con lo establecido acerca del principio de igualdad de trato *ex* art. 5 de la Directiva.

e) Formación profesional

Como se ha visto, uno de los objetivos principales de la Directiva 104/2008/CE es mejorar la calidad del trabajo a través de ETTs. Para ello, también es importante ofrecer una adecuada formación a los trabajadores cedidos favoreciendo, consecuentemente, el desarrollo de su carrera profesional, más allá del mero periodo de misión.

A este respecto, el art. 6.5 de la Directiva manda a los Estados miembros adoptar las medidas adecuadas o promover el diálogo entre los interlocutores sociales, con vistas a mejorar el acceso de los trabajadores cedidos a la formación, tanto en las empresas usuarias como en las ETTs.

En especial, a fin de promover el desarrollo de su carrera profesional y su aptitud para el empleo, se encomienda a los Estados miembros mejorar el acceso de los trabajadores cedidos tanto a los servicios de guardería infantil en las ETTs (incluso durante los períodos comprendidos entre las misiones) como a la formación disponible para los trabajadores de las empresas usuarias.

Todo ello resulta coherente con las exigencias de flexiseguridad que quiere satisfacer la Directiva, que -según lo precisado por el Considerando 11- no responden solo a las necesidades de flexibilidad de las empresas, sino también a las necesidades conciliar la vida privada y profesional de los trabajadores.

C. Representación de los trabajadores cedidos

El artículo 7 de la Directiva regula el cómputo de los trabajadores cedidos por ETTs a efectos de constituir órganos de representación. En especial, estos trabajadores, según lo establecido por el primer apartado de dicha norma, «serán tenidos en cuenta, en las condiciones definidas por los Estados miembros, para el cálculo del umbral a partir del cual deben constituirse, en la empresa de trabajo temporal, los órganos de representación de los trabajadores previstos por el Derecho comunitario y nacional y por los convenios colectivos».

El segundo apartado señala que «los Estados miembros podrán prever, en las condiciones definidas por ellos, que los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal sean tenidos en cuenta, dentro de la empresa usuaria, como lo son o lo serían los trabajadores empleados directamente por la empresa usuaria con contratos de la misma duración, para el cálculo del umbral a partir del cual pueden constituirse los órganos de representación de los trabajadores, previstos por el Derecho comunitario y nacional y los convenios colectivos».

Por último, el tercer apartado advierte que los Estados miembros que se acojan a la opción prevista en el segundo apartado relativa al cómputo de los trabajadores cedidos en la empresa usuaria, no tendrán la obligación de aplicar lo dispuesto en el primer apartado.

A este respecto, cabe destacar cierta ambigüedad interpretativas de dichas previsiones. De hecho, según los términos del artículo 7 de la Directiva, parece que, pese a que la regla general sea que los trabajadores cedidos computan en las ETTs (apartado primero), los Estados miembros pueden decidir que sean tenidos en cuenta en el umbral de cálculo de los órganos representativos en la empresa usuaria; pudiéndose finalmente computar los "trabajadores puestos a disposición" en ambas empresas, lo cual puede parecer -por lo menos *prima facie* (Luján Alcaraz, 2009)[3]- poco lógico.

D. Requisitos mínimos de protección

El régimen de protección de los trabajadores cedidos se cierra con lo dispuesto en el artículo 9 que expresamente prohíbe cualquier reducción del nivel general de protección de los trabajadores en los ámbitos cubiertos por la Directiva. En consecuencia, solo siempre que se respeten las exigencias mínimas previstas por la normativa comunitaria en cuestión, los Estados miembros, teniendo en cuenta la

[3] Según el cómputo de los trabajadores cedidos en la ETT o en la empresa usuaria, consistiría en dos soluciones alternativas entre las que deberán optar los Estados miembros.

evolución de la situación, podrán adoptar disposiciones legislativas, reglamentarias o contractuales diferentes a las existentes en el momento de la adopción de la Directiva.

No obstante, permanece firme la posibilidad de que el Derecho nacional introduzca o aplique disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas más favorables a los trabajadores cedidos, así como favorezca o permita convenios colectivos o acuerdos celebrados entre los interlocutores sociales más favorables a ellos.

Sin embargo, cabe considerar que el TJUE ha especificado que esta Directiva no resulta aplicable «a una situación en la que, por un lado, las funciones ejercidas por un trabajador son transmitidas con carácter definitivo por su empleador a una empresa tercera y, por otro, el trabajador, cuya relación laboral con ese empleador se mantiene por haber ejercido el trabajador su derecho de oposición a la transmisión de su relación laboral a la empresa tercera, puede quedar obligado, a requerimiento de su empleador, a realizar con carácter permanente la prestación laboral determinada en su contrato de trabajo en el establecimiento de la empresa tercera y verse sometido a estos efectos, tanto en el plano organizativo como en el técnico, a la facultad de dirección de esta última» [STJUE(Sala Sexta) 22 de junio de 2023 (TJCE\2023\120).

2.6. Régimen sancionador

La Directiva manda a los Estados miembros establecer un régimen sancionador en el caso de que las ETTs o las empresas usuarias no cumplan la norma europea, disponiendo también procedimientos judiciales o administrativos adecuados para hacer cumplir las obligaciones derivadas de la misma. Así pues, son los Estados miembros quienes deben determinar las sanciones aplicables a las infracciones de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva, adoptando todas las medidas necesarias para garantizar su aplicación. Sin embargo, el legislador comunitario señala expresamente que estas sanciones deberán ser "efectivas, proporcionadas y disuasorias".

3. Apuntes sobre seguridad y salud en el trabajo a través de ETTs

La mencionada Directiva del Consejo de 25 de junio de 1991 por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal (91/383/CEE) pretende establecer un régimen de protección específico para estos trabajadores frente a los riesgos laborales. En efecto, los trabajadores cedidos a menudo se enfrentan a niveles de riesgos de accidentes de trabajo o de enfermedades profesionales superiores a los que afrontan los demás trabajadores.

Por lo tanto, las legislaciones nacionales deben garantizar una protección adecuada a los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, siendo esta obligación, de hecho, una declinación específica del principio general de igualdad de trato que se deriva de la Directiva ex art. 5.1 en relación con el artículo 3, apartado 1, letra f), de esta , tal y como ha sido recientemente corroborado por una sentencia del TJUE en materia de accidentes de trabajo, donde se establece que dichas normas deben interpretarse en el sentido de que «se opone a una normativa nacional, tal y como ha sido interpretada por la jurisprudencia nacional, en virtud de la cual la indemnización a la que tienen derecho los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal en caso de incapacidad permanente total para ejercer su profesión habitual derivada de un accidente de trabajo acaecido en la empresa usuaria, incapacidad que ha tenido como consecuencia la extinción de su relación de trabajo con la empresa de trabajo temporal, es de un importe inferior al de la indemnización a la que dichos trabajadores tendrían derecho, en la misma situación y por el mismo motivo, si hubiesen sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto durante el mismo período de tiempo».

Así pues, el objetivo de la norma comunitaria es garantizar que -en materia de salud y seguridad en el trabajo- los trabajadores gocen del mismo nivel de protección que los otros empleados de la empresa usuaria (art. 2). A estos efectos, por un lado, el ámbito de aplicación de la Directiva 91/383/CEE cubre expresamente el trabajo a través de ETTs, extendiéndose "a toda relación laboral entre una empresa de trabajo temporal, que es el empresario, y el trabajador, cuando este último sea adscrito a fin de trabajar para y bajo el control de una empresa y/o un establecimiento usuarios" (art. 1.2). Por otro lado -de modo suplementario a lo previsto por la Directiva Marco del Consejo de 12 de junio de 1989 relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (89/391/CEE)- la Directiva 91/383/CEE contempla una serie de medidas para mejorar la prevención de riesgos laborales en ámbito de las actividades de cesión de mano de obra. Entre estas, cabe recordar, en especial:

- la posibilidad, dejada a los Estados miembros, de establecer la prohibición de recurrir a trabajadores de ETTs para realizar trabajos especialmente peligrosos para la seguridad o la salud, atribuyendo al legislador nacional la tarea de determinarlos, definiendo también los que sean objeto de un control médico especial adecuado (art. 5);
- las obligaciones informativas a cargo de la empresa usuaria (art. 3 y 7);
- la necesidad de que el trabajador reciba una formación suficiente y adecuada a las características propias del puesto de trabajo, teniendo en cuenta su cualificación y su experiencia (art. 4);
- la responsabilidad de la empresa usuaria (sin perjuicio de la responsabilidad establecida por la legislación nacional de la ETT),

respecto de las condiciones de ejecución del trabajo en materia de salud y seguridad laborales, durante el tiempo que dure la adscripción (art.8).

4. El teletrabajo: definición y marco normativo

Junto con el trabajo realizado a través de ETTs, otra forma atípica de prestación de trabajo regulada por el Derecho de la Unión Europea es el teletrabajo, cuya regulación se encuentra recogida en el Acuerdo marco del 23 de mayo de 2002 (en adelante, AMET) firmado por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE), la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP), a fin de dar más seguridad a los teletrabajadores por cuenta ajena en la UE.

En el Acuerdo Marco se define el "teletrabajo" como "una forma de organización y/o de realización del trabajo utilizando las tecnologías de la información, en el marco de un contrato o de una relación laboral, en la que un trabajo, que también habría podido realizarse en los locales del empresario, se ejecuta habitualmente fuera de esos locales" (Cláusula segunda).

En especial, dicha definición amplia de teletrabajo ha sido elegida adrede por los interlocutores sociales para poder cubrir las diferentes formas de teletrabajo, cubriendo esta especial modalidad atípica de prestación de trabajo un amplio abanico de situaciones y de prácticas sujetas a rápidas evoluciones. A este respecto, es suficiente señalar que tiene cabida en la normativa comunitaria sobre teletrabajo, por ejemplo:

a) el "teletrabajo a domicilio", que se desarrolla desde el propio hogar del trabajador;

b) el "teletrabajo nómada o itinerante", que se caracteriza porque su puesto de trabajo no se encuentra en ningún lugar determinado, estando el teletrabajador sujeto a cambios geográficos permanentes;

c) el "teletrabajo en centros de teletrabajo o telecentros", que se desempeña en los lugares de trabajo como los *coworking*, con recursos compartidos, instalaciones informáticas y telecomunicaciones necesarias para llevar a cabo esta forma de trabajo desde estos lugares.

Así pues, el AMET tiene precisamente como objeto elaborar un marco general a escala europea para las condiciones laborales de los teletrabajadores y compaginar las necesidades de flexibilidad y seguridad comunes a los empresarios y los trabajadores en este tipo de relaciones laborales.

Sin embargo, es posible destacar al menos dos notas definitorias del ámbito de aplicación del AMET:

- la realización del trabajo en un lugar distinto del local del empresario, en el que normalmente se realiza el trabajo en la empresa;
- la realización del trabajo utilizando las tecnologías de la información y las telecomunicaciones.

A la luz de lo dicho, el teletrabajo es una forma atípica de prestación del trabajo porque esencialmente presenta un modo de ejecución de la actividad laboral diferente, que escapa al modelo tradicional de organización del trabajo. No obstante, como se ha visto, el AMET reclama que el teletrabajo traiga su principio "en el marco de un contrato o una relación de trabajo", delimitando en consecuencia el ámbito de aplicación del Acuerdo marco en función del tipo de relación existente entre el teletrabajador y el empresario. Por ello, quedan fuera del ámbito de aplicación del AMET tanto el teletrabajo no dependiente (autónomos, empresas de teleservicios, etc.), como el teletrabajo realizado de manera solo esporádica, en la medida en que ello no supone una ruptura con los conceptos tradicionales de "lugar de trabajo", así como de "horario de trabajo".

Ahora bien, el AMET se lleva a cabo de acuerdo con el procedimiento de negociación colectiva reconocido en los arts. 154 y 155 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y -como se ha dicho- fue negociado en el año 2002. Sin embargo, dicho acuerdo no ha sido objeto de revisión o de extensión a una realidad cambiante como puede ser la realización del trabajo remoto, constituyendo pues el marco normativo de referencia en la materia en cuestión.

Así pues, en las páginas que siguen se realizara un detenido análisis de la normativa comunitaria sobre teletrabajo contenida en el AMET, presentando la misma especial interés en la actualidad, por ser esta particular manera de organización y desempeño de la prestación laboral una de las más visibles manifestaciones de la profunda transformación de la forma tradicional de trabajo, debido sobre todo al espectacular desarrollo tecnológico que se ha experimentado en estas últimas décadas también en ámbito laboral.

5. Análisis del acuerdo marco europeo sobre teletrabajo de 23 de mayo de 2002

5.1. El carácter voluntario del teletrabajo y el derecho de información del teletrabajador

La Cláusula Tercera del AMET hace hincapié sobre el carácter voluntario del teletrabajo, tanto para el trabajador como para el empresario. Se entiende así que la actividad de teletrabajo no puede ser impuesta ni por el trabajador ni por el empresario, sino que ha de nacer voluntariamente del común acuerdo entre las partes. En efecto, el teletrabajo puede pactarse desde el principio de la relación

laboral, formando parte de la descripción inicial del puesto de trabajo, o es posible aceptarlo después, pudiéndose incorporar de forma voluntaria más tarde.

En especial, la reversibilidad del teletrabajo -cuando este no forma parte de la descripción inicial del puesto- puede ser propuesta tanto por el empresario como por el trabajador y, en ambos casos, la oferta de teletrabajo se puede aceptar o rechazar libremente.

En todo caso, tanto con referencia a la circunstancia en la que el teletrabajo se haya pactado inicialmente como en relación al hecho de que se haya aceptado voluntariamente después, el AMET advierte que el paso al teletrabajo modifica únicamente la manera en que se efectúa el trabajo, no afectando al estatus laboral del trabajador.

En esta línea, se establece que "la negativa de un empleado a teletrabajar no es, en sí, un motivo de rescisión de la relación laboral ni de modificación de las condiciones de trabajo de este trabajador".

Además, se prevé que la reversibilidad podrá realizarse por acuerdo individual o colectivo, y que la misma puede implicar una vuelta al trabajo en los locales de la empresa a demanda del trabajador o del empresario.

Corrobora la voluntariedad del teletrabajo el reconocimiento por parte de la normativa comunitaria de un importante derecho de información del teletrabajador. En especial, se prevé que el empresario entregará al teletrabajador las informaciones escritas pertinentes conforme a la directiva 91/533/CEE, que comprende informaciones relativas a los convenios colectivos aplicables, una descripción del trabajo a realizar, etc.

Así pues, el AMET reconoce al teletrabajador un derecho de información que abarca también las especificidades del teletrabajo, las cuales normalmente requieren informaciones escritas complementarias sobre cuestiones tales como el departamento al que está adscrito el teletrabajador, su inmediato superior u otras personas a las que puede dirigirse para informarse sobre temas profesionales o personales, modalidades de entrega de informes, etc.

De esta manera, no solo, el teletrabajo ha de tener origen en un acuerdo voluntario entre las partes, sino que además el trabajador debe ser bien informado sobre todo lo que conlleva esta especial modalidad organizativa de la prestación laboral.

5.2. La equiparación de los derechos de los teletrabajadores con los trabajadores presenciales

A. Las condiciones de empleo

En lo que afecta a las condiciones de empleo, la Cláusula Cuarta del AMET, establece que: "los teletrabajadores se benefician de los mismos derechos, garantizados por la legislación y los convenios colectivos aplicables que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa".

No obstante, el mismo Acuerdo Marco señala que "teniendo en cuenta las peculiaridades del teletrabajo, pueden ser necesarios acuerdos específicos complementarios individuales o colectivos".

Dicha declaración de principio se concreta pues en algunas cláusulas siguientes del propio AMET respecto de determinadas condiciones laborales, cuales son en especial la formación y los derechos colectivos.

B. La formación

Por lo que respecta a la formación, en conformidad con lo establecido por la Cláusula Cuarta del AMET, la Cláusula Décima del propio Acuerdo Marco, prevé que los teletrabajadores, no solo, tienen el mismo acceso a la formación y a las oportunidades de desarrollo de la carrera profesional que los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa; sino que además están sujetos a las mismas políticas de evaluación que el resto de los trabajadores.

Sin embargo, en consideración de las peculiaridades que caracterizan el teletrabajo, el AMET requiere una formación específica para los teletrabajadores que tenga en cuenta tanto del lugar donde se realiza la prestación laboral (extramuros de la empresa), como del equipo técnico puesto a su disposición para el desempeño de la actividad laboral a distancia y de las características de esta forma de organización del trabajo.

Al respecto, cabe subrayar la posibilidad de que también el supervisor de los teletrabajadores y sus colegas directos necesiten una formación adecuada para esta forma de trabajo y para su gestión, extendiéndola expresamente el AMET a estos otros sujetos.

Las disposiciones contenidas en la Cláusula Décima son de especial importancia puesto que, por un lado, una de las condiciones laborales que más puede ser concretamente perjudicada por la distancia en la ejecución de la prestación es precisamente la formación profesional y, por otro lado, resulta imposible realizar correctamente esta forma flexible de organización del trabajo en ausencia de una adecuada formación.

C. Los derechos colectivos

Por último, siempre haciendo eco de la necesidad de extender a los teletrabajadores los derechos garantizados a los trabajadores presenciales, el AMET reconoce a los teletrabajadores los mismos derechos colectivos que los trabajadores en el local del empresario; estableciendo, en especial, que se les aplicaran "las mismas condiciones de participación y elegibilidad en las elecciones para las instancias representativas de los trabajadores o que prevean una representación de los trabajadores" (Cláusula Decimoprimera). Para lo cual, los teletrabajadores están incluidos en el cálculo determinante de los umbrales necesarios para las instancias de representación de los trabajadores, conforme a las legislaciones europeas y nacionales, así como a los convenios colectivos y prácticas nacionales. Se debe precisar, además, desde el principio el establecimiento al que el teletrabajador será asignado con el fin de ejercer sus derechos colectivos.

El AMET también advierte que no deberá obstaculizarse la comunicación con los representantes de los trabajadores que, según expresa previsión de la Cláusula Decimoprimera, "son informados y consultados sobre la introducción del teletrabajo conforme a las legislaciones europea y nacionales, así como los convenios colectivos y prácticas nacionales". Así pues, los teletrabajadores, a través de sus representantes, juegan un papel importante incluso antes de la implantación del teletrabajo, puesto que sin una adecuada intervención sindical resultarían devaluados tanto los derechos individuales como los derechos colectivos de los trabajadores a distancia, vulnerándose consecuentemente el principio general que rige dichas disposiciones, equiparando las condiciones de empleo de estos trabajadores con aquellas de los trabajadores presenciales.

5.3. La protección de la privacidad del teletrabajador

A. La protección de los datos de los teletrabajadores

El AMET prevé un régimen específico de protección de la privacidad del trabajador. En especial, en materia de protección de datos, la Cláusula Quinta establece la responsabilidad del empresario en la adopción de las medidas necesarias para garantizar la protección de los datos utilizados y procesados por el teletrabajador para fines profesionales, especialmente en relación al software. Esto significa que corresponde al empresario informar al teletrabajador de toda restricción, prevista por la legislación o normativa de la empresa referente a la protección de datos, en lo que respecta a la utilización de los equipos y a las sanciones en caso de incumplimiento; siendo responsabilidad del teletrabajador el cumplimiento de estas normas. En consecuencia, se supone que si el teletrabajador actúa diligentemente y queda desprotegida la información empresarial (relativa en especial a cualquier limitación en la utilización del equipo o de herramientas

informáticas tales como internet y a las sanciones en caso de incumplimiento), el trabajador no tendrá responsabilidad alguna.

B. El respeto del ámbito de la vida privada de los teletrabajadores

Otro aspecto muy importante de la protección de la privacidad del teletrabajador, al estar en juego el derecho a la intimidad e incluso el derecho al secreto de las comunicaciones de los teletrabajadores, consiste en el principio general según el cual el empresario debe respetar su vida privada, especificando al respecto la Cláusula Sexta del AMET que si se instala un sistema de vigilancia, éste debe ser proporcionado al objetivo perseguido e introducido por la Directiva 90/270, del Consejo, de 29 de Mayo de 1990, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización.

Se trata de una de las cuestiones más controvertidas del teletrabajo puesto que, por primera vez, se admite la supervisión de una actividad laboral que se ejecuta fuera del centro de trabajo como si el teletrabajador estuviera en los locales de la empresa.

La admisibilidad del control informático de la prestación queda sometido al respecto de un doble principio representado, por un lado, por el conocimiento previo por parte de los teletrabajadores de dicho control y, por otro lado, por la proporcionalidad del propio control. Esto es, que el empresario deberá ponderar las características de su actividad de vigilancia con referencia, por ejemplo, al hecho de que se consienta o no la utilización del sistema informático para fines personales y a los riesgos relativos a la actividad laboral. En particular, el control empresarial se realiza a menudo a través del ordenador que actúa simultáneamente como instrumento de trabajo y como herramienta de vigilancia de la actividad del teletrabajador por parte del empresario. De ahí que el uso del ordenador por parte del teletrabajador queda sometido a una serie de límites determinados por la jurisprudencia europea, debiendo en todo caso el empresario definir previamente las reglas de uso del ordenador e informar a los teletrabajadores no solo de la existencia del control, sino además de las medidas aplicables. En otros términos si es verdad, por un lado, que el AMET admite la posibilidad de controles informáticos sobre las informaciones que circulan por la red para permitir al empresario de mantener un adecuado conocimiento del proceso productivo; es verdad también, por otro lado, que dicho control no puede en ningún caso ser oculto o desproporcionado, sino que debe realizarse con arreglo al respecto de los derechos fundamentales de privacidad del teletrabajador y, desde luego, a la regla general de buena fe que debe regir entre las partes.

5.4. Equipamientos

Las peculiaridades del teletrabajo tanto por el modo de ejecución de la actividad laboral (que se realiza a través de los medios informáticos y de telecomunicación), como por el lugar en que se desempeña (de forma móvil o en el domicilio del teletrabajador o en un telecentro) requieren unas reglas específicas en todo lo relativos a los equipamientos: gastos de comunicaciones (luz, teléfono, electricidad, conexión a las redes informáticas, etc.), costes añadidos para trabajos no relacionados con la empresa, mantenimiento y posible averías de los equipos de trabajo, etc.

A este respecto, la Cláusula Séptima del AMET establece, por lo general que:

- todas las cuestiones relativas a los equipamientos de trabajo, a la responsabilidad y a los costos son definidos claramente antes de iniciar el teletrabajo;
- el empresario está encargado de facilitar, instalar y mantener los equipamientos necesarios para el teletrabajo regular, salvo si el teletrabajador utiliza su propio equipo;
- si el teletrabajo se realiza regularmente, el empresario cubre los costos directamente originados por este trabajo, en particular los ligados a las comunicaciones;
- el empresario dotará al teletrabajador de un servicio adecuado de apoyo técnico;
- el empresario tiene la responsabilidad, conforme a la legislación nacional y a los convenios colectivos, en lo referente a los costes ligados a la pérdida o a los desperfectos de los equipos y de los datos utilizados por el teletrabajador;
- el teletrabajador cuidará los equipamientos que le han confiado;
- el teletrabajador no recogerá ni difundirá material ilícito vía internet.

Es claro que, además de estas reglas generales establecidas por la normativa comunitaria, habrá que verificar en concreto lo que establece la regulación interna (legislación nacional y convenios colectivos) de cada Estado miembro puesto que, sobre todo en el supuesto en que el equipo de trabajo pertenezca al teletrabajador, la responsabilidad del mantenimiento se complica y requiere a menudo unas normas más puntuales que las contenidas en el Acuerdo Marco.

5.5. Salud y seguridad de los teletrabajadores y organización del teletrabajo

En materia de salud y seguridad del teletrabajador, la Cláusula Octava establece la responsabilidad del empresario arreglo a la Directiva 89/391/CEE, del Consejo, sobre medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo y a las directivas específicas, las legislaciones nacionales y los convenios colectivos pertinentes.

Para comprobar la correcta aplicación de las disposiciones aplicables en esta materia, el empresario, los representantes de los trabajadores y/o las autoridades competentes tendrán acceso al lugar del teletrabajo, dentro de los límites establecidos en las legislaciones y los convenios colectivos nacionales.

Ahora bien, para alcanzar un equilibrio entre la intimidad del teletrabajador y la accesibilidad al lugar de trabajo cuando este coincide con su domicilio, el Acuerdo Marco propone la siguiente solución: para poder acceder al domicilio del teletrabajador serán necesarias tanto su consentimiento previo, como una notificación previa; pudiendo además el teletrabajador solicitar una visita de inspección. En efecto, la falta de vigilancia continua y directa, típica del trabajo realizado en los lugares de la empresa, puede impedir (o por lo menos, complicar) la corrección de las situaciones anómalas que se verifican en el teletrabajo, afectando la salud y seguridad del trabajador. A este respecto, piénsese, por ejemplo, no solo a todos los riesgos laborales originados por el peculiar lugar de trabajo o los equipamientos tecnológicos, sino además a aquellos derivados del aislamiento de quien trabaja a distancia que puede afectar en mayor medida la salud psicofísica del trabajador provocándole estrés, depresión, síndrome de *burnout*, hiperconexión. A este propósito, cabe señalar que -pese a que actualmente el derecho a la desconexión no esté definido en la legislación de la UE- el Parlamento europeo pidió el pasado 21 de enero a la Comisión que elaborara una ley que permitiera a los empleados desconectarse del trabajo fuera de su horario laboral, sin consecuencias, y que estableciera estándares mínimos para el trabajo a distancia. En especial, la exigencia de regular a nivel europeo un verdadero derecho del trabajador a la desconexión surge no solo con referencia al riesgo de producirse horas extraordinarias no remuneradas debido a la ampliación de las jornadas, sino además (y, sobre todo) del impacto negativo en la salud y seguridad del teletrabajador deriva de la hiperconexión, y que se ha manifestado de manera evidente durante la actual pandemia Covid-19. Por ello, el Parlamento Europeo determina unas pautas generales en esta materia para los países de la UE, que conciernen directamente tres aspectos en especial:

a) los deberes del empleador, que no podrá exigir que los trabajadores estén disponibles fuera de su horario, absteniéndose de ponerse en contacto entre ellos por motivos laborales;

b) la protección del derecho a la desconexión de repercusiones negativas, incluso a través de la previsión de mecanismos *ad hoc* para tramitar las quejas o infracciones sobre el mismo;

c) la implementación de las actividades de formación profesional a distancia, que no deben tener lugar durante horas extraordinarias o días libres sin una compensación adecuada.

Es relacionada a la materia de la salud y seguridad del teletrabajador, la organización del teletrabajo. En efecto, el AMET reconoce el aislamiento del teletrabajador como riesgo especifico de esta forma atípica de prestación laboral, estableciendo expresamente que el empresario se asegurará que se tomen medidas para "prevenir el aislamiento del teletrabajador en relación con los otros trabajadores de la empresa, tales como darle ocasión de reencontrarse regularmente con sus compañeros y tener acceso a las informaciones de la empresa" (Cláusula Novena). Sin embargo, una de las principales características del teletrabajo consiste en la especial libertad del teletrabajador en la organización de su actividad y en la gestión de su tiempo de trabajo. Desde luego, la regulación comunitaria consiente el ejercicio de dicha libertad siempre que se realice con arreglo a la legislación, los convenios colectivos y las reglas de empresa aplicables. No obstante, es muy importante subrayar que -de acuerdo con el principio general de la igualdad de trato con los trabajadores presenciales que ya se ha analizado anteriormente- el Acuerdo Marco prevé que "la carga de trabajo y los criterios de resultados del teletrabajador son equivalentes a los de los trabajadores comparables en los locales de la empresa" (Cláusula Novena).

5.6. Eficacia jurídica del AMET

Por último, cabe señalar el punto débil de la regulación europea analizada hasta ahora: su eficacia. En efecto -pese a que a menudo se suele referirse al Acuerdo Marco en términos de "normativa europea" (como se ha hecho también a lo largo de este estudio)- en realidad, el AMET no tiene una verdadera eficacia jurídica normativa, sino obligacional.

En especial, la última Cláusula (la número 12), en relación a la puesta en marcha y seguimiento del Acuerdo, especifica que los interlocutores sociales recurren, en la firma del mismo, a la posibilidad ofrecida por el Art. 155.2 TFUE (anterior Art. 139.2 TCE), dejando que el AMET sea "aplicado por los miembros de UNICE/UEAPME, CEEP y CES (y el Comité de enlace EUROCADRES/CEC) según los procedimientos y prácticas específicas de los interlocutores sociales en los Estados miembros", en un plazo de tres años desde su celebración.

Dicho aspecto ha sido criticado por la doctrina, junto con el carácter genérico del contenido del AMET sobre todo con referencia a la equiparación de los derechos colectivos con los trabajadores presenciales, no entrando la regulación contenida en el Acuerdo Marco en los problemas que plantea la aplicación de estos

derechos a los teletrabajadores, "tanto respecto de los derechos de participación (por ejemplo, la adscripción para ello a un centro de trabajo) como de los de negociación colectiva o huelga" (Sala Franco , 2020, pp. 58-59).

6. ¿Cómo encajan estas dos formas de trabajo atípico en la Estrategia Europea para el crecimiento 2020?

A lo largo de este estudio, se ha analizado la regulación comunitaria del empleo a través de ETTs y del teletrabajo. Ambas modalidades de empleo –aun siendo formas atípicas de trabajo– caracterizan el mundo del trabajo contemporáneo de forma destacada.

Sin embargo, atendiendo al tratamiento actual de estas dos formas de empleo en la Unión Europea, cabe tener en cuenta, además de las normas comunitarias, también la Estrategia Europea para el crecimiento 2020, planteándose la cuestión de como el empleo a través de ETTs y el teletrabajo encajan dentro de ella.

En efecto, la Estrategia Europea -pese a no representar un instrumento jurídico propiamente dicho, ya que se limita a establecer pautas generales para los Estados miembros- tiene un valor importante, en la medida en que establece unos objetivos especialmente significativos en materia de empleo, educación, integración social, clima y energía, de los cuales no se puede prescindir en una reflexión *de jure condendo* sobre los nuevos retos laborales, también acerca de las ETTs y del teletrabajo.

Entre estos objetivos cabe destacar los siguientes:

a) el aumento de las oportunidades de trabajo para los jóvenes, también a través de la mejora de la calidad de la formación en Europa;

b) la creación de nuevos puestos de trabajo y la revisión de la normativa de empleo de la UE;

c) la intensificación, a escala europea, de la lucha contra la pobreza, tratando de eliminar o reducir la exclusión social.

Desde luego, tanto el teletrabajo como el empleo a través de ETTs deben encajar en los objetivos de la Estrategia 2020.

Así pues, en lo que respecta a la intensificación del empleo juvenil, ambas formas atípicas de trabajo deberían lograr convertirse en una herramienta para alcanzar un empleo de calidad.

De esta manera, se conseguiría también implementar la creación de nuevos empleos, porque tanto el trabajo a través de ETTs como el teletrabajo suponen una intensificación de la flexibilidad.

A este respecto, y teniendo en cuenta la recordada doctrina del TJUE en la materia, es evidente que una flexibilidad "eficaz" no puede prescindir de la garantía

de seguridad para los trabajadores cedidos y para los teletrabajadores en el mercado laboral ("flexiguridad"), mejorando, en su caso, sus condiciones laborales. Todo ello contribuiría a reducir la exclusión social y, en especial, la "utilización virtuosa" del trabajo a través de ETTs consentiría aumentar las posibilidades de empleo y de acceso en el mercado laboral, pudiendo incluso servir para paliar la profunda crisis que deriva de una pobreza crónica y generalizada dentro de la UE.

Por último, con referencia a la exigencia de revisión de la normativa de empleo de la UE, cabe hacer hincapié sobre una diferencia sustancial entre la regulación comunitaria de las ETTs y aquella del teletrabajo.

Así pues, por un lado, el ETTs está regulado por la Directiva 2008/104/CE (junto con las Directivas 91/383/CEE y 96/71/CEE en relación, respectivamente, a los aspectos relativos a la prevención de riesgos laborales y al desplazamiento transnacional de los trabajadores cedidos); por otro lado, el teletrabajo queda sometido a un Acuerdo Marco comunitario "no reforzado", cuya endeblez jurídica podría representar un freno para la política social comunitaria de crecimiento en el empleo.

Como se ha visto, el objetivo del AMET era elaborar un marco general a escala europea para la regulación del teletrabajo, aunque la implementación del dicho acuerdo en cada uno de los Estados miembros de la UE se ha tenido que llevar a cabo mediante una "transposición autónoma", esto es, atendiendo a los procedimientos específicos de cada Derecho Nacional.

En otros términos, la concreción de las previsiones del Acuerdo Marco queda en manos de los propios agentes sociales tanto a nivel comunitario como a nivel nacional. A este propósito, cabe advertir que, tal y como corroborado por un estudio de EUROFOUND 2010, además del carácter voluntario de las medidas de aplicación del AMET elegida por cada uno de los Estados miembros, así como del bajo nivel de sensibilización en relación con la regulación de esta forma de trabajo (sobre todo en el sector público (Pensabene Lionti, G. y Topo, A., 2021), lo que destaca, en algunos países de la UE, es básicamente la limitada representatividad de los interlocutores sociales con referencia a la cobertura del Acuerdo Marco.

Por ello, la implementación efectiva del teletrabajo y de las garantías para los teletrabajadores establecidas en el AMET depende sobre todo de la incidencia del diálogo social y del papel jugado por los interlocutores sociales a escala comunitaria para asegurar que sus afiliados nacionales cumplan con lo dispuesto en el Acuerdo Marco. Todo ello supone la posibilidad de que –pese a la existencia de principios y reglas uniformes en la materia establecidos a escala europea– puede haber (como, de hecho, hay) una regulación del teletrabajo a nivel nacional que acaba por diferir considerablemente de un país a otro.

A la luz de lo dicho, sería recomendable la presentación de una propuesta de Directiva también acerca del teletrabajo para garantizar las condiciones de trabajo

de los teletrabajadores con mayor eficaz jurídica, sobre todo en consideración del hecho de que esta forma atípica de trabajo, junto con la prestación laboral a través de ETTs, está conociendo (aún más en el contexto actual de emergencia pandémica) una expansión impresionante.

7. Bibliografía

Carinci, F. y Pizzoferrato, A. (dirs.) (2021): *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, ed. Giappichelli.

Goerlich Peset, J.M. (2010): "El nuevo régimen jurídico de las empresas de trabajo temporal", en A.V.: *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, ed. Tirant lo Blanch.

Lantarón Barquín, D. (2012): "Empresas de trabajo temporal y agencias de colocación: ¿realidades en vías de integración?", en García Perrote, I. y Mercader Uguina, J.R. (dirs.): *Análisis práctico del RD 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, ed. Lex Nova.

Luján Alcázar, J. (2009): "La directiva sobre empresas de trabajo temporal", en Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, n°18.

Sierra Benítez, M. (2013): "El estado actual del teletrabajo en la Unión Europea", en www.adapt.it

Mercader Uguina, J.R. (1999): "Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal", en Relaciones Laborales, n°10.

García Piñeiro, N. P. (2021): "El trabajo a distancia en el contexto internacional: OIT y Unión Europea", en Pérez De Los Cobos Orihuel, F. y Thibault Aranda, X. (dirs.): *El trabajo a distancia*, ed. Wolters Kluwer España, S.A.

Pedrajas Moreno, A. y Sala Franco, T. (2009): "Empresas de trabajo temporal: nueva regulación comunitaria e incidencia de la misma sobre el derecho español vigente. (Comentario de urgencia a la Directiva 2008/104/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de Empresas de Trabajo Temporal)", en Boletín Laboral.

Pensabene Lionti, G. y Topo, A. (2021), "Smart working ai tempi del corona virus: lavorare a distanza nella P.A. Un focus sull'Università", en prensa en el próximo número de Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni, ed. Giuffrè.

Sala Franco, T. (2020): "La normativa internacional y comunitaria sobre teletrabajo", en Sala Franco, T. (coord.), A.V.: *El Teletrabajo*, ed. Tirant lo Blanch.

San Martín Mazzuconi, C. (2019): "Las empresas de trabajo temporal", en A.V.: *Derecho social de la Unión Europea*, ed. Francis Lefebvre.

San Martín Mazzuconi, C. y Cristóbal Roncero, R. (2012): "Las empresas de trabajo temporal como agentes de la intermediación laboral", en Montoya Melgar, A. y García Murcia, J. (dirs.): *Comentario a la reforma laboral de 2012*, ed. Civitas.

Santos Fernández, M.D. (2004): "El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo: negociación colectiva y teletrabajo. Dos realidades de dimensión comunitaria", en Trabajo, nº. 14.

Thibault Aranda, J. y Jurado Segovia, A. (2003): "Algunas consideraciones en torno al acuerdo marco europeo sobre teletrabajo", en Temas Laborales, nº. 72.

Zanobetti, A. (2021): *Diritto internazionale del lavoro. Norme universali, regionali e dell'Unione Europea*, ed. Giuffrè.

CAPÍTULO DÉCIMO CUARTO. Seguridad y salud en el trabajo y prevención de riesgos laborales

Ángel Jurado Segovia
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0002-2612-9967

Sumario: 1. Aproximación a la evolución y caracterización general de la acción política y normativa europea en materia de prevención de riesgos laborales. 2. La Directiva Marco 89/39. 2.1. Consideraciones generales. 2.2. Ámbito de aplicación. 2.3. El deber general de seguridad y salud en el trabajo y los principios generales de prevención. 2.4. Las principales obligaciones preventivas. A. Evaluación de riesgos y determinación, integración y documentación de la actividad preventiva. B. Información y formación de los trabajadores. C. Coordinación entre empresarios. D. Primeros auxilios, lucha contra incendios, evacuación de los trabajadores, riesgo grave e inminente. E. Obligaciones de los trabajadores. 2.5. Servicios de protección y de prevención. 2.6. Vigilancia de la salud. 2.7. Derechos de consultas y participación. 3. Las Directivas específicas. 3.1. Directivas sobre las condiciones de seguridad y salud relativas a los lugares y equipos de trabajo. 3.2. Directivas sobre exposición a determinados agentes (riesgos químicos, físicos, biológicos, etc.). 3.3. Directivas relativas a sectores de actividad particulares. 3.4. Directivas relativas a colectivos específicos de trabajadores. 4. Bibliografía.

1. Aproximación a la evolución y caracterización general de la acción política y normativa europea en materia de prevención de riesgos laborales

La seguridad y salud en el trabajo fue uno de los primeros contenidos claramente "sociales" incorporados a la actuación político-normativa de la Comunidad –hoy Unión Europea–. Es cierto que los primeros Tratados constitutivos de la Comunidad Europea no contenían una referencia que de forma explícita y clara atribuyese competencias a las instituciones europeas en esta materia, si bien el objetivo general de "promover la mejora de las condiciones de vida y trabajo de

los trabajadores" recogido de tales Tratados, junto con otras previsiones que, con carácter general, facultaban a la adopción de medidas dirigidas a aproximar las normativas nacionales, consintieron que ya en los años 60 se adoptasen algunas Recomendaciones (por ejemplo, Recomendación 1966/464, sobre control médico de los trabajadores expuestos a riesgos particulares) y que, más tarde en los años 70, se aprobasen algunas Directivas con objetivos claramente conectados a la seguridad y de salud de los trabajadores (por ejemplo, Directiva 1977/576, sobre señalización de seguridad en el centro de trabajo).

De aquella primera etapa data también el "Primer Programa de Acción de las Comunidades Europeas en materia de seguridad e higiene en el trabajo" (1978-1982), que asumió la "prevención eficaz" de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales como un claro objetivo de las instituciones comunitarias y que sentó las bases para la aprobación de otra amplia serie de Directivas dirigidas esencialmente a la prevención de determinados riesgos específicos, encabezadas por la relevante Directiva 80/1107, sobre protección de los trabajadores frente a los riesgos relacionados con la exposición a agentes químicos, físicos y biológicos durante el trabajo.

La reforma introducida en el Tratado de las Comunidades Europeas por el Acta Única Europea de 1986 supuso el inicio de una genuina política social a nivel europeo, incorporándose a las competencias normativas comunitarias nuevos contenidos en este terreno, entre ellos el de armonizar las legislaciones nacionales dirigidas a la mejora de la seguridad y salud en el trabajo. Ello, unido a la flexibilización del procedimiento de adopción de Directivas, supuso un cambio sustancial y definitivo en la acción política y normativa europea en esta materia, articulándose una estrategia más amplia, intensa y con una vocación general que, a la postre, dio lugar a la vigente Directiva Marco 89/391 (en adelante DM), relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Se trata, en efecto, de la Directiva que todavía hoy fija los principios generales y las obligaciones esenciales que deben tener en cuenta y transponer los Estados miembros de la UE a la hora de regular esta materia (véase *infra* 2). A su vez, la DM estableció el mandato que ha servido para la aprobación de todo un amplio abanico de nuevas Directivas específicas en la misma materia (véase *infra* 3). Sin entrar en pormenores, cabe dejar señalado que en el ordenamiento español la principal norma de transposición de esta normativa europea es la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales.

Las posteriores reformas de los Tratados constitutivos han confirmado las competencias de las instituciones de la UE para adoptar medidas normativas relativas a la prevención de riesgos laborales, estableciéndose que para el cumplimiento de los objetivos sociales que persigue la Unión resulta fundamental que ésta complemente la acción de los Estados miembros en cuanto "la mejora (…) del entorno de trabajo, para proteger la salud y seguridad y salud de los trabajadores" (art. 153.1 a TFUE). Y a tal fin, se prevé la posibilidad de adoptar

Directivas que establezcan las disposiciones mínimas a aplicar progresivamente por los Estados miembros, no exigiéndose una unanimidad de los Estados para aprobar tales Directivas, sin perjuicio de que se puedan adoptar también otras medidas europeas destinadas a fomentar la cooperación entre los Estados miembros mediante la mejora de los conocimientos, el intercambio de información y buenas prácticas o la evaluación de experiencias (art. 153.2 TFUE). En esta misma línea, la protección frente a los accidentes y las enfermedades profesionales y la higiene en el trabajo aparecen como materias en las que la Comisión europea fomentará la colaboración entre los Estados miembros y facilitará la coordinación de sus acciones mediante iniciativas tendentes a establecer orientaciones e indicadores, organizar el intercambio de mejores prácticas y preparar los elementos necesarios para el control y la evaluación periódica (art. 156 TFUE).

Y, en este último sentido apuntado, tras la consolidación y expansión del acervo normativo comunitario en seguridad y salud en el trabajo experimentada a partir de la DM y sobre todo durante la década de los 90, las sucesivas etapas de la acción europea en esta materia se han caracterizado por un menor protagonismo de las iniciativas de tipo legislativo y un mayor interés por las actuaciones de estrategia política y técnica dirigidas a incrementar la eficacia de la normativa ya vigente para hacer frente tanto a los conocidos cuanto a los nuevos o emergentes riesgos para las seguridad y salud en el mundo del trabajo. En este sentido, desde la década de los 2000, se han aprobado diversas "Estrategias" comunitarias de seguridad y salud en el trabajo que parten de este enfoque sobre el carácter suficientemente amplio del acervo normativo europeo –incluso considerado requerido de cierta simplificación normativa- y fijan una serie de objetivos orientados, con carácter general, a incrementar la cultura preventiva y a una aplicación real y no meramente formal de la normativa, sin perjuicio de seguir analizándose los ámbitos que requieren de nuevos avances o reformas de los instrumentos normativos vigentes.

Así, en el Marco estratégico en materia de seguridad y salud en el trabajo (2014-2020), se hacía hincapié, entre otros aspectos, en mejorar la aplicación de las normas vigentes, con particular atención a la capacidad de las microempresas y las pequeñas empresas para poner en marcha estrategias eficaces y eficientes en materia de prevención de riesgos laborales, tener en cuenta el envejecimiento de la mano de obra en las políticas de seguridad y salud y mejorar la prevención para hacer frente a riesgos nuevos, como los derivados de los nanomateriales o las biotecnologías, así como reforzar la prevención frente los agentes cancerígenos y sustancias peligrosas. Y, por último en este contexto de políticas programáticas, el último marco estratégico aprobado se refiere a los años 2021-2027, con título: "La seguridad y la salud en el trabajo en un mundo laboral en constante transformación", que, además de dar continuidad a algunas de las líneas de actuación precedentes, pone particular acento en cuestiones tales como los riesgos derivados de las nuevas formas de trabajo en el contexto de la denominada transición ecológica y digital y

en mejorar la preparación de los sistemas preventivos para hacer frente a nuevas crisis y amenazas como las derivadas de la pandemia del Covid-19.

Por otra parte, aunque la acción normativa europea en el ámbito de la prevención de riesgos laborales en el trabajo se ha articulado fundamentalmente a través de la adopción de Directivas que establecen los objetivos y estándares mínimos a transponer por los Estados miembros a través de sus normativas internas, también se han aprobado algunos Reglamentos que han incidido en mayor o menor medida en esta materia. Reglamentos que, como tales, son de aplicación directa sin necesidad de transposición y que en su mayoría se refieren a las condiciones de seguridad y salud que se imponen sobre la comercialización de ciertos equipos o productos (véase particularmente el Reglamento 2016/45, que tiene por objeto establecer los requisitos sobre el diseño y la fabricación de los equipos de protección individual –EPIs- que vayan a comercializarse, para garantizar la protección de la salud y la seguridad de los usuarios y establecer las normas relativas a la libre circulación de los EPI en la Unión).

Por lo demás, en el terreno de la seguridad y salud laboral también se han producido algunas experiencias relevantes y, en cierto modo, singulares del diálogo social a nivel europeo, alcanzando las organizaciones sindicales y empresariales dos acuerdos de los denominados "autónomos"; esto es, acuerdos que, en uso de las facultades que el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea concede a los agentes sociales europeos (art. 155), éstos agentes han decidido que no se conviertan en un Directiva a transponer obligatoriamente por los Estados Miembros, sino que su aplicación se canalice a través de la negociación colectiva de cada uno de los Estados miembros, tratándose, por tanto, de unos acuerdos sin una eficacia normativa directa. Estos acuerdos se han producido concretamente en el terreno de los denominados riesgos psicosociales y son el Acuerdo marco europeo sobre el estrés laboral de 2004 y el Acuerdo marco sobre el acoso y la violencia en el lugar de trabajo de 2007.

Finalmente, el impulso del marco normativo y estratégico europeo en materia de seguridad y salud en el trabajo ha ido acompañado también de la creación de un cierto entramado institucional especializado en la materia; esto es, de organismos instituidos por normas europeas y cuyos fines guardan una estrecha relación con cuestiones relativas a la seguridad y salud laboral. Entre otros organismos, cabe destacar particularmente la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo creada en la década de los noventa (Reglamento 2062/94) y que tiene como misión primordial poner a disposición de las instituciones comunitarias, los Estados miembros y en general al conjunto de actores interesados información estadística y de carácter técnico en la materia, fomentando el intercambio de buenas prácticas y llevando a cabo otras iniciativas de sensibilización en este terreno.

2. La Directiva Marco 89/391

2.1. Consideraciones generales

Como se apuntaba anteriormente, la DM supuso un punto de inflexión en la política de seguridad y salud de la UE, pues la misma tiene como propósito la armonización general de esta materia en los Estados miembros ante la constatación de unas regulaciones estatales notablemente divergentes y una significativa incidencia de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. De ahí que la DM establezca como objetivo general la adopción "medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores (art. 1). Y, además, lo hace con un enfoque integral de la salud laboral, que toma en consideración el conjunto de circunstancias presentes en el ámbito laboral de todos los sectores de actividad que puedan suponer un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores, e intentando implicar a todos los actores presentes en dicho ámbito, aunque, como se verá, haciendo del empresario el principal obligado en la materia.

Con todo, como se desprende de su propia auto-calificación como una Directiva Marco, deja un importante margen de actuación a los Estados miembros en la concreción de múltiples extremos. Ello sin perjuicio de que, como se decía, al amparo de las previsiones de la propia DM (art. 16), se hayan aprobado un buen número de Directivas específicas en la materia que regulan aspectos más concretos relativos, por ejemplo, a las condiciones de seguridad y salud en los lugares de trabajo o a las medidas a adoptar frente a diferentes tipos de riesgos (químicos, biológicos, etc.), o en determinados tipos de actividades (por ejemplo, obras de construcción).

Por lo demás, en cuanto a la relación entre la DM y las legislaciones nacionales hay que tener en cuenta que la propia DM se declara como una norma de mínimos y que, por tanto, para nada se opone a la existencia previa o futura de normas de los Estados miembros que resulten más favorables para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores (art. 1.3).

Como en otras materias, la interpretación del TJUE sobre el alcance de la DM y otras Directivas específicas ha jugado un papel relevante a la hora determinar las obligaciones que asumen los Estados miembros para adecuar sus ordenamientos a las exigencias de armonización en esta materia. En las páginas que siguen se da cuenta de las líneas maestras de dicha normativa, así como de algunos de los criterios más relevantes sentados por parte de la jurisprudencia europea.

2.2. Ámbito de aplicación

Desde un punto de vista de las actividades a las que resulta de aplicación la DM, la misma se proyecta sobre todos los sectores de actividad, ya sean actividades privadas o públicas (art. 2.1). Por tanto, las obligaciones impuestas

por la DM son predicables, en principio, tanto para las relaciones de trabajo en el sector privado como en el ámbito de las Administraciones públicas (personal laboral y funcionarios), si bien su aplicación se puede excepcionar en atención a las particularidades de ciertas actividades específicas, tales como pueden ser algunas de las que son propias de las fuerzas armadas, la policía o los servicios de protección civil (art. 2.2).

Con relación a estas posibles excepciones, la jurisprudencia europea ha entendido que deben ser interpretadas restrictivamente, en el sentido de que la excepción no se refiere en sentido amplio a todas las funciones de determinados colectivos, sino sólo a ciertas funciones más específicas relacionadas con la actuación de ciertos profesionales –vgr. policías, bomberos-, en acontecimientos excepcionales en que el correcto desarrollo de las medidas dirigidas a proteger a los ciudadanos antes situaciones de riesgo justifica una aplicación matizada de las obligaciones preventivas. Mas, en ningún caso, los Estados miembros pueden excluir por completo a tales profesiones de las medidas normativas dirigidas a transponer la normativa europea en materia de seguridad y salud en el trabajo[1].

Por otra parte, también desde el punto de vista subjetivo, la DM resulta aplicable a toda relación entre un empresario y un trabajador, entendido el primero como cualquier persona física o jurídica que sea titular de la relación laboral con el trabajador y tenga la responsabilidad de la empresa y/o establecimiento; y el segundo como cualquier persona empleada por un empresario, incluidos los trabajadores en prácticas y los aprendices (art. 3). De ello parece poder deducirse implícitamente que la DM no se aplica a los trabajadores por cuenta propia o autónomos, lo que se corrobora considerando que el TJUE, a la hora de concretar la noción de trabajador a efectos de la normativa de seguridad y salud, se ha referido a quien ejecuta una prestación de trabajo, mediante contraprestación económica, en condiciones de subordinación[2]. Por lo demás, dentro de las relaciones de trabajo por cuenta ajena, la propia DM excluye expresamente su aplicación a los trabajadores al servicio del hogar familiar (art. 3.a), lo que parece encontrar su explicación en la singularidad del ámbito y el sujeto empresarial al que se refiere la excepción (el hogar del que es titular un empresario no profesional).

Finalmente, el TJUE ha dejado claro que la protección que brinda la DM no permite hacer distinciones aplicativas en función de las dimensiones de la empresa, de modo que las obligaciones establecidas en la misma son predicables tanto para las grandes como para las medianas y pequeñas empresas, sin perjuicio de que a la hora de transponer la Directiva los Estados miembros deben evitar imponer trabas administrativas, financieras o jurídicas que puedan obstaculizar la creación

[1] Cfr., entre otras, SSTJUE de 5 de octubre de 2004 (Asunto C-397/2001); de 12 de enero de 2006 (Asunto C-132/2004) y de 30 de abril de 2020 (Asunto C-211/2019).

[2] STJUE de 11 de noviembre de 2010 (Asunto C-232/2009).

y desarrollo de PYMES, de acuerdo con lo previsto en los Tratados de la UE y en el propio preámbulo de la DM[3].

2.3. El deber general de seguridad y salud en el trabajo y los principios generales de prevención

Piedra angular del sistema de prevención de riesgos laborales ordenado por la normativa europea es el deber general del empresario de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores "en todos los aspectos relacionados con el trabajo", según establece el art. 5.1 de la DM. La amplitud con la que se concibe este deber queda puesta de manifiesto en este precepto y en otros de la propia de la DM, como, por ejemplo, el que obliga al empresario a adoptar todas las medidas que sean necesarias, tratándose, además, de un deber "dinámico", en tanto que exige una constante adaptación y mejora de las medidas dirigidas a proteger la seguridad y salud de los trabajadores (art. 6.1). La intensidad del deber empresarial también queda puesta de relieve en aquellas previsiones de la DM de las que se deduce que el incumplimiento de las obligaciones preventivas impuestas sobre otros sujetos –entre ellos, los propios trabajadores- no exime al empresario del cumplimiento de su deberes y responsabilidades en esta materia (arts. 5.2 y 5.3)

Ahora bien, estas características del citado deber general empresarial no implican que la normativa europea imponga a los Estados miembros un sistema de responsabilidad objetiva del empresario (esto es, de la que prácticamente nunca pueda exonerarse) por los daños sufridos por los trabajadores en el desarrollo de la prestación laboral, pues la propia DM prevé "la facultad de los Estados miembros para establecer la exclusión o la disminución de la responsabilidad de los empresarios por hechos derivados de circunstancias que les sean ajenas, anormales e imprevisibles o de acontecimientos excepcionales, cuyas consecuencias no hubieren podido ser evitadas a pesar de toda la diligencia desplegada" (art. 5.4)[4].

Por otra parte, para concretar el alcance de este debe general del empresario son determinantes los propios principios generales de la acción preventiva establecidos por la DM, así como toda una serie de obligaciones, más o menos generales o específicas, que se le imponen al empresario (apartado 2.2). La DM obliga, en efecto, a que el empresario, a la hora de adoptar las medidas que resulten necesarias para cumplir con su deber general de prevención de riesgos laborales, siga una serie de principios generales (art 6.2), que sirven de canon interpretativo de dicho deber general y del resto de obligaciones preventivas. Tales principios son:

- Evitar los riesgos, evaluar los riesgos que no se puedan evitar, combatiendo, en todo caso, los riesgos en su origen.
- Adaptar el trabajo a la persona, en particular en lo que respecta a la concepción de los puestos de trabajo, así como en la elección de los

[3] STJUE de 6 de abril de 2006 (Asunto C-428/2004).

[4] STJUE de 14 de junio de 2007 (Asunto C-127/2005).

equipos de trabajo y los métodos de trabajo y de producción, con miras, en particular, a atenuar el trabajo monótono y el trabajo repetitivo y reducir los efectos de los mismos sobre la salud.

- Tener en cuenta la evolución de la técnica y sustituir lo peligroso por lo que entraña poco o ningún peligro.
- Planificar la prevención buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo.
- Adoptar medidas que antepongan la protección colectiva a la individual.
- Dar las debidas instrucciones a los trabajadores.

2.4. Las principales obligaciones preventivas

Sin perjuicio, como se apuntaba, del carácter amplio y necesariamente abierto del deber general de seguridad y salud en el trabajo impuesto por la DM, la propia norma europea recoge una serie de obligaciones, algunas más genéricas y otras más específicas, que debe cumplir el empresario como deudor de seguridad. Algunas de tales obligaciones también se refieren, sin embargo, a otros sujetos, entre ellos, los propios trabajadores.

A. Evaluación de riesgos y determinación, integración y documentación de la actividad preventiva

La DM establece como obligación ciertamente central de los sistemas empresariales de prevención de riesgos laborales la de evaluar los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores presentes en las instalaciones y en la actividad de la empresa. Obligación que se presenta con vocación no limitada en cuanto a los posibles riesgos a evaluar, aludiendo la DM sin ánimo exhaustivo a los riesgos asociados a los equipos de trabajo, sustancias y al acondicionamiento de los lugares de trabajo (art. 6.3.). En este sentido, el TJUE tiene declarado que los riesgos que han de ser objeto de evaluación no están determinados de forma definitiva, pudiendo evolucionar de forma constante, de suerte tal que una normativa nacional incumple la DM cuando permite entender que los empresarios no están obligados a evaluar cualquier tipo de riesgo presente en su actividad o lugares de trabajo, limitando dicha evaluación a algunos tipos de riesgos[5].

La relevancia de la obligación de evaluar los riesgos se deriva, asimismo, del hecho de que, según la propia DM, es tras dicha evaluación cuando el empresario debe determinar las medidas de prevención que sean necesarias; medidas que deben ir destinadas "a garantizar un mayor nivel de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores" e "integrarse en el conjunto de actividades de

[5] STJUE de 15 de noviembre de 2001 (Asunto C-49/2000).

la empresa (…) y en todos los niveles jerárquicos" (art. 6.3). La amplitud que caracteriza a las obligaciones de evaluación y determinación de las medidas preventivas, como parte, a su vez, del extenso deber general del empresario en esta materia, inspirado, además, por principios generales tales como el de planificar la prevención buscando un conjunto coherente que integre en ella la técnica, la organización del trabajo, las condiciones de trabajo, las relaciones sociales y la influencia de los factores ambientales en el trabajo, son todos ellos elementos que llevan a calificar el conjunto de obligaciones derivado de la DM como un sistema de prevención de riesgos laborales integral e integrado.

De lo dispuesto en la DM se desprende que los Estados miembros deben prever en sus ordenamientos estás dos obligaciones de evaluación de riesgos y congruente determinación de las medidas preventivas, exigiéndose a las empresas elaborar una documentación relativa a ambos aspectos (art. 9). Es cierto que la DM autoriza a modular estas obligaciones documentales en atención a "las actividades y el tamaño de las empresas", pero ello no convierte en ajustada a la DM a aquellas normativas nacionales que simplemente lo que hacen es eximir de contar con una documentación relativa a la evaluación de riesgos a las empresas de diez o menos trabajadores[6].

B. Información y formación de los trabajadores

La información y formación de los trabajadores por parte del empresario es otra pieza central del sistema preventivo diseñado por la DM. El deber de información se formula en términos muy amplios, obligando al empresario a adoptar las medidas adecuadas para que los trabajadores reciban todas las informaciones necesarias correspondientes a los riesgos existentes y a las medidas de prevención y protección adoptadas en general en la empresa, como particularmente para cada tipo de puesto de trabajo o funciones específicas desarrolladas por el trabajador (art. 10.1).

Por su parte, la formación de los trabajadores se revela, asimismo, un aspecto crucial dentro de las obligaciones preventivas del empresario, toda vez que el empresario a la hora de determinar las funciones o tareas laborales a desempeñar por cada trabajador debe tener en cuenta sus capacidades profesionales en materia de seguridad y salud (art. 6.3). Consecuentemente, el empresario debe garantizar que el trabajador reciba una formación suficiente y adecuada en materia de seguridad y salud tanto el momento de su contratación inicial, como cuando se decide que esté trabajador cambie sus funciones o cuando se introducen cambios en los equipos de trabajo. De ello ya se deduce que la formación en materia de prevención de riesgos laborales no puede ser una formación simplemente genérica, sino adaptada a las concretas características del puesto de trabajo y funciones desarrolladas por cada trabajador. Una formación que, asimismo, debe actualizarse

[6] STJUE de 7 de febrero de 2002 (Asunto C-5/2000).

ante la evolución o aparición de nuevos riesgos. Por lo demás, la DM deja claro que la formación preventiva a los trabajadores será costeada por el empresario y deberá impartirse dentro del tiempo de trabajo (art. 12).

C. Coordinación entre empresarios

Consciente la legislación europea en materia de seguridad y salud en el trabajo de situaciones, como las que se derivan, por ejemplo, de las denominadas contratas y subcontratas de obras o servicios entre empresas, que comportan que en un mismo lugar de trabajo puedan concurrir trabajadores pertenecientes a diferentes empresas, se impone la obligación de esos distintos empresarios de cooperar y coordinarse a la hora de adoptar y aplicar las medidas de seguridad y salud en el trabajo. Dicho deber de cooperación y coordinación implica una obligación de información mutua entre los empresarios sobre los riesgos derivados de sus respectivas actividades, así como de las medidas adoptadas frente a los mismos, informando, a su vez de ello, a sus respectivos trabajadores (art. 6.4 y 10.2). En todo caso, al empresario titular del centro de trabajo se le impone la obligación de garantizar que los trabajadores de otras empresas que intervengan en su empresa reciban las instrucciones pertinentes a los riesgos presentes en la misma (art. 12.2). Es decir, un deber de vigilar que su empresario les haya informado y, en su caso, formado suficientemente al respecto.

D. Primeros auxilios, lucha contra incendios, evacuación de los trabajadores, riesgo grave e inminente

La DM contempla otra serie de obligaciones que se proyectan sobre situaciones más específicas relacionadas con la necesidad de actuar ante la mayor evidencia o probabilidad de un riesgo para la seguridad y salud de los trabajadores. Así, el empresario deberá contar con medidas necesarias en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios y evacuación de trabajadores; medidas que deberán adaptarse al tamaño y actividades de la empresa y estar debidamente coordinadas con los servicios externos a las empresas que deban actuar en tales casos. A tal efecto, el empresario deberá designar a los trabajadores que se encargarán de activar las medidas que se dispongan para estas situaciones particulares, dotándoles de la formación pertinente y los medios materiales adecuados a tal fin (arts. 8.1 y 2). De nuevo, las características de la actividad empresarial y el tamaño de la empresa pueden modular el alcance de las medidas que se adopten para estas situaciones, pero, en ningún caso, son elementos que puedan eximir al empresario de designar a trabajadores encargados de las actividades de prevención y protección en tales circunstancias particulares[7].

En cuanto a lo que la DM denomina como "riesgos de peligro grave e inminente", la norma no aporta mayores precisiones sobre que hay que entender

[7] STJUE de 6 de abril de 2006 (Asunto C-428/2004).

en tal sentido, pero es particularmente rigurosa en cuanto a las obligaciones a cumplir por el empresario en tales situaciones (art. 8.3); a saber: informar lo antes posible a los trabajadores que puedan quedar expuestos a tal riesgo, así como de las medidas a adoptar frente al mismo, lo que debe incluir las medidas e instrucciones necesarias, teniendo en cuenta sus conocimientos y medios técnicos, para que, ante la imposibilidad de evitar tal riesgo grave e inminente, el trabajador interrumpa su actividad y/o abandone el lugar de trabajo de forma inmediata para ponerse a salvo. A este respecto, la DM adiciona una garantía de indemnidad para el trabajador que decide dejar de cumplir con sus obligaciones laborales para hacer frente a las situaciones de riesgo grave inminente, disponiendo que las legislaciones nacionales deben proteger a los trabajadores para que tal decisión no le acarree consecuencias perjudiciales, excepto cuando hubiese actuado "de forma inconsiderada o cometido una negligencia grave". Es decir, se está reconociendo un *ius resistentiae* o derecho de "autoprotección" ante situaciones de especial riesgo que, si es ejercido de forma diligente por el trabajador, no le puede causar ninguna consecuencia desde el punto de vista laboral (por ejemplo, una sanción o despido disciplinario).

E. Obligaciones de los trabajadores

Como se apuntaba, la DM también considera a los trabajadores como sujetos obligados, debiendo velar por su propia seguridad y salud y por la de terceros, aunque siempre teniendo en cuenta como parámetro de valoración su formación y las instrucciones impartidas por el empresario (art. 13.1). Por consiguiente, no existen unas obligaciones de los trabajadores desligadas de las obligaciones del empresario, de suerte que sólo en la medida en que se pueda entender que éste último ha actuado diligentemente en relación con sus obligaciones se podrán imputar los incidentes y/o daños ocurridos a la esfera única de responsabilidad del trabajador, tal y como puede deducirse de lo dispuesto en el art. 5.3 de la propia DM.

Reiterando la idea de que las exigencias impuestas a los trabajadores lo son con arreglo a su formación y a las instrucciones dadas por el empresario, la DM precisa en ciertos extremos la obligación de seguridad y salud que recae sobre el trabajador, por ejemplo, debiendo utilizar correctamente las máquinas, herramientas y equipos de trabajo, incluidos los equipos de protección individual puestos a disposición del mismo, o no dejando fuera de funcionamiento o utilizando incorrectamente las medidas de seguridad diseñadas. Asimismo, los trabajadores informar a los responsables pertinentes de cualquier situación que pueda entrañar una situación de riego grave e inminente y deben, en general, cooperar con el empresario y con el resto de sujetos con funciones específicas en materia de seguridad y salud en el trabajo a efectos de garantizarla (art. 13.2).

2.5. Servicios de protección y de prevención

Sin perjuicio de que las obligaciones preventivas se imponen directamente al empresario, para el correcto cumplimiento de las mismas la DM exige que el empresario deberá designar a uno o varios trabajadores para ocuparse de las actividades de protección y prevención de riesgos en la empresa, debiendo disponer tales trabajadores de la información necesaria y del tiempo apropiado a tal efecto, y no pudiendo sufrir perjuicio alguno derivado del desarrollo de tales actividades (art. 7.1 y 2 y 10.3).

La DM parte, por tanto, de un sistema de prevención en la empresa en que el empresario debe valerse de algunos trabajadores contratados por él con el objeto de procurar una organización de la prevención de riesgos eficaz. Ahora bien, justamente en atención a este principio de eficacia, la DM es consciente de la posibilidad de que los trabajadores contratados por la empresa no posean las competencias y cualificaciones necesarias y suficientes para organizar las actividades de protección y prevención, en cuyo caso deberá recurrir a personas o servicios ajenos a la empresa, trasladándoles y permitiéndoles el acceso a la información relativa a los factores con posible incidencia en la seguridad y la salud de los trabajadores (art. 7.3 y 4). De este modo, la DM establece una alternativa entre servicios de prevención internos o externos, si bien la decisión de recurrir a servicios externos se presenta como subsidiaria y condicionada a la insuficiencia de los recursos internos, deduciéndose de la DM una relación de jerarquía entre las obligaciones que se imponen al empresario[8].

En todo caso, se opte por un sistema u otro, el empresario debe garantizar que sus integrantes tengan la capacidad y aptitudes necesarias y que dispongan de los medios necesarios, debiendo ser el número de integrantes de tales servicios suficiente en atención al tamaño de la empresa y de los riesgos a los que se expongan los trabajadores en la misma (art. 7.5). Y, precisamente en consideración a las características de la empresa –tamaño y tipo de actividad-, la DM cierra la regulación de los servicios de prevención contemplando la posibilidad de que los Estados miembros prevean supuestos en que se permita que sea el empresario el que asuma personalmente las funciones que se les encomiendan a tales servicios; es decir, sin necesidad de designar a trabajadores, ni a recurrir a servicios externos (art. 7.7).

En definitiva, la DM realiza una regulación de los sujetos y servicios encargados de la organización preventiva en la empresa muy abierta y en la que caben diversas fórmulas, concediendo un amplio margen de actuación a las legislaciones nacionales. Ahora bien, estas legislaciones nacionales no pueden convertir la decisión de recurrir a servicios externos o internos en una decisión absolutamente libre del empresario, quien queda obligado, en todo caso, a contratar a personal o servicios con la capacidad adecuada, debiendo los ordenamientos

[8] Cfr. SSTJUE de 22 de mayo de 2003 (Asunto C-441/2001) y de 6 de abril de 2006 (Asunto C-428/2004).

nacionales definir de forma clara y precisa cuál es la formación, capacidades y aptitudes exigibles a quienes formen parte de tales servicios internos o ajenos[9].

2.6. Vigilancia de la salud

La DM reconoce el derecho de los trabajadores a someterse voluntaria y periódicamente a una vigilancia de su salud relacionada con la posible incidencia en la misma de los riesgos derivados del trabajo. La Directiva no parece imponer, sin embargo, que este derecho del trabajador deba traducirse necesariamente en una obligación del empresario, sino que parece que permitir a los Estados miembros opten por materializar este derecho como parte de las obligaciones preventivas del empresario o como parte de las prestaciones que ofrezcan los sistemas de sanidad pública (art. 14).

2.7. Derechos de consulta y participación

Junto a las obligaciones de información en materia de seguridad y salud antes apuntadas, la DM reconoce a los trabajadores y/o sus representantes unos genéricos derechos de consulta y participación en el marco de todas las cuestiones que afecten a la seguridad y salud en el trabajo, debiendo, a tal efecto, el empresario trasladarles cierta información, dotarles de una formación adecuada, así como consultarles y permitirles que formulen propuestas (art. 10.3, 11.1 y 12.3).

Adicionalmente, aquellos trabajadores o representantes de los mismos que tengan funciones específicas en materia de protección de la seguridad y salud ejercerán estos derechos de consultas y participación de forma particular y con carácter previo a adoptar cualquier medida con efectos sustanciales sobre la seguridad y salud. En particular, la DM prevé que esta consulta se debe dar antes de la designación de los trabajadores con funciones preventivas o encargados de los primeros auxilios y situaciones de emergencia, así como a la hora de evaluar y planificar la actividad preventiva e informar a los trabajadores de tales actuaciones a los trabajadores y, en fin, en cuanto a la decisión de recurrir a servicios de prevención externos y, en general, en relación a la concepción y organización de la formación preventiva en la empresa (art. 11.2).

De lo anterior se deduce, según la jurisprudencia del TJUE, que los ordenamientos nacionales deben otorgar a un grupo de representantes de los trabajadores especializados en materia de seguridad y salud en el trabajo una posición concreta y específica en lo que atañe a la consulta y participación equilibrada con el empresario en lo relativo a las informaciones sobre los riesgos presentes en la empresa, así como en cuanto a las medidas de prevención y protección adoptadas[10]. Es decir, un amplio derecho de consulta y participación de tales representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de

[9] STJUE de 15 de noviembre de 2001 (Asunto C-49/2000).

[10] STJUE de 6 de abril de 2006 (Asunto C-428/2004).

seguridad y salud, que se ve corroborado por el hecho de que la DM les reconoce la facultad de presentar propuestas a efectos de que se adopten las medidas adecuadas para paliar cualquier riesgo para los trabajadores y/o eliminar las fuentes de riesgo (art. 11.3). Todo lo cual permite afirmar que la DM manifiesta una clara preferencia por una representación colectiva y especializada a la hora de defender intereses de los trabajadores relacionados con la mejora de las condiciones de seguridad y salud laboral.

Asimismo, la DM prevé una serie de garantías conectadas al ejercicio de estos derechos de consulta y participación de los trabajadores o representantes especializados en materia de seguridad y salud (arts.11.4, 5 y 6); a saber: 1) la prohibición de sufrir cualquier perjuicio a causa del ejercicio de tales derechos; es decir, una prohibición de discriminación asociada a las funciones representativas en materia de seguridad y salud; 2) el derecho a "una dispensa laboral", esto es, a unos permisos retribuidos para ejercer tales funciones, así como a los medios necesarios a tal efecto, puestos a disposición por parte del empresario; y 3) el derecho a recurrir a las autoridades competentes en materia de seguridad y salud en el trabajo a efectos de denunciar la insuficiencia de las medidas adoptadas por el empresario, incluyendo la posibilidad de formular observaciones durante las visitas y verificaciones efectuadas por tales autoridades competentes.

3. Las Directivas específicas

Como se apuntaba al inicio de este capítulo, la propia DM (art. 16) contempla que, partiendo de la aplicación de sus previsiones, pero en desarrollo de la misma y, en su caso, mejorando los niveles de protección, se aprueben Directivas específicas referidas, de modo no exhaustivo, a una serie de materias o sectores de actividad –por ejemplo, equipos de trabajo y equipos de protección individual; construcción, pesca-. Y, en efecto, se ha dado un amplio abanico de materias o cuestiones en que la política de la UE ha entendido necesaria una regulación más detallada y la mayoría de veces muy técnica en orden a la protección de la seguridad y salud en el trabajo. En este sentido, con posterioridad a la DM se han aprobado más de 20 directivas en esta materia, varias de ellas identificadas expresamente como de desarrollo del art. 16 de la DM y algunas otras sin conexión formal pero claramente conectadas al cumplimiento de sus objetivos. Dicho carácter particularmente técnico de la mayoría de tales Directivas ha comportado que muchas de ellas hayan sido objeto de diversas modificaciones en congruencia con el principio de fijado por la DM de ir adaptando los niveles de protección de la seguridad y salud a la evolución de la técnica.

Muchas de las Directivas aprobadas tienen una estructura muy similar, iniciándose con una delimitación de su ámbito de aplicación y el establecimiento de la definición de una serie de conceptos clave para la interpretación y aplicación de la Directiva, para luego recoger las obligaciones preventivas impuestas a las empresas en la materia objeto de regulación y, finalmente, prever una serie de

derechos conectados normalmente a la participación y consulta de los trabajadores y sus representantes.

A continuación, sin poder aludir aquí a todas y cada una de las Directivas aprobadas, se hace una breve reseña de las principales y vigentes Directivas, sistematizadas en diversas categorías atendiendo al ámbito u objeto al que van referida y añadiendo, en su caso, alguna otra consideración particularmente relevante a la luz de la jurisprudencia del TJUE relativa a tales Directivas.

3.1. Directivas sobre las condiciones de seguridad y salud relativas a los lugares y equipos de trabajo

Entre otras, destacan las siguientes Directivas:

- Directiva 89/654, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en los lugares de trabajo. Esta Directiva tiene por objeto establecer los estándares de protección de la seguridad y salud en el trabajo que se tienen que respetar con carácter general en los espacios físicos de las empresas, excluyéndose tan sólo algunos supuestos particulares, como es el caso de los medios de transporte, las obras de construcción temporales, los campos de cultivo o los barcos de pesca.
- Directiva 89/656, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de equipos de protección individual. Con esta Directiva se establecen las condiciones que se deben cumplir a la hora de elegir y utilizar los equipos (los denominados EPIs) destinados a proteger a los trabajadores de los riesgos para su seguridad y salud.
- Directiva 90/269, que establece disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación de cargas que entrañe riesgos, en particular dorsolumbares, para los trabajadores. El objeto de esta Directiva es determinar las obligaciones mínimas de organización del trabajo y de utilización de los medios y equipos mecánicos necesarios a fin de que los trabajadores lleven en la menor medida posible operaciones de levantamiento, sujeción, transporte, etc., de cargas que generen riesgos ergonómicos.
- Directiva 90/270, referente a las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización. Las previsiones de esta Directiva se aplican a todo trabajador que habitualmente y durante una parte relevante de su trabajo normal utilice de equipos que incorporan pantallas -con independencia de que las imágenes proyectadas tengan formato analógico o digital[11]-, disponiéndose la obligatoriedad de diversas medidas de prevención

[11] STJUE de 6 de julio del 2000 (Asunto C-11/1999).

destinadas a prevenir a los riesgos más asociados al desarrollo de estos puestos de trabajo (problemas de vista, ergonómicos y de cansancio mental).

En este sentido, a la hora de cumplir con la obligación prevista en esta Directiva de garantizar a todos trabajadores unos reconocimientos médicos adecuados de la vista, el TJUE ha declarado que no cabe hacer una interpretación restrictiva, debiéndose garantizar tales reconocimientos antes de ocupar el puesto y periódicamente siempre que se den las circunstancias relativas a habitualidad del trabajo con pantallas, así como cuando se identifiquen trastornos de la vista que pudieran deberes al trabajo con pantallas [12]. Además, la alusión a "dispositivos especiales correctores" contenidos en esta Directiva debe interpretarse como la obligación del empresario de proporcionar a los trabajadores unas "gafas graduadas", lo que puede cumplirse, bien mediante la entrega directa de dicho dispositivo por parte del empresario, bien mediante el reembolso de los gastos que el trabajador haya tenido que efectuar, pero no mediante el abono al trabajador de un complemento salarial de carácter general [13].

– Directiva 2009/104, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud para la utilización por los trabajadores en el trabajo de los equipos de trabajo. El objeto de esta Directiva guarda relación con las cuestiones relativas a la puesta en marcha, reparación, conservación, limpieza de todo aquello que pueda ser considerado un equipo de trabajo (máquinas, herramientas, aparatos, etc.).

3.2. Directivas sobre exposición a determinados agentes (riesgos químicos, físicos, biológicos, etc.)

Entre otras, destacan las siguientes Directivas:

– Directiva 98/24, relativa a la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo. Esta Directiva resulta de aplicación en lo que se refiere a la prevención de los riesgos derivados de cualquier agente químico y en aplicación de la misma se han aprobado otras Directivas que establecen los límites de exposición a tales agentes por parte de los trabajadores (Directivas 2000/39, 2006/15, 2009/161 y 2017/164); es decir, determinando cuantitativamente cuando la exposición se entiende un claro riesgo para la salud y, por tanto, debe evitarse.

– Directiva 2000/54, sobre protección de los trabajadores contra riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo.

[12] STJUE de 12 de diciembre de 1996 (Asuntos C-74/1995 y C-129/1995).

[13] STJUE de 22 de diciembre de 2022 (Asunto C-392/2021).

Fruto de diversas Directivas y modificaciones, esta norma se refiere a las medidas de prevención y de protección de aquellos agentes susceptibles de causar infecciones, alergias o toxicidades en los trabajadores, muy relevantes en sectores de actividad tales como el sector sanitario o el sector alimentario, entre otros.

– Directiva 2003/10, sobre las disposiciones mínimas de seguridad y de salud relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de los agentes físicos (ruido). Esta Directiva se aplica a aquellas actividades en que los trabajadores estén o puedan estar expuestos a ciertos niveles de ruido, estableciendo unos valores límite de exposición y una serie de previsiones particulares referidas a la evaluación de los riesgos asociados al ruido y las medidas preventivas a adoptar.

  La jurisprudencia del TJUE ha clarificado el orden de jerarquía existente entre las diferentes obligaciones contempladas en esta Directiva y que debe adoptar el empresario cuando la evaluación de riesgos ponga de manifiesto que se están excediendo los valores límite de exposición al ruido. Así, en primer lugar, el empresario debe intentar adoptar medidas técnicas u organizativas destinadas a reducir tal exposición y sólo en la medida que estás medidas no consigan reducir la exposición entra en juego la obligación adicional de poner a disposición de los trabajadores protectores auditivos, a lo que se deben sumar otras medidas específicas en caso de que tales protectores tampoco consigan evitar una exposición que supere los valores límite. Es decir, la evaluación de si se sobrepasan o no los valores límite se tiene que realizar sin tener en cuenta la reducción de exposición que implican tales equipos de protección individuales, de modo que resulta prioritario a efectos del cumplimiento y de la eficacia de la Directiva la aplicación de medidas colectivas de organización del trabajo que reduzcan los niveles de exposición. Por tanto, en el caso de superarse los niveles de exposición permitidos, la mera entrega de equipos de protección individual no puede ser considerada por si sola una medida adecuada para cumplir con las obligaciones impuestas por la Directiva [14].

– Directiva 2004/37, relativa a la protección de los trabajadores contra los riesgos relativos a la exposición a agentes carcinógenos o mutágenos durante el trabajo. Se trata, nuevamente, de una Directiva que es fruto de sucesivas Directivas y modificaciones normativas, pues se ha ido ampliando, a la luz de la evolución de los conocimientos técnicos y científicos, la identificación de agentes que pueden provocar cáncer en los trabajadores y las medidas de prevención y protección al respecto. Como el resto de Directivas en materia de seguridad y salud laboral, se trata de una norma de carácter mínimo y, por tanto, no se opone

[14] STJUE de 19 de mayo de 2011 (Asuntos C-256/2010 y C-261/2010).

a que en los ordenamientos nacionales se adopten disposiciones que introduzcan una mayor protección, por ejemplo, exigiendo que se evite en la mayor medida posible la exposición a un determinado agente, con independencia de los resultados de la evaluación de riesgos[15].

– Directiva 2013/35, sobre las disposiciones mínimas de salud y seguridad relativas a la exposición de los trabajadores a los riesgos derivados de agentes físicos (campos electromagnéticos). Con el antecedente de otras Directivas sobre la misma materia, en esta última Directiva va dirigida a establecer las condiciones de seguridad para prevenir todos los efectos conocidos sobre el cuerpo humano que se derivan de la exposición a fuentes de energía.

3.3. Directivas relativas a sectores de actividad particulares

Entre otras, destacan las siguientes Directivas:

– Directiva 92/57, que establece disposiciones mínimas de seguridad y salud para las obras de construcción temporales o móviles. Las previsiones de esta Directiva van destinadas a la práctica generalidad de trabajos englobados bajo la noción de obras de construcción (edificaciones, excavaciones, derribo, montaje y desmontaje de prefabricados, reparación, pintura, etc.), con el objeto de establecer los estándares de seguridad en estos trabajos, con la particularidad de que, a diferencia de la DM, contiene disposiciones que se aplican también a los trabajadores autónomos.

  De conformidad con lo declarado por la jurisprudencia europea, las obligaciones previstas en esta Directiva, en lo relativo a la designación por parte del propietario o director de la obra de un coordinador de seguridad y salud y a la determinación por dicho de coordinador de un plan específico de seguridad y salud, resultan exigibles antes de la ejecución de los trabajos de cualquier obra incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva, sin que ello puede ser excepcionado por parte de las legislaciones nacionales, pues la Directiva no contempla excepciones –salvo en casos muy puntuales en cuanto al plan de seguridad y salud- y concibe tales exigencias como un aspecto central en orden a prevenir los accidentes en lugares de trabajo móviles o temporales. Por consiguiente, tales obligaciones no pueden quedar condicionadas a aspectos tales como la exigencia o no de licencia de obras o al número de empresas intervinientes en la obra[16].

– Directiva 93/103, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo a bordo de los buques de pesca. Esta Directiva tiene

[15] STJUE de 17 de diciembre de 1998 (Asunto C-2/1997).

[16] SSTJUE de 25 de julio de 2008 (Asunto C-504/2006) y de 7 de octubre de 2010 (Asunto C-224/2009).

por objeto regular las condiciones mínimas de seguridad y salud de los trabajadores que desempeñan sus labores en barcos de pesca de más de 12 metros de longitud.

3.4. Directivas relativas a colectivos específicos de trabajadores

Junto a las previsiones recogidas en algunas otras Directivas de alcance más general –por ejemplo, Directiva 2003/88, en materia de tiempo de trabajo[17]-, hay que hacer referencia a las siguientes Directivas:

- Directiva 91/383, por la que se completan las medidas tendentes a promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral de duración determinada o de empresas de trabajo temporal. Su finalidad esencial es garantizar que el carácter temporal de las relaciones laborales no suponga un menor nivel de protección en materia de seguridad y salud en el trabajo.
- Directiva 92/85, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Sus previsiones van dirigidas esencialmente a garantizar una evaluación de riesgos específicos –contemplando la propia Directiva un elenco no exhaustivo de los riesgos a considerar- y a la adopción de las correspondientes medidas preventivas en relación con la protección de la mujer y su hijo durante el embarazo –se protege la maternidad biológica, quedando excluidas situaciones como la llamada maternidad o gestación subrogada, sin perjuicio de que los Estados miembros puedan decidir extender las medidas a estas situaciones [SSTJUE de 18 de marzo de 2014 (Asuntos C-167/2012 y C-363/2012)]-, el postparto y la lactancia natural. Las medidas preventivas se refieren a cuestiones tales como la necesidad de limitar el trabajo nocturno o a garantizar adaptaciones de los puestos de trabajo y al derecho a ciertos permisos, previéndose, además, garantías dirigidas a prohibir el despido y al mantenimiento de los derechos laborales de las mujeres embarazadas o durante el periodo de lactancia y el disfrute del permiso de maternidad.

  La falta de una adecuada y específica evaluación de los riesgos en cada situación individual de embarazo o lactancia debe ser considerada una discriminación directa por razón de sexo, lo que, según el TJUE, lleva anudado la aplicación de las garantías particulares previstas a tal efecto (Directiva 2006/54, sobre igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación), entre ellas

[17] Sobre las conexiones entre esta Directiva y la Directiva 89/91 en materia de seguridad y salud, existe una relevante jurisprudencia del TJUE. Cfr., por ejemplo, recientemente, sobre el trabajo nocturno, STJUE de 4 de mayo de 2023 (Asuntos acumulados C-529/21 a C-536/21 y C-732/21 a C-738/21).

el desplazamiento de la carga de la prueba a quién niegue la existencia de una situación de riesgo cuando el trabajador aporte indicios de la concurrencia de una situación merecedora de la aplicación medidas preventivas previstas para dar cumplimiento a la Directiva en esta materia, como es el caso de la concesión de una suspensión del contrato de trabajo para evitar riesgos con derecho al percibo de una prestación de Seguridad Social que compense la no retribución de la trabajadora[18]. Por otra parte, según la jurisprudencia europea, la prohibición de despido contenida en esta Directiva, aplicable tanto a los trabajadores indefinidos como a los temporales[19], no se opone a que una normativa nacional considere legítimo el despido de una trabajadora a través de un despido colectivo justificado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre y cuando quede constancia de los criterios objetivos que se han tenido en cuenta a la hora designar a tal trabajadora como una de las afectadas por el despido, pero sin que exista, en aplicación de la Directiva, ni una prioridad de permanencia ni de recolocación de la trabajadora en otro puesto de trabajo. Ahora bien, en los casos en que el despido se considere injustificado, la respuesta del ordenamiento nacional no puede ser exclusivamente la nulidad del despido, pues la Directiva obliga también a adoptar medidas con un efecto preventivo de los despidos de mujeres embarazadas, con lo que aparece apuntarse a que en estos casos procede, además, condenar al empresario al pago de una indemnización a la trabajadora[20].

– Directiva 94/33, relativa a la protección de los jóvenes en el trabajo. A través de esta Directiva se establecen esencialmente una serie de prohibiciones y limitaciones de los trabajos que pueden desarrollar los jóvenes, por entenderse que generan unos mayores riesgos para su salud, así como una serie de cautelas reforzadas en relación con la evaluación de riesgos en estos casos y otras limitaciones relativas al tiempo de trabajo.

4. Bibliografía

Alzaga Ruiz, I. (2018): "La intervención normativa de la Unión Europea en materia de prevención de riesgos laborales", en Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, nº 138.

Cavas Martínez, F. (2019): "Las Directivas específicas sobre seguridad y salud en el trabajo", en AAVV: *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Ed. Francis Lefebvre.

[18] SSTJUE de 19 de octubre de 2017 (Asunto C-513/2015) y de 19 de septiembre de 2018 (Asunto C-41/2017).

[19] STJUE de 4 de octubre de 2001 (Asunto C-438/1999).

[20] STJUE de 22 de febrero de 2018 (Asunto C-103/2016).

Cristóbal Roncero, R. (2004): "La protección de la seguridad y salud en el trabajo en el Derecho Social Comunitario", en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 53.

Gómez Caballero, P. (2015): "La seguridad y salud en el trabajo en la jurisprudencia comunitaria", Temas Laborales, nº 130.

González-Posada Martínez, E. (1991): "El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo. La Directiva 89/391/CEE", en Actualidad Laboral, nº 32.

Marín Alonso, I. (2019): "La tutela preventiva de la lactancia natural y discriminación por razón de sexo en la praxis judicial europea y nacional: la inversión de la carga de la prueba en supuestos de incorrecta evaluación de riesgos laborales", en Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 11, nº 1.

Monereo Pérez J. L. y Moreno Vida, M. (2019): "La Directiva Marco 89/391/CEE como eje del Derecho Social Comunitario de la prevención de riesgos laborales", en AAVV: *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, Ed. Francis Lefebvre.

Navarro Nieto, F. (2011): "Las políticas y normas en materia de seguridad y salud de la UE", en AAVV: *Manual de derecho social de la Unión Europea,* Ed. Tecnos.

Pérez de los Cobos Orihuel, F. (1991): "La Directiva Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del ordenamiento español", en Relaciones Laborales, nº 8.

Pérez de los Cobos Orihuel, F. (1994): *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Ed. Civitas.

Valdeolivas García, Y. y Tudela Cambronero, G. (2012 y 2024): "La protección de la seguridad y salud laboral en el marco de la Unión Europea", en AAVV: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, Ed. Tirant lo Blanch.

CAPÍTULO DÉCIMO QUINTO. Tiempo de trabajo

Alberto Cámara Botía
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Murcia
https://orcid.org/0000-0001-8498-4163

Sumario: 1. La regulación comunitaria del tiempo de trabajo: un instrumento al servicio de la protección de la salud y seguridad de los trabajadores. 2. El ámbito de aplicación de la Directiva 2003/88. 2.1. El ámbito personal: la Directiva 2003/88 se aplica a los trabajadores. 2.2. El ámbito funcional: la Directiva 2003/88 se aplica a todos los sectores de actividad, públicos y privados. 3. Noción de tiempo de trabajo. 4. La duración máxima de la jornada de trabajo. 4.1. Excepciones e inaplicación de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal. A. La llamada *excepción de los "trabajadores autónomos"*. B. La inaplicación o exclusión voluntaria del art. 6 de la Directiva 2003/88. 4.2 Excepciones al período de referencia. A. La excepción genérica mediante convenios colectivos. B. Las excepciones para actividades específicas. C. Los límites a las excepciones al período de referencia. 5. Los períodos mínimos de descanso: las pausas en el trabajo y los descansos entre jornadas y semanal. 5.1. Las pausas en el trabajo. 5.2. El descanso entre jornadas. 5.3. El descanso semanal. 5.4. Excepciones a las normas sobre descansos. 6. Trabajo nocturno. 7. Trabajo a turnos y ritmo de trabajo. 8. Vacaciones anuales. 8.1. El derecho a vacaciones anuales retribuidas. 8.2. Contenido y requisitos del derecho. 8.3. El ejercicio del derecho a las vacaciones. 8.4. Retribución de las vacaciones. 8.5. Prohibición de solapamiento con las situaciones de maternidad e incapacidad temporal. 8.6. Prohibición de compensación económica. 9. Bibliografía.

1. La regulación comunitaria del tiempo de trabajo: un instrumento al servicio de la protección de la salud y seguridad de los trabajadores

El Derecho de la Unión Europea no contiene una regulación integral del tiempo de trabajo. De los diferentes puntos de vista desde los que puede ser objeto de ordenación y estudio (determinación de la prestación laboral, módulo salarial, políticas de empleo, flexibilidad y adaptabilidad laboral, rentabilidad económica, poderes empresariales, conciliación con la vida extralaboral del trabajador, tipología

contractual, etc.) el Derecho de la Unión Europea se limita a su consideración como medio de protección de la salud y seguridad de los trabajadores[1]. Así lo indica claramente el art. 1 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y lo ha reconocido el TJUE[2]. Siendo el objetivo básico la protección de la salud y seguridad de los trabajadores, no puede olvidarse que también tiene un claro efecto empresarial y económico, al resultar de su aplicación la armonización de los ordenamientos nacionales en materia de tiempo de trabajo, factor productivo esencial. Hay que tener en cuenta, por otra parte, que el enfoque prevencionista ha resultado superado por Directivas recientes, que se aproximan a la regulación del tiempo de trabajo desde el punto de vista de derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral (Directiva 2019/1158, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores) o de la determinación de la prestación laboral (Directiva 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).

La primera Directiva sobre tiempo de trabajo, la Directiva 93/104/CE, se promulgó sobre la base del antiguo art. 118A del Tratado constitutivo de la CEE que preveía el establecimiento de disposiciones mínimas para promover la mejora del medio de trabajo, con el fin de elevar el nivel de protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores. El TJUE confirmó su idoneidad para sustentar la ordenación de una condición de trabajo como la jornada[3], quedando así configurada como una de las específicas que acompañan a la Directiva Marco sobre seguridad y salud de los trabajadores. La Directiva 93/104 fue modificada por la Directiva 2000/34/CE, de 22 de junio de 2000 y ambas "codificadas" o refundidas en la vigente Directiva 2003/88. Su base jurídica es el art. 137 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (actual art. 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), conforme al cual la Comunidad apoyará y completará la acción de los Estados miembros, con vistas a mejorar el entorno de trabajo, para proteger la salud y la seguridad de los trabajadores.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea contiene referencia específica a la jornada y descansos de los trabajadores. La Carta, con el mismo valor jurídico que los Tratados[4], reconoce a los trabajadores el derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, seguridad y dignidad (art. 31.1) y a la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios semanales así como a un período de vacaciones anuales retribuidas (art. 31.2), derechos estos últimos tipificados con autonomía propia frente a la protección de

[1] Cámara Botía, 2024, en el que se basa este capítulo.

[2] STJUE de 12 de noviembre de 2006, (Asunto C-84/94).

[3] STJUE de 12 de noviembre de 1996, (Asunto C-84/94).

[4] STJUE de 25 de junio de 2020, (Asuntos C-762/18 y C-37/19).

la salud y seguridad en el trabajo. Así los derechos fundamentales proclamados por la Carta (art. 31.2) son concretados por la Directiva 2003/88, de modo que "las disposiciones de la Directiva 2003/88 no pueden ser objeto de una interpretación restrictiva" en perjuicio de los derechos que concede al trabajador[5]. Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Carta debe ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Sólo podrán introducirse limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás (art. 52).

La Directiva 2003/88 se configura como norma mínima respecto de los Derechos nacionales (art. 15). Esta regla "no confiere a los Estados miembros la facultad de legislar en virtud del Derecho de la Unión, sino que se limita a reconocer la facultad que estos tienen de establecer en su Derecho nacional tales disposiciones más favorables, al margen del régimen establecido por la citada Directiva"[6]. Por otra parte, establece una cláusula de no regresión: la aplicación de la Directiva no constituirá una justificación válida para la disminución del nivel general de protección de los trabajadores por las disposiciones nacionales (art. 23).

Utilísimo instrumento de conocimiento sobre esta materia es el Informe de la Comisión Europea *Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE* que reúne en un documento el contenido de la Directiva, la jurisprudencia aplicativa del TJUE y el punto de vista de la Comisión sobre el tema (en adelante, la *Comunicación interpretativa*). Su primera edición de 2017 (2017/C 165/01, DOUE de 24.5.2017) ha sido actualizada en 2023 (2023/C 143/06, DOUE de 26.4.2023). También en 2023 se ha publicado el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación por parte de los Estados miembros de la Directiva 2003/88/CE, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (COM(2023) 72 final).

2. El ámbito de aplicación de la Directiva 2003/88

Dos acotaciones son necesarias antes de analizar el ámbito personal y funcional de aplicación de la Directiva:

a) Su regulación se reduce a la fijación de disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo (art. 1), fundamentalmente mediante la imposición de límites a la prestación de trabajo (art. 1.2.a) y b)), desentendiéndose de la retribución del tiempo de trabajo prestado[7], excepto en el caso de las vacaciones, que se configuran como "retribuidas" (art. 7.1).

[5] STJUE de 9 de marzo de 2021, (Asunto C-344/19).

[6] STJUE de 19 de noviembre de 2019, (Asuntos C- 609/17 y C-610/17).

[7] SSTJUE de 10 de septiembre de 2015, (Asunto C-266/14) y 7 de julio de 2022, (Asuntos C-257/21 y C-258/21).

b) La Directiva 2003/88 constituye la norma general sobre tiempo de trabajo que convive con otras disposiciones específicas o sectoriales para determinadas actividades: sus disposiciones no se aplicarán en la medida en que otros instrumentos comunitarios contengan prescripciones más específicas en materia de ordenación del tiempo de trabajo en lo referente a determinadas ocupaciones o actividades profesionales (art. 14). Las normas específicas establecidas por otras disposiciones del Derecho de la Unión sobre tiempo de trabajo de determinadas categorías de trabajadores deben prevalecer sobre las disposiciones de la Directiva 2003/88[8].

2.1. El ámbito personal: la Directiva 2003/88 se aplica a los trabajadores

La Directiva 2003/88 se aplica a los trabajadores por cuenta ajena. Su objeto, como se ha dicho, es promover la mejora de la seguridad y salud laborales mediante la armonización de las normas nacionales sobre tiempo de trabajo. El concepto de trabajador es un concepto autónomo y propio del Derecho de la Unión: "no puede ser objeto de una interpretación variable según los Derechos nacionales"[9]. Para definirlo deben utilizarse los "criterios objetivos" configuradores de la relación laboral "atendiendo a los derechos y los deberes de las personas interesadas", resultando "característica esencial de la relación laboral" que "una persona realice, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución". Por tanto, "la relación laboral supone que se dé una relación de subordinación entre el trabajador y el empleador, cuya existencia debe apreciarse en cada caso concreto, en función del conjunto de hechos y circunstancias que caractericen a las relaciones existentes entre las partes"[10]. De acuerdo con reiterada jurisprudencia "se ha de considerar «trabajador» a cualquier persona que ejerza actividades reales y efectivas, con exclusión de aquellas actividades realizadas a tan pequeña escala que tengan un carácter meramente marginal y accesorio"[11].

En este sentido se han considerado trabajadores a efectos de aplicación de la Directiva 2003/88 el personal ocasional y de temporada que trabaja como máximo ochenta días al año en centros de vacaciones y ocio[12]; el empleado de una entidad de Derecho público perteneciente al ámbito de la seguridad social[13]; personas

[8] Cámara Botía, 2014, pp. 42 y 43.

[9] STJUE de 14 de octubre de 2010, (Asunto C-428/09).

[10] SSTJUE de 20 de noviembre de 2018, (Asunto C-147/17) y 15 de julio de 2021, (Asunto C-742/19).

[11] STJUE de 21 de febrero de 2018, (Asunto C-518/15) y Auto TJUE de 7 de abril de 2011, (Asunto C-519/09).

[12] STJUE de 14 de octubre de 2010, (Asunto C-428/09).

[13] Auto TJUE de 7 de abril de 2011, (Asunto C-519/09).

admitidas en un centro de ayuda mediante el trabajo[14]; bomberos voluntarios[15] y acogedores familiares profesionales[16]. Por tanto, como señala la *Comunicación interpretativa*, "determinadas personas calificadas como *trabajadores autónomos* en virtud del Derecho nacional podrían, no obstante, ser consideradas *trabajadores*" a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88 y "la calificación de *prestador autónomo* con arreglo al Derecho nacional no excluye que la misma persona deba ser calificada de trabajador por cuenta ajena o de trabajador a efectos del Derecho de la Unión si su independencia solo es ficticia y disimula lo que a todos los efectos es una relación laboral".

2.2. El ámbito funcional: la Directiva 2003/88 se aplica a todos los sectores de actividad, públicos y privados

La Directiva sobre tiempo de trabajo (art. 1.3) define su ámbito funcional de aplicación por remisión al de la Directiva Marco sobre seguridad y salud de los trabajadores, que incluye "todos los sectores de actividades, públicas o privadas (actividades industriales, agrícolas, comerciales, administrativas, de servicios, educativas, culturales, de ocio, etc.)" (art. 2.1) y excluye su aplicación a determinadas actividades específicas de la función pública (fuerzas armadas, policía, protección civil) "cuando se opongan a ello de manera concluyente las particularidades inherentes" de dichas actividades, pese a lo cual "será preciso velar para que la seguridad y la salud de los trabajadores queden aseguradas en la medida de lo posible" teniendo en cuenta los objetivos de la Directiva (art. 2.2). Por tanto, como regla, la Directiva es aplicable a las actividades de las fuerzas armadas, la policía y los servicios de protección civil y a toda la actividad de la función pública normalmente desarrollada.

El art. 2.2 de la Directiva Marco no implica una exclusión en bloque de la función pública, sino sólo cuando en el ejercicio de la actividad concurran circunstancias específicas que lo justifiquen. La STJUE de 15 de julio de 2021 (Asunto C-742/19) sobre la aplicabilidad de la Directiva a los miembros de las Fuerzas Armadas es una buena muestra de esta afirmación. La sentencia esclarece cuáles son las particularidades que permiten excluir determinadas actividades de la función pública del ámbito de aplicación de la Directiva. Deben caracterizarse por su necesaria prestación continuada: los servicios de salud, seguridad y el orden público no admiten interrupción. A partir de este dato, la inaplicabilidad de la Directiva se justificaría por la imposibilidad de planificar el tiempo de trabajo en determinadas modalidades de actuación:

a) Así resulta cuando la actividad no se presta en condiciones normales, en las que "las actividades de estos servicios pueden ser objeto de planificación, incluso en lo que respecta a los horarios de trabajo", sino

[14] STJUE de 26 de marzo de 2015, (Asunto C-316/13).

[15] STJUE de 21 de febrero de 2018, (Asunto C-518/15).

[16] STJUE de 20 de noviembre de 2018, (Asunto C-147/17).

en circunstancias "de excepcional gravedad y magnitud": catástrofes naturales o tecnológicas, atentados o accidentes graves, "que requieren la adopción de medidas indispensables para la protección de la vida, de la salud y de la seguridad colectiva y cuyo correcto cumplimiento se vería comprometido si debieran respetarse todas las normas contenidas en la Directiva 2003/88". En estos casos "es preciso conceder una prioridad absoluta a la finalidad de protección de la población, en detrimento del respeto de las disposiciones" de la Directiva que transitoriamente pueden inaplicarse.

b) También, aunque la actividad se preste en condiciones normales, si concurren "características tan específicas que se oponen de manera concluyente, por naturaleza, a una planificación del tiempo de trabajo que respete las exigencias impuestas por la Directiva 2003/88". Sería el supuesto de las actividades "que, para cumplir eficazmente el objetivo de interés general que se les ha asignado, solo puedan ejercerse de manera continua y únicamente por un mismo trabajador determinado, sin que sea posible instaurar un sistema de rotación que permita conceder a dicho trabajador, a intervalos regulares, horas o días de descanso después de haber realizado un determinado número de horas o días de trabajo". Es el caso de los acogedores familiares profesionales que reciben en su hogar y familia a un menor que queda a su cuidado de modo continuado y prolongado. La aplicación de la Directiva 2003/88 a este supuesto sería incompatible con el objetivo de integrar al menor en el hogar y la familia de acogida[17].

A la vista de estas consideraciones la sentencia afirma que no puede interpretarse el art. 2.2 de la Directiva Marco "en el sentido de que los miembros de las fuerzas armadas de los Estados miembros están excluidos, plenamente y de manera permanente, del ámbito de aplicación de la Directiva 2003/88." Hay actividades del personal militar que se desarrollan en circunstancias normales y en las que es perfectamente planificable el tiempo de trabajo ("las relacionadas, en particular, con servicios de administración, mantenimiento, reparación, sanidad, preservación del orden o persecución de las infracciones") por lo que no deben excluirse del ámbito de aplicación de la Directiva.

Diversos pronunciamientos del TJUE han declarado la aplicabilidad de la directiva 2003/88 a bomberos[18]; médicos de equipos de atención primaria[19]; médicos y personal de enfermería en puntos de atención continuada, en equipos de atención primaria y en servicios de urgencias extrahospitalarias[20]; personal

[17] STJUE de 20 de noviembre de 2018, (Asunto C-147/17).

[18] Auto TJUE de 14 de julio de 2005, Asunto C-52/04 y STJUE de 4 de mayo de 2023, (Asuntos C-529/21 a C-536/21 y C-732/21 a C-738/21).

[19] STJUE de 3 de octubre de 2000, (Asunto C-303/98).

[20] Auto TJUE de 3 de julio de 2001, (Asunto C-241/99).

de servicios de socorro terrestre prestado por medio de ambulancias y vehículos sanitarios de emergencias[21]; personal no civil de administraciones públicas[22]; agentes de la policía municipal[23] y jueces de paz[24].

3. Noción de tiempo de trabajo

A efectos de la aplicación de la Directiva 2003/88 resulta fundamental determinar el concepto de tiempo de trabajo. Se entiende por tal "todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales" (art. 2.1). Opuesto al tiempo de trabajo es el período de descanso definido de modo puramente negativo ("todo período que no sea tiempo de trabajo", art. 2.2). Respecto del concepto de tiempo de trabajo hay que tener en cuenta que:

- Es un concepto imperativo: no se encuentra entre las normas de la Directiva 2003/88 respecto de las cuales pueden establecerse excepciones[25].
- Es un concepto de Derecho de la Unión: no debe interpretarse en función de las normativas nacionales, sino de acuerdo con características objetivas, pues sólo esta interpretación garantiza la eficacia de la Directiva y su aplicación uniforme en los Estados miembros[26].
- Los Estados miembros no pueden adoptar definiciones menos restrictivas del tiempo de trabajo utilizando la facultad del art. 15 de la Directiva 2003/88. La facultad de establecer disposiciones más favorables sólo resulta aplicable sobre los capítulos dos y tres de la Directiva, no sobre su capítulo primero, cuyos preceptos establecen las definiciones necesarias para delimitar su objeto[27].
- Tiempo de trabajo y período de descanso son conceptos que se excluyen mutuamente, de modo que no hay una categoría intermedia entre ambos: o es trabajo, o es descanso[28].
- La "intensidad del trabajo desempeñado" o el rendimiento del trabajador no son relevantes para definir el tiempo de trabajo[29].

[21] STJUE de 5 de octubre de 2004, (Asuntos C-397/01 a C-403/01).
[22] STJUE de 12 de enero de 2006, (Asunto C-132/04).
[23] STJUE de 21 de octubre de 2010, (Asunto C-227/09).
[24] STJUE de 16 de julio de 2020, (Asunto C-658/18).
[25] STJUE de 10 de septiembre de 2015, (Asunto C-266/14).
[26] STJUE de 9 de septiembre de 2003, (Asunto C-151/02).
[27] STJUE de 21 de febrero de 2018, (Asunto C-518/15).
[28] STJUE de 9 de septiembre de 2003, (Asunto C-151/02).
[29] STJUE de 1 de diciembre de 2005, (Asunto C-14/04).

– La calificación de determinadas unidades temporales como tiempo de trabajo no prejuzga cuál deba ser su retribución. La Directiva 2003/88 no determina cómo deba retribuirse el tiempo así cualificado[30]. Su retribución no se rige por la Directiva sino por el Derecho nacional, de modo que serían admisibles retribuciones distintas para períodos que, a pesar de calificarse como tiempo de trabajo, presentan características diferentes[31]. Esto implica que en materia de retribución de las "guardias" el Derecho nacional puede tratar de forma distinta los períodos en los que haya una efectiva prestación de servicios y aquellos en los que esta falte, aunque toda la "guardia" se califique como tiempo de trabajo a efectos de aplicación de la Directiva[32]. Cuestión distinta es que la retribución de un período de tiempo determinado conforme al Derecho aplicable dependa de su calificación como tiempo de trabajo o de descanso, en cuyo caso la aplicación de la noción europea de tiempo de trabajo será determinante.

Tres son los elementos configuradores de la noción de tiempo de trabajo del art. 2.1 de la Directiva 2003/88:

a) El *elemento espacial*: el trabajador "está obligado a hallarse físicamente presente" en el lugar de trabajo[33].

b) El *elemento de autoridad,* la sujeción al poder de dirección del empresario: el trabajador debe estar a disposición del empresario "para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad"[34].

c) El *elemento profesional*: el trabajador debe realizar las tareas, funciones o actividades objeto de su prestación laboral.

Son tres elementos que normalmente concurren en una prestación de trabajo clásica y típica, sin embargo, no faltan casos en los que falta alguno de ellos, y, además, han surgido nuevas modalidades de trabajo en los que la prestación se desarrolla en un lugar no designado por el empresario, el trabajador dispone de un amplio margen de autoorganización y concurren amplios períodos de disponibilidad con otros de efectiva prestación de servicios. La ausencia de alguna de las notas distintivas plantea el correspondiente problema de calificación.

Buena parte de la problemática sobre calificación del tiempo de trabajo se ha planteado a propósito de las llamadas "guardias" de los trabajadores, ya sean *presenciales*, en las que los trabajadores se encuentran en el lugar de trabajo y a disposición del empresario para atender cualquier requerimiento laboral,

[30] STJUE de 1 de diciembre de 2005, (Asunto C-14/04).

[31] STJUE de 15 de julio de 2021, (Asunto C-742/19).

[32] STJUE de 9 de septiembre de 2021, (Asunto C-107/19).

[33] STJUE de 21 de febrero de 2018, (Asunto C-518/15).

[34] STJUE de 21 de febrero de 2018, (Asunto C-518/15).

pudiéndose alternar momentos de efectiva prestación de trabajo con otros de inactividad; o *no presenciales* o *localizadas* en las que el trabajador se encuentra fuera del lugar de trabajo, pero localizable y disponible para atender cualquier requerimiento del empresario. En el caso de las guardias presenciales podría dudarse de la calificación como tiempo de trabajo de los intervalos de inactividad enmarcados dentro de ellas. En el supuesto de las guardias localizadas tanto la ubicación del trabajador, fuera del lugar de trabajo, como la ausencia de una efectiva prestación de servicios a falta de requerimiento empresarial dificultarían su calificación como tiempo de trabajo.

La STJUE de 30 de octubre de 2000 (Asunto C-303/98)[35] despejó el panorama a propósito de la calificación del tiempo dedicado a atención continuada por los médicos de equipos de atención primaria y de hospital. Estas sentencias distinguen entre las guardias presenciales y las no presenciales o localizadas:

a) Respecto de las primeras, las efectuadas en el centro sanitario, se considera que la obligación de permanecer en el lugar de trabajo y estar a disposición del empresario para poder prestar sus servicios inmediatamente equivale al ejercicio de la actividad o funciones a las que hace referencia la Directiva. Es decir, en estos casos concurrirían los tres elementos definitorios del tiempo de trabajo, resultando irrelevante que el trabajador pueda descansar durante los períodos en que no sea requerida su actividad efectiva. Para la calificación como tiempo de trabajo de las guardias presenciales es indiferente la intensidad de la actividad desplegada por el trabajador, resultando determinante "la obligación que tiene dicho trabajador de mantenerse a la disposición de su empleador"[36].

b) Sin embargo, en las guardias localizadas, en las que el trabajador no debe permanecer en el centro sanitario sino solo estar localizable, de modo que el personal puede "organizar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a sus asuntos personales", sólo se consideraría tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios.

La posición inicial del TJUE sobre las guardias localizadas ha sido matizada posteriormente en varias sentencias[37]. En ellas se eleva a criterio definidor el poder del trabajador para autodeterminar el uso del tiempo, dentro del período de la guardia localizada, durante el que no es requerido por el empresario para prestar sus servicios y, por tanto, puede dedicarse a sus propios asuntos. Hay que distinguir entre: a) los períodos de guardia "durante los cuales las limitaciones impuestas al trabajador son de tal naturaleza que afectan objetivamente y de manera considerable

[35] En el mismo sentido la STJUE de 9 de septiembre de 2003 (Asunto C-151/02).

[36] STJUE de 1 de diciembre de 2005, (Asunto C-14/04).

[37] STJUE de 21 de febrero de 2018 (Asunto C-518/15) y 9 de marzo de 2021 (Asuntos C-344/19 y C-580/19).

a su capacidad para administrar libremente, en esos períodos, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicar ese tiempo a sus propios intereses", calificables como tiempo de trabajo; y b) los períodos en lo que "las limitaciones impuestas al trabajador (…) no alcanzan tal grado de intensidad y le permiten administrar su tiempo y dedicarse a sus propios intereses sin grandes limitaciones", en los que sólo se podría calificar como tiempo de trabajo el "correspondiente a la prestación laboral efectivamente realizada (…) durante dicho período"[38]. Serán las circunstancias del caso las que permitirán determinar si el tiempo de guardia correspondiente resulta encuadrable en uno u otro supuesto, debiendo ponderarse el plazo de respuesta a los requerimientos empresariales y la frecuencia de las actuaciones durante la guardia. Entre estas circunstancias, el hecho de que el trabajador pueda "ejercer otra actividad profesional durante sus períodos de guardia constituye una indicación importante de que las condiciones del régimen de disponibilidad no presencial no someten a dicho trabajador a grandes limitaciones que tengan un impacto muy significativo en la administración de su tiempo"[39]. Para esta sentencia "un período de guardia en régimen de disponibilidad no presencial cubierto por un bombero del retén, durante el cual dicho trabajador ejerce, con la autorización de su empresario, una actividad profesional por cuenta propia, pero debe, en caso de llamada de urgencia, incorporarse a su parque de bomberos de adscripción en un plazo máximo de diez minutos, no constituye «tiempo de trabajo», en el sentido de dicha disposición, si de una apreciación global del conjunto de circunstancias del caso concreto, en particular de la extensión y condiciones de esa facultad de ejercer otra actividad profesional y de la inexistencia de obligación de participar en todas las intervenciones realizadas desde ese parque se desprende que las limitaciones impuestas al citado trabajador durante ese período no son de tal naturaleza que afecten objetiva y muy significativamente su facultad para administrar libremente, en el referido período, el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales como bombero".

Pese a que ciertos períodos de guardia no merezcan la calificación de tiempo de trabajo hay que tener en cuenta que su calificación como tiempo de descanso "se entiende sin perjuicio del deber de los empresarios de cumplir las obligaciones específicas que les incumben en virtud de los artículos 5 y 6 de la Directiva 89/391, con el fin de proteger la seguridad y la salud de sus trabajadores. De ello se desprende que los empresarios no pueden introducir períodos de guardia tan largos o frecuentes que constituyan un riesgo para la seguridad o la salud de los trabajadores, con independencia de que dichos períodos se califiquen de «períodos de descanso» en el sentido del artículo 2, punto 2, de la Directiva 2003/88. Corresponde a los Estados miembros definir, en su ordenamiento jurídico nacional, las modalidades de aplicación de esta obligación[40]".

[38] STJUE de 9 de marzo de 2021, (Asunto C-344/19).

[39] STJUE de 11 de noviembre de 2021, (Asunto C-214/20).

[40] STJUE de 9 de marzo de 2021, (Asunto C-580/19).

Otro problema importante que ha resuelto el TJUE es el de la calificación de determinados tiempos de desplazamiento de los trabajadores. La STJUE de 10 de septiembre de 2015 (Asunto C-266/14) declaró, en un supuesto en el que los trabajadores carecían de centro de trabajo fijo o habitual, que el tiempo de desplazamiento entre el domicilio de los trabajadores y los establecimientos del primer y del último cliente de la jornada constituía tiempo de trabajo. La controversia se planteó en una empresa dedicada a la instalación y mantenimiento de sistemas de seguridad, después de suprimir las delegaciones provinciales y adscribir todo el personal a la oficina central de Madrid. Antes del cierre de las oficinas provinciales la jornada de trabajo se iniciaba y terminaba en ellas: desde la llegada del trabajador para recoger el vehículo de empresa hasta su regreso para devolverlo. Una vez suprimidas las oficinas provinciales, a los trabajadores se les comunicaba el día anterior la ruta y los clientes a visitar, computándose la jornada desde el momento en que se iniciaba la atención al primer cliente hasta el que se terminaba con el último. El hecho de que, antes de su reorganización, la empresa calificara como tiempo de trabajo los desplazamientos de los trabajadores hacia o desde la ubicación de los clientes contribuye a explicar el sentido del fallo. El TJUE consideró que concurrían los elementos definitorios del tiempo de trabajo: a) el trabajador que ya no tiene centro de trabajo fijo "ejerce sus funciones durante el desplazamiento hacia o desde un cliente", por lo que debe considerarse que permanece igualmente en el trabajo durante ese trayecto"; b) los desplazamientos se efectúan siguiendo las órdenes e instrucciones empresariales; y c) constituyen instrumento necesario para el desarrollo de su actividad.

La calificación del tiempo dedicado por los trabajadores a recibir formación profesional obligatoria para desempeñar su puesto de trabajo también ha sido objeto de pronunciamiento del TJUE. Constituye tiempo de trabajo el período durante el cual un trabajador realiza cursos de formación profesional obligatorios tras la finalización del horario de trabajo normal, en la sede del proveedor de los servicios de formación, fuera de su lugar de trabajo y sin ejercer funciones laborales. En este período concurre el *elemento de autoridad* de la noción europea de tiempo de trabajo, el trabajador está a disposición del empresario, y resultan irrelevantes las circunstancias de que la formación venga impuesta normativamente, se desarrolle total o parcialmente fuera del horario de trabajo y de los locales de la empresa, y durante la misma no se desarrollen las funciones laborales habituales. Además, la solución contraria supondría una interpretación restrictiva de la Directiva en perjuicio del derecho del trabajador a disfrutar de un reposo suficiente[41].

4. La duración máxima de la jornada de trabajo

Instrumento básico para proteger la salud y seguridad de los trabajadores es la limitación de la jornada de trabajo: evita su agotamiento físico y les proporciona tiempo de descanso y esparcimiento. En este sentido el art. 6 de la Directiva

[41] STJUE de 28 de octubre de 2021, (Asunto C-909/19).

2003/88 establece que los Estados deberán limitar la duración del tiempo de trabajo semanal por medio de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas o de convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales, de modo que la *duración media del trabajo no exceda de cuarenta y ocho horas*, incluidas las extraordinarias, por cada período de siete días.

La Directiva, al igual que muchos ordenamientos laborales nacionales, no impone un molde rígido que impida superar las cuarenta y ocho horas semanales, sino que recurre a la determinación de una "duración media". Cuarenta y ocho es el resultado de dividir el número de horas trabajadas durante un determinado *período de referencia* entre las semanas integrantes del mismo. En el art. 6 de la Directiva el período de referencia es la semana, pero su art. 16.b) permite a los Estados elevarlo hasta los cuatro meses (neutralizando para su cálculo los períodos de vacaciones y de bajas por enfermedad), e incluso, en determinados supuestos, a los seis y doce meses. La fijación de un período de referencia superior a la semana permite distribuir irregularmente el tiempo de trabajo y facilita la flexibilidad y adaptabilidad del trabajo a las necesidades empresariales, posibilitando una mayor o menor prestación de trabajo en función de los ciclos empresariales. Resultarán así semanas en las que se trabaje más de cuarenta y ocho horas, compensadas con otras en las que se trabaje menos.

Período de referencia es un concepto autónomo del Derecho de la Unión que debe interpretarse de manera uniforme, con independencia de las calificaciones utilizadas en los Estados miembros y teniendo en cuenta los objetivos perseguidos por la normativa de salud y seguridad[42]. Los períodos de referencia pueden determinarse de modo fijo, con inicio y fin en fechas ciertas, o variable, de modo que se recalculara constantemente la duración media del tiempo de trabajo semanal en función del paso del tiempo. Ante la falta de norma expresa, la STJUE de 11 de abril de 2019 (Asunto C-254/18) declaró que los Estados miembros tienen, en principio, libertad para determinarlos según el método de su elección, siempre que no se sobrepase el límite máximo de las cuarenta y ocho horas semanales de media durante el período de referencia. La utilización de períodos de referencia fijos sucesivos podría provocar que en determinados lapsos se superara el citado límite; así sucedería si en dos períodos de referencia cuatrimestrales consecutivos la mayor parte de las horas de trabajo se colocara durante la segunda mitad del primer período y la primera del segundo, generando un período cuatrimestral en el que se sobrepasaría la duración media de cuarenta y ocho horas semanales. Para evitar estas situaciones, la normativa nacional debe prever "mecanismos que permitan garantizar que la duración media máxima del tiempo de trabajo semanal de 48 horas se respeta durante cada período de seis meses a caballo entre dos períodos de referencia fijos sucesivos", en el caso de utilizar períodos de referencia fijos.

En fin, conviene tener presentes las siguientes características de la norma contenida en art. 6 de la Directiva 2003/88:

[42] STJUE de 11 de abril de 2019, (Asunto C-254/18).

- Es "una regla del Derecho social de la Unión que reviste especial importancia y de la que debe disfrutar todo trabajador como disposición mínima destinada a garantizar la protección de sus seguridad y salud", sin que los Estados puedan "determinar unilateralmente el alcance de dicha disposición, sometiendo a condición o restricción alguna" su aplicación[43].
- Reúne todos los requisitos necesarios para producir efecto directo, por lo que en los litigios entre particulares el juez nacional debe interpretar el Derecho interno "en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad" de la Directiva, "para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta"[44]. El efecto directo permite su invocación frente a un empresario público, resultando contraria a la Directiva la norma nacional que permite que un empresario público decida el traslado forzoso de un trabajador por el hecho de solicitar el respeto de la jornada máxima prevista en la Directiva[45].

Para garantizar el efectivo cumplimiento de las normas de jornada máxima y descanso, los Estados miembros deben imponer a los empresarios la obligación de implantar un *sistema objetivo, fiable y accesible que permita el cómputo de la jornada* laboral diaria realizada por cada trabajador. Si el Derecho nacional no estableciera "la obligación de utilizar un instrumento que permita determinar objetivamente y de manera fiable el número de horas de trabajo diario y semanal", no se podría asegurar el efecto útil de la Directiva 2003/88 y del art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales, al privar "tanto a los empresarios como a los trabajadores de la posibilidad de comprobar si se respetan tales derechos, y, por lo tanto, puede comprometer el objetivo de dicha Directiva, que consiste en garantizar una mejor protección de la seguridad y de la salud de los trabajadores"[46].

La Directiva 2003/88 no contempla expresamente cómo se aplican las limitaciones de tiempo de trabajo en los casos en que el trabajador ha celebrado *varios contratos de trabajo* con el mismo o diferentes empresarios. En principio habría dos modos: o se aplican con independencia del número de contratos celebrados o se aplican a cada contrato. Las consecuencias serían muy distintas en cada supuesto, pues si se aplican a cada contrato el período de descanso de uno podría contarse como tiempo de trabajo de otro. La STJUE de 17 de marzo de 2021 (Asunto C-585/19) resuelve la cuestión en el caso de varios contratos celebrados con un mismo empresario, a propósito de la norma sobre descanso diario, declarando que los arts. 2.1 y 3 de la Directiva 2003/88 "deben interpretarse en el sentido de que, cuando un trabajador ha celebrado con un mismo empresario varios contratos de trabajo, el período mínimo de descanso diario, establecido

[43] STJUE de 14 de octubre de 2010, (Asunto C-243/09).

[44] STJUE de 5 de octubre de 2004, (Asuntos C-397/01 a C-403/01).

[45] STJUE de 14 de octubre de 2010, (Asunto C-243/09).

[46] STJUE de 14 de mayo de 2019, (Asunto C-55/18).

en dicho artículo 3, se aplica a tales contratos considerados en su conjunto no a cada uno de ellos por separado". No se ha resuelto cómo se aplicarían los límites en los casos de pluriempleo en los que un trabajador mantiene simultáneamente contratos con diferentes empresarios. Si de lo que se trata es de proteger la salud y seguridad de los trabajadores debería aplicarse teniendo en cuenta los diversos contratos simultáneamente vigentes.

Al igual que en los ordenamientos nacionales, la Directiva presenta un abigarrado cuadro de excepciones y especialidades a la ordenación común del tiempo de trabajo. Se refieren tanto a la duración del tiempo de trabajo en sí, como al período de referencia para su cálculo que, como ya se ha dicho, desempeña un papel fundamental en su determinación.

4.1. Excepciones e inaplicación de la duración máxima del tiempo de trabajo semanal

El art. 6 de la Directiva 2003/88 establece la jornada máxima semanal de cuarenta y ocho horas. La misma Directiva permite superar ese límite, al contemplar tanto excepciones (art. 17.1) como la inaplicación (art. 22.1) del precepto.

A. La llamada *excepción de los "trabajadores autónomos"*

El art 17.1 de la Directiva 2003/88 permite que los Estados establezcan excepciones tanto a la duración máxima de la jornada semanal (art. 6) como al período de referencia (art. 16). La excepción queda condicionada por las "características especiales de la actividad realizada", que hacen que la jornada de trabajo "pueda ser determinada por los propios trabajadores" o "no tenga una duración medida y/o establecida previamente". Sólo será aplicable a los trabajadores "cuya jornada de trabajo en su totalidad no tenga una duración medida o establecida previamente o que pueda ser determinada por los propios trabajadores a causa de la naturaleza de la actividad realizada"[47]. En la medida en que dentro del supuesto de hecho se incluye a trabajadores con poder de autodeterminación de su jornada de trabajo se entiende que la *Comunicación interpretativa* se refiera a esta regla, de modo impreciso, como *excepción para los trabajadores autónomos*.

La propia Directiva aporta algunos ejemplos, en enumeración no exhaustiva, de estas actividades y trabajadores: a) directivos y trabajadores con poder de decisión autónomos; b) trabajadores en régimen familiar; y c) trabajadores en actividades litúrgicas de las iglesias y comunidades religiosas. Según la *Comunicación interpretativa* de la Comisión "la excepción podría abarcar a determinados ejecutivos de los escalafones superiores cuya jornada de trabajo, en conjunto, no esté medida o establecida previamente, puesto que no están obligados a estar físicamente en el lugar de trabajo a unas horas fijas, sino que pueden decidir su horario de manera autónoma. De igual forma, podría, por ejemplo, aplicarse a

[47] STJUE de 7 de septiembre de 2006, (Asunto C-484/04).

determinados expertos, abogados de mayor antigüedad en una relación laboral o personal académico que gocen de una autonomía considerable para establecer su jornada laboral". Si los Estados optan por ejercer esta excepción, la Directiva sólo les impone el límite del respeto de los "principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores" (art. 17.1).

B. La inaplicación o exclusión voluntaria del art. 6 de la Directiva 2003/88

Frente al carácter limitado de la excepción prevista en el art. 17.1, que exige concurrencia de un específico supuesto de hecho y su justificación, el art. 22.1 de la Directiva 2003/88 permite a los Estados la inaplicación o exclusión voluntaria del art. 6 de la Directiva 2003/88 cumpliendo determinados requisitos de carácter procedimental. De este modo el art. 6 se convierte en norma dispositiva para los Estados, que podrán prescindir de la regla sobre jornada máxima. Es lo que se conoce como cláusula de *opting out*, exención o exclusión voluntaria de la norma comunitaria.

Si los Estados miembros optan por inaplicar el art. 6 de la Directiva, el consentimiento del trabajador se convierte en elemento fundamental: el empresario no podrá solicitar al trabajador que trabaje más de cuarenta y ocho horas semanales, en un período no superior a cuatro meses, si no ha obtenido el consentimiento del trabajador (art. 22.1.a)). La regla queda más clara formulada en positivo: se podrá superar la jornada máxima de cuarenta y ocho horas semanales si hay acuerdo entre trabajador y empresario. El consentimiento del trabajador debe ser individual, expreso y libre. No puede sustituirse por el expresado por los interlocutores sindicales en un convenio o acuerdo colectivo y es insuficiente la remisión a un convenio colectivo que permita la superación de las 48 horas semanales[48]. Como se afirmó en la STJUE de 5 de octubre de 2004 (Asuntos C-397/01 a C-403/01) las excepciones a los mínimos previstos en la Directiva deben "rodearse de todas las garantías necesarias para que, en el supuesto de que tenga que renunciar a un derecho social que la mencionada Directiva le ha concedido directamente, el trabajador afectado lo haga libremente y con pleno conocimiento de causa". Al ser el trabajador la parte débil del contrato "es necesario impedir que el empresario pueda viciar la voluntad de la otra parte contratante o imponerle una restricción de sus derechos sin que ésta haya manifestado expresamente su consentimiento al respecto". La garantía de indemnidad del trabajador se formula expresamente: ningún trabajador puede sufrir perjuicio alguno por el hecho de no estar dispuesto a dar su consentimiento (art. 22.1.b)). Además, el empresario debe facilitar a las autoridades competentes, a petición de éstas, información sobre el consentimiento dado por los trabajadores.

[48] STJUE de 3 de octubre de 2000, (Asunto C-303/98).

El empresario debe llevar registros actualizados de todos los trabajadores que trabajen más de cuarenta y ocho horas (art. 22.1.c)), poniéndolos a disposición de las autoridades competentes (art. 22.1.b)). Los datos que figuran en el registro de jornada son datos personales y su recogida, registro, organización, conservación, consulta y utilización constituyen tratamiento de datos personales. La normativa de protección de datos no se opone a una normativa nacional que impone al empresario "la obligación de poner a disposición de la autoridad nacional competente para la supervisión de la condiciones de trabajo el registro del tiempo de trabajo, de forma que permita su consulta inmediata, siempre que esta obligación sea necesaria para el ejercicio por esta autoridad de la misión que le incumbe en relación con la normativa sobre condiciones de trabajo y, especialmente, de la relativa al tiempo de trabajo"[49].

Dos garantías adicionales hay que tener en cuenta: a) la inaplicación del art. 6 de la Directiva 2003/88 debe respetar "los principios generales de protección de la seguridad y salud de los trabajadores" (art. 22.1); y b) las autoridades competentes, podrán prohibir o restringir, por razones de seguridad y de salud de los trabajadores, la posibilidad de sobrepasar la duración máxima del tiempo de trabajo semanal (art. 22.1.d)).

No se olvide, por último, que la exclusión voluntaria se refiere sólo al art. 6 de la Directiva, a la duración máxima de la jornada, no a los arts. 3, 4 y 5 dedicados a los descansos diarios y semanal. Por tanto, la ampliación de la jornada de trabajo más allá de lo dispuesto en el art. 6 sólo podría ocupar los huecos dejados por los descansos que actuarían como barreras infranqueables.

4.2. Excepciones al período de referencia

No sólo puede superarse el límite de las cuarenta y ocho horas semanales de jornada máxima (arts. 17.1 y 22), sino que también se puede superar el período de referencia de cuatro meses previsto para el cálculo de la duración máxima media de la jornada de trabajo (art. 16.b)). La mayor extensión del período de referencia permitirá una mayor distribución irregular del tiempo de trabajo y su acomodo a las necesidades de la empresa. La Directiva 2003/88 prevé la posibilidad de establecer excepciones a la duración del período de referencia en tres preceptos: los arts. 17.1, al que ya se ha hecho referencia, 17.3 y 18.

A. La excepción genérica mediante convenios colectivos

El art. 18 de la Directiva 2003/88 permite establecer mediante convenios colectivos excepciones al régimen del período de referencia ordenado en su art. 16. A diferencia de las previstas en el art. 17.1 y 3 la excepción mediante convenio colectivo no se limita a actividades determinadas, ni requiere justificación. Tiene,

[49] STJUE de 30 de mayo de 2013, (Asunto C-342/12).

por tanto, carácter autónomo "de modo que el hecho de que una profesión no esté enumerada" en el art. 17.3 no impide que pueda aplicarse la excepción del art. 18[50].

B. Las excepciones para actividades específicas

El art. 17.3 contempla un amplio elenco de actividades, sin carácter exhaustivo[51], respecto de las cuales podrán establecerse excepciones a lo dispuesto en su art. 16. En ellas concurren notorias peculiaridades que pueden justificar la excepción. Las excepciones deben establecerse de conformidad con lo dispuesto en el art. 17.2, es decir, mediante procedimientos legales, reglamentarios o administrativos o mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales. Aunque falten medidas expresas de adaptación, si el Derecho nacional aplicable a una actividad determinada cumple los requisitos de la Directiva "dicho derecho es conforme a la Directiva y nada impide que los órganos jurisdiccionales nacionales lo apliquen"[52].

C. Los límites a las excepciones al período de referencia

Mediante las vías expuestas (arts. 17.3 y 18) puede ampliarse la duración del período de referencia previsto en el art. 16.b), *cuatro meses*, hasta los *seis meses* (art. 19). No obstante, los Estados miembros, siempre que respeten los principios generales de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, tendrán la facultad de permitir que, *por razones objetivas, técnicas o de organización* del trabajo, los *convenios colectivos* o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales establezcan períodos de referencia que en ningún caso excederán de *doce meses*.

Para los trabajadores móviles y *off-shore* (art. 20) y los trabajadores de buques de pesca marítima (art. 21) se prevén diversas excepciones en materia de jornada, descansos y trabajo nocturno.

5. Los períodos mínimos de descanso: las pausas en el trabajo y los descansos entre jornadas y semanal

Los períodos de descanso, definidos conforme al art. 2.2 de la Directiva 2003/88 y fijados en su capítulo segundo, cumplen dos funciones. Por una parte, son medio para conseguir el objetivo de protección de la salud y seguridad de los trabajadores: al atenuar los efectos del cansancio y de la irregularidad de los ritmos de trabajo evitan lesiones y perjuicios de la salud (art. 2.9)[53]. Por otra, son el elemento que permite perfilar la completa ordenación del tiempo de trabajo al condicionar su distribución. La Directiva 2003/88, siguiendo también aquí un esquema normativo frecuente en los Derechos nacionales, contempla un ciclo de

[50] STJUE de 21 de octubre de 2010, (Asunto C-227/09).

[51] STJUE de 14 de octubre de 2010, (Asunto C-428/09).

[52] STJUE de 3 de octubre de 2000, (Asunto C-303/98).

[53] STJUE de 14 de octubre de 2010, (Asunto C-428/09).

descansos acompasado a los ritmos y ciclos periódicos de la vida y del tiempo: dentro de la jornada de trabajo y entre los distintos días, semanas y años, facilitando la alternancia entre el trabajo y el descanso. Los Estados han de garantizar el efectivo disfrute de los derechos al descanso de los trabajadores, para lo cual pueden imponer un deber empresarial de colaboración activa[54].

5.1. Las pausas en el trabajo

Con el nombre de "pausa", el art. 4 de la Directiva 2003/88 establece el derecho del trabajador cuyo tiempo de trabajo diario sea superior a seis horas a disfrutar de un descanso. La Directiva se limita a determinar la existencia y titularidad del derecho, remitiendo la fijación de su duración y requisitos de concesión a los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales o, en su defecto, mediante la legislación nacional. Este margen de apreciación de que disponen los Estados miembros para configurar las pausas no se extiende a su calificación como tiempo de trabajo o período de descanso, pues son conceptos autónomos del Derecho de la Unión[55].

La Directiva 2003/88 no utiliza la expresión descanso dentro de la jornada, sino pausa. No obstante, su naturaleza de descanso parece clara: se incluye dentro del capítulo II cuya rúbrica es la de "períodos mínimos de descanso"; aparece englobada junto con los otros descansos en el párrafo quinto del preámbulo de la Directiva; y se autoconfigura como "pausa de descanso" (art. 4). En este sentido la STJUE de 9 de septiembre de 2021 (Asunto C-107/19) se pronuncia sobre la calificación como tiempo de trabajo o de descanso de las dos pausas de media hora cada una, para la comida y el descanso, de que disponía el trabajador dentro de su jornada diaria. Durante las pausas el trabajador (bombero de la empresa) no era sustituido por otro empleado, permanecía conectado mediante un transmisor y debía estar en condiciones de efectuar una intervención en el lapso de dos minutos en caso de necesidad. El TJUE encuadra estas pausas dentro del llamado "régimen de guardia" (período de tiempo durante el que el trabajador debe permanecer "a disposición de su empresario para poder realizar una prestación laboral, a petición de éste") de modo que el poder del trabajador para autodeterminar el uso del tiempo durante las pausas se eleva a criterio determinante de su calificación como trabajo o descanso. Para el TJUE la apreciación global de las circunstancias del caso permiten apreciar que las limitaciones impuestas al trabajador durante las "pausas son tales que afectan objetivamente y de manera considerable a la capacidad de este para administrar libremente el tiempo durante el cual no se requieren sus servicios profesionales y para dedicar ese tiempo a sus propios intereses" por lo que constituyen tiempo de trabajo, siendo irrelevante a efectos de esta calificación que las interrupciones de las pausas por necesidades del trabajo fueran ocasionales e imprevisibles.

[54] STJUE de 7 de septiembre de 2006, (Asunto C-484/04).

[55] STJUE de 9 de septiembre de 2021, (Asunto C-107/19).

5.2. El descanso entre jornadas

El art. 3 de la Directiva establece un período mínimo de descanso diario de 11 horas consecutivas en el curso de cada período de 24 horas. Al disfrutarse estas horas de descanso de modo consecutivo dentro de cada período de 24 horas (no necesariamente el día natural) se irán alternando períodos de actividad de 13 horas seguidos de otros de descanso de 11 horas. Como señala la STJUE de 9 de septiembre de 2003 (Asunto C-151/02) "tales períodos de descanso deben suceder inmediatamente al tiempo de trabajo que supuestamente compensan, para evitar la aparición de un estado de fatiga o agotamiento del trabajador a causa de la acumulación de períodos consecutivos de trabajo". El trabajador para poder descansar efectivamente "debe disfrutar de la posibilidad de apartarse de su entorno laboral durante un número determinado de horas que no sólo deben ser consecutivas, sino que también deben suceder directamente a un período de trabajo, para permitir al interesado distraerse y eliminar el cansancio inherente al ejercicio de sus funciones". Por el contrario "una serie de períodos de trabajo desarrollados sin que entre ellos se intercale el tiempo de descanso necesario puede, en su caso, perjudicar al trabajador o, al menos, supone el riesgo de sobrepasar las capacidades físicas de éste, poniendo así en peligro su salud y su seguridad, de modo que un tiempo de descanso otorgado con posterioridad a dichos períodos no puede garantizar correctamente la protección de los intereses de que se trata."

5.3. El descanso semanal

El art. 5 de la Directiva establece un descanso mínimo semanal ("por cada período de siete días") de veinticuatro horas, a las que deben añadirse las once horas del descanso diario. Como el art. 16.a) prevé que los Estados podrán establecer para su aplicación un período de referencia de que no exceda de catorce días, el descanso semanal resultaría acumulable dentro de estos catorce días. También prevé la Directiva la reducción del descansos semanal a un período mínimo de veinticuatro horas "cuando lo justifiquen condiciones objetivas, técnicas o de organización del trabajo", supuesto previsto, según la *Comunicación interpretativa*, para dar respuesta, entre otros, a ciertos problemas que pueden plantearse en el trabajo a turnos (trabajadores que trabajan en el último turno del sábado y en el primero del domingo). La Directiva 2003/88 no exige "que el período mínimo de descanso semanal ininterrumpido de 24 horas al que tiene derecho todo trabajador sea concedido a más tardar el día siguiente a un período de seis días de trabajo consecutivos" pero sí impone "que sea concedido dentro de cada período de siete días", de modo que existe una cierta flexibilidad para elegir el momento de su disfrute dentro del período de referencia[56].

El derecho al descanso diario y el derecho al descanso semanal son dos derechos autónomos, que tienen objetivos distintos, cuyo efectivo disfrute debe

[56] STJUE de 9 de noviembre de 2017, (Asunto C-306/16).

garantizarse a los trabajadores. Por eso el descanso diario no puede incluirse dentro del semanal y ante la cuestión de si el descanso diario "forma parte del período de descanso semanal contemplado en dicho artículo 5 o si este último artículo solo fija la duración mínima de dicho período de descanso semanal" el TJUE ha declarado que "el descanso diario previsto en el artículo 3 de esta Directiva no forma parte del período de descanso semanal contemplado en dicho artículo 5, sino que se añade a este", e incluso si una normativa nacional estableciera un período de descanso semanal superior a las 35 horas "debe concederse al trabajador, además de ese período, el descanso diario" y que "cuando el descanso diario y el descanso semanal se conceden de manera contigua, el período de descanso semanal solo puede empezar a correr una vez que el trabajador haya disfrutado del descanso diario"[57].

5.4. Excepciones a las normas sobre descansos

Con carácter general los arts. 17.1, 2 y 3 y 18 de la Directiva 2003/88 permiten establecer excepciones a lo dispuesto en sus arts. 3 a 5 sobre descansos diarios y semanal. Ya se ha hecho referencia a esos preceptos al exponer las excepciones al régimen de jornada máxima, por lo que aquí sólo procede indicar algunas características de estas excepciones.

Como excepciones que son, deben interpretarse y aplicarse con carácter restrictivo: "deben ser objeto de una interpretación que limite su alcance a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses que estas excepciones permiten proteger"[58]. Puesto que tienen carácter facultativo ("las excepciones previstas en las disposiciones especiales en cuestión son facultativas, el Derecho de la Unión no impone a los Estados miembros que las establezcan en su Derecho nacional") su disfrute requiere que los Estados hayan optado por ejercerlas[59]. No obstante, "aun a falta de medidas expresas de adaptación" si "el Derecho nacional aplicable a una actividad determinada cumple los requisitos mencionados en el artículo 17 de ésta, dicho Derecho es conforme a la Directiva y nada impide que los órganos jurisdiccionales nacionales lo apliquen"[60]. Además la reducción del período de descanso diario "no puede en ningún caso llevar a que se exceda la duración máxima del tiempo de trabajo semanal prevista en el artículo 6 de dicha Directiva"[61].

La posibilidad de formular excepciones al régimen de descansos al amparo de los arts. 17.2 y 3 y 18 queda condicionada a la concesión de períodos equivalentes de descanso compensatorio o, en los casos excepcionales en que por razones objetivas no fuera posible, de una protección equivalente a los trabajadores de que

[57] STJUE de 2 de marzo de 2023, (Asunto C-477/21).

[58] STJUE de 9 de septiembre de 2003, (Asunto C-151/02).

[59] SSTJUE de 21 de octubre de 2010, (Asunto C-227/09) y de 9 de noviembre de 2017, (Asunto C-306/16).

[60] STJUE de 3 de octubre de 2000, (Asunto C-303/98).

[61] STJUE de 9 de septiembre de 2003, (Asunto C-151/02).

se trate. Esos períodos deben ser de descanso y alternarse con los de trabajo: "deben caracterizarse por el hecho de que, durante estos períodos, el trabajador no esté sujeto, frente a su empresario, a ninguna obligación que pueda impedirle dedicarse, libre e ininterrumpidamente, a sus propios intereses con objeto de contrarrestar los efectos del trabajo sobre la seguridad y la salud del interesado"[62]. Por eso se ha considerado que la limitación de la actividad laboral a ochenta días por año no puede considerarse período equivalente de descanso complementario, o protección equivalente en casos excepcionales en los que no sea posible la concesión de esos períodos por razones objetivas[63].

6. Trabajo nocturno

El trabajo nocturno constituye un factor de riesgo laboral (considerando 7 del preámbulo de la Directiva) por lo que se entiende perfectamente que una norma dirigida a garantizar la seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo dedique varios preceptos a su regulación (arts. 8 a 12), adaptada a la naturaleza de su trabajo (art. 12.a)) y equivalente a la de los demás trabajadores (art. 12.b)). La Directiva "deja a los Estados miembros un cierto margen de apreciación" para determinar las medidas adecuadas: "deben velar por que los trabajadores nocturnos disfruten de otras medidas de protección en materia de duración del trabajo, de salario, de retribución específica o de beneficios similares, que permitan compensar la especial penosidad que implica este tipo de trabajo, puesta de relieve, en particular, por la Directiva 2003/88, y, consecuentemente, reconocer la naturaleza del trabajo nocturno." No impone, sin embargo, "una diferencia o relación entre la duración normal del trabajo nocturno y la del trabajo diurno", por lo que "la primera puede, en principio, fijarse independientemente de la segunda". Es decir, no exige que la duración del trabajo nocturno sea de menor duración que la del diurno, siempre que se cumplan los límites del art. 8 de la Directiva. La protección adecuada puede también conseguirse mediante otros medios pues "la concesión de períodos de descanso adicionales o de períodos de tiempo libre, por ejemplo, podría contribuir también a la protección de la salud y de la seguridad de estos trabajadores"[64].

La Directiva 2003/88 contempla varios aspectos de la ordenación del trabajo nocturno (duración y ritmo de trabajo nocturno (arts. 8 y 13), protección de la salud y de la seguridad de los trabajadores nocturnos (arts. 9, 10 y 12) e información a las autoridades competentes (art. 11)), pero no regula su retribución, de modo que no impone a los Estados miembros ninguna obligación específica sobre esta última materia. Por eso una cláusula de un convenio colectivo que prevé un plus de nocturnidad para el trabajo nocturno ocasional superior al fijado para el efectuado de manera regular no puede decirse que aplique la Directiva (art. 51.1 de la Carta

[62] STJUE de 9 de septiembre de 2003, (Asunto C-151/02).

[63] STJUE de 14 de octubre de 2010, (Asunto C-428/09).

[64] STJUE de 24 de febrero de 2022, (Asunto C-262/20).

de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) a efectos de ponderar su compatibilidad con el principio de igualdad ante la ley proclamado por art. 20 de la Carta[65]. El principio de igualdad es compatible con una regulación diferenciada de la duración del trabajo nocturno para los trabajadores del sector privado y del público (como policías y bomberos) "siempre que tal diferencia de trato se base en un criterio objetivo y razonable, es decir, que guarde relación con un fin legalmente admisible perseguido por dicha normativa y sea proporcionada a ese fin"[66].

La Directiva 2003/88 distingue los conceptos de trabajo o período nocturno (art. 2.3) y de trabajador nocturno (art. 2.4). Con carácter general los Estados miembros podrán condicionar el trabajo de ciertas categorías específicas de trabajadores nocturnos a determinadas garantías, con arreglo a las condiciones fijadas por las legislaciones o prácticas nacionales, cuando dicho trabajo nocturno implique un riesgo para la seguridad o la salud de los trabajadores que lo realicen (art. 10). La Directiva no precisa cuáles son esas categorías específicas de trabajadores nocturnos, ni las garantías (medidas adicionales de protección) que deberían cumplirse. Según la *Comunicación interpretativa* la intención del Parlamento Europeo "era permitir la protección de las mujeres embarazadas o las madres durante los primeros seis meses tras dar a luz o adoptar un hijo", sin embargo "la formulación del art. 10 es abierta y los estados miembros pueden determinar libremente las categorías supeditadas a tales garantías".

Las garantías fijadas por la Directiva consisten, básicamente, en la determinación de límites a la duración de la prestación de los trabajadores nocturnos, medidas específicas de protección de su salud y deberes informativos del empresario pues para facilitar su control, el empresario que recurra regularmente a trabajadores nocturnos deberá informar a las autoridades competentes, a petición de las mismas (art. 11).

Al ser el trabajo nocturno más penoso que el diurno, el art. 8 de la Directiva impone unas limitaciones de jornada más estrictas que las ordinarias del art. 6. Estas limitaciones son de dos clases: *a)* Una común para todos los trabajadores nocturnos: su tiempo de trabajo normal no excederá de ocho horas de media por cada período de veinticuatro [art. 8.a)]. Se trata de un límite que no afecta sólo a la prestación en período nocturno sino a todo el trabajo realizado. El límite se expresa en un coeficiente o promedio (ocho horas de media), por lo que es necesario determinar un período de referencia para su cálculo. La Directiva 2003/88 remite su fijación a los Estados miembros previa consulta a los interlocutores sociales o mediante convenios colectivos o acuerdos celebrados a nivel nacional o regional entre interlocutores sociales. Para el cálculo del promedio no se tomará en consideración el período mínimo de veinticuatro horas de descanso semanal si estuviera comprendido dentro del período de referencia [art. 16.c)]. *b)* Otra

[65] STJUE de 7 de julio de 2022, (Asuntos C-257/21 y C-258/21).

[66] SSTJUE de 24 de febrero de 2022, (Asunto C-262/20) y 4 de mayo de 2023 (Asuntos C-529/21 a C-536/21 y C-732/21 a C-738/21).

especial para los trabajadores nocturnos cuyo trabajo implique riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes (su definición se remite a las legislaciones y las prácticas nacionales, o los convenios colectivos o acuerdos celebrados entre interlocutores sociales): no deberán trabajar más de ocho horas en el curso de un período de veinticuatro horas durante el cual realicen un trabajo nocturno [art. 8.b)]. A diferencia de la limitación común, ésta: i) no se expresa en un promedio sino en una cifra absoluta; y ii) se impone sólo si en el período correspondiente se realiza trabajo nocturno, no en caso contrario.

Medidas específicas de protección de la salud y seguridad de los trabajadores nocturnos son: a) El derecho a la evaluación de su salud antes de la incorporación al trabajo y, posteriormente, a intervalos regulares que corresponderá fijar a los Estados miembros [art. 9.1.a)]. La evaluación ha de ser gratuita para el trabajador (art. 9.1), podrá formar parte del sistema nacional de salud (art. 9.3) y deberá respetar el secreto médico (art. 9.2). b) El derecho a cambiar a un puesto de trabajo diurno. Los trabajadores nocturnos que padezcan problemas de salud, relacionados con la prestación de un trabajo nocturno, serán trasladados, cuando sea posible, a un trabajo diurno para el que sean aptos [art. 9.1.b)].

En fin, los arts. 17.1 y 3 y 18 de la Directiva 2003/88, a los que se ha hecho referencia, permiten establecer excepciones a la duración del trabajo nocturno regulada en el art. 8.

7. Trabajo a turnos y ritmo de trabajo

El considerando 10 del preámbulo de la Directiva 2003/88 reconoce a los trabajadores a turnos un nivel de protección en materia de seguridad y de salud adaptado a la naturaleza de su trabajo. La variabilidad de horarios típica del trabajo a turnos es un factor de riesgo laboral que reclama medidas preventivas idóneas. Como sucede en algunos ordenamientos nacionales, la Directiva 2003/88 sólo se ocupa de los turnos rotatorios, no de los fijos, sin duda porque en estos últimos no aparece el específico factor de riesgo que constituye la variabilidad horaria. El trabajo a turnos se define como toda forma de organización del trabajo en equipo por la que los trabajadores ocupen sucesivamente los mismos puestos de trabajo con arreglo a un ritmo determinado, incluido el ritmo rotatorio, y que podrá ser de tipo continuo o discontinuo, implicando para los trabajadores la necesidad de realizar un trabajo en distintas horas a lo largo de un período dado de días o semanas (art. 2.5). Consiguientemente trabajador a turnos es aquél cuyo horario de trabajo se ajuste a un régimen de trabajo por turnos (art. 2.6).

Los trabajadores a turnos deberán disfrutar de un nivel de protección en materia de seguridad y de salud adaptado a la naturaleza de su trabajo y sus servicios y medios de protección y prevención deberán ser equivalentes a los aplicables a los demás trabajadores y estar disponibles en todo momento (art. 12). Los Estados miembros deberán garantizar que los empresarios que organicen el trabajo "a cierto

ritmo" tengan en cuenta el principio general de adecuación del trabajo a la persona y los requisitos de seguridad y salud, especialmente las pausas durante el trabajo, que permiten evitar o atenuar el carácter monótono del trabajo (art. 13). Se trata de una norma aplicable a los trabajadores a turnos cuya formulación general permite su aplicación a supuestos diferentes. En las actividades que requieran un trabajo por turnos, cuando el trabajador cambie de equipo y no pueda disfrutar de los períodos de descanso diario o semanal entre el final de un equipo y el comienzo del siguiente, podrán establecerse excepciones a lo dispuesto en los arts. 3 y 5 de acuerdo con los procedimientos del art. 17.2 de la Directiva 2003/88 (art. 17.4).

8. Vacaciones anuales

8.1. El derecho a vacaciones anuales retribuidas

El derecho a vacaciones se encuentra reconocido en los arts. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que consagra un "derecho fundamental a un período anual de vacaciones retribuidas", y 7.1 de la Directiva, que "refleja y precisa" este derecho fundamental. La Carta "garantiza el derecho de todo trabajador a un período anual de vacaciones retribuidas" y la Directiva "aplica este principio al fijar la duración de dicho período"[67]. El art. 31.2 de la Carta formula el derecho "de forma imperativa y a la vez incondicional", de modo que no requiere concreción por el Derecho de la Unión o del Derecho nacional, que "únicamente deberán precisar la duración exacta de las vacaciones anuales y, en su caso, ciertos requisitos para el ejercicio del derecho"[68].

El TJUE ha resuelto numerosas cuestiones sobre vacaciones, no contempladas expresamente en los arts. 31 de la Carta y 7 de la Directiva, construyendo una doctrina en la que partiendo de los grandes principios ordenadores da solución a los concretos problemas planteados. Varias acotaciones pueden hacerse sobre este derecho:

- El derecho del trabajador a las vacaciones anuales retribuidas es "un principio del Derecho social comunitario de especial importancia"[69] que "no puede ser interpretado de manera restrictiva" y no admite otras excepciones que las expresamente establecidas en la Directiva, excluyendo, por tanto, los límites impuestos por disposiciones nacionales[70]. Las limitaciones al derecho fundamental a vacaciones anuales retribuidas (art. 31.2 de la Carta) deben respetar los requisitos previstos en el art. 52.1: determinación legal, respeto del contenido esencial de ese derecho y proporcionalidad[71].

[67] STJUE de 12 de octubre de 2023, (Asunto C-57/22).

[68] STJUE de 9 de noviembre de 2023, (Asuntos C-271/22 a C-275/22).

[69] STJUE de 26 de junio de 2001, (Asunto C-173/99).

[70] STJUE de 12 de octubre de 2023, (Asunto C-57/22).

[71] STJUE de 9 de noviembre de 2023, (Asunto C-271/22 a C-275/22).

- La finalidad del derecho a vacaciones anuales retribuidas es doble: "permitir que el trabajador descanse de la ejecución de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo, por una parte, y por otra que disponga de un período de ocio y esparcimiento"[72].
- El art. 7 de la Directiva 2003/88 tiene efecto directo, por el carácter preciso e incondicional de la obligación que establece[73]. Su eficacia directa vertical[74] debe completarse con el efecto directo horizontal del art. 31 de la Carta[75], que es suficiente por sí solo "para conferir a los trabajadores un derecho que puede ser invocado como tal en un litigio con su empresario relativo a una situación cubierta por el Derecho de la Unión y comprendida, por tanto, en el ámbito de aplicación de la Carta". De esta forma los arts. 31.2 de la Carta y 7 de la Directiva "deben interpretarse en el sentido de que un trabajador puede invocar el derecho a vacaciones anuales retribuidas" frente a su empresario, resultando "irrelevante" que "sea una empresa privada, titular de una concesión de servicio público"[76].
- El art. 7 Directiva 2003/88 tiene carácter mínimo, por lo que resulta compatible con las disposiciones más favorables (art. 15) establecidas por los Estados miembros[77], que forman parte de su ámbito competencial, "sin que se rijan por dicha Directiva ni estén incluidos en el ámbito de aplicación de la misma"[78].

8.2. Contenido y requisitos del derecho

La Directiva 2003/88 se limita a establecer el derecho a un mínimo de cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas (art. 7.1) y prohibir su sustitución por compensación económica, excepto en caso de extinción de la relación laboral (art. 7.2), sin extenderse a la fijación de requisitos para su "obtención y concesión". Esta es materia de competencia de los Estados miembros, sobre la que tienen "un cierto margen de apreciación" a la hora de establecerlos[79]. Dada la incondicionalidad y precisión de los arts. 7 de la Directiva 2003/88 y 31.2 de la Carta, las disposiciones nacionales "únicamente deberán precisar la duración exacta de las vacaciones anuales y, en su caso, ciertos requisitos para el ejercicio del derecho"[80], sin que

[72] STJUE de 22 de noviembre de 2011, (Asunto C-214/10).

[73] STJUE de 24 de enero de 2012, (Asunto C-282/10).

[74] STJUE de 26 de marzo de 2015, (Asunto C-316/13).

[75] STJUE de 26 de junio de 2001, (Asunto C-173/99), STJUE de 6 de noviembre de 2018, (Asuntos C-569/16 y C-570/16).

[76] STJUE de 9 de noviembre de 2023, (Asuntos C-271/22 a C-275/22).

[77] STJUE de 20 de julio de 2016, (Asunto C-341/15).

[78] STJUE de 19 de noviembre de 2019, (Asunto C-609/17 y C-610/17).

[79] STJUE de 24 de enero de 2012, (Asunto C-282/10).

[80] STJUE de 6 de noviembre de 2018, (Asuntos C-569/16 y C-570/16).

puedan supeditar "a ningún tipo de requisito la propia constitución de este derecho, que se deriva directamente de la Directiva"[81]. Así se han declarado contrarias a la Directiva normas nacionales que condicionan la adquisición del derecho a vacaciones a la previa prestación de servicios del trabajador durante un período mínimo de "trece semanas de empleo ininterrumpido con el mismo empresario" o "de un tiempo de trabajo efectivo mínimo de diez días o de un mes durante el período de devengo de tales vacaciones"[82]. Forma parte de los requisitos de ejercicio del derecho la determinación del período de aplazamiento de las vacaciones y, por tanto, su fijación es competencia de los Estados miembros, por lo que el TJUE solo tiene competencia para declarar si el período de aplazamiento fijado por el Derecho nacional es contrario al derecho, pero no para determinar de modo general el período de aplazamiento[83].

El derecho a vacaciones se devenga en función del tiempo trabajado efectivamente durante el período de referencia, pues poco sentido tendría descansar de un trabajo inexistente: "el derecho a vacaciones anuales retribuidas debe determinarse, en principio, en función de los períodos efectivamente trabajados con arreglo al contrato de trabajo"[84], "se basa en la premisa de que el trabajador ha trabajado efectivamente durante el período de referencia"[85]. A tal efecto se asimilan a trabajo efectivo las ausencias por enfermedad y maternidad[86], pero no un permiso parental durante el cual el trabajador no padece limitaciones físicas ni psíquicas y que, a diferencia de las bajas por enfermedad, no es imprevisible ni ajeno a la voluntad del trabajador y también presenta una finalidad distinta a la maternidad[87]. Tampoco generarían el correspondiente derecho a vacaciones los períodos de reducción de jornada por razones empresariales[88]. Se considera asimilado a tiempo de trabajo efectivo a efectos de devengar vacaciones "el período comprendido entre la fecha del despido ilícito y la fecha de la readmisión del trabajador en su puesto de trabajo" durante el que no ha prestado servicios a su empresario[89], aunque haya sido retribuido[90].

En los contratos a tiempo parcial "el cálculo del número mínimo de días de vacaciones retribuidas anuales a los que el trabajador tiene derecho debe realizarse, a efectos de la Directiva 2003/88, en relación con los días laborables, horas laborables

[81] SSTJUE de 26 de junio de 2001, (Asunto C-173/99) y 7 de abril de 2022, (Asunto C-236/20).

[82] STJUE de 24 de enero de 2012, (Asunto C-282/10).

[83] STJUE de 11 de noviembre de 2015, (Asunto C-219/14) STJUE de 9 de noviembre de 2023, (Asuntos C-271/22 a C-275/22).

[84] STJUE de 25 de junio de 2020, (Asuntos C-762/18 y C-37/19).

[85] STJUE de 9 de diciembre de 2021, (Asunto C-217/20).

[86] STJUE de 24 de enero de 2012, (Asunto C-282/10).

[87] STJUE de 4 de octubre de 2018, (Asunto C-12/17).

[88] STJUE de 13 de diciembre de 2018, (Asunto C-385/17).

[89] STJUE de 25 de junio de 2020, (Asuntos C-762/18 y C-37/19).

[90] STJUE de 12 de octubre de 2023, (Asunto C-57/22).

o fracciones de éstos, trabajados y previstos en el contrato de trabajo"[91]. Las variaciones en el ritmo de trabajo (paso de tiempo completo a parcial o viceversa, aumento o disminución de horas trabajadas) no deben tener repercusión sobre los períodos de vacaciones ya devengados. Así "la modificación, y, en particular, la disminución de la jornada de trabajo de tiempo completo a tiempo parcial no puede reducir el derecho a las vacaciones anuales que el trabajador ha adquirido durante el período de trabajo a tiempo completo"[92]. Por tanto, en los casos de variación de ritmo de trabajo "se deben distinguir los períodos en los que el asalariado trabajaba a un ritmo de trabajo diferente, ya que el número de unidades de descanso anual devengadas en relación con el número de unidades laborables trabajadas deberán calcularse de forma separada para cada período." De este modo el Derecho de la Unión debe interpretarse "en el sentido de que, en caso de que se incremente la jornada laboral de un trabajador, los Estados miembros no tienen la obligación de prever que las vacaciones ya devengadas, y eventualmente disfrutadas, se vuelvan a calcular *a posteriori*, en función del nuevo ritmo de trabajo de ese trabajador. Sin embargo, debe hacerse un nuevo cálculo para el período durante el cual la jornada laboral se haya incrementado".

8.3. El ejercicio del derecho a las vacaciones

Muy relevante es la doctrina del TJUE que ha perfilado un deber empresarial de colaboración, "proactividad", para lograr el efectivo disfrute de las vacaciones. Consiste en que el empresario debe "cooperar en la concesión y disfrute de las vacaciones", asume "obligaciones de incentivación y de información", "debe velar por poner al trabajador en condiciones de ejercer el derecho a vacaciones anuales"[93] y debe posibilitar al trabajador el ejercicio del derecho a vacaciones de manera efectiva[94]. El empresario, en definitiva, tiene el deber de "velar de manera concreta y transparente por que el trabajador pueda efectivamente disfrutar de sus vacaciones anuales pagadas incitándole, en su caso formalmente, a hacerlo, e informarle de manera precisa y oportuna para asegurar que tales vacaciones sigan pudiendo garantizar al interesado el descanso y el ocio a los que pretenden contribuir, de manera que, si no las toma, se perderán al término del período de devengo o de un período de prórroga, o al extinguirse la relación laboral, cuando la extinción tiene lugar durante ese período"[95].

Este deber empresarial se ha formulado en litigios en los que debía valorarse las consecuencias de la falta de ejercicio tempestivo del derecho a vacaciones por parte del trabajador: ¿puede oponer el empresario a la posterior reclamación del trabajador la prescripción o caducidad del derecho? Conforme al deber de

[91] STJUE de 11 de noviembre de 2015, (Asunto C-219/14).

[92] STJUE de 22 de abril de 2010, (Asunto C-486/08).

[93] STJUE de 22 de septiembre de 2022, (Asuntos C-518/20 y C-727/20).

[94] STJUE de 22 de septiembre de 2022, (Asunto C-120/21).

[95] SSTJUE de 6 de noviembre de 2018, (Asuntos C-619/16 y C-684/16).

proactividad empresarial resultaría contraria a la Directiva una interpretación que impusiera automáticamente la pérdida del derecho del trabajador sin tener en cuenta si el empresario ha cumplido su deber de facilitar el disfrute del derecho, asumiendo la carga de acreditar su cumplimiento[96]. Sería contrario al Derecho de la Unión la aplicación a las vacaciones de un plazo de prescripción si "el empresario no ha posibilitado al trabajador ejercer tal derecho de forma efectiva"[97]. Así se ha declarado, por ejemplo, ante reclamaciones formuladas por un "falso autónomo" al extinguirse una relación de prestación de servicios de trece años de duración durante los cuales no disfrutó de vacaciones[98] y por trabajadores que no habían disfrutado las vacaciones devengadas antes de sobrevenir una baja por enfermedad que imposibilitó su disfrute en plazo[99].

8.4. Retribución de las vacaciones

Tanto el art. 7 de la Directiva como el art. 31.2 de la Carta proclaman el carácter retribuido de las vacaciones. Es claro que en caso contrario se generaría una pérdida patrimonial al trabajador que desincentivaría su efectivo disfrute. Por esto el TJUE ha considerado que estamos ante un derecho que tiene dos vertientes: el derecho a vacaciones anuales y el derecho a su retribución[100]. La retribución a percibir en vacaciones debe ser la "ordinaria"[101], de modo que el trabajador se coloque, "durante las citadas vacaciones, en una situación que, desde el punto de vista del salario, sea comparable a los períodos de trabajo"[102], recibiendo el importe "necesario para que no exista un riesgo razonable de que el trabajador renuncie a tomar sus vacaciones anuales"[103]. Esta regla excluye el abono de la retribución de las vacaciones mediante su pago fraccionado y prorrateado, "sin que el trabajador perciba, por este concepto, un importe adicional al que se le abona por el trabajo efectuado", no es admisible un sistema de "pagos parciales fraccionados durante el período anual de trabajo correspondiente que se suman a la retribución por el trabajo efectuado"; por el contrario, debe efectuarse "un pago por un período determinado en el que el trabajador haya disfrutado efectivamente de las vacaciones"[104] .

La complejidad de la composición del salario, formado por diferentes partidas que responden a causas distintas, también se proyecta a la hora de determinar la retribución del período vacacional. Si el salario se compone de partes fijas y variables sería contrario a la Directiva incluir en la retribución de

[96] SSTJUE de 6 de noviembre de 2018, (Asuntos C-619/16 y C-684/16).
[97] STJUE de 22 de septiembre de 2022, (Asunto C-120/21).
[98] STJUE de 29 de noviembre de 2017, (Asunto C-214/16).
[99] STJUE de 22 de septiembre de 2022, (Asuntos C-518/20 y C-727/20).
[100] STJUE de 16 de marzo de 2006, (Asuntos C-131/04 y C-257/04).
[101] STJUE de 6 de noviembre de 2018, (Asuntos C-569/16 y C-570/16).
[102] STJUE de 16 de marzo de 2006, (Asuntos C-131/04 y C-257/04).
[103] STJUE de 15 de septiembre de 2011, (Asunto C-155/10).
[104] STJUE de 16 de marzo de 2006, (Asuntos C-131/04 y C-257/04).

las vacaciones sólo la parte fija. También la parte variable debe incluirse, pero no aquellos conceptos que tengan carácter extrasalarial. Así en el caso de pilotos de transporte aéreo cuyo salario incluye una parte fija y dos variables (en función del tiempo de vuelo y del tiempo pasado fuera de la base), su retribución de vacaciones debe extenderse "no sólo al mantenimiento de su salario de base, sino también, por un lado, a todos los elementos intrínsecamente vinculados a la ejecución de las tareas que le incumben según su contrato de trabajo y compensados por un importe pecuniario incluidos en el cálculo de su retribución global, y, por otro, a todos los elementos vinculados con el estatuto personal y profesional del piloto de línea aérea", pero no a "los gastos ocasionales o accesorios que surjan con ocasión de la ejecución de las tareas que incumben al trabajador según su contrato de trabajo, como los gastos vinculados al tiempo que los pilotos están obligados a pasar fuera de la base"[105].

Cuando la parte variable del salario está formada por comisiones puede plantearse una problemática especial. En el supuesto de la STJUE de 22 de mayo de 2014 (Asunto C-539/12) la retribución del trabajador se componía de salario base y comisiones. La retribución de las vacaciones incluía las comisiones generadas durante el período de devengo, pero la falta de actividad laboral durante el período vacacional imposibilitaba generar nuevas comisiones durante ese tiempo, repercutiendo negativamente sobre la retribución del siguiente período vacacional. Para el Tribunal "esa disminución de la retribución de un trabajador correspondiente a sus vacaciones anuales retribuidas, que puede disuadirle de ejercer efectivamente su derecho a disfrutar de esas vacaciones, es contraria al objetivo perseguido por el artículo 7 de la Directiva", careciendo de pertinencia "el hecho de que esa disminución de la retribución se sufra (…) después del período de vacaciones anuales".

También ha generado dudas la repercusión de la retribución de las horas extraordinarias sobre el salario de las vacaciones. En principio, "en razón de su carácter excepcional e imprevisible", la retribución de las horas extraordinarias realizadas no forma parte del salario vacacional. Sí deberán incluirse si en virtud del contrato de trabajo el empleado está obligado a realizar horas extraordinarias de "carácter previsible y habitual" cuya retribución constituye "un importante elemento de la retribución total que el trabajador percibe en el ejercicio de su actividad profesional", pues en caso contrario el trabajador no disfrutaría "de condiciones económicas comparables a las que disfruta en el ejercicio de su trabajo"[106]. Es diferente el caso de la cláusula de un convenio colectivo conforme a la cual se devengan horas extraordinarias una vez superado un umbral mensual de horas trabajadas. El trabajador prestó servicios durante los primeros trece días laborables del mes y disfrutó de vacaciones los restantes. Al computar solo las horas efectivamente trabajadas en ese mes, no alcanzó el umbral que generaba

[105] STJUE de 15 de septiembre de 2011, (Asuntos C-155/10).

[106] STJUE de 13 de diciembre de 2018, (Asunto C-385/17).

el derecho al complemento por horas extraordinarias, que sí habría alcanzado si se hubieran tenido en cuenta las horas de trabajo correspondientes a los días de vacaciones. Como resultado la retribución del mes de vacaciones fue inferior a la que habría recibido si no las hubiera disfrutado. Para la STJUE de 13 de enero de 2022 (Asunto C-514/20) la normativa comunitaria "debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición de un convenio colectivo en virtud de la cual, para determinar si se alcanza el umbral de horas trabajadas que da derecho a un complemento por horas extraordinarias, no se computan como horas de trabajo realizadas las horas correspondientes al período de vacaciones anuales retribuidas disfrutado por el trabajador" .

La reducción del tiempo de trabajo, y correlativamente del salario, por razones empresariales: ¿repercute sobre la retribución del período de vacaciones? El Tribunal ha declarado que el Derecho de la Unión se opone a una norma nacional que para "calcular la remuneración por vacaciones, permite establecer mediante convenio colectivo que se tengan en cuenta las disminuciones salariales derivadas del hecho de que, en el período de referencia, no se ha realizado ningún trabajo efectivo durante determinados días debido a una reducción del tiempo de trabajo por causas empresariales, lo que tiene como consecuencia que el trabajador perciba, para la duración de las vacaciones anuales mínimas que le confiere el citado artículo 7, apartado 1, una remuneración por vacaciones inferior a la retribución ordinaria que percibe durante los períodos de trabajo"[107].

¿Qué consecuencias tiene que durante el período de devengo de las vacaciones se incluyen fases de incapacidad temporal del trabajador en las que su retribución es inferior a la habitual? En estos supuestos la determinación de la retribución del trabajador cuando ejerza su derecho a vacaciones se hará "sin que se tenga en cuenta el hecho de que el importe de esa retribución se haya reducido como consecuencia de una situación de incapacidad laboral por enfermedad", de modo que no repercutirá sobre el derecho a percibir una retribución íntegra durante las vacaciones[108].

8.5. Prohibición de solapamiento con las situaciones de maternidad e incapacidad temporal

La concurrencia de los períodos de vacaciones anuales retribuidas con las situaciones suspensivas de enfermedad o maternidad no pueden suponer su absorción o solapamiento, por lo que el trabajador afectado tendrá derecho a disfrutar de modo efectivo las vacaciones en un período distinto, siendo irrelevante el momento en que sobreviene la incapacidad[109]. Así lo ha declarado reiteradamente

[107] STJUE de 13 de diciembre de 2018, (Asunto C-385/17).

[108] STJUE de 9 de diciembre de 2021, (Asunto C-217/20).

[109] STJUE de 21 de junio de 2012, (Asunto C-78/11).

el TJUE desde su sentencia de 18 de marzo de 2004 (Asunto C-342/01)[110]. La distinta finalidad de las vacaciones y de las bajas por enfermedad o maternidad justifica esta solución. Por eso, para determinar si un "período de descanso por convalecencia" es asimilable a las situaciones de enfermedad y maternidad debe analizarse su finalidad y si fuera distinta "la normativa nacional deberá imponer la obligación de que el empresario asigne al trabajador otro período de vacaciones anuales que éste proponga y que sea compatible, en su caso, con razones imperiosas que se deriven de los intereses del empresario"[111].

El derecho a vacaciones puede acumularse y su ejercicio aplazarse si el trabajador ha estado de baja durante todo el período de referencia y no ha podido disfrutarlo. La acumulación y el aplazamiento no pueden ser ilimitados, pues las vacaciones perderían su naturaleza y finalidad[112]. La STJUE de 22 de noviembre de 2011 (Asunto C-214/10) acepta el plazo de quince meses, considerando, de una parte, que el período de aplazamiento "debe garantizar en particular que el trabajador pueda disfrutar, si fuera preciso, de períodos de descanso susceptibles de ser escalonados, planificables y disponibles a más largo plazo", por lo que "todo período de aplazamiento debe ser de duración sustancialmente mayor que la del período de devengo con el que guarda relación", y, de otra, que "ese mismo período también debe proteger al empresario del riesgo de una acumulación demasiado prolongada de períodos de inactividad laboral del trabajador y de las dificultades que podrían causar para la organización del trabajo". De acuerdo con la STJUE de 9 de noviembre de 2023 (Asunto C-271/22 a C-275/22) el art. 7 de la Directiva "debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una legislación nacional o a una práctica nacional que, a falta de una disposición nacional que establezca un límite temporal expreso al aplazamiento de derechos a vacaciones anuales retribuidas adquiridos y no ejercidos como consecuencia de una baja laboral por enfermedad de larga duración, permite estimar solicitudes de vacaciones anuales retribuidas presentadas por un trabajador menos de quince meses después del final del período de devengo que da derecho a dichas vacaciones y limitadas a dos períodos de devengo consecutivos".

No resulta asimilable a la situación de incapacidad laboral por enfermedad el período de cuarentena impuesto por la administración pública competente al trabajador que ha estado en contacto con una persona infectada, con la finalidad de evitar la propagación del COVID. Por tanto, no es contraria al Derecho de la Unión la disposición nacional que no permite aplazar los días de vacaciones coincidentes con la cuarentena[113]. La cuarentena es, al igual que la baja por enfermedad, un suceso imprevisible que acaece durante el período de vacaciones

[110] En el mismo sentido las SSTJUE de 20 de enero de 2009 (Asuntos C-350/06 y C-520/06), 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-277/08), 22 de noviembre de 2011 (Asunto C-214/10) y 21 de junio de 2012 (Asunto C-78/11).

[111] STJUE de 30 de junio de 2016, (Asunto C-178/152).

[112] STJUE de 20 de enero de 2009, (Asuntos C-350/06 y C-520/06).

[113] STJUE de 14 de diciembre de 2023, (Asunto C-206/22).

anuales. Sin embargo, durante la cuarentena el trabajador no está enfermo, no sufre limitaciones físicas o psíquicas causadas por la enfermedad, por lo que "un período de cuarentena no puede, en sí mismo, obstaculizar la consecución de la finalidad de las vacaciones anuales retribuidas" de descanso y ocio. Además si durante el período de cuarentena el trabajador no se encuentra sujeto a ninguna obligación empresarial que le impida dedicarse, libre e ininterrumpidamente, a sus propios intereses con objeto de contrarrestar los efectos del trabajo sobre su seguridad y su salud el empresario "no puede estar obligado a compensar las desventajas derivadas de un acontecimiento imprevisible, como la puesta en cuarentena ordenada por una autoridad pública, que impida al empleado disfrutar plenamente de su derecho a vacaciones anuales retribuidas". La Directiva 2003/88 "no tiene por objeto que cualquier acontecimiento que pueda impedir al trabajador disfrutar plenamente y de la manera que desea de un período de descanso o de ocio justifique que se le concedan permisos adicionales para garantizar la finalidad de las vacaciones anuales."

8.6. Prohibición de compensación económica

Las vacaciones no pueden sustituirse por una compensación económica, excepto en caso de extinción de la relación laboral (art. 7.2 Directiva 2003/88). La razón de la regla prohibitiva es clara: garantizar el descanso efectivo del trabajador y su tiempo de ocio y esparcimiento. También la de la excepción: como "una vez finalizada la relación laboral, ya no resulta posible disfrutar de modo efectivo de las vacaciones anuales retribuidas", se trata de "evitar que, como consecuencia de esta imposibilidad, el trabajador quede privado de todo disfrute del mencionado derecho, incluso en forma pecuniaria"[114].

Los únicos requisitos del nacimiento del derecho a la compensación económica son: a) que la relación laboral se haya extinguido; y b) que el trabajador no haya disfrutado todas las vacaciones anuales a las que tenía derecho en el momento de la extinción. La causa de la extinción es, por tanto, irrelevante (voluntad del trabajador[115]; fallecimiento[116]; despido ilícito y posterior readmisión[117]; dimisión anticipada sin justa causa[118]; jubilación[119]). El trabajador que no ha podido disfrutar de las vacaciones por encontrarse en situación de baja por enfermedad, y tampoco las puede desplazar a un momento posterior al alta porque se encuentra dispensado de trabajar hasta la jubilación, tiene derecho a su sustitución por una compensación económica al extinguirse el contrato[120]. La STJUE de 18 de enero de 2024 (Asunto

[114] STJUE de 12 de junio de 2014, (Asunto C-118/13).
[115] STJUE de 20 de julio de 2016, (Asunto C-341/15).
[116] STJUE de 6 de noviembre de 2018, (Asuntos C-569/16 y C-570/16).
[117] STJUE de 25 de junio de 2020, (Asuntos C-762/18 y C-37/19).
[118] STJUE de 27 de abril de 2023, (Asunto C-192/22).
[119] STJUE de 27 de abril de 2023, (Asunto C-192/22).
[120] STJUE de 25 de noviembre de 2021, (Asunto C-233/20).

C-218/22) se ha pronunciado sobre la normativa italiana de reducción del gasto público que establece la obligación de disfrutar las vacaciones de modo efectivo y prohíbe su compensación económica en todo caso, incluidos los supuestos de extinción de la relación de servicios por "movilidad, renuncia, despido, jubilación o cumplimiento del límite de edad". La norma pretende fomentar el efectivo disfrute de las vacaciones y acabar con el "recurso incontrolado" a su compensación económica. El litigio surge cuando un empleado público cesa voluntariamente para acceder a la jubilación anticipada y reclama la compensación económica de 79 días de vacaciones pendientes de disfrutar. El TJUE entiende que el art. 7 de la Directiva y el art. 31.2 de la Carta "deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que, por razones relacionadas con el control del gasto público y las necesidades organizativas del empleador público, prohíbe el pago a un trabajador de una compensación económica por los días de vacaciones anuales retribuidas devengados, tanto durante el último año de trabajo como durante los años anteriores, que no se hayan disfrutado en la fecha de finalización de la relación de servicio, cuando el trabajador pone fin voluntariamente a esa relación de servicio y no ha demostrado que no disfrutó de sus vacaciones durante dicha relación por motivos ajenos a su voluntad." A efectos de la compensación económica ex art. 7.2 de la Directiva es irrelevante el concreto motivo de extinción de la relación de servicios, y corresponde al empresario acreditar "que ha actuado con toda la diligencia necesaria para que el trabajador pudiera efectivamente disfrutar las vacaciones anuales retribuidas a las que tenía derecho". De este modo, si el trabajador "ha tenido la posibilidad de ejercer el derecho" la Directiva "no puede, en principio, prohibir" que una disposición nacional excluya la compensación económica.

El derecho es transmisible *mortis causa*[121]. La cuantía de la compensación económica "deberá calcularse de tal modo que dicho trabajador ocupe una situación comparable a aquélla en la que se habría encontrado si hubiera ejercitado el mencionado derecho durante su relación laboral. De ello se desprende que la retribución ordinaria del trabajador, que es la que debe mantenerse durante el período de descanso correspondiente a las vacaciones anuales retribuidas, resulta asimismo determinante para el cálculo de la compensación económica en concepto de vacaciones anuales retribuidas no disfrutadas al finalizar la relación laboral"[122].

9. Bibliografía

Cairós Barreto, D. (2024): "Condiciones de empleo y trabajo", en Nogueira Gustavino, M.; Fotinopoulou Basurko, O.; Miranda Boto; J. M.ª (dirs.): *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, 2ª ed., ed. Tirant lo Blanch.

[121] SSTJUE de 12 de junio de 2014, (Asunto C-118/13) y 6 de noviembre de 2018, (Asuntos C-569/16 y C-570/16).

[122] STJUE de 11 de noviembre de 2015, (Asunto C-219/14).

Cámara Botía, A. (2024): "La ordenación del tiempo de trabajo en el Derecho de la Unión Europea: la Directiva y la doctrina del TJUE", en Justicia y Trabajo, nº 4.

Fernández Márquez, O. (2017): "Ordenación del tiempo de trabajo", en García Murcia, J. (Dir.): *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea. Un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, ed. Aranzadi.

Gallego Moya, F. (2020): "El Tribunal de justicia de la Unión Europea y el derecho a las vacaciones", en Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 227.

Martín Rodríguez, M.O. (2021): *Régimen jurídico y pronunciamientos judiciales del tiempo de trabajo en la Unión Europea*, ed. Comares.

Martínez Moya, J. (2023): "Las vacaciones", en Casas Baamonde, M.ª E. *et al.* (Dir.): *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, ed. BOE.

Pérez de los Cobos Orihuel, F. (2002): *La aplicación de la Directiva 93/104 CEE al personal estatutario de la Seguridad Social*, ed. Tirant lo Blanch.

Segoviano Astaburuaga, M.ª L. (2023): "Jornada, descanso, trabajo efectivo", en Casas Baamonde, M.ª E. *et al.* (Dir.), *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, ed. BOE.

CAPÍTULO DÉCIMO SEXTO. La conciliación de la vida familiar y la vida profesional en la Unión Europea

Rosario Cristóbal Roncero
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0002-9553-0930

Sumario: 1. La evolución de la conciliación de la vida familiar y profesional y familiar en la normativa europea. 1.1. La igualdad de género se conecta con el reparto de responsabilidades de mujeres y hombres en el ámbito privado. 1.2. La conciliación se vincula al mercado de trabajo y a la competitividad empresarial. 1.3. La conciliación se "reconecta" con la igualdad de género, integrándose la figura paterna en el reparto de responsabilidades de cuidado. 2. Mecanismos para favorecer la conciliación de la vida laboral familiar y profesional. 2.1. El permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores. A. Permiso de paternidad. B. Permiso parental C. Permiso para cuidadores. D. Ausencia del trabajo por causa de fuerza mayor. 2.2 Fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores 3. Protección de los trabajadores en el ejercicio de sus derechos de conciliación 3.1. Derechos laborales 3.2. Discriminación 3.3. Protección contra el despido y carga de la prueba. 4. Bibliografía.

1. La evolución de la conciliación de la vida familiar y profesional en la normativa europea

La Unión Europea ha desarrollado una amplia y variada normativa en el ámbito de la conciliación de la vida personal y laboral, dirigida a que los Estados miembros incorporen en sus legislaciones, medidas destinadas a mejorar y hacer más compatibles las condiciones de vida y trabajo[1].

En este capítulo, siguiendo la línea iniciada en otro trabajo anterior, se estudia la evolución de la conciliación de la vida familiar y profesional en la Unión Europea, los mecanismos que favorecen su conciliación, así como la protección de las personas trabajadoras en el ejercicio de estos derechos. En efecto, la conciliación

[1] Montoya Melgar, 2023.

de la vida familiar y profesional ha estado presente en la agenda normativa europea, pero no siempre con idéntica preocupación e interés.

Se observa una evolución de la normativa de la UE en la regulación y desarrollo de estos derechos de conciliación. Cabe distinguir una primera etapa, exenta de formulación normativa, aunque conectada directamente con la igualdad de género y la incentivación del reparto de responsabilidades de mujeres y hombres en el ámbito privado. Una segunda, que se correspondería con el comienzo de los años 90, en la que la conciliación se desarrolla a nivel normativo y se distancia respecto de la igualdad de género, vinculándose sobre todo al mercado de trabajo y la competitividad empresarial, y una tercera etapa, en la que se advierte de nuevo una reconexión de la conciliación con la igualdad de género, integrándose la figura paterna en el reparto de responsabilidades.

Tras esta evolución llegamos a la etapa actual, protagonizada por la Directiva 2019/1158 UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019[2], relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental propuesta de Directiva sobre conciliación de la vida laboral y familiar. Esta norma europea marca un cambio en el planteamiento de la conciliación: fomenta la corresponsabilidad, establece nuevos instrumentos jurídicos más allá de los permisos parentales clásicos, desvinculando la conciliación de la seguridad y salud, e insistiendo en la necesidad de sustentar esta materia con los interlocutores sociales.

1.1. La igualdad de género se conecta con el reparto de responsabilidades de mujeres y hombres en el ámbito privado

En los primeros años de andadura europea, no existía un referente normativo específico que regulase derechos de conciliación; por el contrario, las medidas conciliatorias se relacionaban con el principio de igualdad retributiva.

Así el art. 119 TCE declaraba expresamente la "igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo" y constituía, por tanto, la base jurídica específica para la aprobación de la Directiva 75/117/CEE del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos.

[2] DOUE 12-07-2019. El plazo de transposición de la Directiva se extiende hasta el 2 de agosto de 2022, No obstante, lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo, para la remuneración o la prestación económica correspondientes a las últimas dos semanas del permiso parental previsto en el artículo 8, apartado 3, los Estados miembros pondrán en vigor disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir la presente Directiva a más tardar el 2 de agosto de 2024. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

Un año más tarde, el Consejo aprueba la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero, relativa a la aplicación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo que extiende la prohibición de la discriminación por razón de sexo, al resto de las situaciones laborales. El objetivo era evitar la ventaja competitiva de aquellos Estados cuyos salarios femeninos eran inferiores respecto de los masculinos por un trabajo de igual valor[3]. Otro avance importante de la Directiva relacionado con las mujeres trabajadoras es que su art. 2.3 declara que las medidas legales de protección de la maternidad (durante el embarazo y después del alumbramiento) en los Estados miembros son una excepción justificada a la igualdad de trato.

A final de la década de los ochenta se incluyen referencias específicas sobre la conciliación familiar y profesional en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales, de 19 de diciembre de 1989, cuyo art. 16 invita a desarrollar medidas "que permitan a hombres y mujeres compaginar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares". Esta declaración de derechos sociales, sin efectos jurídicos vinculantes en los Estados miembros, se acompaña, pocos años después, de dos Directivas que sí integran derechos subjetivos concretos.

En primer lugar, la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia y que contempla una excepción al principio de igualdad formal que se justifica en razón de la condición biológica de la madre y que viene a evitar la situación discriminatoria que supondría la aplicación de un mismo régimen jurídico a situaciones de hecho diferentes[4]. Dos son sus características esenciales: 1) atiende a la protección de la seguridad y salud de las trabajadoras en un doble sentido, primando la tutela de su salud y otorgando cuidados necesarios al menor, denominado "protoconciliación", es decir, la fase previa a la conciliación[5] y 2) determina derechos de titularidad exclusivamente femenina, en tanto que desarrolla la normativa preventiva que considera la situación de embarazo como una situación de necesaria y protección de las mujeres trabajadoras[6].

[3] Pérez Campos, 2017, p. 42.

[4] Conviene precisar que la citada Directiva comunitaria es una directiva específica de la Directiva marco 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, cuyo art. 15 establecía la necesidad de protección específica de grupos de trabajadores expuestos a riesgos entre los que se debía incluir a las mujeres embarazadas y a las madres lactantes. En este sentido, la STJUE de 12 de julio de 1984 (Asunto C-184/83), el Tribunal de Justicia confirman la legitimidad de "las necesidades específicas de la mujer asegurando la protección de su condición biológica durante el embarazo y posteriormente hasta que sus funciones biológicas y mentales hayan vuelto a la normalidad y la relación especial entre una mujer y su hijo en el período que sigue a embarazo y nacimiento".

[5] Gorelli Hernández, 2022, pp. 14-15.

[6] Ballester Pastor, 2010, p. 39.

En definitiva, se establece numerosos requisitos sobre salud y seguridad en el centro de trabajo para proteger a la trabajadora embarazada, contempla, "la duración mínima del permiso de maternidad por un periodo de catorce semanas ininterrumpidas, de las cuáles dos semanas son de carácter obligatorio, que pueden ser disfrutadas antes o después del parto"(art. 8 92/85/CEE), garantiza que "la mujer mantendrá los derechos inherentes a su contrato de trabajo [11.2.a) Directiva 92/85/CEE] y prohíbe expresamente el despido durante el embarazo y durante el disfrute del permiso de maternidad (art. 10 Directiva 92/85/CEE). Por lo que respecta a la cobertura económica del permiso de maternidad, reconoce el derecho de la madre a recibir una retribución o prestación económica "adecuada" [art. 11.2.b) 92/85/CEE][7].

Años después vio la luz la Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre de 1993, sobre ordenación del tiempo de trabajo, destacando como cuestión fundamental la necesidad de conciliar la vida profesional y personal[8].

Por su parte, la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado el 14 de diciembre de 1995 por la UNICE (Unión de Confederaciones de la Industria de Europa), CEEP (Centro Europeo de la Empresa Pública) y la CES (Confederación Europea de Sindicatos), se considera "la primera muestra de un enfoque integrador de la maternidad-paternidad y las responsabilidades familiares"[9]. En efecto, esta norma, fruto del diálogo social pone fin al exclusivo disfrute de la licencia parental por parte de la madre en algunos Estados miembros declarando el derecho a un permiso individual de los trabajadores, hombres o mujeres, por motivo de nacimiento o adopción de un hijo. La Directiva 96/34/CE integra un acuerdo de mínimos que ha permitido a los Estados miembros un amplio margen de discrecionalidad en su implementación lo que, a su vez, ha contribuido a la persistencia de un panorama legislativo muy heterogéneo[10].

[7] Durante la década de 1990 se produce un cambio legislativo en relación al objetivo de protección de la madre trabajadora y la necesidad de conciliar el cuidado de los hijos con el trabajo. Así pues, se pasa de entender la conciliación como una finalidad relevante para la normativa comunitaria, si bien más relacionada con la promoción de la mujer en el empleo que con la igualdad real de oportunidades. A este respecto destaca la Recomendación del Consejo de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y las niñas Recomendación 92/241/CE del Consejo, de 31 de marzo de 1992, sobre el cuidado de los niños y de las niñas (Diario Oficial L 123 de 8.5.1992). A pesar de tratarse de una norma no obligatoria, resulta relevante, en la medida en que resalta la enorme correspondencia entre el reparto equitativo de las responsabilidades derivadas del cuidado de los hijos y del hogar y el principio de igualdad de oportunidades en el empleo para hombres y mujeres.

[8] Esta Directiva se modificará por la 2000/34/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, para incluir los sectores y las actividades inicialmente excluidos. Y posteriormente, ha sido derogada por la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESS EUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES.

[9] Aguilera Izquierdo, 2007, pp. 69-119.

[10] Pérez Campos, 2017, p. 47.

En esta década, la Unión Europea también avanza en el objetivo de una mayor flexibilidad laboral, aprobando la Directiva 1997/81/CE, de 15 de diciembre de 1997, sobre trabajo a tiempo parcial, que establecía un marco general para la eliminación de discriminaciones en relación con la conciliación, de los trabajadores a tiempo parcial. El trabajo a tiempo parcial se ha venido considerando como una de las modalidades de empleo que mejor facilita la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y así queda dispuesto en su quinto considerando.

1.2. La conciliación se vincula al mercado de trabajo y a la competitividad empresarial

Las políticas de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo surgen como resultado del Consejo Europeo Extraordinario sobre Empleo celebrado en Luxemburgo en el año 1997. Este consejo reconoce que los países miembros de la UE deben asumir una nueva estrategia en materia de empleo, como es la de fomento del empleo femenino. Esta estrategia política toma el nombre de conciliación y se materializa en un conjunto de directivas orientadas a promover los permisos laborales y los servicios de atención a la vida diaria.

En consecuencia, la conciliación, pasará a tener una posición neurálgica tras la aprobación del Tratado de Ámsterdam, en la medida en que vinculó como aspectos inseparables la empleabilidad y la conciliación.

A partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, la Unión Europea cuenta con nuevos fundamentos jurídicos en el derecho primario para la promoción de la igualdad de género más allá de la no discriminación retributiva (arts. 2, 3.2, 13, y 141 TCE). Los nuevos preceptos consagran el principio de igualdad entre hombre y mujer como objetivo fundamental de la Unión y vienen a reconocer la conveniencia de las medidas de acción positiva en los Estados miembros para garantizar la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral y "facilitar al sexo menos representado el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales" (art. 141.3 TCE).

También cabe destacar la promulgación de las Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, que establece un marco general para la igualdad de trato en el empleo, y la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico.

Por su parte, la Directiva 2002/73, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres para acceder al empleo, a la formación, a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo. La citada norma contiene disposiciones relacionadas con el derecho al reingreso tras la finalización del permiso de maternidad, y el derecho a beneficiarse de cualquier

mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia por dicho permiso, proponiendo también infraestructuras y servicios encaminados a facilitar la conciliación.

En esta línea, a comienzos del nuevo siglo XXI continúan adoptándose medidas a favor de la conciliación de la vida familiar y laboral, en cuyo ámbito normativo cabe destacar:

Las sucesivas convocatorias de las Cumbres Europeas de Empleo –celebradas al amparo del nuevo Título de Empleo aprobado por el Tratado- traducirían en actuaciones concretas las propuestas programáticas del mismo. El lanzamiento de la Estrategia de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo en el año 2000 supone la inclusión de la política de conciliación de la vida familiar y laboral, también entre los objetivos estratégicos de la política de empleo. No obstante, advertidas las dificultades, la Comisión Europea fija, dentro de la Estrategia Europa 2020 «una agenda para nuevas cualificaciones y empleos», instando a los Estados miembros a ejecutar planes nacionales de flexiseguridad (conjugación de flexibilidad y seguridad en el trabajo) con objeto de reducir la segmentación del mercado laboral y facilitar las transiciones, así como facilitar la conciliación entre vida laboral y familiar.

En 2006 se aprueba la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación[11].

Además, y en lo que respecta a la conciliación, el preámbulo de la Directiva insta a los Estados miembros a adoptar reglamentaciones flexibles sobre la jornada laboral y "reglamentaciones adecuadas sobre permiso parental, que puedan solicitar tanto los padres como las madres, y la creación de instalaciones accesibles y asequibles para el cuidado de los niños y la asistencia a personas dependientes". También habría que destacar que, en su art. 16, la Directiva prevé el mismo nivel de protección para el trabajador padre que ejerce su derecho al permiso de paternidad que el que tradicionalmente se concedió a la mujer que disfrutase del permiso de maternidad, declarando, en consecuencia, que los Estados miembros deben proteger al padre trabajador frente al despido motivado por el ejercicio de tal derecho y garantizar el derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente en condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubiera tenido derecho durante su ausencia.

[11] No se trata de una norma que realice una considerable aportación a la conciliación entra la vida profesional y familiar, ni cuantitativa ni cualitativamente, sin embargo, sí contienen pequeñas pinceladas al respecto que suponen un importante avance en este sentido.

1.3. La conciliación se "reconecta" con la igualdad de género, integrándose la figura paterna en el reparto de responsabilidades de cuidado

En el año 2008 la Comisión abre un periodo de consultas con los interlocutores sociales europeos sobre la manera actualizar el marco legislativo europeo de la conciliación y, concretamente, la legislación sobre protección de la maternidad y permiso parental, así como sobre la posibilidad de introducir nuevos tipos de permisos familiares como el permiso de paternidad (breve permiso para padres en torno al nacimiento o adopción de un niño), permiso por adopción (para madres en torno a la adopción de un niño) y permiso filial (para cuidado de familiares dependientes)[12].

El desarrollo de estas consultas dio lugar a una nueva Directiva sobre permiso parental. La Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESS EUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, que perseguía mejorar la conciliación de la vida profesional, privada y familiar para los trabajadores con hijos y la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo. (Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental y que deroga finalmente la anterior directiva 96/34 CE.)[13]. La Directiva viene a poner de manifiesto que la conciliación no puede ser reducida a la maternidad, y en consonancia, que las disposiciones que protegen la maternidad no pueden sustituir a los específicos permisos parentales[14]. En efecto, se trata de la primera Directiva que afronta la cuestión de la conciliación de la vida laboral y familiar[15], estableciendo medidas neutras, auténticos derechos individuales,

[12] La Comisión pretende dar un nuevo impulso a la política conciliatoria de la UE proponiendo en su Comunicación "Un mejor equilibrio en la vida laboral: más apoyo a la conciliación de la vida profesional, privada y familiar", de 3 de octubre de 2008, un paquete de medidas conciliatorias («*work-life balance package*») entre las que destacan la consolidación del derecho de los trabajadores al permiso por motivos familiares, la equiparación de los trabajadores autónomos y sus cónyuges colaboradores en el ejercicio del derecho a los permisos por motivos familiares y la actualización del compromiso de la propia Comisión respecto a los objetivos de atención a la infancia marcados en el Consejo Europeo de Barcelona de 2002. Con estos mimbres inicia el período de consultas con los interlocutores sociales, fruto del cual se aprueba la Directiva 2020/18 UE.

[13] La cláusula 1.1 proclama como fin del Acuerdo "facilitar la conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales a los trabajadores con hijos, teniendo en cuenta la diversidad cada vez mayor de las estructuras familiares y respetando al mismo tiempo la legislación, los convenios o los usos nacionales". En su preámbulo viene establecida una relación directa entre las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en cuestiones de empleo, haciendo referencia expresa a la Estrategia de Lisboa para el Crecimiento y el Empleo. De esta manera las medidas conducentes a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral vuelven a quedar subordinadas a intereses relativos al incremento del empleo, es decir, a intereses económicos.

[14] Pérez Campos, 2017, p. 47.

[15] Aguilera Izquierdo y Cristóbal Roncero, 2002, p. 15.

sin titularidad exclusiva, que pueden reconocerse tanto a hombre como mujeres trabajadoras[16].

En cuanto a sus características más destacables, conviene señalar las novedades formales y materiales que presenta. Así:

a) Desde una perspectiva formal, todo el contenido de la Directiva está redactado de forma neutra. Reconoce un mínimo derecho de permiso parental, consistente en un permiso de cuatro meses para el cuidado de hijos menores de ocho años, de los cuales, al menos un mes, debe tener carácter intransferible y que podrá disfrutarse a tiempo completo o parcial (cláusula 2 de la Directiva 2010/18/UE). Ahora bien, este permiso no se configura como un derecho para el cuidado de otros familiares dependientes sino solo para los hijos, nacidos o adoptados.

b) Por lo que se refiere al ámbito material, se incorporan avances muy relevantes:

   – De un lado, posibilita que el empleador/a posponga la concesión del permiso parental por razones justificables relacionadas con el funcionamiento de la organización [cláusula 3.1.c) 2010/18/UE][17].

   – De otro, sin duda más importante, se configura, de forma obligatoria, el carácter intransferible el permiso parental que ya había quedado formulado como objetivo en la Directiva 96/34/CE, si bien su configuración obligatoria aparece por primera vez en la Directiva 2010/18/UE (cláusula 2.2 supra). Este uso privativo del derecho tiene como objetivo que el permiso no acabe recayendo en uno solo de los miembros de la unidad familiar. Pretende promover el reparto y corregir, desde una perspectiva de género, los efectos perversos que puede tener la propia configuración de los permisos parentales.

Se avanza en la idea de allanar el ejercicio del permiso parental. Se apuesta por un desarrollo efectivo y equilibrado. Si los permisos parentales conjuntos no son disfrutados por ambos progenitores, se perpetuará el alejamiento de las mujeres del mercado de trabajo, aumentará la segregación y la brecha salarial.

A pesar de la relevancia que va adquiriendo la conciliación de la vida familiar y profesional debemos acudir a disposiciones diversas para descubrir la regulación de los principios e instrumentos que permiten a los trabajadores, de ambos sexos, conciliar las responsabilidades correspondientes a su vida laboral y familiar.

---

[16] Gorelli Hernández, 2022, p. 18.

[17] Se eliminan las referencias ejemplificativas de las posibles justificaciones de la oposición empresarial que antes se contenían en la Directiva 96/34/CE. Se trataría de una modificación relevante porque ya no cabrían situaciones presuntas que admiten la oposición empresarial, sino que será necesario que se motive o justifique, en cada caso, la negativa empresarial.

La aprobación del Pilar Europeo de Derecho Sociales en 2017[18] supone un avance en materia de conciliación en el ámbito comunitario. En efecto, en la cumbre social de Gotemburgo se proclama el derecho de los ciudadanos de la UE al equilibrio entre la vida profesional y vida privada, precisando que "los padres y las personas con responsabilidades asistenciales tienen derecho a los permisos adecuados, a unas condiciones de trabajo flexibles y a servicios de asistencia. Las mujeres y los hombres deben tener igualdad en el acceso a permisos especiales para cumplir con sus responsabilidades asistenciales y debe animárseles a utilizarlos de forma equilibrada". Con esta redacción, el principio 9 del Pilar Europeo de Derechos Sociales viene no sólo a reforzar el objetivo de la corresponsabilidad, sino también a sugerir el derecho a la adaptación de jornada.

En este contexto, se aprueba la Directiva 2019/1158 UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019[19], relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo que de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental. A diferencia de la anterior, la Directiva 2019 /1158 no tiene su origen en un acuerdo marco, lo que trasluce las dificultades en torno a esta materia, principalmente centradas en el coste económico que la ampliación de las medidas de conciliación conlleva.

En todo caso, la Directiva 2019/1158 presenta importantes novedades con respecto a sus normas predecesoras: 1) Amplía el alcance de las medidas de conciliación, incluyendo no solo las tareas de crianza y educación de hijos si no también la atención de familiares mayores, enfermos o dependientes, 2) Señala como objetivo explícito de conciliación "el bienestar y los derechos de los menores", aunque su finalidad principal sea "lograr los derechos lograr la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo, facilitando a los trabajadores que sean progenitores o cuidadores la conciliación de la vida familiar y profesional" (art. 1 Directiva 2019/1158), es decir, favorecer y mejorar las condiciones de la medidas de conciliación para apoyar la trayectoria profesional de la mujer, 3) Se incorporar la "flexibilidad" en el disfrute y en la titularidad de los distintos permisos[20].

En definitiva, la Directiva 2019/1158, en concordancia con el principio de igualdad en el Derecho de la Unión Europea (arts. 2 y 3.3 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), ha conseguido que la conciliación de la

[18] Proclamado en la cumbre social de Gotemburgo por el Parlamento europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017.

[19] DOUE 12-07-2019. El plazo de transposición de la Directiva se extiende hasta el 2 de agosto de 2022, No obstante, lo dispuesto en el apartado 1 del presente artículo, para la remuneración o la prestación económica correspondientes a las últimas dos semanas del permiso parental previsto en el artículo 8, apartado 3, los Estados miembros pondrán en vigor disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir la presente Directiva a más tardar el 2 de agosto de 2024. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

[20] López Álvarez, 2019, pp. 159-163.

vida familiar y profesional obtenga un reconocimiento autónomo en al acervo comunitario[21].

2. Mecanismos para favorecer la conciliación de la vida laboral familiar y profesional

El concepto de relación laboral configurado por la jurisprudencia del TJUE tiene diferentes manifestaciones dependiendo de la materia que trate. En materia de permisos parentales, el TJUE, en su sentencia de 16 de junio de 2016 (Asunto C-351/14) interpretó que estaban incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2010/18 las personas socias de cooperativas que prestaban servicios para éstas-, acercando el concepto de trabajador por cuenta ajena a efectos de aplicar a aquéllas la Directiva de permiso parental. En todo caso, de ello, no puede derivarse que exista un concepto claro y unívoco[22].

La Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo es una norma de la Unión Europea que pretende establecer garantías para las personas trabajadoras con responsabilidades de cuidado a través de la regulación de medidas que fomenten la corresponsabilidad.

En tal sentido, dispone derechos individuales de los trabajadores en un doble ámbito: el permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores y fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores. La Directiva 2019/1158 supone, por tanto, una clara expansión del ámbito de derechos vinculados al cuidado, articulando no sólo permisos parentales, sino también configurando un derecho a acceder a mecanismos de trabajo flexible para que el trabajador se ocupe de sus obligaciones de cuidado.

2.1. El permiso de paternidad, el permiso parental y el permiso para cuidadores

A. Permiso de paternidad

La Directiva 2019/1158 recoge el permiso por paternidad, como una cesación temporal de la prestación de trabajo "a la que pueden acogerse los padres" o "un segundo progenitor equivalente con ocasión del nacimiento de un hijo a fin de facilitarle cuidados" (art. 3 Directiva 2019/1158).

[21] Cierto es que la conciliación ya aparece recogida en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (LCEur 200/3480, DOUE 18 de diciembre 2000, núm. 364), cuyo art. 33 establece de forma expresa "toda persona tiene derecho (..) a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o adopción de un niño" con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional.

[22] Sánchez Urán Azaña, 2017.

Reconoce, así, un derecho individual de disfrute del permiso con ocasión del nacimiento del hijo al padre o al segundo progenitor, cuando y en la medida en que esté reconocido por la legislación nacional[23]. Se trata de un permiso, que se regula de forma autónoma y diferenciada, frente al permiso parental y en clara paralelismo con la licencia por maternidad[24].

El art. 4 de la Directiva 2019/1158 regula el contenido del permiso por paternidad, favoreciendo que los padres atiendan a las responsabilidades generadas por el nacimiento de un hijo (se excluyen, por tanto, otras realidades como la adopción o el acogimiento, para lo que sólo quedaría la posibilidad del permiso parental). En concreto, el permiso por paternidad da derecho a ausentarse durante 10 días laborables, siendo los Estados miembros quienes determinen qué parte del permiso se disfruta "antes o únicamente después del nacimiento del niño", y también si permiten que tal permiso "pueda disfrutarse con arreglo a fórmulas flexibles".

Se trata de una ausencia retribuida (art. 8.1 y 2 Directiva 2019/1158), pues la misma genera derecho a percibir una remuneración o una prestación económica, que deberá "garantizará unos ingresos al menos equivalentes a los que percibiría el trabajador de que se trate en caso de interrupción de sus actividades por motivos relacionados con su estado de salud, supeditado a cualquier límite que establezca la legislación nacional". No obstante, el art. 8.2 de la Directiva 2019/1158) dispone que los "Estados miembros podrán supeditar el derecho a una remuneración o a una prestación económica a períodos de trabajo previos", que, en ningún caso "podrán superar los seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de nacimiento del hijo prevista". De este modo la Directiva abre la posibilidad de que existan situaciones en que una persona tenga derecho al permiso de paternidad, aunque sin derecho a compensación alguna si no cumple el requisito del período de carencia que pudiera establecer el Estado miembro"[25].

En este sentido, cabe recordar que, en su momento, se intentó incorporar el permiso por paternidad a la Directiva 92/85 como un mecanismo de fomento de la corresponsabilidad dirigido a favorecer que el padre compartiera las responsabilidades del cuidado. En efecto, se pretendía[26], un tratamiento conjunto

[23] Ciertamente con anterioridad la Directiva 2006/54 contemplaba en su art. 16 que los Estados miembros podían reconocer un permiso de paternidad, pero lo cierto es que no lo regulaba, limitándose a señalar que si tales Estados lo regulaban, debían también tutelar a quienes lo disfrutaban frente al despido, así como reconocer el derecho a reintegrarse a su puesto de trabajo o uno equivalente y beneficiarse de las mejoras en las condiciones de trabajo que hubiesen nacido durante la ausencia motivada por disfrutar el permiso.

[24] Ésta es una precisión importante y la jurisprudencia comunitaria ha marcado con claridad la distinción entre la licencia por maternidad y el permiso parental, si bien justificándolo en la finalidad tradicional atribuida a la licencia de maternidad de procurar la recuperación física de la madre y "salvaguardar las especiales relaciones entre la mujer y su hijo" [STJUE 19 de septiembre de 2013 (Asunto C-5/12)].

[25] Ballester Pastor 2019, p. 119.

[26] 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.

del permiso por paternidad y maternidad, equiparando uno con otro, para fomentar la igualdad de género y la corresponsabilidad. Sin embargo, esta iniciativa no prevaleció, incorporándose el permiso por paternidad en la actual Directiva 2019/1158.

Ciertamente, el permiso por paternidad, tal y como hoy se recoge en la norma de la UE, dista mucho del objetivo pretendido. No sólo por los días de permisos que se prevén que, claramente, no casan con el fomento de la corresponsabilidad y el reparto de responsabilidades, sino por la ausencia de elementos no obligatorios en la regulación, remitiendo a los Estados miembros cuestiones de considerable relevancia, así como también por la protección que opera frente al despido ya que, en cierta forma, el permiso por paternidad se asemeja al resto de permisos regulados en la Directiva 2019/1158, lo que podría implicar, una protección menor. En todo caso, el TJUE ha interpretado con claridad el derecho de no afectación o no perjuicio en el ejercicio de los derechos de conciliación, en general, y del permiso por paternidad, en particular[27].

B. Permiso parental

El permiso parental se articula como una "ausencia del trabajo", en los términos que emplea el art. 1 b) de la Directiva 2019/1158, para fomentar el reparto de responsabilidades entre progenitores y favorecer de forma efectiva el cuidado corresponsable del menor.

Se regula en el art. 5 de la Directiva 2019/1158 para garantizar que cada trabajador-progenitor de hijos menores de una edad máxima de ocho años tenga un derecho individual a disfrutar de un permiso para cuidar de su hijo. Este derecho se reconoce tanto a los progenitores por nacimiento como por adopción para su cuidado. Se establece, por tanto, como un derecho individual de los trabajadores, con carácter intransferible de una parte de este para incentivar su utilización equilibrada de ambos progenitores. Será cada Estado miembro quien fije los mecanismos y exigencias para su disfrute a través de la ley nacional o del convenio colectivo. En todo caso, la Directiva 2019/1158 configura, con carácter general, las reglas mínimas para proceder a su disfrute, a saber:

- Duración de cuatro meses, si bien se exige que, de estos cuatro, dos meses no puedan ser transferidos al otro progenitor, de forma que puedan ejercer su derecho de manera efectiva y en condiciones equitativas[28].
- Preaviso del trabajador al empleador en "un plazo razonable" para ejercer su derecho al permiso parental, indicando la fecha de inicio y de fin de período del permiso (art. 5.3 Directiva 2019/1158).

[27] STJUE de 8 de mayo de 2019 (Asunto C-486/18).

[28] Rodríguez Escribano, 2020.

– Antigüedad en la empresa de un año[29].

A pesar de los requisitos que se exigen para el disfrute del permiso parental, la Directiva 2019/1158 permite, en su art. 5.5, que el empresario aplace su disfrute debido a la alteración del "buen funcionamiento de la empresa", previa justificación por escrito de la causa que determina el aplazamiento del permiso. Asimismo, el empresario propondrá formulas flexibles de su disfrute para garantizar que el permiso parental no se pierda. Sin embargo, puede ocurrir que su aplazamiento suponga la pérdida de su finalidad. Ballester Pastor señala que "lo que está haciendo el artículo 5 en sus apartados 5 y 7 sea ofrecer excusas válidas para que el empresario pueda legítimamente oponerse al permiso parental solicitado por el trabajador"[30]. Del art. 5 de la Directiva no se desprende con claridad la determinación de estas fórmulas flexibles de disfrute del permiso parental. Parece que el legislador europeo se aparta en este punto de los mecanismos establecidos en el art. 9 y está pensando más en cualquier otra forma que permita flexibilizar el disfrute del permiso parental con el trabajo, por ejemplo, su disfrute a tiempo parcial. Aunque la norma comunitaria no se pronuncia de forma clara en estos términos, el disfrute del permiso en modalidades flexibles ha sido expresamente amparado por la jurisprudencia comunitaria. Así, la STJUE de 22 de octubre de 2009 (Asunto C-116/08), señalaba que "las medidas dirigidas a conciliar la vida profesional y la vida familiar deben fomentar la introducción en los Estados miembros de modos flexibles de organización del trabajo y del tiempo, más adaptados a las necesidades cambiantes de la sociedad". En la misma línea, la STJUE de 27 de febrero de 2014 (Asunto C-588/12), entiende que "cuando se permite a los trabajadores escoger entre el disfrute del permiso parental a tiempo completo o a tiempo parcial, los que opten por esto último no puede ver desfavorecidos"; ello supondría apartarse del objetivo de flexibilidad que persigue la norma europea.

En todo caso, las fórmulas de trabajo flexible también pueden ser solicitadas a instancia propia del trabajador (art. 5.6 Directiva 2019/1158). Si lo hiciera, el empresario deberá atender la solicitud "teniendo en cuenta tanto sus propias necesidades como las de sus trabajadores". Su eventual denegación deberá realizarse por escrito y en un plazo razonable desde su presentación[31].

Otra cuestión controvertida es la referida a la acumulación del permiso por nacimiento en familias monoparentales. Este asunto fue resuelto por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 16 de mayo de 2024 (Asunto C-673/22), en la que interpretó que los arts. 5 y 20 de la Directiva 2019/1158, no eran aplicables ni por razón de materia ni por razón de tiempo al litigio planteado,

[29] En este sentido, la Directiva UE dispone también la situación de los trabajadores con contrato temporal, admitiendo que "cuando existan sucesivos contratos de duración determinada en los términos de la Directiva 1999/70 CE del Consejo con el mismo empleador, "deberá tenerse en cuenta la suma de todos ellos para el cálculo del período de trabajo".

[30] Ballester Pastor, 2019, p. 1123.

[31] Rodríguez Escribano, 2020.

lo que impide, según el derecho de la Unión Europea, la acumulación del permiso por nacimiento en familias monoparentales.

Por lo que se refiere a su retribución, el art. 8. 1 de la Directiva 2019/1158 establece las bases para garantizar que los trabajadores que ejerzan su derecho a disfrutar del permiso parental reciban una prestación económica, que será definida por el Estados miembro o los interlocutores sociales, "de manera que se facilite que ambos progenitores puedan disfrutar del permiso parental". Este derecho a una remuneración o una prestación adecuada es esencial para al adecuado disfrute del permiso, Es cierto es que la directiva no establece una garantía retributiva mínima, pero su concesión sin retribución dejaría sin eficacia el objetivo de corresponsabilidad que pretende.

C. Permiso para cuidadores

La Directiva 2019/1158 regula el permiso para cuidadores. Ahora bien, este permiso no está pensado para el cuidado continuado de un dependiente, sino para prestar cuidados o ayuda personal a una familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importante por un motivo médico grave [art. 3. 1 c) Directiva 2019/1158].

En efecto, el art. 6 dispone el derecho a ausentarse del trabajo para prestar cuidados o ayudas personales a un familiar o a un conviviente en el mismo hogar del trabajador, cuando estos necesitan asistencia o cuidados importantes por motivo médico grave. El permiso tendrá una duración de cinco días al año por trabajador que lo solicite, sin concretar si esta duración es por cada familiar o conviviente al que atender o si tiene esta duración en función de cada ocasión en la que sea necesario el ejercicio del derecho.

Ahora bien, dada su redacción literal ("cinco días laborables al año por trabajador"), Gorelli Hernández señala que "parece evidente que estamos ante una duración máxima anual, con independencia de cuáles sean las necesidades del trabajador". Sin embargo, continua el autor, el apartado segundo del art. 6 de la Directiva señala que los Estados "podrán distribuir los permisos para cuidadores sobre la base de períodos de un año, por persona necesitada de asistencia o apoyo, o por caso"; "es decir, deja en manos de los Estados la principal cuestión de la regulación de este derecho, siendo admisible tanto regulaciones nacionales de duración exigua (un "crédito" de cinco días anuales donde van incluidos todos los permisos con independencias de las situaciones que puedan presentarse"[32].

La norma tampoco realiza ninguna alusión sobre el carácter retribuido de esta ausencia, por lo que parece que el disfrute de este permiso no lleva aparejado necesariamente su remuneración. Es posible, sin embargo, que la regulación nacional pueda introducir "normas o disposiciones que sean más favorables

[32] Gorelli Hernández, 2022, pp. 27-28.

para los trabajadores" (art. 16.1 Directiva 2019/1158). Ahora bien, la ausencia de retribución no anima, ni a la conciliación, ni a la corresponsabilidad.

En todo caso, serán los Estados miembros los que prevean su carácter retribuido, así como los detalles adicionales sobre el ámbito de aplicación. En este sentido, la norma comunitaria otorga al Estado miembro tanto la determinación del grado de parentesco, como a la condiciones o requisitos de acceso, y, por ende, generen derecho a este permiso:

- Por lo que se refiere al grado de parentesco entre el trabajador y el familiar que requiere asistencia o cuidados importantes por un motivo grave, el texto de la Directiva despeja las dudas, al señalar el art. 3.1 e) de la Directiva 2019/1158 que alcanza "al hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el derecho nacional". Ahora bien, la propia Directiva permite a los Estados miembros que puedan
- configurar el derecho al permiso "sobre la base de períodos de un año por persona necesitada de asistencia o apoyo, caso por caso".
- En relación con las condiciones y requisitos de acceso para generar el derecho a este permiso, la norma europea remite también a la legislación o los usos nacionales para su determinación.

Más que nunca la Directiva configura un verdadero "suelo de mínimos" y deja en manos del Estado miembro la configuración real de este derecho. En definitiva, será el EM el que concrete cuestiones esenciales, como la determinación del ámbito subjetivo, (parentesco, en su caso, grado de parentesco o delimitación del conviviente, identificación del motivo médico grave (en concreto, la causa determinante del derecho) para que el trabajador prestar la ayuda al familiar o conviviente, así como los requisitos o condiciones para la concesión del derecho.

D. Ausencia del trabajo por causa de fuerza mayor

La Directiva 2019/1158 regula, en su art. 7, la "ausencia del trabajo por fuerza mayor", que se configura también como un permiso para atender a situaciones de fuerza mayor familiar.

En concreto, se refiere a "situaciones de causa de fuerza mayor, por motivos familiares", en dos supuestos: enfermedad o accidente, pero que, en todo caso, "hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador".

A diferencia del permiso para cuidadores, el legislador europeo no fija, en este caso, ni el grado de parentesco o la exigencia de convivencia, ni la duración del permiso ni tampoco el alcance de la gravedad de la causa. Únicamente habla de "urgencia" y "presencia indispensable" del trabajador por motivo familiar

vinculando la urgente gravedad de la situación médica a una situación de verdadera emergencia.

La norma tampoco realiza ninguna alusión sobre el carácter retribuido de esta ausencia, por lo que parece que el disfrute de este permiso no lleva aparejado necesariamente su remuneración. En todo caso, es posible que la regulación nacional incorpore reglas más favorables para los trabajadores (art. 16.1 Directiva 2019/1158). Ahora bien, lo que no genera duda es que la ausencia de retribución no anima, ni a la conciliación, ni a la corresponsabilidad.

En realidad, el legislador europeo configura las líneas básicas de este permiso, pero se "olvida" de dotarlo de contenido y deja en manos de los Estados miembros su regulación. Será cada EM el que concrete cuestiones esenciales, como la determinación del ámbito subjetivo, es decir, de los causantes del derecho (parentesco, en su caso, grado de parentesco o delimitación del conviviente, identificación del motivo médico grave (en concreto, la identificación de la situación de emergencia) y, además, será quien, realmente, articule el derecho del trabajador "a ausentarse al trabajo, por causa de fuerza mayor, a un tiempo determinado por año, por caso, o por año, y por caso" (art. 7 *in fine* Directiva 2019/1158).

En definitiva, la Directiva otorga plena libertad a los Estados miembros para la regulación del permiso tanto en el fondo (concreción de la fuerza mayor) como en la forma (duración, requisitos o condiciones), lo que evidencia su indefinición, pero también establece la posibilidad de que los Estados miembros dispongan su contenido sustantivo a través de una regulación más favorable.

2.2. Fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores

Entre las garantías que establece la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores para las personas trabajadoras con responsabilidades de cuidado, se encuentran las fórmulas de trabajo flexible para los trabajadores que sean progenitores o cuidadores[33]. En este sentido, el art. 3.1 f) establece la posibilidad de los trabajadores "de adaptar sus modelos de trabajo acogiéndose a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios labores flexibles o reducción de las horas de trabajo". Se garantiza, por tanto, que los trabajadores puedan compatibilizar y/o compaginar familia y trabajo. Jurado Segovia recoge esta distinción y pone en valor "el tránsito de un modelo en el que prime la idea de trabajar menos para conciliar a otro en el que se facilite trabajar de forma diferente, ofreciendo mayores márgenes de flexibilidad". Por ejemplo, distribución irregular de la jornada, preferencia en la elección de turnos, flexibilidad de horarios, bolsas de horas, etc[34]..

[33] Rodríguez Escribano, 2020.

[34] Jurado Segovia, 2018, p. 118.

En concreto, es el art. 9 de la Directiva 2019/1158, el encargado de acoger la regulación de fórmulas de trabajo flexible que favorezcan la presencia del trabajador con responsabilidades de cuidado en la empresa en aras de asegurar sin tener que ausentarse por permiso parental. Se trata de promover mecanismos e instrumentos que faciliten la compatibilidad entre el desarrollo de la prestación del trabajo y el cuidado de menores y convivientes en aras de facilitar la conciliación de la vida familiar y profesional, y, por ende, la corresponsabilidad entre progenitores y cuidadores.

En este contexto la Directiva 2019/1158 configura un derecho de adaptación general que trasciende la regulación limitada de los derechos parentales. En efecto, se amplía de forma notable su alcance para acoger no solo la garantía de incorporación tras un permiso parental sino también para establecer el derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible, como derecho individual de cada trabajador, quedando desvinculado de cualquier permiso parental. Así, cualquier trabajador con obligaciones de cuidado de un menor o familiar podrá adaptar su modelo de trabajo solicitando fórmulas de trabajo flexible, con independencia de su reincorporación tras disfrutar de un permiso parental[35].

Pues bien, con esta nueva configuración de alcance más amplio, el art. 9 de la Directiva 2019/1158 dispone el derecho al trabajo flexible tanto de las personas trabajadoras con hijos de, "como mínimo de ocho años", cuanto de los cuidadores que dispensen cuidados o ayuda a un familiar o a una persona que conviva en el mismo hogar que el trabajador y precise asistencia por un motivo médico grave.

Por lo demás, la norma europea dispone otras precisiones respecto del disfrute del derecho al trabajo flexible, a saber:

- Su duración estará supeditada a un límite razonable, sin fijar un período mínimo de disfrute. Por lo que, una vez más, será el Estado miembro el que concrete el tiempo de disfrute de estás fórmulas de trabajo flexible (art. 9.1 Directiva 2019/1158).
- Período previo de antigüedad (art. 9.4 Directiva 2019/1158). Se habilita a los Estados miembros a que supediten el derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexible a períodos de trabajo anterior o a una antigüedad que no podrá ser superior a seis meses. En este caso, la norma europea articula una previsión de derecho mínimo necesario, de forma que no se podrá exigir una antigüedad superior a seis meses para acceder a este mecanismo de conciliación. La misma exigencia rige para los contratos de duración determinada: si existen estos contratos con el mismo

[35] Repárese que en la ampliación del alcance de la Directiva 2019/1158 fue determinante la intervención del TJUE. Tanto en el la STJUE de 16 de junio de 2016 (Asunto C-351/14), como en la STJUE de 18 de septiembre de 2019 (Asunto C-366/2018), el TJUE señaló que el derecho contenido en la cláusula sexta de la Directiva 2010/18 no tenía una dimensión general, sino que solo se aplicaba en los supuestos de reincorporación tras un permiso parental.

empleador, a tenor de lo dispuesto en la Directiva 1999/70 CE, se deberá tener en cuenta las suma de todos ellos para el cálculo de tales períodos y el acceso al derecho a solicitar estas fórmulas de trabajo flexible.

- El contenido del derecho se fija en el art. 9.2 de la Directiva 2019/1158: a) el derecho al trabajo flexible es un derecho de la personas trabajadora, en tanto que los EM tienen que "adoptar las medidas necesarias para que progenitores y cuidadores (…) pueda ocuparse de sus obligaciones de cuidado", b) la concesión de este derecho debe resolverse "en un plazo razonable de tiempo" y c) el empresario solo puede denegarlo o aplazarlo por causa justificada y teniendo en cuenta "tanto sus propias necesidades como las de los trabajadores".
- La reincorporación del trabajador tras solicitar su derecho a fórmulas de trabajo flexible también está prevista en la Directiva.

En concreto, plantea distintos escenarios en función del período acordado de disfrute de la adaptación del modelo de trabajo: a) si hace uso de este derecho hasta el final del período establecido, una vez superado el plazo el trabajador "tendrá derecho a volver a su modelo de trabajo original al término del período acordado", b) Si se incorpora antes del término del período acordado, el trabajador "tendrá derecho a solicitar volver a su modelo original (…) siempre que lo justifique un cambio en las circunstancias". En este caso concreto, los empleadores estudiarán y atenderán las solicitudes de volver anticipadamente al modelo de trabajo original teniendo en cuenta sus propias necesidades como las de sus trabajadores (art. 9.3 Directiva 2019/1158).

En definitiva, la Directiva 2019/1158 UE se articula sobre la idea de flexibilizar el ejercicio de los derechos de conciliación tanto en el disfrute de los permisos- habilitando el disfrute de los permisos a tiempo completo o a tiempo parcial, incluso posibilitando su disfrute en días consecutivos del permiso separados por períodos de tiempo de trabajo[36]- como en la configuración de fórmulas de trabajo flexible que favorezcan el desarrollo de su prestación laboral en condiciones de igualdad con el cuidado de hijos o familiares[37].

3. Protección de los trabajadores en el ejercicio de sus derechos de conciliación

Además de configurar el diseño de permisos intransferibles para el cumplimiento de las responsabilidades familiares, la Directiva 2019/1158 UE protege a los trabajadores en el ejercicio de sus derechos de conciliación a través de una triple línea de actuación: derechos laborales (art. 10), discriminación (art. 11) y protección contra el despido y carga de la prueba (art. 12).

[36] Considerando 23-27, Directiva 2019/1158 UE.

[37] Considerando 34-38, Directiva 2019/1158 UE.

3.1. Derechos laborales

En efecto, el art. 10 de la Directiva 2019/1158 UE dispone de forma expresa que "los derechos adquiridos o en proceso de ser adquiridos por los trabajadores a la fecha en la que se inicie el disfrute de alguno de los permisos se mantendrá hasta que finalice el permiso o el tiempo de ausencia en cuestión". De igual forma, se garantiza la reincorporación del trabajador "a su puesto de trabajo o a un puesto equivalente en unas condiciones que no le resulten menos favorables, así como a beneficiarse de cualquier mejora de las condiciones laborales a las que hubiera tenido derecho si no hubieran disfrutado del permiso (art. 10.2).

Ahora bien, la Directiva 2019/1158 UE remite a los Estados miembros la regulación de la situación laboral y de Seguridad Social respecto de los trabajadores que hagan uso de los permisos y de las fórmulas de trabajo flexible que prevé la Directiva 2019/1158 UE (art. 10.3). Por tanto, serán los EM los que definan el régimen del contrato de trabajo o de la relación laboral durante el permiso parental coincidiendo también con la jurisprudencia vertida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, el TJUE ha confirmado que "la relación laboral entre el trabajador y el empleador se mantiene durante el período de permiso, por lo que, durante dicho período, el beneficiario del permiso sigue siendo un trabajador, a efectos del Derecho de la Unión". Por consiguiente, al definir el régimen del contrato de trabajo o de la relación laboral para los períodos de permiso que se contemplan en la Directiva 2019/1158, incluidos los derechos de Seguridad Social, los Estados miembros deben asegurarse de que se mantiene la relación laboral".

3.2. Discriminación

Otra de las líneas de protección que articula la Directiva 2019/1158 respecto de los trabajadores que ejercen sus derechos de conciliación es la relativa a la prohibición expresa de discriminación.

En efecto, el art. 11 dispone que los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para prohibir que los trabajadores reciban un trato menos favorable por haber solicitado o disfrutado del permiso de paternidad (art. 4 Directiva 2019/1158), permiso parental (art. 5 Directiva 2019/1158), permiso para cuidadores (art. 6 Directiva 2019/1158), ausencia del trabajo por causa de fuerza mayor (art. 7 Directiva 2019/1158), así como de las fórmulas de trabajo flexible (art. 9 Directiva 2019/1158). En este sentido, se exige a los Estados Miembros que articulen y desarrollen las garantías suficientes contra la discriminación o contra cualquier trato menos favorable frente a los trabajadores que ejerzan sus derechos de conciliación[38]. El art. 11 de la Directiva prohíbe las represalias por el ejercicio de los derechos y no por el ejercicio de las reclamaciones. No es una garantía frente a aquéllas[39]. De la protección contra el trato o consecuencias desfavorables

[38] STJUE de 27 de junio, Asunto C-284/23.

[39] López Álvarez, 2019, p. 182.

se ocupa el art. 14 de la Directiva 2019/1159 al disponer, de forma expresa, que "los Estados miembros introducirán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores, incluidos los representantes de los trabajadores, contra cualquier trato desfavorable del empleador o contra las consecuencias desfavorables resultantes de la interposición de una demanda contra la empresa o de cualquier procedimiento iniciado con el objetivo de hacer cumplir los derechos en ella recogidas".

Repárese en que el art. 11 de la Directiva prohíbe las represalias por el ejercicio de los derechos y no por el ejercicio de las reclamaciones. No es una garantía frente a aquéllas. Por tanto, la Directiva 2019/1168 vincula los derechos de conciliación e igualdad de oportunidades entre hombre y mujeres, "pero se resiste a reconocer que una discriminación por ejercicio de derechos de conciliación constituya una discriminación por razón de sexo o siquiera una discriminación autónoma"[40].

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha elaborado una consolidada doctrina de intensa protección frente al embarazo o la maternidad, cuya tutela alcanza no sólo a la situación de embarazo o disfrute del permiso por maternidad sino también a los momentos previos al propio embarazo y a los posteriores al final del disfrute del correspondiente permiso.

En la sentencia de 26 de febrero de 2008 C-506/06, Mayr, el TJUE declaró que la protección de situación de embarazo debía extenderse también a los períodos preparativos de fecundación in vitro. Concluyó que la situación suponía un trato perjudicial para la mujer que accedía al tratamiento médico vinculado al embarazo, y que, por tanto, era de aplicación la Directiva 2006/54: "basta con que el despido esté relacionado con el embarazo para ser calificado como discriminación por razón de sexo".

También, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de octubre de 2007 C-460/06, Paquay ha entendido que el ámbito de protección frente al despido se extiende al momento posterior al disfrute del permiso de maternidad, sobre todo, cuando en el que la decisión extintiva había sido preparada y decida durante el período protegido. Es necesario que exista relación de causa efecto entre el permiso por maternidad y el despido, tal como sucede en este caso en el que se había procedido a buscar sustituto a la trabajadora durante su embarazo. En definitiva, la doctrina antidiscriminatoria del TJUE protege la situación de embarazo en sentido amplio, incluyendo no sólo los actos preparatorios sino también alcanza el momento posterior al disfrute del permiso por maternidad.

Asimismo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha extendido su protección respecto de despidos provocados por la incapacidad de la trabajadora embarazada de asumir sus compromisos laborales. Tal es el caso de la STJUE de 14 de julio de 1994 (C-31/83, Webb), que declaró contrario al derecho de la Unión Europea la decisión de una compañía aérea británica de despedir a una trabajadora,

[40] Ballester Pastor, 2019, p. 1113.

que se incorpora a la empresa en sustitución de una trabajadora embarazada, "que una vez que había comenzado a trabajar, le comunicó su situación de embarazo". Aunque el Tribunal británico entendió que el despido atendía a la previsible incapacidad para atender a la situación para la que había sido contratada -sustituir a la trabajadora embarazada-, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea negó que pudiera compararse la situación de incapacidad por embarazo a la de un hombre que sufriera incapacidad por razones médicas o de otra naturaleza y declaró que la falta de contratación de embarazadas, constituye una discriminación directa por razón de sexo.

Por su parte, la STJUE de 5 de mayo de 1994 (Habermann, C-421/92) estimó que un contrato de trabajo por tiempo indefinido, relativo a un trabajo que debía ser realizado de noche y celebrado entre un empresario y una trabajadora que ignoraban la circunstancia del embarazo no podía ser declarado nulo alegando la prohibición legal de trabajo nocturno. En idéntico sentido, el TJUE resolvió, en su sentencia de 4 de octubre de 2001, (C-109/00, Asunto Tele Danmark), interpretando, en este supuesto, que el despido de una trabajadora, motivado por su embarazo, con independencia de si su contrato es temporal o indefinido, constituye también una discriminación directa por razón de sexo. Apunta, además, que la trabajadora no tiene obligación de advertir su estado en el momento de la contratación; de hecho, su ocultación no puede entenderse como un incumplimiento del deber de lealtad, susceptible de justificar, por sí mismo, la decisión extintiva.

En la sentencia de 3 de febrero de 2000, C-207/98, Mahlburg, el TJUE dictó una sentencia obre la prohibición de contratación de mujeres embarazadas, declarando que la norma comunitaria no permite al empresario negarse a contratar a una trabajadora embarazada por el mero hecho de que la ley nacional impidiera destinarla, desde el inicio y durante la gestación al puesto de trabajo por tiempo indefinido que se encontraba vacante.

Por su parte, en la sentencia de 20 de junio de 2019, C-404/18, Hakelbracht, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se pronunció sobre la negativa a contratar a una candidata debido a su embarazo, así como sobre la protección de la trabajadora que intervino a favor de esa candidata, que también fue despedida. En este sentido, el TJUE, realiza una interpretación «amplia» y altamente motivada de la Directiva 2006/54, entendiendo que la protección de la discriminación por razón de sexo no sólo no puede determinar diferencias de trato en el momento de la contratación y/o en el desarrollo de la relación laboral, sino que también se extiende a todas las actuaciones "ya sean escritas o hubieran consistido en una declaración testifical, con independencia, en todo caso, de su carácter formal o informal"[41].

Por tanto, incumbe al empresario la obligación de adoptar decisiones organizativas razona-bles y proporcionadas que tiendan a suprimir la desigualdad de oportunidades en la empresa, desarrollando, para ello, comportamientos

[41] Nieto Rojas, 2019.

internos que eviten discriminaciones directas o indirectas en el ámbito de trabajo. La sentencia Hakelbracht es muy significativa porque ex-tiende la protección antidiscriminatoria a personas que se ven perjudicadas profesionalmente por proteger a sujetos especialmente expuestos a conductas discriminatorias, en nuestro ca-so, candidata en estado de gestación.

La maternidad y el embarazo son situaciones exclusivas de las mujeres, no son neutras, a diferencia, por ejemplo, de los permisos parentales y otros relacionados con el cuidado. Por ello, son las únicas situaciones en las que la normativa de la Unión Europea admite diferencias entre mujeres y hombres. Cualquier otra norma que distinga entre mujeres y hombres con una finalidad "supuestamente protectora" es contraria al Derecho de la Unión Europea, si se trata de riesgos que concurren igual en hombres que en mujeres[42].

3.3. Protección contra el despido y carga de la prueba

La tercera línea de garantías que articula la Directiva 2019/1158 respecto de los trabajadores que ejercen sus derechos de conciliación es la protección contra el despido. Lo que significa que el ejercicio de los derechos de conciliación no debe tener ninguna repercusión negativa en la persona que lo ha solicitado.

Así, los trabajadores que ejerzan su derecho a acogerse a los permisos o a las fórmulas de trabajo flexible deben estar protegidos contra el despido y contra cualquier medida de preparación para un posible despido por haber solicitado tales permisos o haberse acogido a ellos, o por haber ejercido su derecho a solicitar tales fórmulas de trabajo flexible, con arreglo a la jurisprudencia del TJUE[43], que ha ido consolidando la arquitectura jurídica de esta protección a través de interesantes y acertados pronunciamientos.

Lo primero que exige la Directiva 2019/1158 es que "el despido de las personas que ejerzan derechos de conciliación debe tener causa justa" (art. 12). De forma que si llega a producirse el empresario habrá de motivar y justificar la causa por escrito.

Así, la necesaria causalidad del despido implica que el empresario deba probar que concurre justa causa, y, en todo caso, debe operar la inversión de la carga de la prueba. En efecto, si el trabajador presenta ante un Tribunal unos hechos que permitan presuponer que ha sido despedido por razones vinculadas al disfrute del permiso o a la solicitud de fórmulas de trabajo flexible corresponde al empleador demostrar que el despido se ha basado en motivo distintos del ejercicio de sus derechos de conciliación. (art. 12 Directiva 2019/1158).

[42] Cristóbal Roncero, 2024, p 388.

[43] STJUE 11 de octubre de 2007 (Asunto C-460/06).

La jurisprudencia del TJUE ha tenido un papel muy relevante en la evolución y consolidación del reforzamiento de la protección del trabajador que ejerce sus derechos de conciliación frente al despido.

Así, la STJUE de 22 de octubre de 2009 (Asunto C-116/08), entiende que la indemnización por despido de un trabajador que se encuentra disfrutando de un permiso parental a tiempo parcial no puede calcularse conforme a la retribución reducida que percibe en el momento de la extinción[44]. Si se aceptara que un trabajador contratado a tiempo completo puede ver reducida su indemnización por despido, al encontrarse en un período de permiso parental a tiempo parcial, podría llevar al empresario a despedir a trabajadores en estas circunstancias[45]. La STJUE de 20 de junio de 2013 (Asunto C-7/12), examina, en este caso, la procedencia de los criterios de evaluación utilizados, en el marco de una amortización de puestos de trabajo, con respecto a una trabajadora que se encuentra disfrutando del permiso parental. En este caso, realiza el análisis desde la perspectiva de género, alegando una situación de discriminación indirecta, en tanto que quienes se acogen al permiso parental en un número muy superior son las mujeres. Por su parte, la STJUE de 7 de septiembre de 2017 (Asunto C-174/16), " estudia la reincorporación de una trabajadora a la plaza de funcionaria que se le había concedido mientras disfrutaba de un permiso parental y concluye que la norma interna que exigía que el candidato seleccionado realizara una período de prácticas de dos años sin ninguna posibilidad de prórroga atenta contra la garantía de reincorporación del trabajadora su puesto o uno equivalente al finalizar el período de permiso parental. El consolidado recorrido de protección de la mujer trabajadora embarazada, especialmente, en supuestos de despido, se ha intensificado a través de la sentencia de 27 de junio de 2024, C-284/23, Haus Jacobus. En ella, el TJUE ha reforzado la protección específica de estas trabajadoras, reiterando que la maternidad no debe constituir nunca un motivo de discriminación. Es más, conecta, de manera indisoluble, la protección de la maternidad con el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizando no sólo que las medidas antidiscriminatorias se apliquen de forma efectiva, sino también que la vulneración de estos derechos pueda ser adecuadamente reparada[46].

En conclusión, la protección frente al despido para los permisos parentales se articula desde el marco regulador de la Directiva 2019/1158, atendiendo, por un lado, a su configuración como derecho individual del trabajador, y por otro, al objetivo de conciliación de la responsabilidades familiares y profesionales. En

[44] Recuérdese que la Directiva garantiza los derechos adquiridos o en curso de adquisición del trabajador en la fecha de inicio del permiso parental hasta que finalice el permiso, por lo que no puede ser objeto de interpretación restrictiva. De ahí que, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea entienda que el concepto de derechos adquiridos o en curso de adquisición comprende la totalidad de los derechos y ventajas, en dinero o en especie, derivados directa o indirectamente de la relación laboral, a los que el trabajador tiene derecho desde el inicio de su permiso parental.

[45] En idéntico sentido, STJUE de 27 de febrero (Asunto C-588/12), STJUE 9 de mayo de 2019 (Asunto C-486/18).

[46] Bogoni, M., 2024, p. 4).

todo caso, la constatación de prácticas discriminatorias "operaría como un plus de antijuridicidad, que añadiría un elemento de reprochabilidad al supuesto que se enjuicia"[47].

4. Bibliografía

Aguilera Izquierdo, R (2007): "Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº extra 2.

Aguilera Izquierdo, R., Cristóbal Roncero, R. (2002): "Las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar y su desarrollo normativo", en Tribuna Social, nº 134.

Ballester Pastor, M. A. (2019): "De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español", en Derecho de la Relaciones laborales, nº. 119.

Bogoni, M. "La maternidad y la tutela judicial efectiva en supuesto de despido por embarazo. A propósito de la STJUE de 27 de junio de 2024 (C-284/23)·, Brief AETSS núm. 65, Asociación Española de Derecho del Trabajo, 2024.

Cristóbal Roncero, R.: "La tutela antidiscriminatoria en la doctrina del TJUE", en VVAA: Igualdad de trato y no discriminación en la salud y protección social en la era de la disrupción digital, Tomo I, Laborum, 2024.

Gorelli Hernández, J. (2022): "Un análisis normativo de las evoluciones de las políticas de conciliación en la Unión europea. De la maternidad a la corresponsabilidad", en Femeris, Vol. 7, nº 2.

Jurado Segovia, A. (2018): "Flexiseguridad y conciliación de la vida laboral y familiar", en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº extra.

López Álvarez, M.J. (2019): "Conciliación y corresponsabilidad en el ordenamiento jurídico comunitario", en Revista Galega de Dereito Social, nº. 9.

Montoya Melgar, A.: *Derecho del Trabajo,* 44 ed., ed. Tecnos, Madrid, 2023.

Nieto Rojas, P.: "Nuevas manifestaciones de la protección del embarazo en la doctrina del TJUE", Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF 2019, nº. 441.

Pérez Campos, A.I. (2017): "Los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el trabajo: evolución legislativa", en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº. 133.

Sánchez Urán Azaña, Y. (2017): "El concepto de trabajador en el contexto de la protección flexible del derecho del trabajo en la Unión Europea", en La Ley Unión Europea, nº. 50.

[47] López Álvarez, 2019, p. 185.

CAPÍTULO DÉCIMO SÉPTIMO. La transmisión de empresas

Noelia de Torres Bóveda
Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0002-1501-3686

Sumario: 1. Introducción. 2. El ámbito de la transmisión de empresa. Extensión de la norma. 2.1. Ámbito subjetivo. A. Trabajadores amparados. B. Empresas vinculadas por la norma. 2.2. Ámbito objetivo. La noción de transmisión de empresa. 3. Garantías laborales y vicisitudes del traspaso. 3.1. Relaciones laborales individuales. A. Mantenimiento de las condiciones laborales. B. Responsabilidad solidaria. 3.2. Relaciones laborales colectivas. A. Negociación colectiva. B. Representantes de los trabajadores. C. Información y consulta. 4. Extinción de la relación laboral en procesos de transmisión. 5. Traspaso en empresas en situación de insolvencia o circunstancias análogas. 6. Bibliografía.

1. Introducción

La institución de la transmisión de empresas no resulta novedosa, pues se trata de una operación de reestructuración empresarial que se viene observando desde largo en la comunidad europea y, en general, en el ámbito internacional. El hecho de que nos encontremos ante un mercado competitivo como el actual, sujeto a continuos cambios en la demandada y a la necesidad de mantener una ventaja diferenciadora que permita generar beneficios, ha redundado en que las empresas se vean obligadas a llevar a cabo estrategias de adaptación, a través de fórmulas de reestructuración o reorganización productiva.

La naturaleza recurrente de la transmisión de empresas llevó al legislador comunitario a promulgar la primera norma en esta materia en el año 1977, a través de la Directiva 77/187/CEE de 14 de febrero, que comenzó su vigencia con el ánimo de dotar de un mayor grado de homogeneización a los distintos ordenamientos nacionales ya existentes respecto de este tipo de procesos, para lograr de este modo, el desarrollo de un mercado común entre las distintas comunidades europeas.

Si bien podríamos defender con seguridad que el objetivo fundamental de esta norma fue el establecimiento de un marco de garantías y derechos mínimos a los trabajadores que se vieran afectados por los traspasos definidos por la Directiva. Esta regulación fue de aplicación hasta que fue objeto de modificación por la actualmente vigente Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo de 2001, que desarrolló más extensamente algunos aspectos de la norma anterior y los adaptó a las necesidades advertidas tras la aplicación práctica de la primera Directiva. Una clara referencia para la modificación y adaptación de la nueva norma fue la jurisprudencia que se comenzó a construir en esta materia, consecuencia de la litigiosidad suscitada en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

La nueva regulación de transmisión, además, se encargó de adicionar nuevas garantías. En este sentido, cabe hacer especial referencia a las vinculadas a los supuestos de transmisión de empresas que se hallen en situación de insolvencia o circunstancias análogas, pues de nuevo, fruto de la gran litigiosidad observada en los Tribunales de Justicia, el legislador comunitario consideró necesario llevar a cabo un mayor desarrollo de derechos y obligaciones vinculados a estos procesos.

El presente capítulo se muestra como una oportunidad para acercarnos a esta importante y compleja materia a través del análisis global de la Directiva, abordando cuestiones como su ámbito de aplicación, la conceptualización del propio término de transmisión de empresa a los ojos de la norma comunitaria, los derechos y obligaciones consignados, las responsabilidades de cedente y cesionario, la afectación a las condiciones de trabajo vinculadas a convenios colectivos vigentes con anterioridad a la fecha de traspaso o la necesidad de cumplir con una serie de obligaciones fundamentales en materia de información y consulta con los representantes de los trabajadores.

Finalmente, haremos una breve referencia a los traspasos efectuados en el marco de procesos de insolvencia o circunstancias análogas.

Todas las materias señaladas, así como las demás estudiadas en el presente capítulo, han sido analizadas teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a fin de obtener una visión pragmática del objeto de estudio.

2. El ámbito de la transmisión de empresa. Extensión de la norma

Como cualquier otra norma, la Directiva 2001/23/CE, acota su extensión a las transmisiones de empresa -sólo a aquellas que se ajustan a la definición dada por la norma-, así como a una serie de sujetos concretos, los cuales aparecen reflejados en su cuerpo regulador, si bien estos han sido objeto de matización por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), por la amplitud de algunos de los preceptos. En particular, han sido especialmente controvertidas las cuestiones vinculadas a la noción de traspaso como podrá comprobar el lector en las próximas líneas.

Cabe destacar que tanto el ámbito subjetivo como el objetivo de esta fuente del Derecho comunitario se mantienen alineados, con el propósito de brindar una protección eficaz a los empleados afectados por estos procedimientos.

2.1. Ámbito subjetivo

Si atendemos al propio tenor literal de la norma, son dos los sujetos principales que quedan sometidos a la misma. Así, de un lado, el art. 1.1 c) incluye a las empresas y, de otro, el art. 2.1 d) a los trabajadores, que como se tendrá la oportunidad de analizar, son considerados con suma flexibilidad.

A. Trabajadores amparados

Dado el ánimo garantista de la norma, son muchos los trabajadores que quedan cubiertos por sus previsiones. De hecho, en ausencia de una definición uniforme, la Directiva opta por ceder a los distintos Estados miembros tal labor de conceptualización, lo que insta a que podamos hallar multiplicidad de extensiones de la norma en relación a este concreto sujeto.

No obstante, la disponibilidad del concepto a expensas del criterio de los distintos Estados se encuentra subordinada a una serie de limitaciones. Podemos señalar a este respecto, la prohibición de exclusión de ciertos colectivos de empleados en razón de su tipo de contrato o condiciones de ejecución de la actividad, o en aquellos casos en que la transmisión se produce respecto de una empresa de trabajo temporal, cuando ésta toma funciones de empresario. Limitaciones como las aludidas han sido introducidas por el art. 2.2 de la vigente Directiva, pues en la anterior hallábamos una carencia de tanto definición del sujeto protegido (trabajador) como de límites a tal tutela[1].

B. Empresas vinculadas por la norma

Al igual que sucedía con la extensión de las garantías de la Directiva a los trabajadores, la amplitud de las empresas que quedan obligadas a dar cumplimiento a sus previsiones es dilatada, si bien en este caso la norma se ocupa de llevar a cabo su propia delimitación. De este modo, dispone que quedarán comprendidas aquellas empresas de naturaleza tanto pública como privada, independientemente de que operen con o sin ánimo de lucro en el ejercicio de su actividad. Por tanto, podemos apreciar el fenómeno de la sucesión de empresa en operaciones de contratas y subcontratas (ámbito privado) y en contrataciones públicas (ámbito público)[2].

Atendiendo a la noción expresada la regla general será, por tanto, considerar que la organización empresarial se halla sometida al contenido de la norma comunitaria y, excepcionalmente, extramuros de la misma. Ejemplo de ello es la

[1] STJUE de 7 de febrero de 1985 (Asunto C-19/83).

[2] Gil Plana, J., 2019, p. 202.

STJUE de 26 de septiembre de 2000 (Asunto C-175/99) en el caso Didier Mayeur contra Association Promotion de l'information messine. En ella se dilucida sobre la consideración o no como traspaso de la asunción de actividades publicitarias turísticas a cargo de un Ayuntamiento, cuando éstas con carácter previo eran competencia de una entidad sin ánimo de lucro. El Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que ha de entenderse la existencia de transmisión de empresa en tanto que, a pesar de que la organización carecía de objeto lucrativo, la actividad que desempeñaba era susceptible de generar rendimientos económicos. Así, la actividad no podría encuadrarse dentro de la excepción del art. 1.1 c) de la Directiva, pues no puede ser considerada como ejercicio de una autoridad administrativa pública.

Hemos de aprovechar esta referencia para abordar las excepciones a la aplicación de esta norma. Como ya se ha citado, el propio artículo de la Directiva determina respecto de las autoridades administrativas públicas que la reorganización administrativa de las mismas, así como el traspaso de funciones administrativas de estas autoridades "no constituirán un traspaso a los efectos de la presente Directiva". Dicha exclusión del ámbito subjetivo de la norma ha sido objeto de litigiosidad en el seno del Tribunal de Justicia con sentencias de distinto criterio, pues el órgano comunitario ha ido variando su línea interpretativa a lo largo de los distintos años, si bien ha tratado de mantener un ánimo flexibilizador.

Primeramente, cabe observar una tendencia por parte de este órgano a considerar con mayor lenidad los distintos criterios, pudiendo de esta manera hacer alusión a sentencias como STJUE de 19 de mayo de 1992 (Asunto C-29/91). En el citado asunto el Tribunal aborda como cuestión central la posibilidad de entender incluido a los efectos de la Directiva un traspaso efectuado por la autoridad pública al cesar en el abono de unas determinadas subvenciones a una sociedad que había extinguido su actividad procediendo, entonces, a otorgar la misma a una empresa distinta de la precedente, pero con objetos análogos.

Otros de los pronunciamientos a los que podemos hacer alusión en sentido integrador, son los efectuados por el Tribunal de Justicia en la STJUE de 10 de diciembre de 1998 (Asunto C-173/96) o la STJUE de 14 de septiembre de 2000 (Asunto C-343/98), en las que se pone de manifiesto que la mencionada exclusión de la autoridad pública ha de considerarse con cierta flexibilidad, añadiendo que el mero hecho de que las actividades o la mano de obra hayan sido transferidas por parte de una Administración, no puede conllevar implícitamente la exclusión del ámbito de la norma comunitaria.

Del lado opuesto, también existen pronunciamientos que fallan la no inclusión en la Directiva, como es el de la STJUE de 15 de octubre de 1996 (Asunto C-298/94) sobre el caso Annette Henke y Gemeinde Schierke, Verwaltungsgemeinschaft "Brocken", en la que el Tribunal europeo consideró que "la agrupación formada por varios municipios del Land Sachsen-Anhalt, entre otros el municipio de Schierke, tenía principalmente por objeto mejorar

la ejecución de las funciones administrativas de estos municipios. Se tradujo, en particular, en la reorganización de las estructuras administrativas y en la cesión de competencias administrativas del municipio de Schierke a una entidad pública creada especialmente con dicho fin".

Más recientemente, el Tribunal de Justicia abordó en la STJUE de 6 de septiembre de 2011 (Asunto C-108/10) relativa al caso Ivana Scattolon y el Ministero dell'Università e della Ricerca la consideración o no como traspaso el efectuado por parte de la Administración estatal a la municipal de los servicios auxiliares (actividad que descansa en la mano de obra) de una escuela pública, a los efectos de la Directiva.

A este respecto, el órgano comunitario dispuso su comprensión en el ámbito de la norma, pues "todo conjunto suficientemente estructurado y autónomo de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objetivo propio constituye una "empresa" en el sentido del artículo 1, apartado 1, de la Directiva 77/187, con independencia del estatuto jurídico y del sistema de financiación de ésta". Añadiendo que la subrogación en la relación laboral con los empleados de una autoridad encargada de los de servicios auxiliares (tareas de mantenimiento y asistencia), se encuadran en el ámbito de la Directiva "cuando ese personal está constituido por un conjunto estructurado de empleados que están protegidos como trabajadores por el Derecho interno de ese Estado miembro". Según el juzgador comunitario (ap. 57), no estaría justificado entender la no protección de los empleados públicos –amparados como trabajadores por el ordenamiento interno– afectados por una operación de estas características, por el simple hecho de que su transferencia se fundamente de una reorganización administrativa de esa entidad.

Lo expuesto nos lleva a afirmar que, para que la exclusión de las autoridades públicas adquiera operatividad, no bastará con que nos hallemos ante una autoridad administrativa, sino que además, ésta habrá de efectuar las mencionadas acciones de reorganización administrativa o de traspaso de funciones administrativas entre autoridades públicas dispuestas de manera expresa en el propio cuerpo de la Directiva.

Finalmente la STJUE de 16 de noviembre de 2023 (asuntos acumulados C-583/21 a C-586/21), relativa al traspaso de una notaría, afirma que el hecho de que los notarios sean nombrados por la Administración no supone su exclusión del ámbito de la Directiva ni del concepto de empresario a dichos efectos. Así, "aunque la notaría española se conduce necesariamente bajo el control del notario, el nombramiento, por el Estado, de su nuevo titular conlleva la transmisión de la misma función pública notarial –vinculada, en particular, a la demarcación de que se trate– que ejercía el anterior titular. Tal cambio en la persona del titular de una notaría debe considerarse constitutivo de un cambio de empresario, circunstancia en la cual la Directiva 2001/23 persigue, según su considerando 3, proteger a los

trabajadores". Esto se justifica fundamentalmente en que el nombramiento del nuevo notario se haya efectuado por el Estado y no por el titular anterior de la notaría no es un elemento de suficiente entidad como para excluirlo del marco de la norma europea.

Con todo lo expresado se observa que, incluso en la excepción, se tiende a la modulación, apreciándose que, en realidad, la regla general es la inclusión y la excepción es la exclusión.

2.2. Ámbito objetivo. La noción de transmisión de empresa

Conforme al art. 1 de la norma comunitaria, se entiende por transmisión de empresa el traspaso de una "entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesoria[3]". Dichos traspasos, quedan comprendidos en la Directiva ya sean de a) empresas, b) centros de actividad, c) o bien segmentos de los anteriores, fruto de la ejecución de procesos de fusión o cesión contractual. Por ende, si atendemos a esta definición nos encontramos, una vez más, con un gran abanico de supuestos susceptibles de considerarse bajo las previsiones de la norma.

La definición del término "traspaso" se ha tornado fuente de controversia, propiciando que la mayoría de la litigiosidad generada en el seno del Tribunal de Justicia respecto de esta materia se encuentre vinculada a su conceptualización. Debemos referirnos, especialmente, al denominado mantenimiento de la identidad de la entidad económica, que por tratarse de un concepto jurídico de carácter indeterminado, ha estado sujeto tradicionalmente a la interpretación de los tribunales.

Como ya se ha señalado[4], a la hora de determinar la existencia de la identidad, han de tenerse en cuenta una serie de indicios. Primeramente, las circunstancias y características de la operación, tales como la existencia de elementos materiales o/e inmateriales empleados para llevar a cabo la actividad, el número de actividades que continúan realizándose tras la transmisión o si se produce traslado de la clientela de cedente a cesionario. En estos términos, ap. 14 de la STJUE de 11 de marzo de 1997 (Asunto C-13/95).

Todas las circunstancias identificadas deben ser objeto de una valoración conjunta y no aislada, pues no todas dispondrán de igual peso a la hora de determinar si realmente la operación se ajusta a la transmisión a los ojos de la

[3] Como ya refiere la Directiva y confirma la jurisprudencia, las actividades accesorias quedan comprendidas en esta regulación. En este sentido, la STJUE de 12 de noviembre de 1992 (asunto C-209/91) pone de manifiesto que "el hecho de que, en tal caso, la actividad transmitida sólo constituya para la empresa cedente una actividad accesoria, sin relación necesaria con su objeto social, no da lugar a la exclusión de dicha operación del ámbito de aplicación de la Directiva" (ap. 17).

[4] Sánchez-Urán Azaña, 2019, p. 142.

Directiva. A ello se suma que, para llevar a cabo una correcta valoración de estas circunstancias o criterios ponderadores, deberán ponerse en contexto, es decir, en relación al tipo de actividad que lleva a cabo la empresa ya que, en función de eso, como es obvio, la importancia de cada una de ellas como factores decisivos o no para la continuación de la actividad variará. Y si bien el sector y la actividad desempeñada son aspectos importantes, estos sólo nos sirven de guía indiciaria, pues como se verá posteriormente gracias al estudio de las distintas sentencias, ha de atenderse necesariamente al caso concreto.

La jurisprudencia ha considerado que este conjunto organizado de elementos que conforman la entidad económica ha de perseguir la consecución de un objetivo propio ya que "para que la Directiva sea aplicable, la transmisión debe referirse a una entidad económica organizada de forma estable cuya actividad no se limite a la ejecución de una obra determinada", como alude el ap. 20 de la STJUE de 19 de septiembre de 1995 (Asunto C-48/94) y, posteriormente, la STJUE 2 de diciembre de 1999 (Asunto C-234/98). A lo que ha de adicionarse que, esos elementos objeto de transmisión, han de ser susceptibles de desarrollar la actividad económica previa de manera unitaria y con solvencia. En relación a este último extremo, el Tribunal de Justicia ha establecido como fundamental para concluir la existencia de transmisión que la entidad transferida disponga de manera previa al traspaso de suficiente autonomía funcional[5].

Además, la existencia de entidad económica, no será suficiente para entender producido un traspaso a los efectos de la Directiva, sino que se requerirá que la actividad objeto de explotación se pueda reanudar o, lo que es lo mismo, que perdure la identidad de la entidad económica objeto de traspaso. A este respecto, cabe hacer mención a sentencias como la STJUE 18 de marzo de 1986 (Asunto C-24/85) sobre el caso Jozef Maria Antonius Spijkersy Gebroeders Benedik Abattoir CV Alfred Benedik en Zonen BV, que refiere que "debe interpretarse … que la noción de transmisiones de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad a otro empresario se refiere al supuesto de que la entidad económica en cuestión conserve su identidad", siendo "preciso valorar si se trata de una entidad económica todavía existente que ha sido enajenada, lo que se deduce sobre todo del hecho de que el nuevo empresario continúe efectivamente su explotación o se haga cargo de ella, con las mismas actividades económicas u otras análogas". En este mismo sentido, se posicionan las SSTJUE de 11 de marzo de 1997 (Asunto C-13/95) y de 26 de septiembre de 2000 (Asunto C-175/99). El mantenimiento de identidad se fundamenta, por tanto, en la permanencia de la actividad[6]. No obstante, la mera continuación de la actividad constituye una exigencia necesaria, pero no suficiente, siendo requisito imprescindible que en el supuesto de actividades inmateriales el nuevo empresario asuma una parte esencial del personal destinado a la actividad,

[5] STJUE de 6 de septiembre de 2011 (Asunto C-108/10).

[6] STJUE de 7 de marzo de 1996 (Asunto C-l71/94).

en términos tanto cualitativos como cuantitativos (STJUE de 25 de enero de 2001 (Asunto C-172/99), caso Oy Liikenne Ab y Pekka Liskojärvi, Pentti Juntunen).

Existen, asimismo, otros factores que condicionan el mantenimiento de la identidad de la entidad económica, tales como el marco de actuación de la actividad, la forma en que el trabajo es organizado, el personal que la integra o las formas de explotación que ésta emplea[7].

Debe tenerse en cuenta, además, que la fecha de la transmisión se fija en el momento en que efectivamente ésta se produjo, es decir, no es disponible para las partes el pacto de una fecha alternativa a la real, ni vinculada a la duración de la operación mercantil. A este respecto se posiciona la STJUE de 26 de mayo de 2005 (Asunto C-478/03) en el caso Celtec Ltd contra John Astley y otros, determinando que "en el espíritu del legislador comunitario, los trabajadores con derecho a beneficiarse de la protección […] de la Directiva 77/187 deben determinarse en el momento preciso de la operación de transmisión y no en relación con el período de tiempo más o menos largo que ésta dure".

Una vez somos capaces de definir el concepto general y a qué nos referimos cuando hablamos de transmisión de una entidad económica y de la consiguiente necesidad del mantenimiento de su identidad –o, si se quiere, sustancialidad– es preceptivo bajar a analizar las tipologías de transmisión a las que podemos atender en función de los activos objeto de traspaso. La realidad empresarial de años atrás ya puso de manifiesto la necesidad de interpretar la Directiva en un sentido más amplio, no sólo vinculado a la transmisión de activos materiales, sino también inmateriales. En este sentido, hablamos transmisión de activos materiales cuando los elementos en los que descansa el traspaso son de carácter tangible, a saber, medios tecnológicos, herramientas, equipos de distinta índole, edificios o instalaciones en general. Sin embargo, cuando nos referimos a los inmateriales hacemos alusión a la transmisión de elementos intangibles como el conocimiento, el *know-how* o los protocolos y procedimientos. Esta última tipología, normalmente se encuentra circunscrita a las personas que conforman la organización, al capital humano. Tradicionalmente, se consideran de base humana, empresas como las vinculadas al sector de servicios de limpieza[8], vigilancia o educación.

La famosa STJUE de 14 de abril de 1994 (Asunto C-392/92), resuelve la controversia que se dirimió entre una empleada de limpieza y una Caja de Ahorros.

[7] STJUE de 26 de septiembre de 2000 (Asunto C-175/99), ap. 49. Posteriormente, STJUE de 10 de diciembre de 1998 (Asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97).

[8] Podemos hacer alusión a la STJUE de 10 de diciembre de 1998 (Asuntos acumulados C-127/96, C-229/96 y C-74/97), donde se hace alusión, respecto de la no existencia de activos materiales significativos, a que "en determinados sectores económicos, como el de la limpieza, estos elementos se reducen a menudo a su mínima expresión y la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra. Así pues, un conjunto organizado de trabajadores que se hallan específicamente destinados de forma duradera a una actividad común puede constituir una entidad económica cuando no existen otros factores de producción".

Conflicto que se suscita tras el despido de la trabajadora, consecuencia de la asunción de los servicios de limpieza por parte de otra compañía.

Se plantea la cuestión de si el hecho de que otra empresa asuma las tareas de limpieza llevadas a cabo por una sola empleada supone una transmisión de empresa en el sentido de la Directiva cuando, a mayores, la actividad que se transmitiría no es coincidente con la actividad principal de la empresa, al tratarse de una Caja de Ahorros. No obstante, como ya se apunta en la sentencia, la no coincidencia del objeto social de la empresa cedente con la entidad transmitida –actividad accesoria, en este caso– no fundamenta su exclusión del ámbito de la Directiva. Continúa, estableciendo que conforme a la interpretación del art. 1 de la norma, los trabajadores se encuentran afectados por la transmisión, pues cuando el empresario asigna la explotación de un servicio en virtud de un contrato de trabajo, si esta actividad se asigna a otra compañía, la cesionaria "asume, como resultado de ello, las obligaciones del empresario frente a los trabajadores por cuenta ajena que estaban destinados allí" y, por ende, "la operación puede estar comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva".

El carácter garantista de la norma hace que las actividades de estas características sean consideradas como transmisión en sentido propio, pues la mano de obra se configura como verdadera entidad económica, incluso, cuando esa entidad sólo la conforma una única trabajadora. No obstante, la concepción de la transmisión de empresa en base únicamente a la mano de obra sin tener en cuenta otros elementos fue objeto de múltiples críticas, lo que provocó la suavización de esta interpretación acogiendo la necesidad de considerar el factor humano en relación a otros activos como son los inmateriales[9], como el *know how* de la empresa o su identidad de marca.

Posteriormente, la STJUE de 11 de marzo de 1997 (Asunto C-13/95) pone en relieve que la mano de obra, entendida como un conjunto de trabajadores que lleva a cabo la actividad de forma continuada en el tiempo, puede constituir una entidad económica en el sentido de la Directiva. Y añade que, para que ésta constituya realmente una entidad económica, habrá de tratarse de una parte esencial tanto cuantitativa como cualitativamente, en sectores o actividades en que el personal de la empresa se conforme como un elemento fundamental para poder desarrollar los bienes o servicios que la empresa pone a disposición del mercado. Dicha parte esencial debe comprenderse en "términos de número y de competencias", como establecen sentencias como la STJUE de 24 de enero de 2002 (Asunto C-51/00) y la propia doctrina[10].

En muchas ocasiones es delgada la línea que distingue una transmisión basada en mano de obra de una que descansa en elementos materiales. Este es el caso de la reciente STJUE de 27 de febrero de 2020 (Asunto C-298/18), donde

[9] Fernández Márquez, O., 2019, p. 49.

[10] Nores Torres, 2019, p. 95.

el objeto de controversia se sitúa en la actividad de transporte de personas mediante autobuses. En concreto, en relación a la reanudación de estos servicios de transporte tras la sucesión producida de un adjudicatario a otro. La empresa llevó a cabo una serie de despidos entre los que se encuentra el del recurrente, quien reclama el reconocimiento de los periodos de antigüedad anteriores a la fecha de la transmisión.

La mercantil asegura que no ha existido cesión de los trabajadores en el sentido de la Directiva, en tanto que la actividad de la empresa descansa en medios materiales (autobuses), no así en el personal contratado; haciendo referencia a la sentencia de este mismo Tribunal de 25 de enero de 2001 (Asunto C-172/99).

El Tribunal de Justicia apunta la necesidad de atender a la casuística concreta de cada situación y sostiene que en este supuesto la mano de obra de la empresa es fundamental para el desempeño de la actividad ya que se trata de una red de autobuses que opera en terrenos rurales, lo que requiere de una plantilla de conductores experimentados que permitan garantizar la calidad de los servicios prestados. En conclusión, en la presente cuestión controvertida, el juzgador comunitario determina que el empresario entrante adquiere con la operación "un conjunto organizado de elementos que le permitirá continuar las actividades o algunas actividades de la empresa cedente de manera estable". Por lo que cabe entenderse que la transmisión de este activo constituye la entidad económica de una actividad desmaterializada; a lo que se añade que en este caso, los elementos materiales no podían transmitirse al no cumplir éstos los requisitos técnicos y medioambientales exigidos; ello no impide la consideración de la operación como traspaso en el sentido de la Directiva.

Seguidamente, resulta imprescindible abordar la particular controversia de la STJUE de 26 de noviembre de 2015 (Asunto C-509/14), que refleja el caso de una trabajadora que acudió a los Tribunales reclamando el reconocimiento de la obligación de llevar a cabo sucesión de empresa. Dicha empleada trabajaba para Adif, empresa pública dedicada a la manipulación de unidades de transporte, la cual externalizaba parte de sus servicios a Algeposa, mediante contrato de gestión de servicios públicos. Algeposa prestaba los citados servicios a otra empresa a través de los recursos materiales que le proporcionaba Adif. Finalizado el transcurso de la contratación de los servicios, Adif decide prescindir de la compañía, con el propósito de llevar a cabo la actividad desempeñada con anterioridad por Algeposa a través de su propia plantilla, negando la posibilidad de que la empresa contratada se subrogara respecto de su personal. Esta asunción de la actividad con sus recursos humanos tuvo como resultado que la compañía Algeposa llevara a cabo un despido colectivo del personal dedicado a esos servicios contratados -entre ellos se encontraba la trabajadora recurrente-.

Ante la complejidad del asunto y, a ojos del Tribunal nacional, la ausencia de precedentes europeos sobre la interpretación de la Directiva en el supuesto de

que una empresa pública asuma los servicios previamente prestados por la contrata en este contexto, decide remitir cuestión prejudicial en la que se plantea si una operación de estas características quedaría encuadrada en el marco de aplicación de la Directiva, cuando una empresa pública decide cesar el contrato que tiene con otra empresa para posteriormente prestar los servicios con su propio personal, pero desarrollando idéntica actividad que la empresa previa externalizada y con los mismos recursos materiales, pues ella misma era quien los proporcionaba.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea reitera, en concordancia con lo ya abordado en apartados precedentes, que el hecho de que la empresa sea de naturaleza pública no habilita su exclusión de la aplicación de la Directiva. Con ello, pasa al análisis del ámbito y extensión de la norma a supuestos como el controvertido, recordando que ya en sentencias como la STJUE de 20 de enero de 2011 (Asunto C-463/09), se establece que la Directiva comprende todo tipo de supuesto de cambio en el ámbito de las relaciones contractuales y siendo "aplicable a una situación en la que una empresa que confía a otra empresa la ejecución efectiva de determinadas tareas decide poner fin al contrato que la vincula a ésta y ejecutar por sí misma esas tareas", como es el caso enjuiciado.

Conocida la aplicabilidad de la norma europea a la empresa, el Tribunal dio paso al análisis de la posible existencia de sucesión de empresa. En este sentido, aduce a que han de tenerse en cuenta distintos criterios de forma conjunta, entre los que se encuentra el tipo de empresa, su naturaleza. Dichos criterios han de considerarse globalmente, siendo fundamental estudiar la actividad llevada a término, así como los recursos implicados para ello. El TJUE, en alusión a su propia jurisprudencia determina que, si bien es cierto que "en un sector en el que la actividad se basa esencialmente en la mano de obra, la identidad de una entidad económica no puede mantenerse si el supuesto cesionario no se hace cargo de la mayor parte de su plantilla", la realidad es que en la presente cuestión controvertida, la actividad desarrollada por la empresa requiere de un importante componente de elementos materiales, lo que supone que no puede catalogarse como actividad que descansa fundamentalmente en la mano de obra.

Por ende, resta cuestionarse si el hecho de que Adif no adquiera los elementos materiales de Algeposa deviene en su exclusión del ámbito de la Directiva, pues ellos ya pertenecían a Adif y, en consecuencia, no fueron objeto de transmisión. El órgano comunitario determinó, en apoyo de pronunciamientos anteriores y de la propia Comisión Europea, que la no transmisión de los elementos materiales del empresario anterior al entrante no conlleva la no aplicación de la Directiva, pues ello limitaría su eficacia o, si se quiere también, su propósito. Asimismo, se afirma que la no transmisión de una parte esencial del personal no supone la exclusión de la norma, cuando la actividad efectuada se basa en los elementos materiales.

Por todo lo anterior, se determina que en el presente caso Adif queda bajo las previsiones comunitarias, siendo la operación efectuada susceptible de ser considerada como sucesión de empresa.

Este caso resulta especialmente interesante dado que nos encontramos con un proceso en el que no se produce una transmisión de elementos materiales –ya pertenecían a la empresa con anterioridad– ni inmateriales –emplea su propia plantilla–, lo que permite visualizar el ánimo protector de la norma, así como la importancia del hecho de la continuación de la actividad de idéntica forma.

La holgura de la extensión de la Directiva ha sido ampliamente cuestionada sobre la base de que la pretensión de querer dar una cobertura tuitiva, en muchas ocasiones, genera arbitrariedad. Esto podría ejemplificarse con la STJUE de 20 de noviembre de 2003 (Asunto C-340/01) en el caso de Carlito Abler y otros y Sodexho MM Catering Gesellschaft mbH, en el que se fuerza al ámbito de la Directiva a fin de proporcionar cobertura a los trabajadores afectados por la operación reestructuradora.

Finalmente, para concluir con las distintas casuísticas que presenta esta institución, hemos de analizar el polémico pronunciamiento de la STJUE de 11 de julio de 2018 (Asunto C–60/17), en el que se resuelve el caso Somoza Hermo, relativo a la sucesión convencional. En este supuesto nos encontramos ante un trabajador de la empresa de vigilancia Esabe Vigilancia, la cual da cobertura con sus servicios a un museo. Dicho museo decide cambiar de sujeto adjudicatario de esa actividad y pasa a ser prestada por la empresa Ilunión Seguridad, que se subrogó desde ese momento con la empresa saliente en las obligaciones derivadas de los contratos existentes. El hecho conflictivo que lleva a estas empresas a los tribunales nace de la no asunción por ninguna de ellas de las obligaciones previas a la operación de transmisión, que derivan en la reclamación del trabajador de las cantidades debidas judicialmente. De un lado, la empresa saliente consideraba que la entrante era quien tenía el deber de asumirlas. En contra, la empresa entrante alega que ha de atenderse a las disposiciones del convenio colectivo de aplicación, que establece que las obligaciones nacerán a partir del momento en que se produce la transmisión.

La sentencia que antecedió al Tribunal que planteó la cuestión prejudicial estableció que no era de aplicación lo dispuesto por el Estatuto cuando no se hubiera producido una transmisión de los activos materiales o inmateriales y que, en esos supuestos, era el convenio colectivo el que debía regir por ser una mejora para los trabajadores respecto de las exigencias legales, pues impone la necesidad de llevar a cabo la asunción de una parte esencial del personal, en una actividad como la analizada, basada en mano de obra; no dejando a la voluntad de la empresa entrante la decisión de hacer suya o no esa plantilla.

El juzgador español plantea al Tribunal de Justicia de la Unión Europea si es de aplicación el art. 1.1 de la Directiva al presente caso, en el que el museo decide

extinguir un contrato e iniciar otro con otra empresa, en un sector que descansa sobre la mano de obra y cuando, en virtud del convenio colectivo de aplicación, se debe hacer cargo del personal de la empresa cedente.

El TJUE, partiendo de una interpretación flexible, dispone que, de acuerdo con la ya asentada jurisprudencia del Tribunal, se entiende que la Directiva es de aplicación, igualmente, cuando las empresas que se suceden no tengan una relación contractual directa, sino que queden vinculadas en virtud de un tercero[11]; en este caso el museo. Para poder afirmar la existencia de una transmisión entre ambas compañías será necesario, como ya se abordó, que se mantenga la identidad de la entidad económica. Dicha entidad se considera existente cuando objeto de la sucesión se transmite una parte esencial, tanto cuantitativa como cualitativamente, del personal anterior para dar continuación a la actividad desarrollada. El hecho de que la transmisión se haya producido como consecuencia de lo dispuesto en el convenio colectivo no repercute en que se ha producido la transmisión de una entidad económica, añadiendo el TJUE que "el objetivo perseguido por el convenio colectivo de las empresas de seguridad es el mismo que el de la Directiva 2001/23 y que este convenio colectivo regula expresamente, en lo que atañe a la asunción de una parte del personal, el caso de una nueva adjudicación como la que es objeto del litigio principal". Todo lo anterior le lleva a concluir que la Directiva, respecto de este caso, debe interpretarse en el sentido de que se produce el traspaso en virtud de convenio colectivo, siempre que entre las empresas que se suceden se haya transmitido una entidad económica que permita la pervivencia de la actividad y su identidad.

En último término, respecto de la posibilidad de que el convenio colectivo excluya la responsabilidad solidaria de cedente y cesionario de los derechos y obligaciones nacidos con anterioridad a la operación, cuando el art. 3.1 de la Directiva establece que los derechos y obligaciones serán objeto de traslado a la empresa cesionaria; el Tribunal determina que esta cuestión corresponde al derecho interno y no entra en su competencia resolver tal conflicto jurídico, por lo que deja al juzgador nacional dar respuesta al mismo.

3. Garantías laborales y vicisitudes del traspaso

La Directiva, en concordancia con su espíritu tuitivo, establece una serie de derechos y condiciones laborales que deberán permanecer inalterables, pese a la existencia de traspaso. De esta manera, cedente y cesionario adquieren una posición de salvaguarda frente a los trabajadores tanto respecto de los derechos y condiciones laborales individuales como de aquellos adquiridos con carácter previo por la vía del convenio colectivo de la empresa transmisora. A este tenor el TJUE ha sostenido de forma reiterada que "los contratos de trabajo y las relaciones laborales que, en la fecha de la transmisión de una empresa, existan entre el cedente

[11] Véase, recientemente el caso de la STJUE de 16 de febrero de 2023 (Asunto C-675/21) y de la STJUE de 16 de noviembre de 2023 (asuntos acumulados C-583/21 a C-586/21), aps. 55 a 58.

y los trabajadores de la empresa transmitida serán transferidos de pleno derecho al cesionario por el solo hecho de la transmisión de la empresa"[12].

Este compendio de garantías reviste de naturaleza obligatoria, lo que supone que ni la voluntad empresarial ni la social podrán actuar como fuerza moduladora de las mismas.

3.1. Relaciones laborales individuales

A. Mantenimiento de las condiciones laborales

Tal y como el artículo 3 de la Directiva 2001/23/CE establece, el hecho de que se produzca un cambio de empresario como consecuencia de un traspaso no redunda en los derechos y condiciones laborales; es más, lo trabajadores, en principio, gozarán de la misma relación laboral con independencia del cambio de titularidad de su empleador. Las previsiones de la Directiva en esta materia constituyen Derecho imperativo e indisponible para cualquiera de las partes[13]; habiendo de ser respetadas, inclusive, por los propios trabajadores afectados.

Entre las condiciones más debatidas cabe hacer referencia a la conservación de la antigüedad de los trabajadores en la empresa, habiéndose tener en cuenta los periodos en que éstos prestaron servicios en la compañía con carácter previo a la fecha de transmisión. Dicha interpretación queda avalada por las sentencias del Tribunal de Justicia en casos como el de la STJUE de 14 de septiembre de 2000 (Asunto C-343/98); STJUE de 26 de febrero de 2010 (Asunto C-108/10); STJUE de 6 de julio de 2015 (Asunto C-336/15). Los periodos de antigüedad generados en la empresa con carácter previo al traspaso tienen que ser considerados, por tanto, a los efectos del cálculo del salario, así como de las indemnizaciones por rescisión de la relación laboral cuando aquéllas procedan.

Otra relevante línea jurisprudencial que ya adelantábamos al comienzo, es la que ha sostenido a lo largo de los años el Tribunal de Justicia, en materia de indisponibilidad de las garantías que brinda la Directiva a los trabajadores. A través de sentencias como la STJUE de 10 de febrero de 1988 (Asunto C-324/86), se pone de manifiesto, que el hecho de que la Directiva brinde una protección de carácter público, hace que ninguna de las partes puede disponer de ella en virtud del principio de libertad de pactos con base en la voluntariedad. En este sentido, se hace especial referencia a que los trabajadores no podrán renunciar a las garantías previstas en la norma, pese a que la renuncia se halle sujeta al consentimiento de los mismos o, inclusive, se ofrezca su compensación por parte del empresario con ventajas alternativas, tal y como sucede en el litigio que se plantea en este caso.

[12] Véase STJUE de 9 de marzo de 2006 (Asunto C-499/04), ap. 26. Jurisprudencia ya establecida con carácter precedente por pronunciamientos como el de la STJUE de 14 de noviembre de 1996 (Asunto C-305/94).

[13] STJUE de 7 de diciembre de 1995 (Asunto C-472/93); STJUE de 12 de marzo de 1998 (Asunto C-319/94).

No obstante, el hecho de que los trabajadores no puedan renegar de las garantías que en virtud de la norma tienen atribuidas, no conlleva que estos se vean incapacitados para oponerse a la nueva situación empresarial a la que se ven arrastrados como consecuencia de la aplicación de los preceptos de la Directiva, a través de la baja voluntaria en la empresa. Como ya se ha establecido por la propia jurisprudencia, "aunque la Directiva permite al trabajador permanecer al servicio del nuevo empresario en las mismas condiciones pactadas con el cedente, no puede interpretarse en el sentido de que obligue al trabajador a continuar la relación de trabajo con el adquirente" [14]. Una interpretación opuesta a la citada supondría la vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores ya que no puede ser obligado a prestar sus servicios para un empresario que no ha tenido la oportunidad de elegir libremente.

En síntesis, podemos concluir que las condiciones y derechos de los trabajadores existentes con carácter previo a la transmisión, son transferidos al nuevo empresario en el preciso momento en que la operación de traspaso se hace efectiva, siendo esta protección imperativa y no dependiente de la autonomía de las partes implicadas.

B. Responsabilidad solidaria

En el propio precepto en que se regula el mantenimiento de los derechos de los trabajadores (art. 3.1 de la Directiva), el legislador comunitario ha establecido que, a elección de los diferentes Estados miembros, se podrá atribuir tanto a cedente como a cesionario, responsabilidad por las obligaciones existentes con carácter previo a la fecha del traspaso. Esto supone, como es obvio, que en función del Estado miembro en que se suscite la controversia, se aplicará una responsabilidad más o menos extensa y reforzada.

El Tribunal de Justicia, en este sentido, determinó en la STJUE de 5 de mayo de 1988 (Asuntos acumulados 144 y 145/87) sobre el caso Harry Berg e Ivo Martin Besselsen que "si los Estados miembros no hacen uso de dicha facultad, se extinguen las obligaciones del cedente como empresario por el mero hecho de la transmisión y esta consecuencia jurídica no se subordina al consentimiento de los trabajadores afectados"; por lo que para que exista responsabilidad solidaria para cedente y cesionaria, es exigencia *sine qua non* que el Estado miembro que se trate haya contemplado expresamente la misma con anterioridad al momento del traspaso en su ordenamiento interno.

[14] STJUE de 7 de marzo de 1996 (Asuntos acumulados C-l71/94 y C-l72/94), ap. 34, recordando la jurisprudencia anterior establecida por la STJUE de 16 de diciembre de 1992 (Asuntos acumulados C-132/91, C-138/91 y C-139/91).

3.2. Relaciones laborales colectivas

La Directiva destina parte de su articulado (arts. 3.3, 6 y 7) a la regulación tanto de los derechos adquiridos por los trabajadores a través de los instrumentos colectivos, como del papel fundamental de los representantes de los trabajadores en los procesos de traspaso.

Este compendio de derechos, junto con los ya estudiados, se configuran como una de las grandes razones de ser de la norma. Ella misma refiere en su considerando tercero que "son necesarias disposiciones para proteger a los trabajadores en caso de cambio de empresario, en particular para garantizar el mantenimiento de sus derechos". A lo que ha de sumarse el rol de los representantes de los trabajadores como pieza angular para la garantía de esos derechos a través del ejercicio de sus derechos de participación en el proceso de reestructuración.

A. Negociación colectiva

Conforme a lo establecido en el art. 3.3 de la norma, los trabajadores que se encuentren afectados por la transmisión, ostentarán de los mismos derechos derivados del convenio colectivo anterior, pues estos se traspasan al nuevo empleador de igual manera que los derechos individuales. Por tanto, ello se aplica con independencia del sector de actividad de la empresa cesionaria. La garantía de aplicación del convenio colectivo permanecerá hasta el momento de la expiración o extinción del mismo, o la entrada en vigor o aplicabilidad de otro nuevo.

Bajo esta premisa de conservación de derechos, la norma comunitaria trata de evitar el surgimiento de lagunas en las relaciones laborales colectivas, así como evitar la convivencia de distintos regímenes de derechos en la misma empresa cuando el traspaso se haga efectivo [15].

La permanencia de los derechos colectivos adquiridos por la vía convencional vinculada a la vigencia del propio convenio colectivo del que emanan o a la entrada en vigor de una nueva norma convencional aplicable se asienta como regla general. Una vez el convenio cese su vigencia, también lo hará la obligación del cesionario de conservar tales garantías [16].

La última de las sentencias citadas, sobre el asunto Hans Werhof y Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG, recoge la transmisión de un centro de trabajo producida entre dos compañías, no disponiendo la cesionaria de convenio colectivo negociado. La operación afectaba a un trabajador -recurrente- el cual ante la situación de traspaso decidió celebrar pacto individual con el empresario cedente en virtud del cual le fuera de aplicación su convenio colectivo, así como los nuevos que se acordaran con posterioridad al traspaso por esa empresa. De este modo y,

[15] Nogueira Guastavino, 2012, p. 420.

[16] Véase STJUE de 12 de noviembre de 1992 (Asunto C-209/91); STJUE de 27 de noviembre de 2008 (Asunto C-396/07); STJUE de 9 de marzo de 2006 (Asunto C-499/04).

conforme al criterio del trabajador, esto provocaba la vinculación del cesionario a dicho acuerdo y a la aplicación de los derechos resultantes del mismo, pues se trataba de una "cláusula dinámica", adaptada las previsiones del convenio que en cada momento fuera de aplicación a la cedente.

Por contra, la empresa cesionaria consideraba que, si bien ese acuerdo se había suscrito, aquel no constituía una obligación para la misma ya que conforme a la Directiva esas garantías convencionales ostentaban de mantenimiento preceptivo únicamente en tanto durara el convenio o se negociara uno nuevo.

Vistas ambas posiciones, el órgano comunitario dispone que a pesar de que en una circunstancia ordinaria tal pacto no vincularía al empresario, el hecho de que nos hallemos ante una situación de transmisión de empresa obliga a adquirir una mayor protección a los trabajadores, en concordancia con el objeto de la Directiva. Con ello, se dispone la vinculación del empresario cesionario con el acuerdo suscrito por el cedente, con independencia de que éste no haya sido parte en el acuerdo ni en la negociación del convenio colectivo de aplicación. No obstante, como ya se señaló, la aplicación de estos derechos no es ilimitada ni absoluta, por lo que el pacto individual entre cedente y trabajador no podrá vincular al cesionario respecto de convenios colectivos que no sean el vigente en el momento del traspaso de la entidad económica, pues "la finalidad de la Directiva no es proteger simples expectativas y, por tanto, beneficios hipotéticos dimanantes de futuros convenios colectivos".

Respecto de las denominadas "cláusulas dinámicas", la doctrina mantenida por sentencias del Tribunal como la STJUE de 18 de julio de 2013, del caso Mark Alemo-Herron y otros y Parkwood Leisure Ltd (Asunto C-426/11), se ha alegado que "la Directiva no tiene únicamente por objeto salvaguardar los intereses de los trabajadores en una transmisión de empresa, sino que pretende garantizar un equilibrio justo entre los intereses de éstos, por una parte, y los del cesionario, por otra", haciéndose referencia a que, la norma, incluso alude que el cesionario puede llegar a realizar ajustes, siempre que estos sean necesarios para la continuidad de la actividad empresarial[17].

En el presente caso el Tribunal pone el acento en que la Directiva 2001/23 ha de interpretarse a la luz de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, lo que entre otras cosas supone aplicar una interpretación más "estática", no pudiéndose vincular más allá de lo establecido en la norma, con convenios en los que el cesionario no haya participado, pues constituiría una vulneración de su derecho a la libertad de empresa y, en concreto, su libertad contractual.

Los Estados miembros podrán establecer limitaciones a las condiciones laborales, siempre que respete su mantenimiento durante un periodo mínimo de un año. Esta posibilidad se abre a los Estados a través del párrafo final del art. 3.3 de

[17] A este respecto, STJUE de 11 de septiembre de 2014 (Asunto C-328/13) y STJUE de 27 de abril de 2017 (Asuntos acumulados C-680/15 y C-681/15).

la Directiva, como excepción a la regla general. Fruto de este carácter excepcional, habrá de ser interpretada de manera restrictiva[18].

B. Representantes de los trabajadores

La institución de los representantes de los trabajadores como figura fundamental de los procesos de reestructuración empresarial ha sido regulada por el artículo 6 de la Directiva. El citado precepto ha sido objeto de modificación hasta alcanzar su regulación actual. En un primer momento, con la Directiva 77/187, se vedaba la cobertura a los representantes que eran miembros de órganos de administración, dirección o control de la empresa. Sin embargo, ese límite se suprimió, lo que supuso la ampliación de sus efectos.

Los representantes de los trabajadores son definidos en el art. 2.1. c) de la Directiva vigente, con la misma estructura que sigue la definición de los trabajadores. En este sentido, se establece que se considerarán representantes a los efectos de la Directiva aquellos sujetos que, conforme a las disposiciones normativas o prácticas nacionales del Estado miembro de que se trate, hayan sido reconocidos como tal. Por lo que, de nuevo, encontraremos heterogeneidad de sujetos cubiertos por la norma, que si bien comparten naturaleza, no comparten esta misma suerte con respecto a su configuración y régimen jurídico.

La Directiva ofrece una serie de garantías a estos sujetos con posterioridad a la transmisión de empresa. Estas son 1) el mantenimiento de su condición de representantes y 2) la conservación de sus funciones. No obstante, dichas garantías no operan arbitrariamente, sino que requieren de la concurrencia de determinadas exigencias. Exigencias que se concretan fundamentalmente en que la empresa o el centro de actividad (o una parte de los anteriores) mantenga su autonomía. Así, dicha precisión se concreta en que la entidad habrá de ser capaz de desempeñar su actividad de forma independiente.

Con objeto de profundizar en esta cuestión tomaremos como referencia el caso de la sentencia del Tribunal de Justicia en la controversia suscitada entre la Federación de Servicios Públicos de la UGT (UGT-FSP) y el Ayuntamiento de La Línea de la Concepción y otros, STJUE de 29 de julio de 2010 (Asunto C-151/09). En este asunto se aborda la transmisión efectuada entre cuatro empresas que tenían previamente la concesión de las actividades de limpieza por un Ayuntamiento, el cual asumió las citadas actividades y absorbió la plantilla de las empresas anteriores.

El conflicto entre la representación y el Ayuntamiento surge, entre otras cosas, por la denegación del Ayuntamiento a la petición de los representantes de las distintas empresas del disfrute de su derecho al crédito horario para el ejercicio de las actividades representativas inherentes al cargo. La denegación fue justificada por el organismo en base a que los representantes habían perdido tal condición en el momento en que habían sido traspasados junto con los demás trabajadores

[18] Costa Reyes, 2011, p. 350.

al Ayuntamiento, lo que llevó a plantear si los representantes de los trabajadores integrados en una nueva organización con independencia, conservan su estatus y funciones.

Para poder despejar la cuestión señalada es necesario atender al concepto de autonomía. En este sentido, el Tribunal de Justicia advierte la importancia de distinguir entre la noción de identidad y autonomía, pues en contra de lo que pueda parecer, no son conceptos equivalentes. Consecuencia de la ausencia de definición en la propia norma comunitaria, el Tribunal define la autonomía, apuntando en primer lugar que, para poder hablar de autonomía, primero debe haberse producido una transmisión en los términos que establece la Directiva. Una vez ello se ha efectuado, se determina que existe autonomía cuando concurre conservación de las facultades organizativas conferidas a los responsables de la entidad, los cuales tendrán la capacidad de gestionar libremente el trabajo pudiendo, además, tomar decisiones en materia de empleo de recursos materiales, "sin intervención directa de otras estructuras de organización del empresario". En palabras del propio Tribunal "la autonomía en el sentido del artículo 6, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2001/23 se conserva, en principio, cuando, con posterioridad a la transmisión, las facultades organizativas de los responsables de la entidad transmitida permanecen en esencia inalteradas, dentro de las estructuras de organización del cesionario, en comparación con la situación existente antes de la transmisión". Esto supone que los trabajadores tienen derecho a ser representados en las mismas condiciones que en el momento previo al traspaso.

En base a todo lo que antecede, el Tribunal de Justicia consideró que, en el presente caso, existía una permanencia de la autonomía y, por consiguiente, el derecho de los representantes a mantener sus respectivos cargos y funciones.

En el caso de que no se conservara la autonomía, es decir, que los empleados estén subordinados a otros responsables cuyas facultades se hayan visto mermadas como consecuencia del traspaso; los representantes mantendrán su condición durante el periodo necesario para constituir una nueva representación válida y acorde a la nueva situación.

Finalmente, cabe hacer referencia a que el órgano comunitario apunta que el mero cambio en la empresa de los máximos responsables jerárquicos no afecta decisivamente a la consideración del mantenimiento de la entidad, siempre que estos no ostenten capacidad para organizar de manera directa a los trabajadores.

La conservación del estatus y funciones de los representantes está sujeta, además, a que se continúen reuniendo las exigencias necesarias para la formación de la representación de los trabajadores, las cuales variarán en función del ordenamiento interno del país de que se trate. Así, si se dan las condiciones necesarias para poder constituir una nueva representación en la empresa o centro de actividad tras el traslado, se procederá a ello, tal y como lo establece el apartado primero del artículo 6 de la Directiva. Dicha situación se puede ver

favorecida cuando, como consecuencia de la transmisión de la entidad económica, se haya producido un aumento de la mano de obra[19], pues tanto las necesidades representativas como organizativas se verán alteradas.

La permanencia de la representación de los trabajadores está sujeta a la exigencia de autonomía de la empresa, centro o parte de cualquiera de ellos. Es por ello que, en caso de que no se observe su concurrencia, no podrá hacerse efectiva la protección que la Directiva otorga a estos sujetos. Sin perjuicio de ello, sí es cierto que la norma comunitaria en afán de extender su cobertura, determina la posibilidad de que para el caso de que no se conserve la autonomía, los Estados miembros puedan disponer de capacidad para llevar a cabo los ajustes necesarios a fin de evitar que los trabajadores transferidos queden desprovistos de representación en el marco de estos procedimientos. Esta situación se mantendría durante el tiempo necesario para la constitución de una nueva representación.

Con todo, la Directiva prevé la garantía de conservación del mandato de los representantes contemplada en el ordenamiento nacional fruto de haber ostentado tal cargo, cuando como consecuencia del traspaso cesaren en su cargo.

C. Información y consulta

En relación con el epígrafe anterior, una de las competencias fundamentales de los representantes de los trabajadores es la participación activa en los procesos de reestructuración empresarial, en virtud de los derechos de información y consulta. Estos derechos tendrán como alcance mínimo, los aspectos relacionados con las medidas previstas respecto de los trabajadores.

La Directiva desarrolla estos derechos (deberes para cedente y cesionario) a través de su artículo 7, vinculando a las empresas partícipes de la transmisión a proporcionar la información necesaria respecto de la operación. Podemos apuntar de manera precisa, pues así se desprende del texto normativo, las siguientes materias susceptibles de ser comunicadas a los representantes: 1) fecha exacta o estimada en que el traspaso se va a producir, 2) razones que lo motivan, 3) consecuencias que se pueden desprender del traspaso (jurídicas, económicas y sociales) y 4) medidas contempladas en relación a los trabajadores.

No obstante, en caso de que en la empresa o centro de actividad afectado no se disponga de representación por causas no imputables a la voluntad de los trabajadores, se contempla como solución alternativa, la información de las materias consignadas con anterioridad a los propios empleados afectados de forma directa; debiéndose cumplir con las mismas exigencias temporales que con los representantes de los trabajadores.

Se sienta la premisa de que, cedente y cesionario, como sujetos obligados, han de informar el contenido anterior a la representación respetando el margen de

[19] Nogueira Guastavino, 2012, p. 430.

la *suficiente antelación* (previamente al traspaso). En este sentido, cabe apreciarse la inconcreción de la norma, la cual deja abiertas las puertas a la interpretación, al ser la suficiencia un concepto jurídico indeterminado. Tan sólo hallamos una mínima precisión en el caso del cesionario, a quien se le exige que esta antelación se vincule a la afectación directa a los propios trabajadores. Es por todo ello que, serán los Estados miembros, quienes habrán de concretar los términos temporales, así como controlar la efectividad de los mismos.

En lo referente a la obligación de consulta, el legislador comunitario ha previsto que ésta ha de efectuarse cuando las distintas medidas afecten a los trabajadores, siendo en este caso la finalidad del periodo de consultas, la obtención de un acuerdo; si bien el acuerdo no constituye condición sine qua non para la validez de la medida de traspaso, pues habrá de estarse a lo dispuesto en la propia normativa interna a este respecto[20].

Además, al igual que sucedía con los deberes de información, la consulta habrá de tener lugar con la suficiente antelación, lo que deja, una vez más, en manos de la concreción por las distintas legislaciones nacionales.

Las obligaciones en materia de información y consulta de los dos primeros apartados del precepto regulador podrán verse suavizadas, cuando en virtud de las disposiciones del Estado miembro en que se produce el traspaso se contemple la posibilidad de sometimiento a un procedimiento de arbitraje, con el fin de alcanzar una decisión respecto de las medidas vinculadas a los empleados.

En el supuesto de que, como consecuencia del número de trabajadores, se cumplan los requisitos para la elección y constitución de un órgano colegiado de representación, se confiere a los Estados miembros la posibilidad de limitar algunas (ap. 1, 2 y 3 del art. 7) de las obligaciones de información y consulta.

Por último, cabe destacar que la norma prevé la aplicación de las distintas previsiones, con independencia de la naturaleza del traspaso, es decir, sin diferenciar entre si la decisión de transmisión es prevista por el empresario o por otra empresa que lo controle.

4. Extinción de la relación laboral en procesos de transmisión

El presente apartado, si bien podría haber formado parte del referido a los derechos de los trabajadores en las operaciones de traspaso, se ha querido tratar de manera independiente dada la importancia que supone en materia laboral en estos escenarios.

La Directiva, en su art. 3.3 dispone como garantía que el trabajador no podrá ver extinguida su relación laboral como consecuencia de la transmisión. Una previsión contraria o la ausencia de la misma supondría una ruptura con la finalidad de la Directiva, así como con la lógica de conservación de las condiciones laborales

[20] Costa Reyes, 2011, p. 304.

previas a la transmisión que venimos abordando. Por ende, si el empresario decide despedir o, inclusive, modificar sustancialmente las condiciones laborales del/los trabajador/es con base al traspaso, la consecuencia natural será que tal extinción o modificación será imputable al empresario; con los efectos que ello acarree en función de lo establecido en las disposiciones de los distintos países de la Unión.

Así, es doctrina asentada[21], la que dispone que los trabajadores que hayan visto extinguidos sus contratos con motivo del traspaso, continuarán siendo trabajadores de la empresa, siendo las obligaciones derivadas de esta relación contractual, responsabilidad del empresario cesionario.

El art. 4 de la norma, igualmente, dispone la afirmación de prohibir los despidos que traigan causa en el proceso de traspaso, sin perjuicio de que abre la posibilidad a que se efectúen las extinciones que se estimen necesarias cuando éstas sean consecuencia de la necesidad de realizar ajuste en materia de empleo por razones organizativas, económicas o técnicas[22]. Razones que pueden ser, por ejemplo, la imposibilidad de encontrar otro local para desarrollar el negocio o la imposibilidad de trasladar a la plantilla de un centro a otro[23].

A lo anterior se añade que, se recoge la posibilidad de que los Estados Miembros no apliquen a determinados trabajadores la garantía de imposibilidad de extinguir con fundamento en el traspaso, cuando estos no estén protegidos por sus propios ordenamientos internos en materia de despidos. Por tanto, puede advertir el lector que la garantía contra el despido está sujeta a limitaciones, es decir, no estamos ante una garantía de carácter absoluto e incondicionado.

Como ya se señaló en apartados anteriores, cuando el trabajador de manera unilateral decida cesar en su puesto de trabajo con la nueva empleadora no se aplicarán estas garantías. Esto nos llevaría a plantearnos, si puede entenderse la existencia de un derecho de oposición de los trabajadores a que su contrato sea cedido a la empresa entrante. A este respecto, se aprecia que la Directiva no establece de forma expresa este derecho, aunque ha de hacerse el inciso de que tampoco lo prohíbe, por lo que cabe considerar que esta posibilidad queda abierta a los trabajadores que, no conformes con el traspaso o con la modificación de algunas condiciones de trabajo, se decanten libremente por cesar en la prestación de servicios. De lo contrario, se estarían violando los derechos fundamentales del trabajador, al no permitírsele la libre elección de empresa[24].

Por lo anterior, "se deduce que, en el supuesto de que el trabajador decida libremente poner fin al contrato de trabajo o a la relación laboral con el adquirente,

[21] Desde años atrás en sentencias como la STJUE 15 de junio de 1988 (Asunto C-101/87); o la STJUE de 12 de marzo de 1998 (Asunto C-319/94).

[22] STJUE de 16 de octubre de 2008 (Asunto C-313/07); STJUE de 16 de mayo de 2019 (Asunto C-509/17).

[23] Como apunta la última de las sentencias citadas en sus aps. 54 y 55.

[24] STJUE de 16 de diciembre de 1992 (Asuntos acumulados C-132/91, C-138/91 y C-139/91).

corresponde a los Estados miembros determinar el destino reservado al contrato de trabajo o a la relación laboral"[25].

5. Traspaso en empresas en situación de insolvencia o circunstancias análogas

Una de las situaciones que más controversia ha generado, entre otras razones, por la casuística que entraña, es la de qué previsiones han de aplicarse cuando la empresa objeto de traspaso (empresa cedente) se halla incursa en un procedimiento de insolvencia, crisis o circunstancia análoga.

Así, atendiendo tan sólo a la literalidad de la norma, podemos advertir que ésta expulsa del ámbito de aplicación del art. 3 y 4 a aquellas empresas que, inmersas en situaciones como las señaladas, dispongan de un procedimiento abierto de liquidación de los bienes del cedente cuando, asimismo, dicha compañía se encuentre bajo la supervisión de la autoridad pública competente en razón de este proceso. Estos requisitos habrán de cumplirse simultáneamente[26].

La regla general es la no aplicación de las previsiones de la Directiva en lo referente a la conservación de derechos y obligaciones previos al traspaso, así como a las garantías de protección contra el despido y alteración de las condiciones de trabajo, previstos en los artículos 3 y 4 de la norma comunitaria. No obstante, de forma excepcional se podrá llevar a cabo la aplicación de las garantías anteriores durante el procedimiento de insolvencia, si así lo deciden los Estados miembros en sus distintos ordenamientos jurídicos internos. En este caso y, siempre que exista control de la autoridad pública competente, el Estado podrá adoptar una de las siguientes dos alternativas. En primer término, podrá establecer la no transmisión de las obligaciones del cedente en materia de garantías de traspaso de derechos y obligaciones del contrato de trabajo (art. 3) al cesionario, siempre que se asegure el mantenimiento de un nivel de protección equiparable o análogo al contenido en la Directiva[27].

En segundo término, se determina la posibilidad de establecer modificaciones en las condiciones de trabajo a fin de salvaguardar la continuidad de la empresa o unidad afectada, garantizando el mantenimiento del empleo. La presente alternativa requiere del consenso mediante acuerdo entre las partes (cedente/cesionario y representantes de los trabajadores), así como que esta opción esté permitida por el Estado miembro en que se suscita la problemática, contemplando como exigencia adicional la necesidad de que la empresa cedente se encuentre en una situación de

[25] STJUE de 7 de marzo de 1996 (Asuntos acumulados C-171/94 y C-172/94).

[26] A este respecto, podemos señalar sentencias como las STJUE de 22 de junio de 2017 (Asunto C-126/16), ap. 44; STJUE de 16 de mayo de 2019 (Asunto C-509/17), ap. 40; STJUE de 9 de septiembre de 2020 (Asuntos acumulados C-674/18 y C-675/18), ap. 60, 61 y 62.

[27] En este sentido, STJUE de 28 de enero de 2015 (Asunto C-688/13).

crisis grave; situación que deberá ser definida por el propio ordenamiento interno de ese Estado.

Por ende, en función del objetivo que se persiga con el procedimiento de insolvencia, serán aplicables unas u otras previsiones, siendo esto además decisivo, para la determinación de la inclusión o no del procedimiento en el marco de la Directiva[28].

Reflejo de lo anterior, también es la STJUE de 7 de diciembre de 1995 (Asunto C-472/93) sobre el caso de Luigi Spano y otros contra Fiat Geotech SpA y Fiat Hitachi Excavators SpA, donde no se da por cumplido el requisito de liquidación, pues el objeto de la operación es la continuidad de la actividad; en tanto que la declaración de la empresa en situación de crisis está destinada "a permitir la recuperación de la situación económica y financiera de la empresa, pero sobre todo el mantenimiento del empleo". Es por esta razón que, cuando la finalidad de la operación es la continuidad de la actividad, la Directiva mantiene su aplicabilidad.

Al respecto de lo aludido previamente, podemos hacer referencia al caso de la STJUE de 22 de junio de 2017 (Asunto C-126/16) en la que se establece precisamente esta distinción entre el procedimiento de liquidación y el de salvaguarda. El Tribunal determina que el primero tiene como fin la maximización de la satisfacción colectiva de los intereses de los acreedores, mientras que el segundo se lleva a cabo en aras de alcanzar el mantenimiento o permanencia de la actividad empresarial. En ocasiones, la diferenciación entre ambas formas puede revestir cierta complejidad, llegando a reconocer el Tribunal de Justicia que "no cabe excluir la posibilidad de que exista cierto solapamiento entre estos dos objetivos en un procedimiento dado, la finalidad principal de un procedimiento que tiene por objeto la prosecución de la empresa sigue siendo, en cualquier caso, la salvaguardia de la empresa de que se trate".

Como ya se ha señalado al comienzo de este apartado, la exclusión del marco de las garantías de los artículos 3 y 4 de la Directiva, con fundamento en el artículo 5, requieren del cumplimiento de una serie de requisitos acumulativos. Es por ello que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en sentencias como las que anteceden, ha dispuesto la necesidad de interpretar de forma restrictiva esta exclusión, pues ella rompe con el objetivo perseguido por la norma, lo que hace que deba ser contemplada de forma cuidadosa a fin de no privar arbitrariamente a los trabajadores de la protección que les sería conferida.

Un ejemplo de esta necesidad de cautela lo hallamos en la fundamentación de las distintas sentencias que versan sobre esta materia, pues desgranan cada una de las exigencias, observando si en las distintas controversias concurren y se cumplen de manera efectiva, para permitir o no la aplicación de las garantías relatadas.

[28] STJUE de 25 de julio de 1991 (Asunto C-362/89).

Finalmente, cabe señalar que la exclusión de las empresas en estas circunstancias de la aplicación de las garantías de la Directiva constituyen una especialidad y excepción a la regla, por lo que en consecuencia, la propia norma en el último apartado del artículo (art. 5.4) impone a los Estados miembros el establecimiento de cuantas medidas sean necesarias para evitar el empleo inadecuado y el uso abusivo de esta fórmula por las empresas con ánimo de sortear las obligaciones previstas por el legislador comunitario.

6. Bibliografía

Arastey Sahún, M.L. (2019): "Aspectos laborales del traspaso de empresas", en *Derecho Social de la Unión Europea,* ed. Francis Lefebvre.

Arastey Sahún, M.L. y Oró Martínez, C. (2023): "Aspectos laborales del traspaso de empresas (Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001)", en Casas Baamonde, M. E., García-Perrote Escartín, I., Gil Alburquerque, R., Gómez García-Bernal, A. y Sempere Navarro, A. V. (dirs): *Derecho Social de la Unión Europea: aplicación por el Tribunal de Justicia*, ed. Boletín Oficial del Estado.

Bogoni, M. (2018): "Transmisión de empresa, subrogación y mantenimiento de los derechos de los trabajadores: una aproximación desde el derecho de la Unión Europea y la jurisprudencia más reciente del TJUE", en Miranda Boto, J. M. (dir.): *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, ed. Cinca.

Fernández Márquez, O. (2019): "El objeto de la transmisión: el concepto de unidad económica productiva autónoma", en García Murcia, J. (dir.): *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales*, ed. Aranzadi.

Gil Plana, J. (2019): "La subrogación empresarial impuesta por convenio colectivo: condiciones y efectos", en García Murcia, J. (dir.): *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales*, ed. Aranzadi.

Llano Sánchez, M. (2017): "Transmisión de empresa", en García Murcia, J. (dir.): *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea*, ed. Aranzadi.

Martínez Barroso, M. R. (2024): "Garantías laborales en los traspasos de empresas: transmisión de empresas y contratas y subcontratas", en Rodríguez Escanciano, S. y Álvarez Cuesta (dirs.): *Avanzando en transiciones justas en la Unión Europea: el trabajo decente como motor de cambio*, ed. Tirant lo Blanch.

Monereo Pérez, J. L. y Ortega Lozano, P. G. (2020): "La relación laboral en la transmisión de empresa: sentido y alcance de la garantía del mantenimiento de los derechos de los trabajadores", en Derecho de las relaciones laborales, nº 6.

Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B. M. (2024): "Una nueva vuelta de tuerca en materia de transmisión de empresas: el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en el traspaso de notarías en aplicación de la Directiva 2001/23/CE", en La Ley Unión Europea, nº 122.

Nogueira Guastavino, M. (2012): "Transmisión de empresas y despidos colectivos", en Nogueira Guastavino, M. Fotinopoulou Basurko, O. y Miranda Boto, J.M. (dirs.): *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, ed. Tirant lo Blanch.

Nores Torres, L. E. (2019): "Novedades jurisprudenciales en materia de transmisión de empresa: la labor del TJUE y del TS en los últimos dos años", en Labos, Vol. 1, nº 1.

Ortiz de Solórzano Aurusa, C. (2009): "La transmisión de empresas desde la perspectiva del Derecho Social Comunitario", en Areta Martínez, M. y Sempere Navarro, A. V. (coords.): *Cuestiones Actuales sobre Derecho Social Comunitario*, ed. Laborum.

Ortiz de Solórzano Aurusa, C. (2020): "La transmisión de empresa en el Derecho de la Unión Europea", en Cardenal Carro, M. y Pérez Campos, A. I. (dirs.): *Derecho del Trabajo y Protección Social en la Unión Europea: situación actual y perspectivas de futuro*, ed. Dykinson.

Sánchez-Urán Azaña, Y. (2019): "La sucesión de plantillas como factor determinante de la transmisión de empresas", en García Murcia, J. (dir.): *Transmisión de empresa y sucesión en el desarrollo de actividades empresariales*, ed. Aranzadi.

Costa Reyes, Antonio (2011): "Transmisión de empresa, despidos colectivos e insolvencia del empleador", en Costa Reyes, Antonio: *Manual de derecho social de la Unión Europea*, ed. Tecnos.

Sempere Navarro, A. V. (2011): "Transmisión de empresas y subrogación empresarial", en Martín Jiménez, R. y Sempere Navarro, A. V. (dirs.): *Aspectos laborales de la reestructuración empresarial*, ed. Aranzadi.

Sempere Navarro, A. V. y Pérez Campos, A. I. (dirs.) (2020): *Prontuario de Jurisprudencia Social Comunitaria (1986-2020)*, ed. Aranzadi.

CAPÍTULO DÉCIMO OCTAVO. La protección comunitaria en materia de despidos colectivos

Juan Gil Plana
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0002-6212-9032

Sumario: 1. Introducción. 2. Evolución de la normativa sobre protección frente al despido colectivo. 2.1. Propuesta de Directiva de 18 de noviembre de 1972. 2.2. Programa de acción social de 1974. 2.3. Las Directivas en materia de despido colectivo. 3. Configuración de la normativa. 3.1. Finalidad. A. Doble finalidad. B. La identificación de la finalidad en la interpretación del TJUE. 3.2. Libertad de empresa y de establecimiento. 4. Ámbito de aplicación. 4.1. Ámbito subjetivo. A. Concepto de empresario. B. Concepto de trabajador. 4.2. Ámbito objetivo. A. La delimitación de lo que es un despido colectivo: a) Concepto de despido. b) Motivos no inherentes a la persona del trabajador. c) Distinción entre despido y extinción asimilada. B. Umbrales numéricos: a) El centro de trabajo como unidad de referencia. b) El concepto de centro de trabajo. c) Trabajador habitualmente empleado. d) Modo de computar los umbrales. e) La necesaria reforma de la configuración de los umbrales. C. Exclusiones: a) Contratos temporales b) Trabajadores de Administraciones Públicas. 4.3. Representantes de los trabajadores. 5. Obligaciones empresariales. 5.1. Información y consulta con los representantes de los trabajadores. A. Obligación empresarial de consultar a los representantes de los trabajadores: a) Objeto y naturaleza de la obligación de consultar. b) Nacimiento de la obligación de consultar. c) Obligación de informar. B. Grupo de empresas. C. Notificación a la autoridad pública: copia de la comunicación escrita. 5.2. Procedimiento de despido colectivo. A. Notificación a la autoridad pública del proyecto de despido colectivo. B. Efectividad de los despidos colectivos. 6. Margen de actuación de los Estados miembros. 6.1. Establecimiento de disposiciones más favorables. 6.2. Establecimiento de medidas de control. 7. Bibliografía.

1. Introducción

La actual Unión Europea a principios de la década de los setenta del siglo pasado ya constató que la confluencia de varios progresivos procesos -integración económica, interdependencia de los mercados nacionales, desarrollo tecnológico, las transformaciones en las estructuras empresariales y el desarrollo de las empresas multinacionales- estaban incidiendo de forma trascendental en la seguridad del empleo de los trabajadores. No obstante, partiendo de la anterior evidencia, asumiendo al mismo tiempo que los cambios económicos y los cierres de empresas que pudieran darse eran consustanciales a la evolución hacia nuevas actividades productivas y no debían ser obstaculizados, sino situarlos dentro de un marco de garantías adecuados; en la exploración de un adecuado marco jurídico consideró inaceptable que, al albur de las diferentes regulaciones nacionales sobre el despido colectivo, se constatara un escenario muy dispar entre las mismas -más notorio aún con la consagración y desarrollo de la libre circulación de trabajadores- en el que se evidenciaba unas notables diferencias entre los estados miembros a la hora de establecer las condiciones, procedimientos y las posibles medidas a adoptar ante una situación de extinción colectiva de contratos de trabajo.

Esa disparidad de configuraciones del despido colectivo en los distintos Estados miembros, por un lado, afectaba indudable y directamente al propio funcionamiento del mercado común, pues podía darse la circunstancia de que la decisión empresarial en materia de despido colectivo viniera determinada no por las verdaderas necesidades de reestructuración empresarial sino por el menor costo -tanto en términos económicos como procedimentales y de garantías- que ofrecía una u otra legislación; lo que, inexorablemente, podía conducir a un desarrollo global y regional desequilibrado, generando zonas dentro de la Unión Europea con altos índices de subempleo masivo frente a otras caracterizadas por altas tasas de ocupación, lo que incidiría negativamente en un progreso económico y social equilibrado. Por otro lado, la referida disparidad se justificaba mal desde el punto de vista social, dado que el artículo 117 del Tratado de la CEE ya establecía como objetivo comunitario la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, buscando su equiparación en el progreso, difícil de alcanzar si las distintas respuestas nacionales ante el despido colectivo conducían inexorablemente a resultados diferentes.

Fue, en definitiva, la constatación por parte de la CEE de la diferente y dispar configuración del despido colectivo entre los Estados miembros lo que llevó a ésta a dotarse de una regulación que garantizase, por un lado, la unidad de mercado común, y, por otro lado, un similar tratamiento de los derechos de los trabajadores europeos ante un despido colectivo, sin que pudiera resultar relevante el Estado miembro en el que se produjera éste. Aunque debe ya advertirse que el devenir del tiempo ha evidenciado un progresivo protagonismo de la protección del trabajador respecto al interés económico que subyace en la protección de mercado común[1].

[1] Ushakova, 2014, p. 13/30.

2. Evolución de la normativa sobre protección frente al despido colectivo

La acción comunitaria en torno a la protección de los trabajadores en supuestos de despidos colectivos tiene como antecedente más remoto, no la Resolución del Consejo de 21 de enero de 1974 (DOCCEE C/13/1, de 12 de febrero de 1974) que aprueba un programa de acción social[2], sino la propuesta de Directiva presentada por la Comisión al Consejo Europeo el 18 de noviembre de 1972. Tras este fallido primer intento, con el impulso del Programa de acción social de 1974 se publicó la Directiva 75/129/CEE, de 17 de febrero, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, que fue inicialmente modificada por la Directiva 92/56/CEE, de 24 de junio, posteriormente codificada por la Directiva 98/59/CEE, de 20 de junio, siendo esta última la norma europea actualmente en vigor con las modificaciones introducidas por la Directiva 2015/1794, de 6 de octubre, por la que se modifican varias directivas en lo concerniente a la gente del mar.

2.1. Propuesta de Directiva de 18 de noviembre de 1972

La propuesta de Directiva de 1972 fue presentada por la Comisión al Consejo Europeo el 18 de noviembre [COM(72)1400], y si bien finalmente no vio la luz, constituyó la base para armar el texto de la primera Directiva sobre despidos colectivos, anunciando la filosofía y los contenidos de la que luego sería la primera Directiva sobre despidos colectivos.

Esta propuesta de Directiva parte de dos premisas, una encaminada a justificar por qué dotarse de una norma específica sobre despidos colectivos; otra explicando la finalidad de la acción legislativa comunitaria. En efecto, se advierte que si bien el despido colectivo es un aspecto particular de la institución jurídica de la extinción contractual que estaba siendo objeto de atención por la CEE -se había elaborado un informe sobre las disposiciones en favor de los trabajadores ante situaciones de despido en general (Doc. 8754/2/70, enviado por la Comisión al Consejo el 16 de mayo de 1972)-, era necesario un tratamiento específico del despido colectivo debido al trascendental y significativo impacto socioeconómico que éste último tiene, especialmente en una situación social, política y económica como la expuesta anteriormente en el inicio de la década de los setenta del siglo pasado en el ámbito europeo.

Al abordar el posible contenido de la propuesta de Directiva se debe tener presente que se parte de la idea del papel central que deben jugar los interlocutores sociales en los procesos de despido colectivo, es a ellos a los que corresponde concretar la organización y contenidos de la negociación así como los posibles acuerdos; de suerte que, respetando su autonomía, lo que se pretendía con la

[2] García-Perrote Escartín, 2023, p. 1440, señala a ésta como primera iniciativa sobre la materia.

acción comunitaria era crear el marco jurídico regulador que favoreciera un proceso negociado ante un despido colectivo, delimitándose desde la propuesta de Directiva los objetivos de la propia negociación, lo que explica que la intención de la acción comunitaria venga singularizada por la finalidad, ante la disparidad de regulaciones nacionales ya expuesta, de proceder a una armonización parcial de estas últimas , centrada en una serie de aspectos considerados esenciales, a la vista de los distintos contenidos de las legislaciones nacionales; desechando la posibilidad de una regulación global y completa a implementar en todos los Estados miembros, al considerar que una norma comunitaria que tratara de alcanzar una armonización parcial en materia de despido colectivo era idónea para cumplir con el doble objetivo de ser instrumento de protección de los derechos de los trabajadores al tiempo que instrumento regulador del mercado. Encontramos ya en esta propuesta de Directiva de 1972 la finalidad armonizadora parcial que ha venido caracterizando a las ulteriores directivas sobre despido colectivo.

La propuesta de Directiva contaba con seis artículos y los aspectos esenciales que pretendía armonizar eran la obligación empresarial de consultar a los representantes de los trabajadores, la obligación empresarial de comunicar a la autoridad pública la decisión de proceder a un despido colectivo y el momento temporal en que se producen los despidos; dando un plazo de seis meses a los Estados miembros para que adaptasen sus legislaciones nacionales (art. 5).

La obligación de consultar a los representantes de los trabajadores con el fin de alcanzar un acuerdo se establecía para cualquier despido colectivo que afectara al menos a cincuenta trabajadores (art. 4.1); por debajo de ese umbral solo se contemplaba la posibilidad de que la autoridad pública nacional instase al empresario a realizar esa consulta (art. 4.1). Se establecía en la propuesta de Directiva un concreto contenido de la consulta que alcanzaba a las posibilidades de reducir o evitar los despidos previstos, los criterios de selección que se iban a utilizar, las posibilidades de ofrecer recolocaciones dentro de la empresa, traslados a otros establecimientos de la empresa o modificaciones de las condiciones de trabajo, posibles indemnizaciones por reducción de salarios y prestaciones complementarias o por extinción del contrato, posibilidad de prioridad en el reempleo y las modalidades de ejecución del despido colectivo, contemplando su posible escalonamiento temporal (art. 4.2).

Para que el proceso de consulta y negociación fuera realmente efectivo y los representantes de los trabajadores pudieran formular propuestas constructivas se contemplaba la obligación del empresario de facilitarles toda la información necesaria y, como mínimo, las razones del despido colectivo, el número exacto de trabajadores que iban a ser afectados por la extinción y el período durante el cual se iba a implementar la medida extintiva (art. 4.2). Si finalmente no se alcanzaba un acuerdo se contemplaba la posibilidad de que cualquiera de las partes acudiese a la autoridad pública solicitando su mediación (art. 4.3).

La obligación empresarial de notificar a la autoridad pública nacional el proyecto de despido colectivo surgía, a diferencia de la obligación de consulta a los representantes de los trabajadores, cuando aquel afectaba al menos a diez trabajadores. La notificación debía incluir toda la información útil; entre la cual se citaba expresamente las razones del despido colectivo -mencionándose expresamente en la propuesta de Directiva, las razones económicas o técnicas-, el número exacto de trabajadores que iban a ser afectados por la extinción y el período durante el cual se efectuarán los despidos (art. 4.1). A dicha notificación debía acompañarse el resultado de las consultas evacuadas con los representantes de los trabajadores y, si no habían terminado, debía remitirse lo antes posible tras su finalización (art. 4.2).

Efectuada la notificación a la autoridad pública nacional se reconocía a ésta dos facultades. En primer lugar, podía oponerse total o parcialmente al despido colectivo si llegaba a la convicción, tras la oportuna investigación, de la incorrección o inexactitud de los motivos alegados para justificarlo (art. 3.1). En segundo lugar, podía suspender el despido colectivo bien si no se había evacuado la consulta a los representantes de los trabajadores, bien si se había solicitado el procedimiento de mediación; otorgando a la autoridad pública, en este supuesto, la posibilidad de prorrogar el plazo de efectos de los despidos colectivos, fijado en un mes desde la notificación, por un máximo de dos meses (art. 3.2).

Los efectos del despido colectivo se producían, como regla general, al mes de su notificación a los afectados, sin perjuicio de los derechos individuales en materia de plazos de preaviso (art. 2.1); pudiendo durante este plazo la autoridad pública, por un lado, buscar soluciones a los problemas que pudieran derivarse de la extinción colectiva proyectada (art. 2.2); por otro lado, prorrogar el plazo por un mes, comunicándoselo al empresario dentro de las tres semanas siguientes a la notificación (art 2.3).

2.2. Programa de acción social de 1974

El 21 de enero de 1974 se adopta por el Consejo un programa de acción social (DOCEE NC 13/1, de 17 de febrero de 1974) que, con fundamento en el artículo 2 del Tratado CEE que recogía como finalidad la promoción de un desarrollo armónico de las actividades económicas en la zona comunitaria, la expansión continua y equilibrada, la creciente estabilidad y el aumento del nivel y la calidad de vida, vino a establecer una pionera acción en el ámbito social de dos años (1974-1976), por etapas sucesivas, al amparo del artículo 235 del Tratado CEE, con la que se pretendía alcanzar una serie de objetivos, con medidas concretas y con los medios correspondientes para su implantación, al considerar que las finalidades estrictamente económicas y de mercado único, no constituían un fin en si mismas consideradas, sino que debían acompasarse con fines de marcado corte social si se quería avanzar en el proceso de unidad armónico y estable.

Los objetivos de este plan de acción social se concretaron en tres: la realización del pleno y mejor empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo que permitieran un progreso armonizado y la participación creciente de los interlocutores sociales en las decisiones económicas y sociales de la Comunidad y de los trabajadores en la vida de las empresas. Atendiendo a estos tres grandes objetivos se formularon numerosas medidas a implementar, ninguna directa y expresamente referida a los despidos colectivos, como sí ocurrió con la protección de los derechos de los trabajadores en los supuestos de transmisión de empresas, que sí se recogió como medida a implementar, aunque no era una prioridad, adquiriéndose expresamente el compromiso de la Comisión de presentar una propuesta de Directiva sobre la materia.

No obstante lo anterior, debe indicarse que en el marco del objetivo de la participación creciente de los interlocutores sociales se estableció como medida prioritaria la promoción progresiva de los representantes de los trabajadores en la vida de las empresas, en la que podía incluirse la adopción de una Directiva en materia de despidos, pues como se expondrá ulteriormente, el núcleo central de las Directivas posteriormente aprobadas se concreta en la participación de los representantes de los trabajadores en las decisiones empresariales de despido colectivo. Que esto era así se evidencia en el propio programa de acción social cuando se deja constancia expresa de que el Consejo "comprueba" que la Comisión ya le había sometido a su consideración varias propuestas de Directivas, entre las que se encontraba la relativa a la aproximación de las legislaciones nacionales en materia de despido colectivo -la propuesta de 1972-, comprometiéndose a adoptar una resolución sobre las mismas en el plazo de cinco meses, o más tardar nueve meses a partir de la remisión de las propuestas.

A diferencia de la acción comunitaria en materia de transmisión de empresas, respecto de la cual el programa de acción social de 1974 actuó de verdadero promotor e impulsor, pues hasta el momento no se había presentado propuesta alguna de Directiva, en el caso de la acción comunitaria en materia de despido colectivo, el referido programa, más que de promotor, actuó como instrumento de confirmación de la necesidad de dotarse a nivel comunitario de una Directiva -cuya propuesta ya había sido formulada y presentada un año antes al Consejo- e impulsor de la misma. El origen de la acción comunitaria en materia de despido colectivo no puede situarse, por tanto, en el programa de acción social de 1974, sino en la propuesta de Directiva de 1972.

2.3. Las Directivas en materia de despido colectivo

El marco jurídico del despido colectivo se ha configurado, a lo largo del tiempo, por cuatro Directivas: la Directiva 75/129/CEE, de 17 de febrero, la Directiva 92/56/CEE, de 24 de junio, la Directiva 98/59/CEE, de 20 de junio y la Directiva 2015/1794/UE, de 6 de octubre. En una primera y sucinta aproximación puede afirmarse que la primera de ellas resulta ser la fundamental pues establece

la configuración jurídica que se ha mantenido hasta nuestros días en el intento de armonizar las legislaciones nacionales en materia de despido colectivo; dado que la segunda en el tiempo si bien introduce importantes modificaciones, mantiene gran parte del contenido de la primera; mientras que la tercera es una mera codificación de la primera y la segunda, en la que no se introduce variación alguna respecto de sus predecesoras; mientras que la última de las Directivas introduce dos precisiones respecto a un concreto colectivo de trabajadores. El grueso importante de la legislación europea en materia de despido colectivo procede de mediados de la remota década de los setenta del siglo pasado. Estamos, por tanto, ante una regulación que presenta un alto grado de perdurabilidad en el tiempo con un mínimo grado de innovación en su configuración jurídica; lo que no ha evitado que, aun hoy en día, debido a la calculada ambigüedad de la norma[3] sigan aflorando conflictos entre la asentada norma comunitaria y las legislaciones nacionales que deben ser resueltos por el TJUE.

La Directiva 75/129/CEE -que inicia la legislación comunitaria de materia estrictamente laboral-[4] tuvo su razón de ser en el mismo análisis que dio lugar a la propuesta de Directiva de 1972. La necesidad de su aprobación obedeció, por un lado, a la constatación de las divergencias de las legislaciones nacionales en materia de modalidades, procedimientos y medidas a adoptar ante una decisión de despido colectivo, que podía tener una incidencia directa en el funcionamiento del mercado común[5], de ahí que con posterioridad el TJUE evidencie que la legislación comunitaria sobre despido colectivo forma parte de la "normativa sobre el mercado interior"[6]; por otro lado, en la necesidad de reforzar los mecanismos de protección de los trabajadores en caso de despido como instrumento para alcanzar un desarrollo económico y social equilibrado en la actual Unión Europea. Esta doble necesidad se vio impulsada, a juicio de la propia Directiva, por la previsión en el programa de acción social de 1974 de una Directiva en materia de despido colectivo; aunque realmente, esa previsión no era novedosa, y más que prever la elaboración de una Directiva, se "tomaba nota" de la existencia de remisión por parte de la Comisión al Consejo de una propuesta de Directiva.

La estructura de la Directiva 75/129/CEE se concretó en cinco secciones que contenían un total de ocho artículos. La primera de las secciones contenía un solo artículo y se dedicaba a concretar el ámbito de aplicación y las definiciones utilizadas en la misma. La segunda sección se dedicaba al procedimiento de consulta a los representantes de los trabajadores, también con un único artículo -el segundo-, esbozaba un sucinto procedimiento de consulta. En la sección tercera denominada "procedimiento de consulta", el artículo tercero establecía una serie de obligaciones empresariales y facultades de los representantes de los trabajadores

[3] Ushakova, 2014, p. 14/30.

[4] Cruz Villalón, 1997, p. 28.

[5] Véase Alonso Bravo, 2011, pp. 2-5.

[6] STJUE de 18 de octubre de 2012 (Asunto C-583/10, USA *vs* Nolen).

relacionadas con la comunicación de la decisión de despido colectivo a la autoridad laboral; mientras que en el artículo cuarto se establecía el plazo para que surtiera efectos el despido colectivo, así como la habilitación a los Estados miembros de atribuir facultades a la autoridad laboral en relación a la reducción del plazo o a su prórroga -en este caso, debiendo ser informado el empresario- y la facultad a esta última de búsqueda de soluciones. La sección cuarta contenía una serie de disposiciones finales relativas al carácter de norma mínima (art. 5), el plazo de adaptación de las legislaciones nacionales a las previsiones de la directiva y la comunicación de los textos adaptados (art. 6), el plazo para que los Estados miembros transmitan todos los datos necesarios para poder emitir un informe sobre la aplicación de la Directiva (art. 7) y los destinatarios de la Directiva (art. 8).

La primera y única modificación de la anterior Directiva se produce con la aprobación de la Directiva 92/56/CCE que tiene dos vectores explicativos como son la Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales (CDSF), adoptada por el Consejo de Europa el 9 de diciembre de 1989[7], y la constatación de una serie de ineficiencias en la regulación contenida en la Directiva 75/129/CEE.

La CDSF preconizaba, por un lado, que la realización del mercado interior debía llevar a la Comunidad Europea a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los ciudadanos, lo que implicaba, entre otros aspectos, el desarrollo de la configuración jurídico-laboral de los procedimientos de despido colectivo (punto 7 CDSF); y, por otro lado, que la información, consulta y participación de los trabajadores debía desarrollarse mediante la utilización de mecanismos adecuados, teniendo presente las distintas normas nacionales, debiendo producirse en tiempo hábil (puntos 17 y 18 CDSF). No cabe duda de que la irrupción de la CDSF actuó de propulsor para la reforma de la Directiva 75/129/CEE, como lo demuestra el hecho de que uno de los aspectos reformados por la Directiva 92/59/CEE fuera el procedimiento de información y consulta a los representantes de los trabajadores.

Los otros aspectos novedosos introducidos por esta última Directiva fueron la asimilación al despido de otras formas de extinción contractual; la inclusión en el ámbito de aplicación de la norma de los despidos colectivos resultantes del cese de actividades declarado por decisión judicial -en la Directiva primigenia resultaban excluidos expresamente-; la atribución a los Estados miembros de la facultad de reconocer en sus ordenamientos a los representantes de los trabajadores la posibilidad de utilizar expertos en los procesos de consulta y el mandato a los Estados miembros a que implementasen procedimientos administrativos y/o jurisdiccionales a través de los cuales los representantes de los trabajadores pudieran exigir el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la norma comunitaria.

A esta norma le sucederá la Directiva 98/59/CE, de 20 de julio que no introduce novedad alguna respecto de las anteriores dado que se dedica a codificar

[7] En este sentido, Nogueira Guastavino, Magdalena y De la Iglesia Aza, Lidia, 2024, p. 473; Ushakova, 2014, p. 3/30.

la regulación precedente en aras a dotar a la regulación comunitaria sobre despido colectivo de claridad y racionalidad.

La anterior Directiva se vio modificada por la Directiva 2015/1794/UE, de 6 de octubre, que contenía una reforma transversal que afectaba a varias directivas en lo relativo a la gente del mar. Esta acción reformista se sustentaba en dos vectores explicativos. Por un lado, la constatación de que la exclusión de la gente del mar del ámbito de aplicación o la posibilidad de establecerla -siempre que no estuvieran justificadas objetivamente- prevista en algunas directivas podía dar lugar a obstaculizar que dicho colectivo pudiera disfrutar plenamente tanto de su derecho a trabajar en condiciones equitativas y justas como de su derecho a la información y consulta; por otro lado, la constatación de la disparidad de opciones adoptadas por los Estados miembros en lo relativo a dicha inclusión/exclusión originaba un trato desigual para dicho colectivo.

En lo atinente a la legislación comunitaria en materia de despido colectivo que excluía de su ámbito de aplicación a la gente del mar, la reforma supuso suprimir dicha exclusión y determinar ante que autoridad pública hay que notificar cualquier proyecto de despido colectivo cuando este afecta a los miembros de la tripulación de un buque marítimo.

3. Configuración de la normativa

3.1. Finalidad

A. Doble finalidad

Al tratar de concretar la finalidad perseguida por la legislación europea en materia de despido colectivo puede advertirse una diferencia, si se quiere de matiz, entre la propuesta de Directiva de 1972 y las Directivas promulgadas. En la propuesta de Directiva parece que la finalidad única perseguida era la armonización parcial con la que poder cumplir un doble objetivo a saber: ser instrumento de protección de los derechos de los trabajadores al tiempo que instrumento regulador del mercado interior; mientras que en las Directivas, desde la primigenia a la actual, la finalidad buscada era aparentemente doble, a saber: procurar la armonización para que las normativas nacionales no pudieran incidir directamente en el mercado económico -es decir, armonizar como instrumento de regulación del mercado- y proteger los derechos de los trabajadores ante supuestos de despido colectivo. Parece que en el transito desde la propuesta de Directiva a la primigenia Directiva, la protección de los trabajadores emerge como finalidad autónoma respecto a la armonización de las legislaciones nacionales que seguía siendo concebida como instrumento regulador del mercado. Realmente debe precisarse que esa equiparación conlleva una equiparación en la protección de los trabajadores y en las cargas que tienen que asumir el empresario cuando procede a un despido colectivo.

Podemos, en consecuencia, partir de la premisa de que desde el proyecto de Directiva de 1972 a la Directiva 98/59/CE en vigor, parece claro que la finalidad perseguida es doble, por un lado, alcanzar la armonización de las legislaciones nacionales ante la disparidad de configuraciones jurídicas nacionales que existían y existen en materia de despido colectivo; por otro lado, reforzar los mecanismos de protección de los trabajadores ante supuestos de despido colectivo.

En lo referido a la armonización buscada por la legislación europea en materia de despido debe destacarse que viene caracterizada por ser parcial[8], hasta el punto de que ha sido calificada como muy limitada, dado que se centra en una serie de aspectos que, considerándose esenciales, son únicamente de carácter procedimental -singularmente el procedimiento de consultas, la notificación a la autoridad pública competente y el plazo de efectividad de los despidos-[9], renunciando a armonizar aspectos de carácter sustantivo, como pueden ser la causas admisibles de una extinción colectiva y su definición[10], el establecimiento de una indemnización o compensación general por la pérdida del empleo a observar en todos los ordenamientos nacionales[11], las modalidades del cese definitivo de las actividades de una empresa[12] o la armonización global de los sistemas nacionales de representación de los trabajadores en la empresa[13].

Además, la parcialidad, como veremos ulteriormente, se produce también desde el propio contenido de la Directiva. Por un lado, porque en la configuración del despido colectivo, la Directiva ofrece ciertos márgenes -a veces no muy justificados- de elección a los Estados miembros que redundan inexorablemente en la armonización, en términos de minorarla; como sucede, por ejemplo, al configurar cuándo estamos ante un despido colectivo al ofrecer dos modelos cuantitativos para su apreciación, e incluso permitiendo una combinación de los mismos, lo que da lugar a una disparidad de configuraciones nacionales que repercute indudablemente en la pretendida armonización, también en la protección de los trabajadores. Por otro lado, la Directiva se configura como norma de mínimos al permitir a los Estados introducir normas o permitir previsiones convencionales más favorables (art. 5), previsión que provoca una armonización de mínimos con consecuencias a tener en cuenta también en lo relativo a la protección de los trabajadores ante un despido colectivo; como sucede cuando un Estado miembro incorpora la empresa

[8] El carácter parcial se ha subrayado, entre otras, en la STJUE de 7 de diciembre de 1995 (Asunto C-449/93, Rockfon); STJUE de 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-44/08, AEK); STJUE de 10 de diciembre de 2009 (Asunto C-232/08, Rodríguez Mayor).

[9] Cruz Villalón, 1997, pp. 56-57; Nogueira Guastavino, Magdalena y De la Iglesia Aza, Lidia, 2024, p. 474. Para Ushakova, 2014, p. 6/30, su contenido procedimental se debe a la finalidad económica de la armonización.

[10] García-Perrote Escartín, 2023, pp. 1450 y 1452; Castro Argüelles, 2017, p. 840.

[11] STJUE de 10 de diciembre de 2009 (Asunto C-232/08, Rodríguez Mayor).

[12] En este sentido, STJUE de 7 de septiembre de 2006 (Asuntos C-187/05 a 190/05, Agorastidis *vs* Goodyear), STJUE de 10 de diciembre de 2009 (Asunto C-232/08, Rodríguez Mayor).

[13] Véase STJUE de 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-44/08, AEK), STJUE de 5 de octubre de 2023 (Asunto C-496/22).

como parámetro para computar los despidos siempre que suponga una mayor protección, frente a un Estado miembro cuyo parámetro de referencia es el previsto en la Directiva -el centro de trabajo-, de suerte que ante un número de despidos similar en función de si se puede utilizar la empresa como centro de referencia o no, el resultado final es una distinta protección de los trabajadores en uno y otro Estado miembro, lo que redunda en una menor armonización y una desigual protección carente de justificación a la vista de las finalidades perseguidas por la Directiva.

En lo atinente a la protección de los trabajadores como finalidad de la Directiva debe calificarse como una protección fundamentalmente indirecta o mediata, por cuanto el grueso de su regulación se concreta en establecer obligaciones empresariales para con los representantes de los trabajadores y la autoridad pública competente y no para con los trabajadores directamente; solo en alguna previsión se tiene en cuenta al trabajador individualmente, como acontece cuando se mandata a los Estados miembros a procurar establecer mecanismos administrativos y/o judiciales para que los trabajadores -también sus representantes- puedan hacer cumplir las obligaciones previstas en la Directiva (art. 6). Debemos volver a recordar que ya en el Programa de acción social de 1974 la adopción de una Directiva en materia de despidos colectivos se concebía como una medida prioritaria de promoción progresiva de la participación de los representantes de los trabajadores en la vida de las empresas, dentro de uno de los tres objetivos generales del referido programa que era la participación creciente de los interlocutores sociales; no es de extrañar, por tanto, que el contenido principal de la Directiva sea la información y consulta a los representantes de los trabajadores en supuestos de despido colectivo como mecanismo de protección de los trabajadores individualmente considerados.

B. La identificación de la finalidad en la interpretación del TJUE

En la configuración de la legislación europea en materia de despidos colectivos resulta necesario concretar la finalidad o finalidades que la misma persigue, no solo por interés dogmático, sino también por su indudable trascendencia práctica. Por un lado, desde el momento en que la acción interpretativa del TJUE recurre a su finalidad para interpretar la Directiva y dar una respuesta a las cuestiones prejudiciales que se le plantean desde los órganos jurisdiccionales nacionales; por otro lado, porque sirve a los Estados miembros como guía para proceder a la trasposición de la misma en sus ordenamientos internos, de suerte que una adecuada comprensión de su finalidad se erige en el elemento clave para poder valorar su correcta trasposición [14].

Sucede que, a lo largo de estos años, los pronunciamientos del TJUE han identificado de forma no uniforme la finalidad o finalidades perseguidas por la Directiva, de suerte que no siempre la finalidad en la que se basa la interpretación es la misma o viene configurada de la misma manera; incluso el TJUE llega a

[14] Sánchez-Urán Azaña y De Fuentes García-Romero de Tejada, 2017a, p. 4/43.

distinguir entre finalidad y objetivos, lo que es una tautología gramatical porque ambos términos son sinónimos. Veámoslo con varios ejemplos.

En la STJUE de 8 de junio de 1994 (Asunto C-382/92, Comisión *vs* Reino Unido) el TJUE parte de la distinción entre finalidad y objetivos, al considerar que la finalidad de la Directiva es "armonizar las normas aplicables a los despidos colectivos", para poder garantizar los objetivos de lograr "una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros" y de "equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas" ubicadas en la Unión Europea[15]. De forma más sucinta, en la STJUE de 7 de diciembre de 1995 (Asunto C-449/93, Rockfon) se afirma, literalmente, que la Directiva sobre despido colectivo "tiene como finalidad *exclusiva* la armonización parcial de los procedimientos de despido"[16].

En la STJUE de 17 de diciembre de 1998 (Asunto C-250/97, Dansk) TJUE solo toma en consideración como finalidad la de "reforzar la protección de los trabajadores en caso de despido colectivo"[17].

En la STJUE de 18 de enero de 2007 (Asunto C-385/05, CGT), el TJUE apunta hasta tres finalidades que son buscadas por la Directiva, a saber: garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes Estados miembros, equiparar las cargas que estas normas de protección suponen para las empresas y establecer una protección mínima en materia de información y consulta de los trabajadores. También en las STJUE de 30 de abril de 2015 (Asunto C-80/14, Usdaw) y STJUE de 13 de mayo de 2015 (Asunto C-182/13, Lyttle) se identifican tres objetivos de la Directiva pero, ahora, junto a la protección comparable de los trabajadores y la equiparación de cargas, se habla de "reforzar la protección de los trabajadores en caso de despidos colectivos", que aparece como objetivo secundario frente a los dos primeros, pues como se expondrá ulteriormente al hablar de la interpretación de lo que ha de entenderse por centro de trabajo, en estos pronunciamientos acaba prevaleciendo la protección comparable frente al reforzamiento de la protección de los trabajadores como objetivo en si mismo considerado.

Mas llamativa, aunque bastante acertada a la vista de las razones que originaron la legislación europea de despido colectivo y de su contenido, resulta la STJUE de 10 de diciembre de 2009 (Asunto C-232/08, Rodríguez Mayor) al

[15] En términos similares se expresa la STJUE de 12 de octubre de 2004 (Asunto C-55/02, Comisión *vs* Portugal), la STJUE de 13 de febrero de 2014 (Asunto C-596/12, Comisión *vs* Italia) y STJUE de 9 de julio de 2015 (Asunto C-229/14, Balkaya).

[16] En idéntico sentido, STJUE de 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-44/08, AEK); STJUE de 10 de diciembre de 2009 (Asunto C-232/08, Rodríguez Mayor).

[17] Siguen esta línea la STJUE de 16 de octubre de 2003 (Asunto C-32/02, Comisión *vs* Italia); STJUE de 7 de septiembre de 2006 (Asuntos C-187/05 a 190/05, Agorastidis *vs* Goodyear); STJUE de 15 de febrero 2007 (Asunto C-270/05, Chartopoiia); STJUE de 11 de noviembre de 2020 (Asunto C-300/19, UQ y Marclean Tecnologies).

afirmar que "el objetivo principal" de la Directiva es que "los despidos colectivos vayan precedidos de una consulta a los representantes de los trabajadores y de la información a la autoridad pública competente"[18].

Sería deseable que cuando el TJUE acuda al criterio teleológico como canon hermeneútico en el que encontrar la posible solución de la cuestión prejudicial que se le plantea, tuviera una clara comprensión de lo pretendido y buscado por el legislador europeo con la legislación sobre despido colectivo. No dice mucho de la interpretación jurídica, en términos de previsibilidad y de seguridad para el legislador y operadores jurídicos nacionales, que a lo largo de estos años haya abordado la finalidad de esta Directiva de forma no siempre coincidente y haciendo prevalecer una u otra finalidad sin una clara argumentación de dicha prevalencia.

3.2. Libertad de empresa y de establecimiento

Al abordar la legislación europea en materia de despidos colectivos puede plantearse si la misma puede llegar a configurarse como una restricción o limitación a la libertad de empresa y dentro de ella a la libertad de establecimiento[19]. Debe tenerse presente que la libertad de empresa aparece configurada sucintamente en el artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea al reconocerse "la libertad de empresa de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales"; mientras que la libertad de establecimiento viene contemplada en el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al establecerse que "quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro. La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades […] en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales".

La consagración como derecho fundamental de la libertad de empresa y de la libertad de establecimiento plantea la interacción entre éstas y los derechos sociales, concretamente, en lo que ahora nos interesa, la interacción con la legislación comunitaria en materia de despido colectivo

Cabe preguntarse, en primer lugar, si la legislación europea de despidos colectivos afecta a la libertad de empresa en el sentido de que los empresarios pudieran verse constreñidos o limitados a la hora de proceder a la extinción

[18] En términos similares, STJUE de 13 de julio de 2023 (Asunto C-134/22) y STJUE de 5 de octubre de 2023 (Asunto C-496/22).

[19] Véase Castro Argüelles, 2017, pp. 843-846.

colectiva de contratos. La respuesta debe ser negativa, la Directiva relativa a despidos colectivos no supone ni implica ninguna restricción a la libertad de empresa por dos razones. Si atendemos a su finalidad, trata de armonizar las legislaciones y de proteger a los trabajadores afectados por un despido colectivo, pero no persigue ser, *per se*, una limitación a la libertad de empresa, sino todo lo contrario, dado que con la armonización de las legislaciones -que supone una protección comparable y unos requisitos comparables- resulta reforzada y garantizada la libertad de empresa y de establecimiento desde el momento en el que al producirse la equiparación ninguna decisión empresarial vendría determinada o condicionada por la diferente regulación existente en cada Estado miembro. Si atendemos al contenido de la Directiva se aprecia claramente que no afecta a la libertad de empresa ni a la libertad de establecimiento porque se limita a regular, básicamente, el procedimiento de información y consulta con los representantes de los trabajadores y el de notificación a la autoridad pública competente.

En esta línea interpretativa se mueve la consolidada doctrina del TJUE que, desde una premisa general, afirmó en la sentencia de 7 de diciembre de 1995 (Asunto C-449/93, Rockfon) que la Directiva sobre despido colectivo "no tiene por objeto restringir la libertad de empresa para proceder a la organización de sus actividades" y de sus estructuras departamentales porque "no establece norma alguna en lo relativo a la organización interna de las empresas o la gestión del personal"; y, desde un plano más concreto, afirma que la legislación europea en materia de despido colectivo en modo alguno "afecta a la libertad del empresario de proceder o no a los despidos"[20].

Una segunda cuestión que se plantea es si, dada la configuración que se hace en el artículo 5 de la Directiva como norma de derecho que fija unos mínimos a observar por los Estados miembros, éstos pueden introducir cualquier mejora, teniendo total libertad, o, por el contrario, en la implementación de las referidas mejoras deben observar la libertad de empresa y de establecimiento. La respuesta es obvia, los Estados miembros al introducir en sus ordenamientos nacionales mejoras al contenido de la Directiva sobre despidos colectivos deben sujetarse y observar dichas libertades.

Ocurre, sin embargo, que en ocasiones la obviedad de la respuesta anterior se torna en disparidad interpretativa, lo que ha obligado al TJUE a pronunciarse acerca de si determinada mejora introducida en el derecho interno respecto a la legislación europea sobre despido colectivo es respetuosa con la libertad de empresa y la libertad de establecimiento o, por el contrario, resulta una restricción o limitación inasumible desde la óptica de la eficacia de éstas. Con carácter general, el problema se sitúa en la interacción entre la libertad de empresa y de establecimiento y los derechos sociales; y desde las SSTJUE de 11 de diciembre de 2007 (Asunto

[20] En este sentido, véase SSTJUE de 12 de febrero de 1985 (Asunto C-284/83, Dansk), 7 de septiembre de 2006 (Asuntos C-187/05 a 190/05, Agorastidis *vs* Goodyear) y STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Asunto C-201/15, AGET Iraklis).

C-438/05, Viking), 18 de diciembre de 2007 (Asunto C-341/05, Viking) y 3 de abril de 2008 (Asunto C-346/06, Rüffert), se ha venido afirmado, que las restricciones que esas mejoras pudieran suponer a la libertad de empresa, atendido el interés general que encarnan los derechos sociales, deben ser de especial trascendencia.

Con relación a la legislación europea en materia de despido colectivo, al abordar si el establecimiento en un ordenamiento nacional de la preceptiva autorización del despido colectivo por parte de la autoridad pública competente como presupuesto de validez y eficacia de aquél constituía una restricción o limitación justificada o injustificada y, por consiguiente, admisible o inadmisible desde el punto de vista de la eficacia de la libertad de establecimiento, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Asunto C-201/15, AGET Iraklis), con acopio de pronunciamientos anteriores, nos recuerda que los derechos fundamentales garantizados deben ser aplicados en todas las situaciones reguladas por el Derecho de la Unión y ser respetados por la normativa nacional siempre que ésta resulte incluida en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión; de suerte que solo puede admitirse, en este caso, una restricción a la libertad de empresa y establecimiento en la regulación nacional sobre despido colectivo cuando, por un lado, estén previstas en una norma con rango de ley, por otro lado, existan justificadas y proporcionadas razones de interés general y, finalmente, la restricción sea adecuada para garantizar el objetivo que se persigue con ella, no yendo más allá de lo necesario para alcanzarlo[21].

Aunque la premisa sobre la que pivota la admisión de limitaciones a la libertad de empresa y de establecimiento es un concepto jurídico indeterminado, ha de apuntarse que existe ya una consolidada doctrina del TJUE acerca de lo que debe entenderse por "razones de interés general", de suerte que se ha descartado que el interés de la economía nacional pueda ser incluida en dicho concepto jurídico[22], mientras que la protección de los trabajadores[23] y el fomento del empleo y la contratación[24] sí son incardinables en el mismo.

4. Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de la Directiva en materia de despido colectivo es delimitado dualmente: de forma positiva en el artículo 1.1, concretando cuando estamos ante un despido colectivo; y negativamente en el artículo 1.2, al enumerar una serie de exclusiones.

---

[21] Véase García-Perrote Escartín, 2023, pp. 1443-1448.

[22] Ver SSTJUE de 5 de junio de 1997 (Asunto C-398/95, SETTG), 6 de junio de 2000 (Asunto C-35/98, Verkooijen o 4 de junio de 2002 (Asunto C-367/98, Comisión *vs* Portugal).

[23] Ver SSTJUE de 23 de noviembre de 1999 (Asuntos C-396/96 y 376/96, Arblade y otros), 13 de diciembre de 2005 (Asunto C-411/03, SEVIC) o 11 de diciembre de 2007 (Asunto C-438/05, ITWF y FSU).

[24] Ver, entre otras, SSTJUE de 11 de enero de 2007 (Asunto C-208/05, ITC), 18 de enero de 2007 (Asunto C-385/05, CGT) o 13 de diciembre de 2012 (Asunto C-379/11, Caves Krier Frèrer).

La delimitación positiva del ámbito de aplicación resulta, desde el punto de vista de la técnica legislativa, deficiente al manejar una serie de conceptos que no son definidos en la Directiva y, que ni siquiera en las sucesivas reformas y codificación, se ha procedido a dar claridad a dichos conceptos que han debido ser acotados por la acción interpretativa del TJUE, partiendo de la premisa de que al tratarse de conceptos que determinan la aplicabilidad de la Directiva no pueden ser objeto de una interpretación restrictiva[25]. No resulta, por tanto, extraño que la configuración del ámbito de aplicación de la Directiva sea, sin duda alguna, lo que ha planteado un mayor número de dudas interpretativas, y, en consecuencia, obligado al TJUE a ir despejándolas.

4.1. Ámbito subjetivo

La norma comunitaria tanto al definir, cualitativa como cuantitativamente, lo que es despido colectivo, así como al asimilar a éstos las extinciones contractuales por motivos no inherentes a la persona del trabajador tiene como elementos subjetivos al "empresario" y al "trabajador". No obstante la importancia de ambos conceptos no procede la Directiva a dar una definición de los mismos, ni ofrecer parámetro alguno que nos permita delimitar su alcance; de suerte que, como tampoco la Directiva se remite expresamente a las legislaciones nacionales para determinar su sentido, las exigencias de interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Unión y el principio de igualdad nos conducen a estar en presencia de dos conceptos autónomos y uniformes para toda la Comunidad que han de interpretarse atendiendo al contexto de la norma comunitaria en cuestión y al objetivo armonizador -protección del trabajador comparable y equiparación de cargas de los empleadores- perseguido por la misma. Labor conceptual que, además, no puede ser objeto de interpretación restrictiva por tratarse de conceptos que determinan el ámbito de aplicación de la Directiva[26].

A. Concepto de empresario

La normativa europea relativa al despido colectivo no aclara ni el concepto de empresario ni el tipo de empresario -concretamente si queda comprendido en él la Administración Pública o quien ejerce una actividad económica sin ánimo de lucro-, a diferencia de lo que acontece, por ejemplo, en la legislación comunitaria en materia de transmisión de empresas.

La delimitación conceptual de empresario a efectos de resultar obligado a cumplir con la legislación europea en materia de despido colectivo no ha originado grandes dudas interpretativas, dado que a la vista de la generalidad del término recogido en la Directiva y, tratándose de un concepto europeo, ha sido objeto de una

[25] STJUE de 9 de julio de 2015 (Asunto C-229/14, Balkaya), STJUE de 11 de noviembre de 2015 (Asunto C-422/14, Pujante Rivera).

[26] Véase STJUE de 15 de febrero 2007 (Asunto C-270/05, Chartopoiia), STJUE de 9 de julio de 2015 (Asunto C-229/14, Balkaya).

amplia y extensiva interpretación, habiéndose descartado cualquier interpretación que supusiera una restricción en la aplicación de la norma, de suerte que se ha interpretado el concepto de empresario como aquella persona física o jurídica que tiene una relación laboral con los trabajadores que pueden ver extinguida dicha relación[27].

No es de extrañar, a la vista de la concepción amplia adoptada por el TJUE que éste en su sentencia de 16 de octubre de 2003 (Asunto C-32/02, Comisión *vs* Italia) afirmase que dentro del concepto de empresario se debía incluir también a los "empleadores que ejercen su actividad sin ánimo de lucro", dado que al delimitarse el ámbito de aplicación en el artículo 1 de la Directiva se refería a los "despidos efectuados por un empresario, sin establecer más distinciones, de manera que atañe a cualquier empresario"; concluyendo que la opción interpretativa contraria no encajaría con los objetivos de reforzar la protección de los trabajadores y conseguir un desarrollo económico y social equilibrado en la Unión Europea perseguidos por la Directiva.

Si es verdad que, al delimitar negativamente el ámbito de aplicación de la Directiva, como se verá posteriormente, e introducir como supuesto excluido a los trabajadores de la Administración Pública, de las Instituciones de derecho público o de entidades equivalentes, resulta que no se integra dentro del concepto de empresario al de naturaleza pública. No obstante, en mi opinión, debe precisarse que no cabe subsumir en el concepto de empresario al de naturaleza pública cuando desarrolla la actividad inherente al poder público, pues esta es la razón de ser de su exclusión; de suerte que si realiza una actividad económica desligada del ejercicio de potestades públicas si debe ser considerado empresario a efectos de esta Directiva.

B. Concepto de trabajador

La ausencia de una definición de "trabajador" en la Directiva relativa al despido colectivo -que también se advierte en otras Directivas- ha planteado más problemas interpretativos a la hora de determinar si ciertos supuestos se podían incluir como trabajadores o no; resultándoles, en consecuencia, aplicables o no la legislación europea sobre despido colectivo[28].

Siendo necesaria, por tanto una interpretación uniforme y de alcance comunitario, el TJUE ha venido a señalar que la delimitación conceptual de "trabajador" debe realizarse "sobre la base de criterios objetivos que caracterizan la relación de trabajo en cuanto a derechos y obligaciones de las personas involucradas", y bajo esta premisa señala que "la característica esencial de la relación de trabajo es el hecho de que una persona presta, por un tiempo determinado, a

[27] STJUE de 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-44/08, AEK).

[28] Sobre el concepto de trabajador véase, Martínez Moreno, 2023, pp. 973-1002; Maneiro Vázquez, 2018, pp. 49-52; Gómez Abelleira y Díaz Zaforas, 2016, pp. 2-8/24.

favor de otra persona y bajo la dirección de ésta, servicios a cambio de los cuales recibe un salario"[29], siendo indiferente "la naturaleza del vínculo jurídico" que une al trabajador con el empleador a efectos de aplicar la Directiva sobre despido colectivo[30]. Descartándose, además, que la concreción de lo que debe entenderse por "trabajador" pudiera efectuarse mediante remisión a los ordenamientos nacionales, porque si se permitiera se dejaría a éstos alterar elementos de la Directiva -como por ejemplo, los umbrales cuantitativos para apreciar si existe o no un despido colectivo y el modo de calcularlos- que darían lugar a su inaplicación y a privarla de plena eficacia, alejándose de su objetivo armonizador[31].

Estamos ante un concepto ya apuntado respecto a otras normas europeas, como la Directiva 92/85/CEE[32] la Directiva 75/117/CEE[33], que, no obstante, no coincide con el concepto de trabajador manejado a efectos de otras Directivas, como reconoce el propio TJUE en su sentencia de 1 de marzo de 2012 (Asunto C-393/10, O'Brien) al afirmar que "el concepto de trabajador en Derecho de la Unión no es unívoco, sino que varía según el ámbito de aplicación de que se trate"[34].

El concepto de "trabajador" en el ámbito de la Directiva relativa al despido colectivo plantea dos dudas aplicativas.

Un primer dilema gira en torno a si es posible que las legislaciones nacionales puedan excluir de la aplicación de su normativa sobre despido colectivo a una determinada categoría de trabajadores; lo que se plantea, entonces, no es si un concreto supuesto de prestación de servicios puede ser considerado laboral, y, por tanto, quien lo presta puede ser calificado como trabajador, sino si estando claro que es un trabajador puede ser excluido.

El TJUE ha venido a dejar claro que, salvo las exclusiones expresamente previstas en el artículo 1.2 de la Directiva sobre de despido colectivo, ésta no admite, "ni explicita ni tácitamente", posibilidad alguna de excluir de su ámbito de aplicación a una determinada categoría de trabajadores, cuya calificación como tales no se discute; lo que condujo a sostener que una norma nacional que excluye de su ámbito de aplicación a la categoría de "gerentes" no es conforme a la legislación europea sobre despido colectivo, no admitiéndose como argumento justificativo el

[29] Ver STJUE de 13 de febrero de 2014 (Asunto C-596/12, Comisión *vs* Italia), STJUE de 9 de julio de 2015 (Asunto C-229/14, Balkaya),.

[30] STJUE de 9 de julio de 2015 (Asunto C-229/14, Balkaya), STJUE de 11 de noviembre de 2015 (Asunto C-422/14, Pujante Rivera); irrelevancia del vínculo ya puesta de manifiesto respecto a la Directiva 92/85 en STJUE de 11 de noviembre de 2010 (Asunto C-232/09, Danosa).

[31] STJUE de 18 de enero de 2007 (Asunto C-385/05, CGT), STJUE de 9 de julio de 2015 (Asunto C-229/14, Balkaya).

[32] Véase STJUE de 11 de noviembre de 2010 (Asunto C-232/09, Danosa) o en la STJUE de 20 de septiembre de 2077 (Asunto C-116/06, Kiiski).

[33] En este sentido STJUE de 13 de enero de 2004 (Asunto C-253/01, Allonby) o en la STJUE de 3 de julio de 1986 (Asunto C-66/85, Lawurie-Blum).

[34] Con mayor detenimiento sobre el distinto alcance del concepto de trabajador entre las Directivas europeas véase Cabeza Pereiro, 2018, págs. 45-58.

hecho de que la legislación nacional y los convenios colectivos garantizaban a dicho colectivo una protección económica que suponía un trato más favorable admitido en el artículo 5 de la Directiva, porque de admitirse tal razonamiento quedaría parcialmente privada de su efecto útil en lo atinente al objetivo armonizador concretado en el establecimiento de la obligación de evacuar un período de consultas con los representantes de los trabajadores con la finalidad, entre otras, de evitar o reducir los despidos, con independencia de las posibles medidas sociales de acompañamiento que se pudieran adoptar, como una indemnización garantizada[35]. Esta imposibilidad de excluir a un determinado colectivo se interpreta como un presupuesto aplicativo absoluto, como un límite que no puede ser excepcionado en ningún supuesto, ni siquiera cuando la exclusión de una determinada categoría de trabajadores -menores de veintiséis años- es temporal y es concebida como medida de fomento de la contratación de ese colectivo[36].

El otro dilema interpretativo se centra en determinar si un concreto sujeto que realiza una prestación de servicios para otra persona puede ser considerado trabajador a efectos de la Directiva. Debemos tenerse presente que, para proceder a esta operación interpretativa, debemos estar a las circunstancias particulares de cada supuesto sin que se puedan, ni deban, extraerse reglas generales para determinados tipos de prestaciones[37]. De acuerdo con la interpretación del TJUE lo decisivo para calificar a un trabajador es que se dé una prestación a favor de otra persona -ajenidad-, bajo su dirección -subordinación- y por una contraprestación económica -retribución-; de manera que apreciándose esas características estaríamos ante un trabajador a efectos de la Directiva sobre despido colectivo. No obstante, del desarrollo argumental y la respuesta dada respecto a un trabajador en prácticas contenidos en la STJUE de 9 de julio de 2015 (Asunto C-229/14, Balkaya) se desprende una "preeminencia absoluta de la relación de subordinación […] frente a cualquier otra característica de la relación laboral"[38].

El TJUE, en su sentencia de 9 de julio de 2015 (Asunto C-229/14, Balkaya), ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a dos supuestos controvertidos -un directivo y un trabajador en prácticas-. En relación con un directivo, siendo miembro de la dirección de una sociedad de capital que ejercía su actividad bajo la dirección y el control de otro órgano de la sociedad, percibiendo una retribución por dicha actividad y sin poseer acciones en la sociedad, concluyó que reunía las notas que singularizan la figura de "trabajador", siendo irrelevante la naturaleza jurídica del vínculo que le unía a la empresa.

Para el TJUE la condición de miembro de un órgano de administración no es una circunstancia que por si sola permita automáticamente la exclusión

[35] STJUE de 13 de febrero de 2014 (Asunto C-596/12, Comisión *vs* Italia).

[36] STJUE de 18 de enero de 2007 (Asunto C-385/05, CGT).

[37] STJUE de 11 de noviembre de 2010 (Asunto C-232/09, Danosa), STJUE de 9 de julio de 2015 (Asunto C-229/14, Balkaya).

[38] Maneiro Vázquez, 2018, p. 51.

de la nota de subordinación, debiendo valorarse el contexto en su totalidad; lo que le llevó en este supuesto a apreciar que existía subordinación dado que, por un lado, era nombrado por la junta de socios, quien, además, podía poner fin a su mandato en cualquier momento; y por otro lado, estaba sujeto a la dirección, control, prescripciones y limitaciones de dicho órgano; además de que no poseía acciones de la empresa, aunque advierte el TJUE que en este contexto este último dato no resultaba determinante por si solo, pero si venía a reforzar la existencia de subordinación. No encontró tampoco el TJUE obstáculo alguno para su calificación como trabajador en el hecho del menor grado de intensidad en la subordinación -que supone un mayor grado de autonomía en el ejercicio de sus funciones-que se pudiera observar en el directivo respecto a un trabajador ordinario; ni admitió como argumento justificativo para su no consideración como trabajador la circunstancia de que este tipo de puestos no necesitaban la protección que ofrece la Directiva de despido colectivo, al considerar que no había elemento fáctico o jurídico que indicara que dichos sujetos -directivos- se encontraban en una situación diferente a la de otras personas empleadas en lo atinente a cumplir con la finalidad de mitigar las consecuencias del despido propia del proceso de consultas.

Mas controvertida es la consideración "general" -y en cualquier supuesto- como trabajador a efectos de esta Directiva de quien desarrolla un trabajo en prácticas para una empresa en aras a conseguir o profundizar en unos conocimientos, so pena de desdibujar el propio concepto de trabajador[39], llegando a incluirse el supuesto en el que no se percibe retribución del empresario, pero sí una ayuda económica reconocida y abonada directamente por un organismo público dedicado al fomento del empleo. No cabe formular objeción alguna al TJUE cuando sienta la premisa de no descartar la posible existencia de un trabajador respecto de una actividad en prácticas o de aprendizaje por el simple hecho de que la productividad del empleado sea menor o escasa, no realice una actividad a tiempo completo y reciba una menor retribución, dado que lo importante es que la actividad sea por cuenta ajena, subordinada y retribuida. No obstante, la doctrina ha evidenciado el posible cuestionamiento de la existencia de actividad propiamente laboral al formularse el concepto de trabajador a efectos de la Directiva sobre despido colectivo a partir de un concepto de trabajador formulado en el ámbito de la libertad de empresa; lo que supone aplicar un concepto en un ámbito material, como es el despido colectivo, cuya configuración jurídica a nivel comunitario responde a principios y objetivos distintos; criticando la asimilación de cualquier actividad práctica como actividad laboral sin efectuar un análisis de cada supuesto concreto[40].

Lo discutible en la interpretación del TJUE es la apreciación que hace de la nota salarial, al considerar que existe relación laboral y, por consiguiente, estamos ante un trabajador en el supuesto en el que éste no percibe retribución alguna

[39] Gómez Abelleira y Díaz Zaforas, 2016, p. 7/24; Cabeza Pereiro, 2015, p. 12/16.

[40] Gómez Abelleira y Díaz Zaforas, 2016, pp. 5-7/24; Cabeza Pereiro, 2015, p. 12/16.

del empresario -no hay ni siquiera transferencia desde la esfera patrimonial de la empresa a la del trabajador- y si de una entidad pública porque considera el TJUE que "ni el origen de los recursos destinados a la retribución del interesado y, en particular, como sucede en este caso, la financiación de ésta mediante subvenciones públicas, pueden tener ningún tipo de consecuencias respecto al reconocimiento o no de una persona como trabajadora"; premisa esta última ya establecida en resoluciones anteriores en materia de libre circulación de persona[41] y que ahora es traída por el TJUE al ámbito de la Directiva en materia de despido colectivo; en mi opinión, en un automatismo que hubiera requerido mayor reflexión sobre su aplicabilidad si tenemos presente, por un lado, que el propio TJUE no venía obligado a aplicar el concepto de trabajador en materia de libre circulación de los trabajadores al ámbito de los despidos colectivos porque como el mismo ha declarado -y ya hemos evidenciado anteriormente- no existe un concepto unívoco y único de trabajador en el Derecho de la Unión Europea; y, por otro lado, porque este razonamiento, en mi opinión, desdibuja la noción de trabajador que a efectos de aplicación de la Directiva sobre despido colectivo ha elaborado el propio TJUE y que tiene, entre otras, como nota que los singulariza, el carácter retribuido entendido como la transferencia de una cantidad económica de y desde la esfera patrimonial del empleador al trabajador; lo que no se verificaba en este supuesto y, no obstante, no ha sido obstáculo alguno para que el TJUE concluyese que estábamos ante un trabajador; dando lugar así a una interpretación en la que se difumina -sino se elimina- de forma notable el presupuesto del carácter retribuido de la prestación, pues le es indiferente quien abone el salario, siendo lo importante y decisivo que haya una contraprestación económica por las prácticas realizadas, a pesar de que, en mi opinión, quien realizaba esas concretas prácticas no encajaba en la definición comunitaria de "trabajador". Además de cuestionarse la nota retributiva resulta, como ha señalado la doctrina, queda desvirtuada también la ajenidad que singulariza el concepto de trabajador al ser la utilidad obtenida por el empresario "ínfima y lo predominante en la actividad es la utilidad que reporta a quien la realiza", de manera que "la calificación no puede ser la de trabajador, al menos a los efectos de la Directiva 98/59", siendo un indicio clave que quien recibe la utilidad de la prestación del trabajador en prácticas no es quien le remunera[42].

4.2. Ámbito objetivo

A. La delimitación de lo que es un despido colectivo

El artículo 1.1 a) de la Directiva establece que se entenderá por despido colectivo "los despidos efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, cuando el número de despidos producidos" alcancen determinados umbrales de acuerdo con las posibilidades

[41] Ver STJUE de 31 de mayo de 1989 (Asunto 344/87, Bettray), STJUE de 26 de noviembre de 1998 (Asunto C-1/97, Birden), STJUE de 19 de noviembre de 2002 (Asunto C-188/2000, Kurz).

[42] Gómez Abelleira y Díaz Zaforas, 2016, p. 7/24.

ofrecidas por la propia Directiva, a elección de los Estados miembros. Configuración que se completa con la precisión de que "a efectos del cálculo del número de despidos previsto en la letra a) del párrafo anterior se asimilarán a los despidos las extinciones del contrato de trabajo producidos por iniciativa de empresario en base o uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores, siempre y cuando los despidos sean al menos 5" (art. 1.1 párrafo final).

El concepto "artificial" de despido colectivo[43] resulta clave para la aplicación de la Directiva, pero su comprensión ha presentado y presenta varias dificultades, a saber: aunque se procede a una configuración cualitativa -motivos no inherentes a la persona del trabajador- y cuantitativa -fijación de unos umbrales numéricos- del despido colectivo[44] no se ofrece en la Directiva un concepto de "despido"; en segundo lugar, se utiliza como presupuesto clave del despido colectivo una expresión genérica, como "motivos no inherentes a la persona del trabajador", que requiere ser precisada, dado que estamos ante una decisión causal, sin una concreción de la causalidad[45]; y, finalmente, al asimilar las extinciones de los contratos a los despidos, no se distinguen conceptualmente unas de los otros.

a) Concepto de despido

En la delimitación del concepto de despido a efectos de la legislación europea sobre despido colectivo resulta crucial la STJUE de 12 de octubre de 2004 (Asunto C-55/02, Comisión *vs* Portugal) que procede a aclarar, previamente, que al no definirse en la Directiva lo que es "despido" ni remitirse expresamente a las legislaciones nacionales para determinar su sentido, las exigencias de interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Unión y el principio de igualdad deben conducir a un concepto autónomo y uniforme para toda la Comunidad atendiendo al contexto de la norma y el objetivo perseguido por la misma. Es por ello que se ha afirmado acertadamente que la noción jurídica de despido manejada en los ordenamientos internos puede resultar ineficaz cuando no se ajuste o se oponga al concepto ofrecido por el TJUE o el Derecho de la Unión, resultando que el único válido es el que se desprende de la Directiva, siendo irrelevante el manejado en los derechos nacionales[46].

Teniendo en cuenta, por un lado, que la finalidad de la Directiva es la de fomentar la aproximación de las legislaciones nacionales relativas al despido colectivo, lo que conlleva alcanzar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los distintos Estados miembros y equiparar las cargas establecidas en los distintos derechos internos; y, por otro lado, que del contexto se deduce que el término "despido" no se circunscribe solo a un "acto voluntario del empresario, porque si ese fuera el concepto no hubiera sido necesario introducir

[43] Desdentado Bonete, 2016, p. 49; Maneiro Vázquez, 2018, p. 46.

[44] Nogueira Guastavino, Magdalena y De la Iglesia Aza, Lidia, 2024, p. 475.

[45] Ushakova, 2014, p. 5/30.

[46] Maneiro Vázquez, 2018, pp. 47 y 51.

en la primera Directiva de despidos colectivos como supuesto excluido de su aplicación a las extinciones producidas por decisión judicial" ; se concibe por el TJUE el despido como "cualquier extinción del contrato de trabajo no pretendida por el trabajador y, en consecuencia, sin su consentimiento", no siendo necesaria, para su apreciación, que "las causas subyacentes (del despido) correspondan a la voluntad del empresario" y siendo indiferente que la legislación nacional califique tal extinción como despido, pues lo relevante es que se "trate de situaciones no queridas por el trabajador"[47]. De ahí que podamos afirmar que lo relevante para que un acto extintivo sea tomado en consideración a efectos de apreciar un despido colectivo es "la falta de consentimiento del trabajador"[48].

Desde una perspectiva finalista también se vendría a justificar esta concepción amplia del despido, rechazándose la objeción de que en determinados supuestos de extinción de contratos que no provienen directamente de la voluntad del empresario, como son los supuestos de cese definitivo de la actividad, no sería factible o posible la integra aplicación de la Directiva; dado que, incluso en esos supuestos, es posible una aplicación parcial, pues si bien no se podrían evitar o reducir los despidos, no debe olvidarse que el periodo de consultas tiene también como objetivo la atenuación de las consecuencias de la decisión empresarial de despedir mediante la posible adopción de medidas sociales de acompañamiento, que sí se pueden verificar en tales supuestos; al tiempo que también se pueden cumplir con las obligaciones impuestas al empresario respecto a la notificación a la autoridad pública competente[49].

Emerge, en definitiva, como elemento interpretativo clave para determinar si una determinada extinción de contratos puede ser calificada como despido, la posibilidad de que se pueda aplicar, aunque sea parcialmente, el contenido de la Directiva al producirse la extinción contractual; de manera que la esencia procedimental de la Directiva es determinante en cuanto que actúa como límite infranqueable a la interpretación expansiva de la expresión "motivos no inherentes a la persona del trabajador" utilizada para concretar el concepto de despido colectivo[50]. Que estamos ante la clave de bóveda en la aplicación de la directiva al precisar el concepto de despido queda patente en las distintas soluciones interpretativas dadas por el TJUE a los supuestos de fallecimiento, extinción de contratos por decisión judicial de insolvencia y jubilación del empresario.

Inicialmente en la STJUE de 12 de octubre de 2004 (Asunto C-55/02, Comisión *vs* Portugal) la extinción de contratos producida por el fallecimiento del

[47] Ver STJUE de 12 de octubre de 2004 (Asunto C-55/02, Comisión *vs* Portugal). En idéntico sentido, STJUE de 7 de septiembre de 2006 (Asuntos C-187/05 a 190/05, Agorastidis *vs* Goodyear), STJUE de 11 de noviembre de 2015 (Asunto C-422/14, Pujante Rivera), STJUE de 21 de septiembre de 2017 (Asunto C-429/16, Ciupa), STJUE de 11 de julio de 2024 (Asunto C-196/23).

[48] Castro Argüelles, 2017, p. 812.

[49] STJUE de 12 de octubre de 2004 (Asunto C-55/02, Comisión *vs* Portugal).

[50] Em este sentido se pronuncia Alonso Bravo, 2011, pp. 15-16.

empresario se consideró como un supuesto de despido a los efectos de lo previsto en el artículo 1.1 a) de la Directiva, al partirse de un concepto amplio de despido y considerarse que en dicha situación se podría producir un cumplimiento parcial de la norma comunitaria -singularmente la consulta sobre posibles medidas de atenuación y las obligaciones respecto a la autoridad pública-. No obstante, debe de advertirse que el TJUE no hizo en este pronunciamiento un análisis singular de este supuesto -que sí hará en la STJUE de 10 de diciembre de 2009 (Asunto C-232/08, Rodríguez Mayor), matizando su inicial interpretación-, sino que se pronunció de forma conjunta sobre una serie de supuestos - extinción por quiebra, incendio, expropiación, fallecimiento del empresario, otras causas de fuerza mayor-, llegando a la conclusión de que estábamos ante un despido computable en caso de fallecimiento del empresario porque, por un lado, era una extinción no querida por el trabajador y, por otro lado, porque cabía una aplicación parcial de la norma comunitaria.

Posteriormente, la interpretación del TJUE evoluciona hacia la configuración del presupuesto de la "posibilidad o imposibilidad de aplicar la Directiva", al tiempo que emerge en su interpretación otro presupuesto como es la "existencia o inexistencia de intencionalidad de efectuar despidos", como elementos determinantes de la consideración de un supuesto -en este caso el fallecimiento del empresario- como despido, pasando a un segundo plano el presupuesto de que la "extinción no sea querida por el trabajador". En efecto, en la STJUE de 10 de diciembre de 2009 (Asunto C-232/08, Rodríguez Mayor) se concluye que la extinción de contratos por causa del fallecimiento del empresario no se puede calificar como despido. En primer lugar, porque dicho supuesto "se caracteriza por la falta de intención de efectuar despidos colectivos", siendo relevante dicha singularidad dado que, de las expresiones "despidos efectuados por un empresario" y "por iniciativa del empresario" utilizadas en el artículo 1.1 de la Directiva, se desprende, de la primera, que "el concepto de despidos colectivos supone, en principio, que el empresario efectúa o, en todo caso, tiene intención de efectuar esos despidos", mientras que la segunda "implica una manifestación directa de la voluntad del empresario consistente en una toma de iniciativa"; resultando patente que al extinguirse los contratos por fallecimiento del empresario persona física no se constata ni la intención de llevar a cabo despidos ni se produce una manifestación de voluntad previa de la que se pudiera deducir la decisión extintiva; como gráficamente señala el TJUE "no existe ni decisión de resolver los contratos de trabajo ni previa intención de proceder a tal resolución". En segundo lugar, porque no puede aplicarse -ya sea total o parcialmente- la norma sobre despido colectivo que requiere la existencia de un empresario, señaladamente no puede verificarse el proceso de consulta e información con los representantes de los trabajadores en ninguno de sus objetivos, ni en relación a la posibilidad de evitar o reducir los despidos ni respecto a la posibilidad de atenuar sus consecuencias, así como tampoco se puede verificar el procedimiento previsto ante la autoridad pública;

en definitiva, no podría conseguirse el objetivo principal de la legislación europea sobre despido colectivo porque en el supuesto de fallecimiento del empresario la coincidencia temporal de su muerte y la extinción de los contratos hacen materialmente imposible cumplir las obligaciones contenidas en la Directiva.

La posible aplicación parcial de la Directiva en lo relativo a la búsqueda de posibles medidas que atenúen los efectos del despido colectivo vuelve a ser el argumento determinante para que el TJUE considere que deba aplicarse la legislación europea de despido colectivo en el supuesto de cese de actividad por decisión judicial de insolvencia que dispone de forma simultánea la extinción de los contratos, dado que mientras que no se produzca la extinción definitiva de su personalidad jurídica -lo que no acaece con la decisión inicial de insolvencia- es posible aplicar parte del contenido de la Directiva[51].

En el supuesto de extinciones contractuales derivadas de la jubilación del empresario, en cambio, la STJUE de 11 de julio de 2024 (Asunto C-196/23) llega a la conclusión de que éstas se deben considerar despidos a efectos de la Directiva porque la jubilación, a diferencia del fallecimiento del empresario persona física, es un hecho previsible que cuando se adopta por el empresario éste sabe que debe proceder previamente a la extinción de los contratos, lo que supone que en un momento anterior a la jubilación debe tomar la decisión de extinguirlos y manifestarla; al tiempo que, al tener que contemplar dichas extinciones en un momento temporal anterior a la jubilación, las consultas siguen siendo pertinentes en la medida en que se "puede realizar los actos previstos en los artículos 2 y 3 de la Directiva 98/59 y, en este contexto, llevar a cabo consultas destinadas, en particular, a evitar dichas extinciones o reducir su número o, en cualquier caso, atenuar sus consecuencias", así como cumplir con el procedimiento de notificación ante la autoridad pública competente.

Atendiendo al concepto comunitario de despido se ha incluido en él, y se ha considerado aplicable la legislación europea sobre despido, a las extinciones derivadas de los supuestos de declaración de quiebra o procedimientos de liquidación análogos, expropiación, incendio u otros casos de fuerza mayor[52], el cese definitivo del funcionamiento de una empresa o de una fábrica decidido unilateralmente por el empresario, a falta de decisión judicial previa es un despido a efectos de la directiva[53], la decisión judicial de cese de actividad por insolvencia que simultáneamente conlleva la extinción de los contratos[54], la modificación unilateral de la remuneración impuesta por el empresario que supone una modificación sustancial de un elemento esencial del contrato de trabajo[55] o la jubilación del

[51] STJUE de 3 de marzo de 2011 (Asuntos C-235/10 a 239/10, Claes).

[52] STJUE de 12 de octubre de 2004 (Asunto C-55/02, Comisión *vs* Portugal).

[53] STJUE de 7 de septiembre de 2006 (Asuntos C-187/05 a 190/05, Agorastidis *vs* Goodyear).

[54] STJUE de 3 de marzo de 2011 (Asuntos C-235/10 a 239/10, Claes).

[55] STJUE de 11 de noviembre de 2015 (Asunto C-422/14, Pujante Rivera).

empresario[56]. No se ha considerado, en cambio, como despido las extinciones de los contratos producidas con ocasión del fallecimiento del empresario[57], ni las modificaciones sustanciales de elementos no esenciales, ni las modificaciones no sustanciales de elementos esenciales[58].

b) Motivos no inherentes a la persona del trabajador

Un segundo problema interpretativo lo constituye el significado de la expresión "motivos no inherentes a la persona del trabajador". Expresión que, si bien permite excluir del cómputo de los umbrales las extinciones contractuales por motivos inherentes a la persona del trabajador -ya sean circunstancias personales o su conducta-[59], no permite inferir que, ante la falta de concreción de las causas que lleva implícita, deba entenderse que se produce la atribución a los legisladores nacionales de la facultad de concretarlas[60], dado que el TJUE ha acogido una concepción amplia de la citada expresión, al sostener que el concepto de despido a efectos de la Directiva no puede identificarse únicamente con los despidos de carácter económico, porque de la propia literalidad de artículo 1.1 a) de la Directiva, se evidencia que, al utilizar una expresión tan amplia como la de "motivos no inherentes a la persona de los trabajadores", se deben englobar otros supuestos de despido distintos del que trae causa de razones económicas, como son los producidos por decisiones empresariales de reorganización ajenas al nivel de actividad de la empresa[61].

Expresión que tampoco puede ser identificable solamente con causas económicas, técnicas u organizativas[62], sino que incluye cualquier otra causa ajena a la voluntad del trabajador, se produzca o no por la voluntad directa del empresario[63].

c) Distinción entre despido y extinción asimilada

El tercer problema interpretativo se focaliza en la distinción o diferenciación de cuándo estamos ante un despido y cuándo ante una extinción asimilada; problema que se deriva de la interpretación extensiva del concepto de despido que incluye a toda extinción no querida por el trabajador, lo que supone subsumir en este concepto supuestos en los que la extinción es solicitada por el propio trabajador. Aunque el legislador europeo equipara las extinciones por motivos

[56] STJUE de 11 de julio de 2024 (Asunto C-196/23).

[57] STJUE de 10 de diciembre de 2009 (Asunto C-232/08, Rodríguez Mayor).

[58] STJUE de 21 de septiembre de 2017 (Asunto C-429/16, Ciupa).

[59] Nogueira Guastavino, Magdalena y De la Iglesia Aza, Lidia, 2024, p. 478; Alonso Bravo, 2011, p. 12.

[60] Ushakova, 2014, p. 14/30.

[61] STJUE de 8 de junio de 1994 (Asunto C-382/92, Comisión *vs* Reino Unido).

[62] En este sentido, García-Perrote Escartín, 2023, p. 1452; mientras que para Alonso Bravo, 2011, p. 8 esas son las principales causas.

[63] STJUE de 12 de octubre de 2004 (Asunto C-55/02, Comisión *vs* Portugal).

no inherentes a la persona del trabajador a efectos de computar el número de despidos producidos[64], esta distinción es de capital importancia práctica porque la asimilación se produce siempre que al menos los despidos sean cinco; de suerte que, para calcular ese umbral mínimo, como se expondrá ulteriormente, sólo se pueden tener en cuenta los supuestos calificables como despido y no los calificables como extinciones asimiladas.

Desde hace años el TJUE ha venido afirmando que "los despidos se distinguen de las extinciones del contrato de trabajo, que, en las condiciones mencionadas en el artículo 1, apartado 1, último párrafo, de la Directiva -es decir, siempre que el número de despidos sean como mínimo cinco- se equiparan a los despidos por falta de consentimiento"[65]. Sin embargo, el TJUE no concreta de forma expresa su distinción, se queda solo en anunciar que estamos ante dos conceptos diferentes, lo que obliga al operador jurídico a inferir de sus pronunciamientos dicha diferenciación, para lo que resultan claves la STJUE de 11 de noviembre de 2015 (Asunto C-422/14, Pujante Rivera) y la SSTJUE de 21 de septiembre de 2017 (Asuntos C-429/16, Ciupa y C-422/14, Socha).

En la STJUE de 11 de noviembre de 2015 (Asunto C-422/14, Pujante Rivera) se abordó si una modificación de la remuneración impuesta unilateralmente por el empresario cuya no aceptación por parte del trabajador desembocó en la solicitud de éste de extinguir su contrato se puede considerar un despido a efectos de la directiva, concluyéndose afirmativamente porque, aunque la extinción se produjo a solicitud del trabajador, lo que dejaba traslucir, *prima facie*, que éste estaba de acuerdo con la ruptura contractual, para el TJUE es relevante que la extinción tiene su origen en una modificación unilateral introducida por el empresario respecto de un elemento esencial del contrato de trabajo por motivos no inherentes a la persona del trabajador; de modo que, si tenemos en cuenta, por un lado, que no cabe efectuar una interpretación restrictiva a los conceptos que determinan el ámbito de aplicación de la Directiva, incluido el de despido; y, por otro lado, que con la armonización de las legislaciones lo que se persigue es alcanzar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los distintos Estados miembros y una equiparación de las cargas a asumir; debe concluirse que una normativa nacional o una interpretación del concepto de despido -concepto que condiciona directamente la aplicación de la norma comunitaria- que no incluyera el supuesto de rescisión contractual solicitada por el trabajador derivada de una previa modificación sustancial de un elemento esencial del contrato, supone alterar el ámbito de aplicación de la Directiva y privarle a esta de su plena eficacia.

Interpretación confirmada ulteriormente en la STJUE de 21 de septiembre de 2017 (Asunto C-429/16, Ciupa), que, no obstante, viene a clarificarnos o precisar la

[64] Maneiro Vázquez, 2018, p. 52.

[65] Ver STJUE de 12 de octubre de 2004 (Asunto C-55/02, Comisión *vs* Portugal), STJUE de 11 de noviembre de 2015 (Asunto C-422/14, Pujante Rivera), STJUE de 21 de septiembre de 2017 (Asunto C-429/16, Ciupa).

distinción entre despido y extinción asimilada al abordar cómo debe considerarse una modificación temporal de la retribución, consistente en la reducción del 15 % durante varios meses, y concluir que el supuesto no puede ser considerado despido, sino extinción asimilada, porque a pesar de que estamos ante una modificación unilateral del empresario de un elemento esencial, la modificación no puede ser calificada como esencial -aunque se advierte que esta calificación corresponde efectuarla la juez nacional- debido a su carácter temporal o transitorio. La trascendencia de este pronunciamiento radica en el hecho de que para llegar a tal conclusión el TJUE parte de la premisa -que es lo que constituye una precisión de la doctrina contenida en la STJUE de 11 de noviembre de 2015 (Asunto C-422/14, Pujante Rivera)- de considerar que tanto una *modificación no sustancial* de un *elemento esencial* como una *modificación sustancial* de un *elemento no esencial* por motivos no inherentes a la persona del trabajador no pueden calificarse como despido.

Por lo tanto, a efectos de la legislación europea en materia de despido colectivo, el concepto de despido comprende tanto las extinciones por voluntad del empresario por motivos no inherentes a la persona del trabajador como las extinciones ajenas a la voluntad del empresario derivadas de modificaciones sustanciales de elementos esenciales del contrato; mientras que las extinciones asimiladas son las derivadas bien de la modificación no sustancial de elementos del contrato de trabajo, sean o no esenciales, o bien de la modificación sustancial de elementos no esenciales del contrato de trabajo[66]. De este modo la doctrina del TJUE procede a incluir dentro del concepto de despido colectivo aquellos supuestos en los que el trabajador ante medidas de reestructuración empresarial no extintivas se ve abocado a solicitar la extinción del contrato sin que en su adopción tenga capacidad real de decisión[67].

También deben quedar incluidas dentro del concepto de despido las extinciones contractuales instadas por los trabajadores que traen causa de un incumplimiento previo por parte del empresario de sus obligaciones; puesto que la decisión resolutoria del trabajador viene totalmente condicionada por dichos incumplimientos, siendo perfectamente subsumible este supuesto en la categoría de extinción por un motivo no imputable a la plena y libre decisión de éste; por tanto, no inherente a su persona.

Se ha afirmado que la distinción entre despidos y extinciones asimiladas realizada por el TJUE se sitúa en el criterio literal de que los primeros se producen "por iniciativa" del empresario, mientras que las segundas son "a iniciativa" del empresario[68], pero la evolución interpretativa efectuada por el TJUE no

[66] En esta dirección se manifiesta García-Perrote Escartín, 2023, p. 1462; Maneiro Vázquez, 2018, p. 57. Muy críticos con esta interpretación se muestran Sánchez-Urán Azaña y De Castro Marín, 2024, pp. 73-75.

[67] Rodríguez Rodríguez, 2023, p. 124.

[68] Nogueira Guastavino, Magdalena y De la Iglesia Aza, Lidia, 2024, p. 477.

permite situar el criterio diferencial en dicho elemento gramatical por cuanto las modificaciones sustanciales de un elemento sustancial se producen "a iniciativa" del empresario y se consideran despidos y no extinciones asimiladas[69].

Otra de las cuestiones que ha sido objeto de interpretación por el TJUE ha sido aclarar si la expresión "los despidos sean al menos 5" a efectos del cómputo para determinar si se aplican los umbrales, engloba únicamente a los despidos o incluye las extinciones contractuales asimiladas a los despidos. La STJUE de 11 de noviembre de 2015 (Asunto C-422/14, Pujante Rivera) ha venido a concluir que la antecitada expresión sólo se refiere a los despidos, excluyéndose las extinciones asimiladas a la hora de alcanzar ese umbral mínimo, atendiendo a una interpretación literal y finalista. En efecto, la literalidad de este umbral mínimo es clara, se refiere exclusivamente a los despidos. Desde el prisma finalista, por un lado, si el método de cálculo y los umbrales se refieren a los despidos, incluir en el umbral mínimo las extinciones asimiladas, supone ampliar o restringir el ámbito de aplicación de la norma europea, pudiendo conducir a privar de efecto útil a la condición de que "los despidos sean al menos 5"; por otro lado, la asimilación al despido de otras extinciones contractuales se justifica, atendiendo al considerando octavo de la Directiva, "siempre y cuando los despidos sean como mínimo", lo que revela que es a los despidos a los que se refiere el legislador comunitario al adoptar este umbral mínimo.

B. Umbrales numéricos

La Directiva, en su artículo 1.1. a), junto al presupuesto cualitativo, recurre a un presupuesto cuantitativo para configurar cuando estamos ante un despido colectivo, ofreciendo a los Estados miembros, a su elección, dos umbrales. Elemento cuantitativo que resulta determinante para valorar si estamos o no ante un despido colectivo[70].

El primer umbral se configura con relación al arco temporal de 30 días; estimándose que estamos ante un despido colectivo, en función del tamaño del centro de trabajo, cuando el número de extinciones alcanza:

a) al menos igual a 10 en los centros de trabajo que empleen habitualmente más de 20 y menos de 100 trabajadores,

b) al menos el 10 % del número de los trabajadores, en los centros de trabajo que empleen habitualmente como mínimo 100 y menos de 300 trabajadores,

c) al menos igual a 30 en los centros de trabajo que empleen habitualmente 300 trabajadores, como mínimo.

[69] Maneiro Vázquez, 2018, p. 56.

[70] Sánchez-Urán Azaña y De Fuentes García-Romero de Tejada, 2017a, p. 6/43.

El segundo umbral que se puede utilizar se configura para un período de 90 días, apreciándose que estamos ante un despido colectivo cuando las extinciones de contratos son al menos igual a 20, sea cual fuere el número de los trabajadores habitualmente empleados en los centros de trabajo afectados.

Estos umbrales establecidos en la Directiva se configuran como una previsión de mínimos, que no pueden ser concebidos en el sentido de que los mismos y los modos de su cálculo quedan a disposición de los Estados miembros para ser reformados *in peius*, aunque sí podrán modificarse para ofrecer un trato más favorable, dado que admitir modificaciones *in peius* permitiría alterar el ámbito de aplicación de la Directiva, privándole del plena eficacia y del efecto útil de armonización[71]. Además, estos umbrales no se ven afectados por la naturaleza jurídica del vínculo existente entre quien presta su servicio y quien lo recibe, siendo irrelevante su calificación jurídica como laboral, mercantil o civil, dado que lo determinante para el cálculo de dichos umbrales es que esa prestación en si misma considerada se califique como laboral y, por consiguiente, estemos ante un "trabajador" computable[72].

La operatividad de los umbrales requiere efectuar una serie de precisiones en torno a dos conceptos -el de centro de trabajo y el de trabajador habitualmente empleado- y a cómo debe producirse el cómputo dentro de los arcos temporales ofrecidos por la Directiva.

a) El centro de trabajo como unidad de referencia

Una primera precisión que se ha de tener en cuenta es que la unidad de referencia es el centro de trabajo y no la empresa; dado que se trata de dos conceptos diferentes y diferenciados por la jurisprudencia europea que ha subrayado que "el centro de trabajo es, por regla general, una parte de una empresa", lo que "no excluye que el centro de trabajo y la empresa puedan coincidir en aquello casos en el centro de trabajo no disponga de varias unidades distintas"[73], es decir, cuando la empresa tenga un único centro de trabajo. Ulteriormente se ha visto confirmada esta interpretación del centro de trabajo a efectos de la Directiva de despido colectivo por la posterior actuación legislativa europea en materia de información y consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea -concretamente la Directiva 2002/14/CE- que vino a consagrar una clara distinción entre los conceptos de empresa y de centro de trabajo, definiendo este último en términos coincidentes con la interpretación dada en el ámbito de la Directiva de despido colectivo[74].

[71] Ver STJUE de 18 de enero de 2007 (Asunto C-385/05, CGT), STJUE de 11 de noviembre de 2015 (Asunto C-422/14, Pujante Rivera), STJUE de 11 de noviembre de 2020 (Asunto C-300/19, UQ y Marclean Tecnologies).

[72] STJUE de 9 de julio de 2015 (Asunto C-229/14, Balkaya), STJUE de 11 de noviembre de 2015 (Asunto C-422/14, Pujante Rivera).

[73] STJUE de 30 de abril de 2015 (Asunto C-80/14, Usdaw), SSTJUE de 13 de mayo de 2015 (Asunto C-392/13, Rabal Cañas y Asunto C-182/13, Lyttle).

[74] STJUE de 13 de mayo de 2015 (Asunto C-182/13, Lyttle).

Como advierte la doctrina la referencia a esta última Directiva solo lo es a efectos de distinguir ambos parámetros locativos, no de asumir el concepto de cada uno de ellos contenidos en aquella, especialmente, el de centro de trabajo que resulta ser más vago y variable[75] que el configurado por el TJUE a efectos de la legislación en materia de despido[76].

El centro de trabajo como elemento locativo de referencia se establece a efectos del cómputo de despidos, pero nada se dice en la norma -ni tampoco se ha pronunciado el TJUE- respecto a la unidad de referencia para apreciar el motivo no inherente al trabajador que produce el despido o para poner en marcha el procedimiento de consulta e información[77], lo que no es obstáculo para afirmar que también para estas finalidades el parámetro de referencia debe ser el centro de trabajo.

Siendo irrelevante a efectos de concretar la unidad de referencia de los umbrales, por un lado, que en algunas versiones lingüísticas del articulo 1.1 a) se utilice la expresión "centros de trabajo" en plural, lo que pudiera dar a entender que se refiere a la empresa en su totalidad o a varios centros de trabajo, mientras que en otras versiones se emplee la expresión "centro de trabajo" en singular que vendría a excluir la toma en consideración de toda la empresa[78]; por otro lado, que en las distintas versiones lingüísticas se utilicen una terminología distinta con una diferente connotación -como lugar de trabajo, unidad local, centro de trabajo, establecimiento, empresa-[79] o, incluso en la misma norma nacional se utilicen los términos de empresa o fábrica[80]; dado que, en definitiva, el parámetro a tener en cuenta a la hora de calcular si se alcanzan o no los umbrales será el de centro de trabajo -concepto esencial en la definición de despido colectivo-[81] o la empresa cuando solo tenga un centro de trabajo; de suerte que producidos despidos en varios centros de trabajo, cada uno de ellos se constituyen como unidades de referencia separadas unas de otras[82], lo que exige que deban tomarse en consideración los despidos efectuados en cada centro de trabajo considerados por separado[83].

---

[75] En efecto, la Directiva 2002/14/CE, en su artículo 2 b) define el centro de trabajo como "una unidad de actividad definida conforme a la legislación y la práctica nacionales, situada en el territorio de un Estado miembro, y en la que se desarrolla una actividad económica de forma continuada con medios humanos y materiales".

[76] Cabeza Pereiro, 2015, p. 4/16.

[77] Omisión evidenciada por Castro Argüelles, 2017, p. 832.

[78] STJUE de 30 de abril de 2015 (Asunto C-80/14, Usdaw).

[79] STJUE de 7 de diciembre de 1995 (Asunto C-449/93, Rockfon).

[80] STJUE de 15 de febrero 2007 (Asunto C-270/05, Chartopoiia).

[81] Castro Argüelles, 2017, p. 807.

[82] Véase STJUE de 13 de mayo de 2015 (Asunto C-182/13, Lyttle), STJUE de 13 de mayo de 2015 (Asunto C-392/13, Rabal Cañas).

[83] STJUE de 13 de mayo de 2015 (Asunto C-182/13, Lyttle).

Admitiéndose únicamente como unidad de referencia la empresa que cuenta con varios centros de trabajo si con ello los trabajadores obtienen una mayor protección en términos de alcanzar los umbrales que si se utiliza el centro de trabajo, debiendo descartarse la empresa como unidad de referencia en caso contrario, y siempre que el derecho nacional contemple expresamente la empresa como unidad de referencia[84]. Debiendo quedar claro que la empresa resulta configurada como elemento locativo de referencia complementario, nunca sustitutivo, del centro de trabajo[85].

b) El concepto de centro de trabajo

Ante la ausencia en la Directiva de una definición de "centro de trabajo", así como ante la falta de remisión a las legislaciones nacionales para que lo configuren, estamos ante un concepto que no puede ser definido por referencia a las legislaciones nacionales, necesitado de una interpretación uniforme atendiendo a la finalidad y sistemática de la norma europea[86]; sin que el hecho de que se haya dado opción a los Estados miembros a elegir entre dos opciones de umbrales, les permita a éstos dar un alcance diferente al concepto de centro de trabajo en función de la opción elegida entre las propuestas que brinda la Directiva[87].

La primera aproximación al concepto de "centro de trabajo" se produjo en la STJUE de 7 de diciembre de 1995 (Asunto C-449/93, Rockfon), al configurarlo como "aquella unidad a la que se hallan adscritos los trabajadores afectados por el despido para desempeñar su cometido", no siendo "esencial que dicha unidad disponga de una dirección facultada para efectuar autónomamente despidos" y, en consecuencia, siendo irrelevante que dos o más empresas de un grupo creen un departamento común de contratación con facultad de proceder a extinguir los contratos, careciendo las empresas de capacidad de decisión sobre dichas extinciones.

A esta delimitación conceptual llegó el TJUE al manejar cuatro argumentos, a saber: a) atendiendo a los fundamentos jurídicos en virtud de los cuales se adoptó la Directiva -los artículos 100 y 117 TCEE- que venían a promover la mejora de las condiciones de vida y trabajo de los trabajadores para conseguir su equiparación por la vía del progreso; b) teniendo en cuenta la finalidad perseguida por la Directiva que no era otra que reforzar la protección de los trabajadores en caso de despido colectivo; c) la caracterización de la relación laboral como vinculo existente entre el trabajador y aquella parte de la empresa a la que se halla adscrito

[84] STJUE de 13 de mayo de 2015 (Asunto C-392/13, Rabal Cañas).

[85] Sánchez-Urán Azaña y De Fuentes García-Romero de Tejada, 2017, p. 23/43.

[86] Ver STJUE de 7 de diciembre de 1995 (Asunto C-449/93, Rockfon), STJUE de 15 de febrero 2007 (Asunto C-270/05, Chartopoiia), STJUE de 30 de abril de 2015 (Asunto C-80/14, Usdaw), SSTJUE de 13 de mayo de 2015 (Asunto C-392/13, Rabal Cañas y Asunto C-182/13, Lyttle).

[87] Véase STJUE de 30 de abril de 2015 (Asunto C-80/14, Usdaw), STJUE de 13 de mayo de 2015 (Asunto C-182/13, Lyttle).

para desarrollar su prestación; y d) los antecedentes legislativos de la Directiva que demostraban la clara distinción entre empresa y centro de trabajo, ya que en la propuesta inicial de Directiva se utilizaba el término "empresa" para el cálculo de los umbrales y se definía como "unidad local de empleo"; referencia y definición que fueron sustituidos en el texto finalmente aprobado por el término "centro de trabajo".

Se acoge así una interpretación muy amplia y flexible del concepto de centro de trabajo con la finalidad de limitar y reducir al mínimo los despidos colectivos que pudieran quedar fuera del ámbito de aplicación de la norma comunitaria[88].. No obstante, al advertirse que esta amplia definición no resultaba operativa en si misma considerada para apreciar si estábamos o no ante un centro de trabajo a la luz de los concretos supuestos que se le estaban planteado al TJUE, éste en su sentencia de 15 de febrero 2007 (Asunto C-270/05, Chartopoiia)[89] procede a precisarlo y definirlo como "entidad diferenciada, que tenga cierta permanencia y estabilidad, que esté adscrita a la ejecución de una o varias tareas determinadas y que disponga de un conjunto de trabajadores, así como de medios técnicos y un grado de estructura organizativa que le permita llevar a cabo esas tareas"; no resultando necesario que dicha entidad esté "dotada necesariamente de autonomía jurídica alguna ni de autonomía económica, financiera, administrativa o tecnológica entre ella y otras unidades o instalaciones de la empresa"; presupuesto interpretativo que para el TJUE tiene su razón de ser en el hecho de que la finalidad de la Directiva contempla especialmente las consecuencias socio-económicas que los despidos colectivos conllevan en un contexto local y en un medio social concretos[90] Además, el TJUE aclara que tampoco resulta necesario para apreciar la existencia de un centro de trabajo "que exista una separación geográfica" entre éste y otras unidades de la empresa, ni que "las decisiones" se adopten en la sede de la sociedad donde existe una unidad que presta servicio común al resto de unidades.

c) Trabajador habitualmente empleado

Una segunda aproximación a los umbrales nos obliga a detenernos en el concepto de trabajador habitualmente empleado como trabajador computable en la unidad de referencia. Desde una interpretación gramatical y sistemática parece que la Directiva maneja dos conceptos distintos, el de trabajador como sujeto protegido o excluido y el de trabajador habitualmente empleado como sujeto computable a efectos del despido colectivo, de suerte que solo los que presenten la nota de habitualidad y estén incluidos serían computables.

[88] Ver STJUE de 7 de septiembre de 2006 (Asuntos C-187/05 a 190/05, Agorastidis *vs* Goodyear), STJUE de 15 de febrero 2007 (Asunto C-270/05, Chartopoiia).

[89] Seguida por otras posteriores STJUE de 30 de abril de 2015 (Asunto C-80/14, Usdaw) y SSTJUE de 13 de mayo de 2015 (Asunto C-392/13, Rabal Cañas y Asunto C-182/13, Lyttle).

[90] Ver STJUE de 15 de febrero 2007 (Asunto C-270/05, Chartopoiia), STJUE de 30 de abril de 2015 (Asunto C-80/14, Usdaw), SSTJUE de 13 de mayo de 2015 (Asunto C-392/13, Rabal Cañas y Asunto C-182/13, Lyttle).

La doctrina del TJUE, sin embargo, ha restado importancia a la nota de "habitualidad en el empleo" y ha equiparado, en mi opinión de forma no acertada como se expondrá ulteriormente al tratar las exclusiones, ambos conceptos. En efecto, al interpretar si un trabajador temporal resulta computable o no a efectos de determinar si se alcanza el umbral, llega a la conclusión de que sí deben ser computados en todo caso y supuesto al entender que la Directiva a la hora de aplicar los umbrales no diferencia entre trabajadores indefinidos y temporales[91].

Esta equiparación y esa pretendida falta de diferenciación debe ponerse en entredicho porque si el legislador comunitario hubiera querido incluir como computables a todos los trabajadores habría utilizado solamente el término "trabajador", lo que permitiría incluir a los trabajadores indefinidos y temporales; pero no lo ha hecho, apostando por el término "trabajador habitualmente empleado" que conlleva una continuidad en la contratación que no siempre se puede predicar de un trabajador temporal[92]. Como acertadamente evidencia la doctrina con esta interpretación del TJUE debemos preguntarnos qué significado tiene el adverbio "habitualmente", lo que ha llevado a calificarla de equivoca y contradictoria[93].

d) Modo de computar los umbrales

La tercera problemática que se suscita en la operatividad de los umbrales se focaliza en la vertiente dinámica de determinar cómo se computan los arcos temporales de 30 o 90 días previstos en el artículo 1.1 a) de la Directiva, suscitándose la duda de si debe computarse solo el periodo anterior, solo el periodo posterior o el periodo anterior y posterior a la fecha del despido cuestionado.

La solución interpretativa dada por el TJUE, en su sentencia de STJUE de 11 de noviembre de 2020 (Asunto C-300/19, UQ y Marclean Tecnologies), ha sido la de admitir el cómputo de un período temporal "continuo" que tenga en cuenta tanto el periodo anterior como el posterior al despido individual objeto de impugnación judicial, descartándose las otras dos posibilidades. A dicha conclusión se llega, partiendo de la finalidad de reforzamiento de la protección de los trabajadores perseguida por la Directiva, al considerar el TJUE, por un lado, que el tenor de la Directiva no menciona expresamente ningún límite temporal "exclusivamente" anterior o posterior al despido individual impugnado; y, por otro lado, como argumento principal y decisivo, que la plena eficacia de la norma comunitaria se vería afectada, cuando no impedida, por un cómputo que solo tuviera en cuenta o bien el momento anterior o bien el posterior, afectándose así la finalidad de protección de los trabajadores dado que ésta resultaría mermada o anulada, ya que puede suceder que al computarse solo el período anterior o el posterior no se alcancen los umbrales cuantitativos establecidos, que sí se alcanzarían si se tienen en cuenta ambos períodos.

[91] Véase STJUE de 11 de noviembre de 2015 (Asunto C-422/14, Pujante Rivera).

[92] Así lo entiende Castro Argüelles, 2017, p. 823.

[93] Gómez Abelleira y Díaz Zaforas, 2016, p. 8/24.

e) La necesaria reforma de la configuración de los umbrales

La actual configuración de los umbrales prevista en la Directiva, teniendo presente la interpretación efectuada de la misma por el TJUE nos conduce a formular dos reflexiones orientadas a su reforma para dotarlos de una mayor adecuación a la finalidad perseguida por la norma comunitaria; reflexiones que traen causa, por un lado, de la regulación de los umbrales contenida en los ordenamientos de los Estados miembros; por otro lado, de las realidades y características actuales que presentan las estructuras empresariales.

Si la finalidad perseguida con la legislación europea en materia de despido colectivo es armonizar las regulaciones existentes en los Estados miembros, aunque sea con carácter de mínimos, y siendo la configuración del umbral un elemento clave para la aplicación de la legislación europea en materia de despido colectivo, deberíamos preguntarnos, primero, si resulta adecuado que la Directiva proceda a dar dos alternativas en materia de umbrales a implementar por los Estados miembros a su libre elección, y si no se alcanzaría mejor dicho objetivo homogeneizando la solución previendo un único umbral a incorporar por cada ordenamiento nacional[94]. Es verdad que incluso esta solución no garantizaría la homogeneidad absoluta porque al configurarse la Directiva como una norma de mínimos, los Estados miembros podrían introducir mejoras que darían lugar a una cierta heterogeneidad en la configuración de los umbrales, pero siempre se partiría de un mínimo igual para todos los derechos nacionales que garantizaría esa finalidad armonizadora. Ausencia de armonización que se agrava a la vista de las soluciones adoptadas en los derechos nacionales, entre las que predominan la solución de escala frente a la opción de umbral indiferenciado, pero que, como advierte la doctrina, "difícilmente pueden reconducirse a un esquema homogéneo" porque dentro de ambas opciones se aprecian múltiples combinaciones y diferencias notables, incluso hay configuraciones nacionales que mezclan elementos de ambas opciones dadas por la Directiva[95]; panorama sobre el que el TJUE no ha tenido ocasión de pronunciarse y que, sin duda alguna, resta eficacia a la legislación europea de despido colectivo en su finalidad armonizadora.

La segunda reflexión que debemos formular se centra en el parámetro locativo de los umbrales. En primer lugar, el análisis comparado de la unidad de referencia prevista en los distintos ordenamientos internos ofrece un panorama heterogéneo dado que hay países que tienen como unidad de referencia la empresa -España, Francia, Dinamarca, Bélgica, Estonia o Italia-, otros al centro de trabajo -Alemania, Austria, Irlanda o Malta- y otros ambos parámetros -Grecia-[96]. Esta heterogeneidad presenta un doble perfil, se da tanto por apreciarse distintas

[94] En contra Ushakova, 2014, p. 5/30, señala que es la configuración de los umbrales donde se aprecia el esfuerzo armonizador del legislador europeo.

[95] Véase el extenso análisis comparado realizado por Sánchez-Urán Azaña y De Fuentes García-Romero de Tejada, 2017a, pp. 6-8/43.

[96] Ver Sánchez-Urán Azaña y De Fuentes García-Romero de Tejada, 2017a, pp. 9-18/43.

unidades de referencia (*ad extra*), como por apreciarse dentro de cada parámetro distintas soluciones (*ad intra*), lo que viene a poner en entredicho la virtualidad y eficacia de la Directiva sobre despido colectivo en su funcionalidad armonizadora, dado que los Estados miembros que recurren a la empresa como unidad de referencia o la combinan con el centro de trabajo dispensan una mayor protección a los trabajadores que los Estados cuyas legislaciones solo utilizan el centro de trabajo; produciéndose, al tiempo, un desajuste en las cargas a soportar por los empresarios dado que en las dos primeras soluciones nacionales hay un alcance mayor de la normativa en términos de aplicabilidad que en la tercera solución.

En segundo término, la configuración del centro de trabajo como unidad de referencia inamovible para cualquier despido colectivo, sin tener presente las circunstancias particulares de cada caso y, sobre todo, la distinta realidad de las estructuras empresariales actuales respecto a la predominantes hace décadas, produce una clara desprotección de los trabajadores ante situaciones de despido colectivo[97]. En efecto, las estructuras empresariales a las que tiene que responder la primera legislación comunitaria sobre despido colectivo venía caracterizada por empresas con menor descentralización en centros de trabajo y alto grado de concentración de trabajadores, lo que justificaba la elección del centro de trabajo como elemento locativo a utilizar para calcular los umbrales; pero a medida que las formas de organización empresarial han evolucionado hacia la atomización de las empresas en una multitud de centros de trabajo con reducido número de trabajadores, la admisión única de dicho elemento locativo con exclusión de la empresa provoca una importante brecha en la finalidad de protección de los trabajadores, cuyo remedio no puede ser otro que la combinación de ambos parámetros locativos mediante un uso alternativo, aplicándose el que resulte más favorable, permitiéndose así "enfoque global de las reestructuraciones (y consecuentes despidos) de las empresas en crisis"[98]. Debiendo descartarse la sustitución del centro de trabajo por la empresa, pues esta solución también provocaría una brecha en el reforzamiento de la protección de los trabajadores al abrirse la posibilidad de que empresas con pocos centros de trabajo y gran concentración de trabajadores podrían eludir la aplicación de la Directiva al desecharse el centro de trabajo como parámetro de referencia para calcular los umbrales.

Evitándose, además, pronunciamientos del TJUE que si bien pudieran defenderse desde el prisma de la armonización -como hace en su interpretación el TJUE-, no cabe duda alguna de que no resultan admisibles desde la óptica del reforzamiento de los derechos de los trabajadores porque han supuesto dejar fuera del ámbito de aplicación a un número considerable de extinciones producidas en la empresa porque al tomar el centro de trabajo como unidad de referencia, sin

[97] Molina Navarrete, 2015, p. 163; Cabeza Pereiro, 2015, p. 4/16; Sánchez-Urán Azaña y De Fuentes García-Romero de Tejada, 2017a, p. 5/43.

[98] Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, 2015, p. 108.

posibilidad de optar por la empresa como elemento locativo de referencia, no llegan a sobrepasar los umbrales cuantitativos establecidos. Nos estamos refiriendo a las soluciones dadas en las SSTJUE de 30 de abril de 2015 (Asunto C-80/14, Usdaw) y de 13 de mayo de 2015 (Asunto C-182/13, Lyttle) a supuestos en los que la estructura empresarial se caracterizaba por una multitud de centros de trabajo -tiendas- a los que se encontraban adscritos un reducido número de empleados, de suerte que, al proceder a extinguirse un gran número de contratos en todos los centros de trabajo -en uno de los supuestos afectaba a 4.500 empleados en el otro a 105 trabajadores-, no resultó aplicable la legislación europea porque la unidad de referencia contemplada en la norma nacional, y en la Directiva, es el centro de trabajo, no previendo el derecho nacional cuestionado en ambas sentencias a la empresa como unidad de referencia; no superándose los umbrales al considerar cada centro por separado, pero sí cuando se acumulaban.

A esta solución llega el TJUE partiendo de la premisa de que la única unidad de referencia prevista en la Directiva es el centro de trabajo, reiterando la conceptualización de éste dada en pronunciamientos anteriores y reafirmando su distinción respecto del concepto de empresa al afirmar que la misma se ve corroborada por otras Directivas que expresamente sí distinguen y definen ambos conceptos; de suerte que, no desconociendo que una interpretación que tomase en cuenta todos los centros de trabajo en los que se han producido despidos pudiera ampliar el número de trabajadores que podrían beneficiarse de las previsiones de la legislación comunitaria realizándose así el objetivo de reforzar la protección de los trabajadores perseguido por la Directiva, prioriza el objetivo de la armonización frente al de la protección de los trabajadores al elevar al primero como clave interpretativa resolutoria en detrimento del segundo[99], porque una interpretación distinta del concepto de trabajo en la línea de aglutinar varias unidades sería contraria al objetivo de garantizar una protección comparable de los derechos de los trabajadores en los distintos Estados miembros y de equiparar las cargas que las normas de protección suponen para las empresas radicadas en la Unión Europea.

Se ha criticado, por paradójica[100], la interpretación efectuada por el TJUE en estos dos pronunciamientos porque, por un lado los Estados miembros que se han atenido a la unidad de referencia previsto en la Directiva -el centro de trabajo- no han sido objeto de reproche por parte del TJUE y sí lo han sido los que han ampliado la protección acudiendo a la empresa como criterio locativo; por otro lado, se produce un efecto de desprotección evidente contrario a la finalidad de la Directiva y a la realidad productiva actual. No obstante lo anterior, la crítica a la interpretación del TJUE se encuentra en el argumento principal utilizado, a saber: la prevalencia del objetivo de armonización sobre el de protección de los trabajadores; resultando innecesario dicho desarrollo argumental porque lo decisivo no debería

[99] Cabeza Pereiro, 2015, p. 4/16, considera que lo novedoso es esta prevalencia.

[100] Casas Baamonde, 2015, p. 382; Molina Navarrete, 2015, p. 164; Gómez Abelleira y Díaz Zaforas, 2016, p. 14/25; García-Perrote Escartín, 2023, p. 1458.

haber sido si se acomodaba o no la interpretación a uno u otro de los objetivos perseguidos por la Directiva. Como tampoco resultaba determinante, a la vista de la dicotomía conceptual -centro de trabajo versus empresa- configurada por el propio TJUE en materia de despido colectivo, que se centrara en distinguirlos, cuando es evidente que no es factible encajar en el concepto de centro de trabajo supuestos de acumulación de centros. Lo decisivo para hacer converger las dos finalidades perseguidas por la Directiva -armonización de legislaciones nacionales y reforzamiento de la protección de los trabajadores- es explorar la diferenciación entre centro de trabajo y unidad productiva[101] que si se contempla en otras Directivas, a las que si ha acudido el TJUE en ocasiones como, por ejemplo, para trazar la diferenciación entre centro de trabajo y empresa.

No se trataría, por un lado, de efectuar una interpretación amplia y flexible de lo que ha de entenderse como centro de trabajo, adaptada a la nueva situación económica y a la realidad de la heterogeneidad advertida entre los ordenamientos internos, y temporal mientras que no se modifique la Directiva[102], por cuanto no solo supondría una extralimitación interpretativa del TJUE, sino una vulneración del principio de seguridad jurídica; por otro lado, tampoco se trataría de sustituir la unidad local de empleo -viejo principio de proximidad- como unidad de referencia por la unidad global de empleo -nuevo principio de efectividad de tutela atendiendo al nivel real de decisión-[103], porque con esta solución se reproduce con terminología más moderna el escollo principal tradicional de estar ante dos conceptos distintos, no pudiendo interpretarse uno -el centro de trabajo- para englobar otra realidad distinta más cercana al otro -empresa-, lo que acaba desdibujando el primero. Debe explorarse por el TJUE, mientras el legislador comunitario no proceda a incluir a la empresa como elemento locativo complementario, una reconfiguración del actual concepto de centro de trabajo manejado por el TJUE hacia la noción de unidad productiva autónoma para los supuestos de elementos locativos que no tienen autonomía jurídica, económica, financiera, tecnológica y administrativa; reservándose el concepto de centro de trabajo a las unidades en las que si se pueda apreciar dicha autonomía.

El problema, no obstante, no está sólo en la interpretación del TJUE[104], sino también en el propio texto de la propia Directiva que se revela como obsoleta para hacer frente a las nuevas realidades empresariales, con la consiguiente ineficiencia a la hora de alcanzar el objetivo de reforzar la protección de los trabajadores ante una situación de despido colectivo e, incluso, de lograr una

[101] Opción apuntada por Cabeza Pereiro, 2015, p. 4/16.

[102] Sánchez-Urán Azaña y De Fuentes García-Romero de Tejada, 2017a, p. 5/43.

[103] Molina Navarrete, 2016, p. 144, quien ahora sí apunta que debe ser el legislador el que opere la reforma, aunque sigue insistiendo en la necesaria adaptación de la interpretación del TJUE; Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, 2015, pp. 114-115.

[104] Molina Navarrete, 2016, p. 164.

mínima armonización[105]. Situación que demanda una urgente reforma de la Directiva para incluir a la empresa, junto al centro de trabajo, como unidad de referencia, al tiempo que se procede a introducir también el concepto de unidad productiva autónoma diferenciado del concepto de centro de trabajo; optándose por cualquiera de ellos en función de cuál permita una mayor protección en cada supuesto concreto en términos de comprender al mayor número de trabajadores posibles, posibilitando así la aplicación de la legislación europea a la mayoría de los despidos colectivos, evitándose así el "efecto adverso para los trabajadores" en términos de desprotección[106], que se constata con la actual opción del legislador comunitario por el centro de trabajo como unidad de referencia.

C. Exclusiones

La configuración del ámbito de aplicación se cierra con el establecimiento en el artículo 1.2 de la Directiva de dos exclusiones referidas a los contratos temporales y al personal de las Administraciones Públicas. Originariamente, en la Directiva 78/129/CE se establecieron cuatro exclusiones; de suerte que, junto a las que actualmente se prevén, se dejaba fuera del ámbito de aplicación de la legislación comunitaria en materia de despido colectivo a las tripulaciones de buques marítimos -exclusión suprimida por la Directiva 2015/1794/UE- y a los trabajadores afectados por el cese de las actividades del centro de trabajo cuando éste resultaba de una decisión judicial -incluidos por la Directiva 92/56/CE-.

La delimitación negativa del ámbito de aplicación de la legislación en materia de despido colectivo se hace mediante el establecimiento de "excepciones precisas", no admitiéndose la formulación de otras excepciones por la vía indirecta de formular una "interpretación restrictiva de determinados" presupuestos de la delimitación positiva del ámbito de aplicación, como, por ejemplo, los términos "empresario", "trabajador" o centro de trabajo"[107]. Estamos ante una delimitación negativa del ámbito de aplicación de la directiva que conforma una enumeración de supuestos limitada y exhaustiva que deben ser interpretados de forma estricta y restrictiva[108]. Interpretación restrictiva que es acorde con la finalidad de reforzar la protección de los trabajadores afectados por un despido mediante la ampliación de su ámbito de aplicación ante la necesidad de resolver posible dudas acerca de si determinados supuestos quedan o no incluidos en alguna de las exclusiones[109].

---

[105] Sánchez-Urán Azaña y De Fuentes García-Romero de Tejada, 2017, p. 29/43 señalan que la admisión de la empresa como criterio locativo desde el prisma de una mayor favorabilidad no contribuye a establecer reglas comunes armonizadas.

[106] Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, 2015, p. 107; Maneiro Vázquez, 2018, p. 64.

[107] STJUE de 16 de octubre de 2003 (Asunto C-32/02, Comisión *vs* Italia).

[108] Nogueira Guastavino, Magdalena y De la Iglesia Aza, Lidia, 2024, p. 480.

[109] En este sentido, STJUE de 7 de septiembre de 2006 (Asuntos C-187/05 a 190/05, Agorastidis *vs* Goodyear), STJUE de 17 de diciembre de 1998 (Asunto C-250/97, Dansk), STJUE de 17 de noviembre de 1998 (Asunto C-250/97, Lauge y otros).

Debe advertirse que el alcance de estas exclusiones se circunscribe a la aplicación de la norma comunitaria, con ello lo que se pretende decir es que, siendo la Directiva una norma de mínimos que puede ser objeto de disposiciones nacionales más favorables -por mor de lo previsto en el artículo 5 de la Directiva-, las legislaciones nacionales pueden extender en su normativa interna sobre despido colectivo el cumplimiento de ésta -y, en consecuencia, de las previsiones de la norma comunitaria- a quienes tienen contratos temporales y a los empleados públicos, lo que se consigue incluyéndolos en el ámbito de aplicación de la antecitada norma nacional; dado que dicha opción supondría ampliar la protección a colectivos inicialmente excluidos, operándose un reforzamiento de una de las finalidades perseguidas por la Directiva sobre despido colectivo. En definitiva, la aplicación de las previsiones de la norma comunitaria en estos dos supuestos no se produciría por la aplicación directa de la Directiva, sino por aplicación del derecho nacional, en los términos previstos en él. Debe advertirse que los Estados nacionales no han trasladado o lo han hecho parcialmente estas exclusiones a sus ordenamientos internos[110].

a) Contratos temporales

La primera exclusión se produce con relación a "los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinada, salvo si estos despidos colectivos tienen lugar antes de la finalización o del cumplimiento de esos contratos [art. 1.2 a)].

La razonabilidad de esta exclusión, ha sido confirmada por el TJUE al considerar que no encajan en la definición de despido colectivo manejada en el artículo 1 de la Directiva; "no deben ser tenidos en cuenta a efectos de determinar la existencia de un despido colectivo" dado que "tales contratos no se extinguen a iniciativa del empresario, sino en virtud de las cláusulas que contienen o de la normativa aplicable, cuando llegan a término o cuando se realiza la tarea para la que fueron celebrados", por lo que, a juicio del TJUE, "carecería de sentido llevar a cabo los procedimientos" de consulta e información a la representación de los trabajadores y de notificación a la autoridad pública competente; más concretamente se enfatiza que "el objetivo consistente en evitar los despidos o reducir su número y en buscar alternativas para atenuar sus consecuencias […] no puede alcanzarse en modo alguno" respecto a la extinción de contratos temporales.[111] Interpretación que ha sido objeto de crítica al partir de la premisa de que la extinción de los contratos temporales es siempre una extinción a iniciativa del empresario, resultando un sofisma considerar que la extinción por denuncia patronal resulta ajena a la iniciativa del empresario[112].

[110] En este sentido, Ushakova, 2014, p. 6/30.

[111] STJUE de 13 de mayo de 2015 (Asunto C-392/13, Rabal Cañas).

[112] Cabeza Pereiro, 2015, pp. 9-10/16.

Esta exclusión debe ser objeto de varias precisiones a la hora de perfilar su alcance.

La primera resulta evidente a la vista de su literalidad, dado que la exclusión opera respecto de los contratos temporales que se extinguen por haber llegado el termino final o condición resolutoria en ellos previstos[113], pero no opera, y por tanto, es aplicable la Directiva cuando la extinción de los contratos temporales se produce con anterioridad a dichas circunstancias.

Es clara la doctrina del TJUE al afirmar que el "legislador ha considerado que las personas con contratos de trabajo celebrados por una duración o para una tarea determinadas y cuyos contratos finalizan regularmente por la llegada del término resolutorio o por la conclusión de la tarea encargada no necesitan ser protegidos de la misma manera que los trabajadores por tiempo indefinido"; no obstante, quienes son contratados temporalmente, a tenor del artículo 1.2 a) de la Directiva, pueden "disfrutar de la misma protección que se concede a los trabajadores contratados por tiempo indefinido si se encuentran en una situación análoga, esto es, si se pone fin a la relación laboral antes del término fijado en el contrato o antes de que haya concluido la tarea para la que fueron contratados"[114]. Como ha evidenciado la doctrina, la norma comunitaria no contempla "el problema de la posible resolución masiva de contratos temporales de trabajo de duración determinada a su finalización como medida de reajuste de plantilla, pese a que esa contratación se utiliza frecuentemente no para actividades ocasionales sino para trabajos permanentes sin los que la empresa no podría obtener su resultado productivo, pero que formalmente se canalizan a través de esas contrataciones no estables, precisamente para facilitar extinciones contractuales *ad libitum*, sin ningún control sindical"[115].

En segundo lugar, la exclusión de los contratos temporales opera no solo en supuestos de extinción colectiva de los mismos, a pesar de que la norma solo alude a este supuesto, sino también ante extinciones individuales o plurales por resultar evidente de la literalidad y sistematicidad de la Directiva; como tampoco es necesario que en los supuestos de extinción colectiva de contratos temporales sea necesario que la causa de tales extinciones se derive de un mismo marco de contratación colectiva por una misma duración o para una misma tarea, dado que el único elementos cualitativo para apreciar la extinción es que la causa sea "no inherente a la persona de los trabajadores"; de modo que la consideración de otras exigencias como la procedencia de un mismo marco colectivo o tratarse de una extinción colectiva pueden erigirse como presupuestos contrarios al objetivo de proteger a los trabajadores en supuestos de despido colectivo[116].

[113] STJUE de 13 de mayo de 2015 (Asunto C-392/13, Rabal Cañas), STJUE de 11 de noviembre de 2015 (Asunto C-422/14, Pujante Rivera).

[114] STJUE de 11 de noviembre de 2015 (Asunto C-422/14, Pujante Rivera).

[115] Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, 2015, p. 115.

[116] STJUE de 13 de mayo de 2015 (Asunto C-392/13, Rabal Cañas).

La tercera precisión, menos evidente en mi opinión, es que a pesar, de que la extinción de los contratos temporales no resulta incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva sobre despido colectivo, las relaciones laborales temporales sí se deben tener en cuenta para apreciar si los despidos proyectados alcanzan los umbrales previstos en el artículo 1.1 a) de la Directiva para que pueda ser calificados como despido colectivo porque, como sostiene la STJUE de 11 de noviembre de 2015 (Asunto C-422/14, Pujante Rivera), para el cálculo de los umbrales dicho precepto utiliza como presupuesto el concepto de trabajador "habitualmente empleado", y no pudiendo discutirse que el trabajador temporal encaja en la definición comunitaria de trabajador, al tiempo de no apreciarse en la norma comunitaria que se haga distinción alguna en función de la duración de los contratos a la hora de computar los trabajadores para calcular si se alcanza o no el umbral, debe concluirse que las personas contratadas temporalmente deben concebirse como trabajadores "habitualmente" empleados y, en consecuencia, ser tenidos en cuenta para calcular si se sobrepasan o no los umbrales.

Se produce así una interpretación expansiva[117], que como ya indiqué no resulta tan evidente, porque una cosa es que el trabajador temporal encaje en el concepto comunitario de trabajador, lo que no puede cuestionarse, y otra cosa distinta es que sea asimilable sin mayor argumentación a trabajador "habitualmente" empleado. En efecto, lo que hace el TJUE es afirmar, por un lado que el trabajador temporal es un trabajador a efectos comunitarios y, por otro lado, que la norma comunitaria no distingue en función de la duración de los contratos para aplicar los umbrales, para llegar a la conclusión, sin mayor argumentación, de que aquél debe considerarse un trabajador "habitualmente empleado"; cuando el precepto comunitario no habla de "trabajador" a secas, lo que sí avalaría la interpretación del TJUE, sino de trabajador "habitualmente empleado"; expresión esta última que, a diferencia de lo que sostiene el TJUE, permite inferir una diferenciación -si se quiere indirecta- en función de la duración del contrato, y en la que se podrían subsumir los trabajadores temporales de larga duración, pero en la que no tiene encaje los trabajadores temporales de corta duración, pues no están habitualmente sino esporádicamente empleados[118].

Para reforzar esta interpretación el TJUE descarta que exista contradicción entre excluir a los trabajadores temporales de la protección otorgada por la Directiva y tenerlos en cuenta para calcular si se alcanzan o no los umbrales que determinan si estamos en presencia o no de un despido colectivo; llegando a dicha falta de contradicción al tener en cuenta las distintas finalidades perseguidas por el legislador europeo. En efecto, a juicio del TJUE, los contratos temporales resultan excluidos del ámbito de aplicación de la directiva porque su extinción llegado el término o la condición final no permite alcanzar el objetivo de la directiva, no se da el presupuesto ontológico que justifica el proceso de consulta e información,

[117] A favor de ésta se muestra Castro Argüelles, 2017, p. 823.

[118] Véase una acertada crítica a esta interpretación en Gómez Abelleira y Díaz Zaforas, 2016, pp. 8-9/24.

pues no habrá respecto a su extinción posibilidad de reducir o minorar su número; mientras que a su entender para el legislador europeo "la naturaleza de la relación laboral no es pertinente" a efectos de cálculo de los efectivos de un centro de trabajo para la aplicación de la Directiva sobre despido colectivo, por lo que en este ámbito si se debe tener en cuenta la extinción de contratos temporales[119].

Sin embargo, a pesar de este esfuerzo argumental para justificar la inexistencia de contradicción, la interpretación finalista del TJUE no acaba de despejarla.

En primer lugar, porque da por sentado que la intención del legislador europeo es no diferenciar por razón de la duración del contrato a la hora de calcular los umbrales, cuando dicha premisa no es clara porque no se utiliza el término "trabajador", sino el de "trabajador habitualmente empleado", que no son coincidentes ni coextensos.

En segundo lugar, me sigue pareciendo poco coherente que los trabajadores temporales sean tenidos en cuenta para que una norma despliegue sus efectos al tiempo que se les excluye de su ámbito de aplicación. Si la razón de ser de la exclusión es que la extinción obedece a una causa legalmente prevista y nada se puede discutir en relación a la misma, salvo la concurrencia o no del término final o condición resolutoria y el posible cumplimiento o no del abono de la indemnización prevista en la norma nacional, cuestiones ajenas a la Directiva sobre despido colectivo -como por ejemplo se ha declarado para el control de la causa ex STJUE de 13 de mayo de 2015 (Asunto C-392/13, Rabal Cañas)- no se alcanza a ver por qué tienen que ser tenidos en consideración a la hora de calcular los umbrales del despido colectivo, toda vez que la protección que se establece para éste último trae causa de las importantes consecuencias económicas y sociales derivadas del despido precisamente por su alcance colectivo. Debe recordarse que dicha protección se articula a través de la implementación de un proceso de negociación con los representantes de los trabajadores y un proceso de notificación a la autoridad pública, y si efectivamente, a juicio del legislador comunitario, deben resultar excluidos los contratos temporales que se extinguen en tiempo y forma porque nada cabe negociar o consultar respecto de ellos, en coherencia, no deberían ser tenidos en cuenta al calcular los umbrales para apreciar o no la existencia de un despido colectivo porque estos contratos no inciden *per se* en las consecuencias económicas y sociales que provoca la ruptura colectiva de relaciones de duración indefinida respecto de las cuales su extinción, no prevista como futurible, si puede tener el referido impacto.

Debemos reseñar, finalmente, que el TJUE ha descartado que la inclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva de la extinción de los contratos temporales pueda justificarse en el hecho de que su inclusión pudiera resultar útil para

[119] En este sentido, STJUE de 11 de noviembre de 2015 (Asunto C-422/14, Pujante Rivera), STJUE de 9 de julio de 2015 (Asunto C-229/14, Balkaya).

lleva a cabo un control de la justificación de dicha extinción, dado que dicho "control" no es objeto de la Directiva sobre despido colectivo, existiendo otras normas comunitarias que específicamente abordan tal control, como la Directiva 2002/14/CE, de 11 de marzo, por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores, o la Directiva 199/70/CE, de 28 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada [120].

b) Trabajadores de Administraciones Públicas

La segunda exclusión se circunscribe a "los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público (o las entidades equivalentes en los Estados miembros en que no conozcan esta noción)" [(art. 1.2 b)]. La razón de ser de esta exclusión se encuentra en la propia lógica y objetivos perseguidos por la legislación en materia de despido colectivo puestos en relación con la imposibilidad de calificar como actividad económica a la actividad desarrollada por las Administraciones Públicas o instituciones de Derecho público u otras equivalentes.

Si como ha señalado el TJUE "se excluyen por principio de la calificación de actividad económica las actividades inherentes al ejercicio de prerrogativas de poder público" [121]; y la legislación europea en materia de despido se adopta ante la constatación de la diferente regulación existente en los derechos internos de los Estados miembros que demandó una armonización o aproximación de estos últimos para evitar efectos directos en el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, teniendo por objetivos la protección de los trabajadores y el referido funcionamiento del mercado interior, para el TJUE "si bien es cierto que la dimensión y funcionamiento" de una administración pública, institución de Derecho público o institución equivalente "influyen en la situación del empleo en un Estado miembro determinado, no constituyen, en cambio, consideraciones que afectan al mercado interior o a la competencia entre empresas" [122]; y, en consecuencia, no quedan englobadas dentro de la Directiva sobre despido colectivo las actividades de las Administraciones Públicas, instituciones de Derecho Público o instituciones equivalentes porque al no ser actividades económicas no afectan al funcionamiento del mercado interior que está en el origen y razón de ser de la Directiva sobre despido colectivo. Es la finalidad de armonización para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior -causa económica- lo que explicaría esta exclusión, y no tanto la finalidad de reforzar la protección de los trabajadores -causa social- que, parece ceder ante aquélla, como lo demuestra que la ratio ultima interpretativa del TJUE se sitúa en la constatación de que, al no considerarse una

[120] STJUE de 13 de mayo de 2015 (Asunto C-392/13, Rabal Cañas).

[121] En este sentido, STJUE de 18 de octubre de 2012 (Asunto C-583/ 10, USA *vs* Nolen), STJUE de 6 de septiembre de 2011 (Asunto C-108/10, Scattolon), STJUE de 1 de julio de 2008 (Asunto C-49/07, MOTOE), STJUE de 15 de octubre de 1996 (Asunto C-298/94, Henke).

[122] Véase la STJUE de 18 de octubre de 2012 (Asunto C-583/ 10, USA *vs* Nolen), que se refiere al personal de las fuerzas armadas.

actividad económica, aunque tenga repercusión en el empleo, no afectaría al desarrollo del mercado interior. Seguramente esta exclusión esté llamada a una reconsideración en la medida en que el objetivo de la Directiva ha evolucionado hacia una preminencia del reforzamiento de la protección de los trabajadores.

Como se puede apreciar esta exclusión se configura de forma muy amplia desde el punto de vista subjetivo, puesto que habla, por un lado, de "trabajadores", término en el que debemos englobar a todas las categorías de empleados públicos -personal laboral, personal funcionario, personal estatutario- [123]; y, por otro lado, que presten sus servicios en administraciones públicas, instituciones de Derecho público o "equivalentes", expresión esta última que, de acuerdo a la interpretación efectuada por el TJUE de la razón de ser de esta exclusión, debe identificarse con cualquier entidad que ejerza prerrogativas inherentes de poder público. Ahora bien, esta exclusión no alcanzaría, desde mi punto de vista, a los servicios que, sin corresponder al ejercicio de prerrogativas del poder público, se prestan en interés público y sin ánimo de lucro, en competencia con los ofrecidos por operadores que sí actúan con ese ánimo y que, en consecuencia, han sido calificados por el TJUE como actividades económicas [124].

En la configuración del ámbito subjetivo de esta exclusión se ha planteado la duda de si ésta alcanza solo a administraciones públicas, instituciones de Derecho público o instituciones equivalentes de los Estados miembros o alcanza a las de otros estados miembros con sede territorial en un Estado miembro y el TJUE ha considerado que también se aplica a terceros Estados porque "el tenor de esta disposición no establece en absoluto tal distinción entre Estado miembro y terceros Estados" [125]. En mi opinión, la inclusión no se justifica tanto por la literalidad porque el precepto al hablar de "las entidades equivalentes en los Estados miembros", parece claro que sí se está refiriendo a los Estado miembros únicamente, no debiendo extenderse a terceros Estados; sino por la finalidad perseguida por la Directiva que sí se aprecia también cuando se trata de terceros Estados donde la actividad inherente al poder público no es tampoco calificable como actividad económica.

4.3. Representantes de los trabajadores

El artículo 1.2 b) de la Directiva aporta una definición de lo que ha de entenderse por representantes de los trabajadores, indicando que debe incluirse bajo tal denominación a "los representantes de los trabajadores previstos por la legislación o la práctica de los Estados miembros".

[123] En contra Cruz Villalón, 1997, p. 36, quien sostiene que no afectaría a los contratos laborales y a los funcionarios que no tienen encomendado el ejercicio de poderes públicos o la tutela del interés general.

[124] STJUE de 6 de septiembre de 2011 (Asunto C-108/10, Scattolon), STJUE de 10 de enero de 2006 (Asunto C-222/04, Cassa di Risparmio di Firenze y otros), STJUE de 12 de diciembre de 2000 (Asunto T-128/98, Aéroports de Paris/Comisión), STJUE de 23 de abril de 1991 (Asunto C-41/90, Höfner y Elser).

[125] STJUE de 18 de octubre de 2012 (Asunto C-583/ 10, USA *vs* Nolen).

Esta definición de qué ha de considerarse "representantes de los trabajadores" aporta muy poco al objetivo de armonización perseguido por la Directiva, dado que se remite a los derechos internos para que estos sean los que concreten tal concepto. No obstante, su importancia radica en haberle atribuido el TJUE a la misma, junto con el establecimiento de la obligación empresarial de consulta, información y notificación, la virtualidad de poder inferir que de la normativa comunitaria deriva la obligación de los Estados miembros de prever en sus ordenamientos internos la figura de los representantes de los trabajadores.

En efecto, la STJUE de 8 de junio de 1994 (Asunto C-382/92, Comisión *vs* Reino Unido), afirma que la definición de "representantes de los trabajadores" contenida en la Directiva "no es una remisión pura y simple a las normas vigentes en los Estados miembros en lo que respecta a la designación de los representantes de los trabajadores. Esta disposición únicamente deja en manos de los Estados miembros la responsabilidad de determinar las modalidades de designación de los representantes de los trabajadores que deben o pueden intervenir", pero no si implementan o no en sus ordenamientos internos la representación de los trabajadores. Reconoce el TJUE que no existe una previsión que obligue a los Estados miembros a regular internamente la figura de los representantes de los trabajadores; pero, dado que se instaura por la Directiva las obligaciones de consulta, información y notificación a los representantes, el efectivo y real cumplimiento de las mismas "obligan a los Estados miembros a adoptar todas las medidas necesarias para que los trabajadores sean informados y consultados y puedan intervenir a través de sus representantes en caso de despidos colectivos". Siendo cierto que la Directiva solo persigue una armonización parcial, que no alcanza *prima facie* a que la instauración de la figura de los representantes de los trabajadores se derive de la Directiva, no es menos cierto que "el carácter limitado de dicha armonización no puede privar de efecto útil a las disposiciones de la Directiva", singularmente las obligaciones de consulta, información y notificación de los artículos 2 y 3 de la Directiva; de suerte que, a juicio del TJUE, para que la norma nacional sea conforme a la norma comunitaria, se deriva de ésta "la obligación de los Estados miembros de adoptar todas las medidas oportunas para que sean designados los representantes de los trabajadores con vistas al cumplimiento de las obligaciones" antecitadas.[126]

En definitiva, se ha construido una interpretación que podríamos calificar con la expresión aparentemente incongruente de "no, pero sí", en el sentido de que si bien del contenido de la Directiva sobre despido colectivo no se deriva la obligación de que los Estados miembros deban recoger en sus ordenamientos la figura de la representación de los trabajadores, en la medida en que su contenido solo es realizable mediante la existencia de éstos, cabe deducir y exigir que sí deben garantizar en sus ordenamientos su existencia". Estamos ante un proceder argumental de extraordinaria importancia porque, como se indica en bastantes

[126] Más recientemente, en idéntico sentido, STJUE de 5 de octubre de 2023 (Asunto C-496/22).

de los pronunciamientos del TJUE, la privación del efecto útil de la legislación europea sobre despido colectivo emerge como elemento clave y fundamental para determinar la posible contravención de ésta por el derecho interno, así como sirve de guía para poder determinar los aspectos que el derecho interno tiene que trasponer y que no son solo los que directamente se deducen del contenido literal de la norma comunitaria sino también aquellos que no estando previstos afectarían o eliminarían el antecitado efecto útil.

Realmente la definición de "representante de los trabajadores" tiene nula trascendencia en la interpretación que lleva al TJUE, a pesar de las propias palabras de éste, a sostener que de la Directiva sobre despidos colectivos se deriva la obligación de los Estados miembros de contemplar en sus derechos internos la figura de los "representantes de los trabajadores"; siendo la perdida de virtualidad de la Directiva sino se contempla dicha institución de representación en las legislaciones nacionales el argumento decisivo y determinante, dado que, efectivamente, mal se puede aplicar una Directiva cuyo contenido principal se anuda a la representación de los trabajadores si ésta no está prevista en los derechos internos.

Es esta última ratio la que ha llevado al TJUE a afirmar que no es conforme a la Directiva en materia de despido colectivo la norma nacional que otorga al empresario la facultad de reconocer o no a la representación de los trabajadores, dejando a la voluntad discrecional del empresario el cumplimiento de la norma comunitaria[127]; conclusión que viene a refrendar la consolidada doctrina del TJUE en virtud de la cual "una normativa nacional que permite obstaculizar la protección garantizada, de manera incondicional, a los trabajadores por una Directiva es contraria al Derecho comunitario".[128]

Más problemática se plantea la duda relativa a si resulta conforme a la Directiva una normativa nacional que reconoce a los trabajadores el derecho a designar representantes sin atribuir al empresario la facultad de su reconocimiento, pero no prevé solución alguna cuando en un centro de trabajo no existe dicha representación, y la norma nacional ni obliga a consultar e informar directa e individualmente a los trabajadores potencialmente afectados por el despido colectivo, ni obliga a los trabajadores a designar a sus representantes.

Ante la ausencia de previsión expresa en la Directiva, el TJUE, en su sentencia de 5 de octubre de 2023 (Asunto C-496/22), descarta que la solución que debe inferirse de la legislación europea en materia de despido colectivo sea informar y consultar individualmente a los trabajadores afectados; o, dicho de otra manera, la consulta e información individualizada no se puede imponer aduciendo la aplicación de la Directiva comunitaria. Desde un punto de vista finalista, por

[127] STJUE de 8 de junio de 1994 (Asunto C-382/92, Comisión *vs* Reino Unido).

[128] STJUE de 6 de julio de 1982 (Asunto C-61/81, Comisión *vs* Reino Unido); más recientemente STJUE de 5 de octubre de 2023 (Asunto C-496/22).

un lado, porque el objetivo principal de la Directiva es que la decisión empresarial de despido colectivos vaya precedida de un proceso de consulta e información a los representantes de los trabajadores, siendo éstos, y no los trabajadores individualmente considerados, los destinatarios del antecitado proceso [129]; por otro lado, porque la norma europea configura una protección colectiva y no individual a los trabajadores potencialmente afectados por el despido; finalmente, porque el objetivo de la consulta es valorar las posibilidades de evitar o de reducir el número de despidos o atenuar sus consecuencias, siendo evidente, a juicio del TJUE, que "la información a cada uno de los trabajadores afectados considerados individualmente o una consulta con cada uno de ellos no garantiza que se alcance dicho objetivo, dado que, por una parte, los intereses de los trabajadores individualmente considerados pueden no estar en consonancia con los intereses de los trabajadores considerados en su conjunto y, por otra parte, los trabajadores individualmente considerados carecen de legitimidad para intervenir en nombre de los trabajadores en su conjunto". Desde un punto de vista teleológico, los trabajos previos a la aprobación de la actual Directiva 98/59/CEE evidencian que la obligación de consulta e información en cualquier situación se instituye únicamente respecto a los representantes de los trabajadores, dado que en los trabajos preliminares de dicha Directiva se contemplaba la propuesta de configurar la obligación empresarial de informar individualmente a los trabajadores -y en idénticos términos que a los representantes- en los supuestos en los que no hubiera representantes designados; propuesta que finalmente no fue recogida en el texto de la Directiva.

También descarta la STJUE de 5 de octubre de 2023 (Asunto C-496/22) que, ante la inexistencia de representantes de los trabajadores, la obligación de los Estados miembros sea establecer en sus ordenamientos internos mecanismos que obliguen a sus trabajadores a designar a sus representantes porque la Directiva "que no tiene por objeto armonizar las modalidades y los procedimientos de designación de la representación de los trabajadores en los Estados miembros, no impone tal obligación a los trabajadores". Ahora bien, el propio TJUE nos advierte que corresponde a los Estados miembros garantizar el efecto útil de la Directiva sobre despido colectivo y, ante la ausencia de representación de los trabajadores, les "incumbe a estos adoptar todas las medidas oportunas para que se designe a los representantes de los trabajadores y cerciorarse de que los trabajadores no se encuentren en una situación en la que, por motivos ajenos a su voluntad, se les impida designar a esos representantes" de modo que la norma europea sobre despido colectivo no es contraria a una norma nacional "que no obliga a dichos trabajadores a proceder a tal designación, siempre que esa normativa permita, en circunstancias ajenas a la voluntad de los propios trabajadores, garantizar la plena eficacia de las disposiciones de esa Directiva".

En definitiva, lo que se descarta es que la obligación de los trabajadores de designar a sus representantes se deduzca del contenido de la norma comunitaria,

[129] Con cita de la STJUE de 16 de julio de 2009 (Asunto C-12/08, Mono Car Styling).

pero esto no es obstáculo para que las legislaciones nacionales establezcan esa obligación, bien mediante soluciones de representación estructurales o ad hoc para cada despido colectivo en el que no hubiera representación designada previamente y con mandato en vigor. Es más, en la medida en que la aplicabilidad de la norma europea requiere la existencia de representación de los trabajadores y en tanto el TJUE advierte que los Estados nacionales deben garantizar aquella aplicabilidad mediante la adopción de las medidas necesarias para que sean designados los representantes, la medida más eficaz para lograrlo será, sin duda, el establecimiento de mecanismos de designación ad hoc de dichos representantes. En el fondo, si bien la norma europea no contiene una previsión expresa sobre la obligación de los trabajadores de designar a los representantes; puede afirmarse que, de forma indirecta, al tener que preservarse la operatividad de la Directiva, de ella hace derivar el TJUE la obligación de garantizar su designación, siendo la implementación de una obligación de los trabajadores para que designen su representación la medida por antonomasia. Se produce en esta interpretación un "no, pero sí"; la Directiva no impone una obligación de los trabajadores de designar a sus representantes, pero en la medida en que sí deriva de ella la obligación de los Estados de garantizar la designación de estos últimos para garantizar el efecto útil de la norma europea, sí está imponiendo, indirectamente, dicha obligación a los trabajadores por la vía indirecta de que tenga que ser contemplada dicha obligación en la norma nacional.

5. Obligaciones empresariales

5.1. Información y consulta con los representantes de los trabajadores

A. Obligación empresarial de consultar a los representantes de los trabajadores

La Directiva sobre despidos colectivos establece, como mecanismo principal de protección mediata o indirecta de los trabajadores, la obligación que tiene todo empresario cuando "tenga la intención de efectuar despidos colectivos" de "consultar, en tiempo hábil, a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo" (art 2.1). En este sentido, se ha remarcado por el TJUE que el "único" destinatario de las obligaciones de información, consulta y notificación resulta ser el empresario, persona física o jurídica que tiene una relación laboral con los trabajadores que pueden verse afectados por el despido[130]. No obstante, en el supuesto de cese de actividad por decisión judicial en supuestos de insolvencia, el destinatario de dichas obligaciones seguirá siendo el empresario siempre y cuando siga manteniendo sus facultades empresariales -aun cuando tuviera poderes

[130] Ver STJUE de 16 de julio de 2009 (Asunto C-12/08, Mono Car Styling), STJUE de 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-44/08, AEK), STJUE de 10 de diciembre de 2009 (Asunto C-232/08, Rodríguez Mayor), STJUE de 13 de julio de 2023 (Asunto C-134/22), STJUE de 5 de octubre de 2023 (Asunto C-496/22).

limitados en lo concerniente a la gestión de la empresa-, de modo que si la gestión fuera asumida por un liquidador será éste entonces quien deba cumplir con las antedichas obligaciones; y si la norma nacional no contemplara que ninguna persona asumiera su cumplimiento, corresponderá el juez nacional interpretar la norma interna en aras a obtener el cumplimiento de las obligaciones impuestas en la Directiva[131].

a) Objeto y naturaleza de la obligación de consultar

Procede la Directiva, a continuación, a concretar el objeto de ese proceso de consulta e información con carácter de mínimo, lo que conlleva que cada ordenamiento interno pueda adicionar otros aspectos a ser tratados en este preceptivo trámite de consulta; no siendo admisible que la norma nacional pueda reducir las obligaciones de consulta e información que sobre el empresario hace recaer la Directiva.[132] En todo caso, las consultas deberán centrarse en "las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos y de atenuar sus consecuencias, mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos" (art. 2.2); constituyendo el núcleo esencial del objetivo de las consultas[133].

El proceso de consulta e información se configura como una obligación de negociar con vistas a alcanzar un acuerdo -aunque no impone necesariamente alcanzarlo para la validez y eficacia del despido- respecto a unos parámetros concretos; de suerte que, como advierte la STJUE de 8 de junio de 1994 (Asunto C-382/92, Comisión *vs* Reino Unido)[134], no se cumple con el objetivo de la consulta cuando una norma nacional solo obliga al empresario a "tomar en consideración todas las observaciones que formulen los representantes, a responder a tales observaciones y, si las rechaza, a indicar los motivos del rechazo"; es más, indica que no es conforme a la Directiva una norma que ni "obliga al empresario a consultar a los representantes de los trabajadores con el fin de llegar a un acuerdo", ni precisa el contenido mínimo de la consulta e información.

Debe tenerse en cuenta que la vinculación de la consulta a la finalidad de "llegar a un acuerdo", dota a aquella de una especial naturaleza que no se cumple con el mero intercambio de opiniones -como por ejemplo se deduce de la Directiva 2002/14/CE- exigiendo que haya un traslado de información útil para cumplir con los objetivos de la consulta y que la negociación sea de buena fe[135]. Como acertadamente ha advertido la doctrina, "la expresión utilizada por la Directiva,

[131] STJUE de 3 de marzo de 2011 (Asuntos C-235/10 a 239/10, Claes).

[132] STJUE de 16 de julio de 2009 (Asunto C-12/08, Mono Car Styling).

[133] STJUE de 13 de julio de 2023 (Asunto C-134/22).

[134] Seguida por STJUE de 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-44/08, AEK) y STJUE de 22 de febrero de 2024 (Asunto C-589/22).

[135] Ushakova, 2014, p. 7/30.

que alude a las «consultas» para «alcanzar un acuerdo», desdibuja la distinción entre consulta y negociación colectiva"[136], estableciéndose realmente un verdadero proceso de negociación, con su propuestas y contrapropuestas, y no una mera recopilación de la opinión de los representantes de los trabajadores[137].

b) Nacimiento de la obligación de consultar

Desde la perspectiva temporal no se establece en la Directiva un periodo mínimo o máximo para desarrollar el proceso de consulta e información, y aunque no se remite expresamente a las legislaciones o prácticas nacionales, serán éstas las que deberán, si así lo estiman conveniente, establecer una duración mínima y/o máxima.

La obligación empresarial de consulta e información a los representantes de los trabajadores plantea el interrogante temporal de saber el momento en el que surge la antecitada obligación, a la que ha dado respuesta la STJUE de 27 de enero de 2005 (Asunto C-188/03, Junk), señalando que dicha obligación nace en el momento en que hay una clara manifestación de la voluntad del empresario de acometer un despido colectivo y siempre antes de que sea adoptada por éste una decisión definitiva; produciéndose el despido a partir de la "manifestación de la voluntad del empresario de extinguir el contrato de trabajo". Para alcanzar esta conclusión se basa en un criterio literal y finalista. Desde la literalidad del precepto comunitario, porque se establece en éste, por un lado, que el empresario "tenga la intención" de efectuar despidos y, por otro lado, que haya elaborado "un proyecto", lo que solo es compatible con una situación en la que no se ha adoptado por el empresario decisión definitiva alguna; en segundo lugar, se dice en el precepto que dicha obligación de consulta e información debe realizarse en "tiempo hábil" con la finalidad de llegar a un acuerdo, lo que lleva implícito la configuración de una negociación con los representantes en la que éstos puedan desarrollar y presentar propuestas, posibilidad que quedaría comprometida si la obligación de consultas pudiera iniciarse una vez producidos los despidos. Desde una interpretación finalista, si el objetivo perseguido con la obligación de consulta e información es la posibilidad de evitar o reducir los despidos y/o atenuar sus consecuencias, solamente queda plenamente garantizado el mismo si situamos el nacimiento de la obligación en el momento en que existe una clara manifestación de voluntad de despedir, y no en el momento en que se hace efectivo el despido; dado que esta última solución dificultaría, si es que no lo imposibilitaría, su realización.

Esta interpretación que se ha consolidado en pronunciamientos posteriores[138], ha sido objeto de varias precisiones.

---

[136] Nogueira Guastavino, Magdalena y De la Iglesia Aza, Lidia, 2024, p. 485.

[137] Cruz Villalón, 1997, p. 59 afirma que se establece una fórmula de intervención intermedia.

[138] Ver STJUE de 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-44/08, AEK) y STJUE de 21 de septiembre de 2017 (Asunto C-429/16, Ciupa).

En primer lugar, no existe voluntad de despedir, como señala la STJUE de 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-44/08, AEK), y, por tanto, no nace la obligación de consultar e informar, cuando la decisión de despido colectivo solo está en fase de estudio, de suerte que el despido es solo una probabilidad y no se conocen los factores que van a constituir el objeto de la consulta e información y no es posible alcanzar los objetivos perseguidos con éstas -evitar o reducir los despidos colectivos y atenuar sus consecuencias-.

En segundo lugar, se ha precisado que la obligación nace en el momento en el que se proyecta, no un despido, sino una decisión de reestructuración ad extra -como la cesión de la gestión y explotación de una parte del negocio empresarial- o *ad intra* -como la modificación sustancial de condiciones esenciales-.

En el supuesto de una decisión de reorganización ad extra que, inicialmente no tiene por objeto la extinción de contratos, pero de la que se puede inferir razonablemente que su implementación va a suponer inexorablemente una disminución de puestos de trabajo -ya sea, por ejemplo, mediante extinciones de contratos y/o recolocaciones en otras empresas- que pudiera alcanzar los umbrales; descartándose que el nacimiento se produzca en el momento en el que el empresario, al implementar las medidas de reestructuración, tenga la certeza de que va a tener que proceder a despedir a trabajadores como consecuencia de la misma, porque de aceptarse esta posibilidad interpretativa no se podría cumplir con el objetivo de las consultas que es el de estudiar las posibles alternativas para intentar evitar o reducir los despidos[139].

En relación con las decisiones empresariales de reestructuración *ad intra*, consecuencia de la evolución de la propia doctrina del TJUE en relación con la consideración de las modificaciones unilaterales bien como despidos o bien como extinciones asimiladas. En efecto, el nacimiento de la obligación de consulta e información se sitúa en el momento en el que se proyecta dicha de decisión que, aunque inicialmente no se configura mediante despidos, conlleva modificaciones unilaterales de las que se pueden derivar extinciones o, como señala, el TJUE "pueda tener repercusiones sobre el empleo de un determinado número de trabajadores dentro de una empresa"[140]. En este supuesto se plantea la "dificultad que tiene abrir un periodo de consultas en base a una previsión del número de trabajadores que pueden decidir extinguir su contrato de trabajo"[141], al indicarse en la STJUE de 21 de septiembre de 2017 (Asunto C-429/16, Ciupa) que la empresa debe "prever lógicamente que cierto número de trabajadores no aceptara la modificación de sus condiciones de trabajo y que, en consecuencia, su contrato fuera rescindido", lo que va a exigir una previa actividad de análisis por parte de la empresa de resultado incierto porque no parece fácil poder determinar cuántos de los trabajadores objeto de la medida modificadora van a proceder a

[139] STJUE de 22 de febrero de 2024 (Asunto C-589/22).

[140] STJUE de 21 de septiembre de 2017 (Asunto C-429/16, Ciupa).

[141] García-Perrote Escartín, 2023, p. 1462.

extinguir sus contratos tras la implementación de esta última; de ahí que se haya considerado que esta interpretación sea "fuente de excesiva incertidumbre en la dirección empresarial -que ahora asumirá nuevos deberes de gestión previsora o anticipada-", al tiempo que "un ejercicio de máximo irrealismo" si no se lleva a cabo una aplicación ponderada, corriendo el riesgo de convertir al empresario en un adivino o pitoniso.[142]

El proyecto de despido no es el único presupuesto que hace nacer la obligación de consulta e información, sino que también la existencia de una decisión empresarial de reestructuración distinta de la extinción -cesión de negocio o modificación sustancial- pueden determinar el nacimiento de la referida obligación[143]. Lo determinante para que nazca la obligación de informar y consultar en el momento en que se proyecta una medida empresarial que no implica inicialmente la extinción de contratos es que de la misma pueda inferirse de forma altamente probable y razonable que va a suponer una reducción del personal contratado.

La tercera matización está relacionada con el contenido de la información trasladada por la empresa a los representantes de los trabajadores, se concreta en desvincular el nacimiento de la obligación de la información proporcionada por el empresario en el sentido de que el nacimiento de la obligación de consulta no depende de que el empresario pueda ofrecer "toda" la información mínima contemplada en el artículo 2.3 de la Directiva, siendo suficiente que estén decididos los factores a tener en cuenta en el devenir del proceso de consulta[144].

La cuarto precisión se produce respecto al momento en el que se produce el nacimiento de la obligación de consultar en un despido colectivo proyectado en un grupo de empresas, aflorando dos posibilidades. Si el proyecto de despido es decidido por la empresa filial en la que se van a efectuar los despidos, se siguen las pautas generales antecitadas. Pero si el despido colectivo es decidido por la empresa matriz y no por la empresa en la que se va a producir aquél, partiendo de la premisa de que la obligación de consulta e información recae sobre esta última, el nacimiento de la obligación se sitúa en el momento en que se encuentre identificada ésta por parte de la empresa matriz que ha decido proyectar un despido colectivo, porque mientras no se conozca la empresa en la que se va a producir, no resulta identificado el sujeto obligado, y no puede procederse a cumplir con el trámite de consulta e información[145].

La finalización del proceso de consultas con los trabajadores, junto a la notificación a la autoridad pública competente, marcan el momento a partir del cual

[142] Molina Navarrete, 2017, pp. 206-207.

[143] Maneiro Vázquez, 2018, p. 57.

[144] Véase STJUE de 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-44/08, AEK), STJUE de 13 de julio de 2023 (Asunto C-134/22).

[145] STJUE de 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-44/08, AEK).

el empresario puede hacer efectivo el despido colectivo[146], o, dicho de otra manera, hasta que no hayan concluido dichas consultas y se haya comunicado a la autoridad pública no podrá procederse a la notificación individual de los despidos por parte del empresario; porque como advierte la STJUE de 27 de enero de 2005 (Asunto C-188/03, Junk), al imponerse por la Directiva una "obligación de negociación" su efecto útil "quedaría amenazado si el empresario tuviese el derecho de extinguir los contratos de trabajo durante el procedimiento, o incluso desde su inicio"; al tiempo que "para los representantes de los trabajadores sería bastante más difícil obtener la retirada de una decisión adoptada que una renuncia a un proyecto de decisión". Es por ello por lo que el despido solo puede hacerse efectivo una vez que "el empresario haya respetado las obligaciones" de consulta e información. En el supuesto de grupos de empresas, aplicando la regla expuesta, la adopción de la decisión de despedir por parte de la empresa matriz solo puede adoptarse una vez que la empresa filial en la que se van a producir los despidos haya concluido el proceso de información y consulta con la representación de los trabajadores[147].

c) Obligación de informar

Para que el proceso de consulta a los representantes de los trabajadores sea real y efectivo, y no un mero trámite a evacuar sin posible incidencia en la decisión proyectada por el empresario de llevar a cabo un despido colectivo, el artículo 2.3 de la Directiva establece un deber empresarial de "proporcionar toda la información pertinente" a los representantes de los trabajadores, "durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil", para que éstos últimos "puedan formular propuestas constructivas". Deber de información que es concretado por la propia directiva, con carácter de mínimo a cumplir en todo proyecto de despido colectivo, y que debe ser evacuado por escrito respecto a:

- los motivos del despido colectivo,
- el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos,
- el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente,
- el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos,
- los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencia en tal sentido, y
- el método de cálculo de las posibles indemnizaciones por despido distintas a las directivas de las legislaciones o prácticas nacionales.

Debe tenerse claro que la enumeración de materias objeto del proceso de consultas no es exhaustiva y cerrada, por cuanto se dice expresamente que deberá

[146] Castro Argüelles, 2017, p. 826.

[147] STJUE de 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-44/08, AEK).

aportarse "toda la información pertinente"[148], por lo que no cabe plantear el dilema de si la norma europea está circunscribiendo el contenido de dicha obligación[149].

El TJUE ha precisado que de la literalidad del artículo 2.3 de la Directiva, al establecer que la información debe facilitarse "durante el transcurso de las consultas y en tiempo hábil", se infiere que la información puede comunicarse a lo largo del proceso de consultas, no siendo necesario que se aporte la totalidad de ésta al inicio de dicho proceso. Junto al criterio de la literalidad del precepto, el TJUE también apoya su interpretación en el criterio finalista perseguido con las consultas, afirmando que "la lógica de esta disposición es que el empresario facilite a los trabajadores la información pertinente a lo largo de todo el proceso de consulta", lo que hace "indispensable cierta flexibilidad, dado que, por una parte, dicha información puede llegar a estar disponible en diferentes momentos del proceso de consulta, lo que implica que el empresario tenga la posibilidad y la obligación de completarla durante dicho proceso", y, por otro lado, "el objetivo de esta obligación del empresario es permitir a los representantes de los trabajadores participar en el proceso de consulta lo más completa y efectivamente posible, y, para ello, debe proporcionar hasta el último momento de la consulta cualquier nueva información pertinente"[150]. En consecuencia, la obligación de información no debe cumplirse, como ya se ha señalado, en su integridad al inicio de las consultas, dado que al concebirse de forma dinámica -y no estática-, existe y es exigible, no solo al inicio del proceso de consultas, sino a lo largo del mismo.

La norma comunitaria contempla la posibilidad de que los representantes a los trabajadores puedan servirse de expertos externos que les puedan ayudar en su labor, pero no lo establece como previsión a implementar obligatoriamente por todos los Estados miembros, dado que solo faculta a éstos para que recojan dicha posibilidad en sus normas o prácticas nacionales (art. 2.2). La razón de ser de la figura del experto debe situarse en las cada vez más complejas estructuras empresariales que requieren, ante situaciones de despido colectivo, para su comprensión por parte de los representantes de los trabajadores -en muchas ocasiones sin la formación adecuada- los conocimientos de aquellos[151].

Una última precisión debe hacerse en torno a la posibilidad de que la norma nacional no haya traspuesto íntegramente el contenido de esta obligación empresarial de consulta e información, pero si se encuentre perfectamente recogida en un convenio colectivo; suscitándose la duda de si debe prevalecer la norma legal sobre la disposición convencional. La solución dada por el TJUE parte de la premisa de considerar que una norma nacional así configurada resulta contraria a la Directiva y, en consecuencia y por aplicación del principio de interpretación

[148] El carácter omnicomprensivo es enfatizado por García-Perrote Escartín, 2023, p. 1466.

[149] Como parece sostener Ushakova, 2014, p. 8/30.

[150] STJUE de 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-44/08, AEK) y STJUE de 13 de julio de 2023 (Asunto C-134/22).

[151] Ushakova, 2014, p. 8/30.

conforme[152], se debe tomar el conjunto del ordenamiento interno e interpretarlo a la luz y finalidad de la norma comunitaria sobre despido colectivo[153], lo que nos debe llevar a la aplicación de la norma convencional y a dejar sin efecto la norma legal.

B. Grupo de empresas

Ante la posibilidad de que la obligación empresarial de consultar e informar a los representantes de los trabajadores pudiera quedar enervada cuando el despido colectivo es proyectado dentro de un grupo de empresas, la actual legislación europea contiene dos referencias específicas -introducidas por la Directiva 92/56/CE- que tratan de garantizar su aplicación en este supuesto. Como señala la STJUE de 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-44/08, AEK) con estas previsiones, en un contexto económico caracterizado por la creciente proliferación y consolidación de grupos de empresas, se trata de asegurar el cumplimiento efectivo del objetivo, perseguido por la Directiva, de reforzar la protección de los trabajadores afectados por un despido colectivo.

La primera es la reafirmación de que la Directiva es de aplicación a los grupos de empresa "con independencia de que la decisión relativa a los despidos colectivos sea tomada por el propio empresario o por una empresa que *ejerza el control* sobre él" (art. 2.4); de suerte, que la aplicación de la norma no depende de quién tenga la capacidad real de tomar la decisión -la empresa que proyecta el despido colectivo u otra del grupo-.

Debe tenerse claro, y así lo ha expresado la STJUE de 10 de septiembre de 2009 (Asunto C-44/08, AEK), que la obligación de consulta, información y notificación corresponde a la empresa en la que se produce el despido colectivo -en palabras del TJUE, "persona física o jurídica que tiene una relación laboral con los trabajadores que pueden ser despedidos"-, aunque la decisión no la haya adoptado ella, sino otra empresa que ejerce el control sobre aquélla, siendo también indiferente, a los efectos de cumplir con la obligación, que no haya sido informada "inmediata y correctamente" de la decisión de proceder a un despido colectivo.

La otra previsión viene a evitar que se pueda incumplir la obligación de consultar e informar en un despido colectivo producido en una empresa que carece de capacidad de decidirlo, siendo otra empresa del grupo la que ostenta dicha facultad decisoria, dado que se establece en el artículo 4.2 de la Directiva que "no se podrá tener en consideración", ante posibles incumplimientos de las obligaciones de consulta, información y notificación, "cualquier justificación del empresario, basada en el hecho de que la empresa que tomó la decisión relativa a los despidos colectivos no le ha facilitado la información necesaria". Estamos ante una garantía

[152] Véase Sánchez-Urán Azaña y De Fuentes García-Romero de Tejada, 2017b, pp. 3-15/27.

[153] STJUE de 16 de julio de 2009 (Asunto C-12/08, Mono Car Styling).

que debe ser calificada como esencial para la efectividad del cumplimiento de esta obligación cuando el despido colectivo se produce en un grupo de empresas.

Una cuestión que ha resuelto la doctrina judicial del TJUE es qué es lo que debe entenderse por "empresa que ejerce el control", que ni es definida en la Directiva ni ésta se remite a las legislaciones nacionales para que lo concreten; por consiguiente, como nos recuerda la STJUE de 7 de agosto de 2018 (Asuntos C-61/17, C-62/17 y C-72/17, MB *vs* APSB), estamos ante un concepto -el del control- que debe ser objeto de interpretación autónoma y uniforme en el ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

Esa interpretación autónoma y uniforme del concepto de control se encuentra en la STJUE de 7 de agosto de 2018 (Asuntos C-61/17, C-62/17 y C-72/17, MB *vs* APSB), al establecerse que debe apreciarse la existencia de control de una empresa sobre otra en toda situación en la que "una empresa pueda adoptar una decisión estratégica o comercial que obliga al [otro] empresario a examinar o proyectar despidos colectivos". Ahonda el TJUE en la concreción del concepto de "control" al referirse tanto al control de "derecho" como al control de "hecho", abarcando ambos supuestos a la hora de aplicar las previsiones contenida en la Directiva sobre despido colectivo. En efecto, afirma que la expresión "empresa que ejerce el control sobre el empresario" engloba tanto las situaciones en la que una "empresa que, en virtud de la pertenencia al mismo grupo o de una participación en el capital social que le confiere la mayoría de los votos en la junta o en los órganos de decisión del empresario, puede obligarlo a adoptar una decisión de examinar o proyectar despidos colectivos" como el supuesto en el que "una empresa, aunque no sea titular de la mayoría de los votos […], puede ejercer una influencia determinante, [que obligue a otra a proyectar un despido colectivo], que se expresa en los resultados de las votaciones en los órganos societarios, y ello, en particular, debido a la dispersión del capital social del empresario, a un grado de participación relativamente bajo de los accionistas en las juntas o a la existencia de pactos entre socios en el seno del empresario".

Se produce por parte del TJUE una interpretación amplia del concepto "control" que engloba tanto supuestos de control derivados de las relaciones jurídico-societarias entre las empresa -matriz y filial- como el control de hecho. No obstante, el TJUE también advierte que, en aras de la seguridad jurídica, no puede deducirse la existencia del control de "criterios meramente fácticos, como la existencia de un interés patrimonial común entre el empresario y la otra empresa o el del interés propio de la empresa en cumplir las obligaciones de información, consulta y notificación", que obligarían a los órganos judiciales nacionales "a realizar laboriosas investigaciones y llevar a resultados aleatorios"; ni siquiera de la mera existencia de una relación contractual entre ambas, si de la misma no se deriva que una de ellas pueda ejercer su influencia sobre la otra para conminarla a proyectar un despido colectivo. Lo determinante, por tanto, para apreciar una situación de control es que se tenga la capacidad de influir en la toma de decisiones,

siendo indiferente la existencia de vínculos societarios o de otra índole -jurídicos o no-; conclusión que no queda desvirtuada por mucho que el fallo solo hable de la existencia de vínculos jurídicos, dado que la fundamentación jurídica es clara al admitir el control por vínculos meramente fácticos.

Tal y como se construye la interpretación amplia de la noción de "control" por parte del TJUE que permite apreciarlo en situaciones donde la influencia se deriva de elementos fácticos, no de relaciones jurídicas -societarias o de otra índole- trabadas entre las empresas, debe advertirse que realmente los que nos viene a señalar el TJUE respecto al control "de hecho" es que, a su juicio, hay elementos fácticos que considera objetivos y, en consecuencia, sí se puede deducir de ellos el control -por ejemplo, los resultados de las votaciones en los órganos societarios, debido a la dispersión del capital social del empresario, a un grado de participación relativamente bajo de los accionistas en las juntas o a la existencia de pactos entre socios en el seno del empresario- y otros de los que no se puede deducir -por ejemplo, existencia de un interés patrimonial común-. Inadmisibilidad de estos últimos que se justifica porque obligarían al juez nacional a laboriosas investigaciones con resultados aleatorios; lo que no está tan claro, en mi opinión, es que el resultado de las votaciones como elemento del cual deducir el control efectivo no obligue a idéntica labor, con resultados seguramente también aleatorios.

No debe olvidarse, en términos de prueba, que existiendo relaciones jurídico-societarias o de otra índole entre las empresas resultará más fácil acreditar la capacidad de influir y su correlativa apreciación judicial; mientras que ante supuestos de control "de hecho", la prueba de la antecitada capacidad resultará mucho más complicada.

C. Notificación a la autoridad pública: copia de la comunicación escrita

El empresario, a tenor de lo previsto en el artículo 2.3 de la Directiva, debe "transmitir" a la autoridad pública competente una "copia de la comunicación escrita" dirigida a los representantes de los trabajadores, que deberá incluir los motivos del despido colectivo, el número y las categorías de los trabajadores que vayan a ser despedidos, el número y las categorías de los trabajadores empleados habitualmente, el período a lo largo del cual está previsto efectuar los despidos, los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencia en tal sentido.

La finalidad de la notificación a la autoridad pública competente no es la de conferir una protección individual a los trabajadores afectados por el despido colectivo sino obtener una visión global del mismo para permitirle a aquella anticipar tanto como sea posible tener conocimiento de sus posibles consecuencias

negativas en aras a que pueda cumplir su cometido principal que es el de buscar soluciones a los problemas que pudieran derivarse del despido colectivo.[154]

La concreción de la finalidad de la obligación de notificar a la autoridad pública la comunicación efectuada por el empresario a los representantes de los trabajadores, llevada a cabo por el TJUE, se sustenta en varios argumentos. En primer lugar, en la ubicación sistemática de dicha obligación dentro de la Directiva, ubicada dentro de la sección de información y consulta a los representantes y no en la sección dedicada al procedimiento, es decir, está ubicada en una fase en la que solo se tiene intención de efectuar el despido y en la que el proceso de información y consulta solo ha comenzado, pero no ha concluido. En segundo lugar, en el hecho de que la información se puede facilitar tanto al inicio como durante el desarrollo de la consulta, pudiendo aquella evolucionar y cambiar, por lo que la comunicación solo permite a la autoridad pública tener una idea inicial, aproximada y no definitiva del despido que se proyecta, por lo que no tiene un conocimiento pleno que le permita preparar las medidas que son de su competencia. En tercer lugar, en la no atribución de papel activo a la autoridad pública durante el proceso de consulta, dado que solo debe recibir la comunicación. En cuarto lugar, en que la comunicación persigue garantizar que la autoridad pública este completamente informada del desarrollo del trámite de consulta, con el objetivo de verificar que se cumple con el objetivo principal de la Directiva que es el de que todo despido colectivo vaya precedido de un período de consultas. Finalmente, en la génesis de la legislación europea sobre despido colectivo, dado que en los trabajos preparatorios se dejó constancia de que dicha notificación resultaba útil en cuanto permitía a la autoridad pública tener un conocimiento "inmediato" de una situación con posibles repercusiones trascendentales en el mercado de trabajo y así ir estudiando las posibles medidas a adoptar.

5.2. Procedimiento de despido colectivo

A. Notificación a la autoridad pública del proyecto de despido colectivo

El empresario, de conformidad con lo previsto en el artículo 3.1 de la Directiva, resulta obligado a notificar por escrito a la autoridad pública competente cualquier proyecto de despido colectivo. Tratándose de un despido colectivo que afecta a miembros de la tripulación de un buque marítimo, la notificación deberá realizarse a la autoridad pública competente del Estado del pabellón del buque. Puede afirmarse que el papel de "mediador"[155] otorgado a la autoridad pública nacional por la Directiva es "residual"[156] por cuanto se concreta en ser receptora

[154] STJUE de 13 de julio de 2023 (Asunto C-134/22).

[155] Cruz Villalón, 1997, p. 64.

[156] Ushakova, 2014, p. 8/30.

de una comunicación y poder plantear unas medidas que no se sabe cuáles pueden ser y su grado de vinculación para el empresario[157].

La Directiva reconoce a los Estados la posibilidad de que dicha notificación solo resulte obligatoria a petición de la autoridad pública en los supuestos de despido colectivo acaecido por el cese de actividades en virtud de decisión judicial (art. 3.1). Ahora bien, el TJUE ha precisado el alcance de esta excepción a la regla general al establecer que no se aplica al despido colectivo acaecido el mismo día en el que el empresario presenta la solicitud de quiebra/concurso y cesa la actividad empresarial, dado que el artículo 3.1 de la Directiva de forma indubitada señala que el cese de la actividad se produce por decisión judicial, lo que implica que el despido colectivo no puede producirse antes de que el juez adopte la decisión; conclusión que sigue siendo válida cuando el despido colectivo lo determina el juez en una decisión en la que retrotrae sus efectos a la fecha de la solicitud empresarial de quiebra/concurso[158], porque lo determinante en este último supuesto es que es la decisión judicial la que declara el cese de actividad y la extinción de los contratos.

La notificación tiene un contenido que se determina, inicialmente de forma genérica, al señalarse que deberá contener "todos los informes útiles referentes al proyecto de despido colectivo y a las consultas con los representantes de los trabajadores" para, a renglón seguido, especificar que la notificación deberá contener "especialmente los motivos del despido, el número de trabajadores que se va a despedir, el número de trabajadores habitualmente empleados y el período en el que se prevé que se van a efectuar los despidos" (art. 3.2). Además, el empresario, de conformidad con lo previsto en el artículo 2.3 de la Directiva, debe "transmitir" a la autoridad pública competente una "copia de la comunicación escrita" dirigida a los representantes de los trabajadores, que deberá incluir, además de los aspectos anteriormente enumerados en la notificación del proyecto de despido, los criterios tenidos en cuenta para designar a los trabajadores que vayan a ser despedidos, si las legislaciones o prácticas nacionales confieren al empresario competencia en tal sentido.

Nada dice la Directiva en lo relativo al momento temporal en el que debe producirse esta notificación, pero del contenido de la misma, especialmente de la obligación de que contenga la consulta a los representantes de los trabajadores, es fácilmente interpretable que debe producirse una vez que se ha terminado el referido período de consultas[159]; otra solución -como la notificación vigente las consultas- no permitiría cumplir con integridad la obligación de comunicación a la autoridad pública, que no tendría un conocimiento pleno de todo el proceso de consultas, sino solo parcialmente.

[157] En contra Cruz Villalón, 1997, p. 64, quien ha sostenido que se le otorga un papel significativo.

[158] STJUE de 17 de diciembre de 1998 (Asunto C-250/97, Dansk).

[159] Cruz Villalón, 1997, p. 66.

Junto a la anterior obligación, también se impone al empresario la obligación de remitir a los representantes de los trabajadores una copia de la notificación efectuada a la autoridad pública (art. 3.2). La finalidad de esta obligación es instrumental en cuanto está encaminada a qué los representantes puedan formular observaciones a la autoridad pública competente (art. 3.2).

B. Efectividad de los despidos colectivos

Una vez notificado el proyecto de despido colectivo a la autoridad pública competente, éste surtirá efectos "no antes" de treinta días, sin perjuicio de las previsiones legales que regulan los derechos individuales en materia de preaviso. No obstante, la Directiva establece la posibilidad de que los Estados miembros concedan a la autoridad pública competente la facultad de reducir el antecitado plazo (art. 4.1).

La norma comunitaria establece un plazo mínimo, no uno máximo, que, a priori, no puede ser modificado en la propia ley nacional, en el sentido de que se establezca expresamente en ella un menor plazo de notificación, sino que lo que se faculta es reconocer a la autoridad pública la capacidad de reducirlo. En este sentido se ha afirmado que esta facultad "no se somete a ningún control o criterio", de suerte "que permitiría dar a entender que basta con que la legislación interna faculte a la autoridad laboral para reducir el plazo para que la Directiva haya sido correctamente implementada"[160]. Surge la duda de si al contemplarse esta facultad en la norma nacional, ésta puede establecer para la autoridad pública competente algún umbral mínimo infranqueable o, por el contrario, debe dejar la reducción a la consideración discrecional de la autoridad pública a la vista de la documentación presentada por la empresa y las posibles observaciones realizadas por los representantes de los trabajadores.

A diferencia de lo que acontece con el plazo mínimo entre la notificación a la autoridad pública y la efectividad del despido colectivo, la norma nacional sí puede establecer un plazo superior como se deduce del artículo 4.3 de la Directiva cuando al abordar la posible prórroga a establecer por la autoridad pública competente, ésta se permite en los supuestos en los que el plazo inicialmente establecido en la propia norma nacional sea inferior a sesenta días; lo que permite deducir que la norma comunitaria parte de la premisa de que la norma nacional establezca plazos superiores a treinta días, y siempre que sean inferiores a sesenta días, cabría la posibilidad de facultar a la autoridad pública a que prorrogue el plazo.

La finalidad del establecimiento de este plazo temporal entre la notificación a la autoridad pública y la efectividad del despido colectivo viene claramente expresada en la propia Directiva cuando se reconoce a la autoridad pública competente "la búsqueda de soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos" que le han sido comunicados (art. 4.2).

[160] Nogueira Guastavino, Magdalena y De la Iglesia Aza, Lidia, 2024, p. 488.

La Directiva permite a los Estados miembros, si el plazo previsto en la norma nacional es inferior a sesenta días, reconocer a la autoridad pública competente "la facultad de prorrogar el plazo inicial hasta sesenta días después de la notificación" (art. 4.3). Esta previsión plantea dos interrogantes. El primero es si es posible reconocer la facultad de prórroga a la autoridad pública cuando el plazo inicialmente previsto en la norma nacional es superior a sesenta días; el segundo es si la ampliación prevista en la Directiva en los supuestos de plazos iniciales superiores a treinta días e inferiores a sesenta días se puede ampliar más allá del plazo de sesenta días. Creo que la respuesta debe ser afirmativa en ambos supuestos dado que la propia Directiva establece que "los Estados miembros podrán conceder a la autoridad pública facultades de prórroga más amplias" (art. 4.3).

El reconocimiento de esta facultad a la autoridad pública no es incondicionado ni discrecional dado que la Directiva lo anuda a la existencia de "problemas planteados por los despidos colectivos" proyectados que "corran el riesgo de no encontrar solución en el plazo inicial" (art. 4.3); lo que supone que no podrá la autoridad competente acordar una prórroga, no ya sin una causa que lo justifique, sino sin la existencia de una concreta causa cualificada -la existencia de problemas que no pueden ser resueltos en el plazo inicialmente previsto-; siendo necesario, además, aportar un razonamiento que justifique que la ampliación del plazo puede razonablemente permitir que se encuentre una solución a los mismos; por cuanto la mera existencia de los problemas si no existen indicios de una posible solución con la ampliación del plazo no debería permitir la ampliación de éste.

La configuración jurídica de la efectividad de los despidos prevista en el artículo 4 de la Directiva ha planteado la duda de si éstos se pueden producir durante el procedimiento ante la autoridad pública o debe esperarse a su finalización, como sucede con el procedimiento de consultas a los representantes de los trabajadores. La solución interpretativa ofrecida por el TJUE es diametralmente diferente a la alcanzada cuando se trata del proceso de consulta e información a los representantes de los trabajadores -como ya se ha expuesto *ut supra*- al establecer que sí es posible la extinción de los contratos de trabajo, siempre que se haya notificado el proyecto de despido a la autoridad pública competente, durante el procedimiento que se sigue ante ella; no siendo, en consecuencia, necesario esperar a su finalización para proceder a extinguir los contratos.

A esta conclusión se llega mediante un razonamiento en el que, prioriza una interpretación literal, en mi opinión, carente de cierta visión sistemática, frente a una visión finalista de la Directiva. En efecto, la STJUE de 27 de enero de 2005 (Asunto C-188/03, Junk) inicialmente indica que del tenor del artículo 4.1 de la Directiva, la notificación a la autoridad pública "tiene la finalidad de permitir a la autoridad competente buscar soluciones a los problemas planteados por los despidos colectivos considerados" y que se establece un plazo mínimo de treinta días para tal fin, lo que le conduce a concluir que "los despidos colectivos, es decir, las extinciones de los contratos de trabajo, sólo surten efecto al expirar el plazo

aplicable"; no obstante, a continuación, como argumento decisivo y preferente, se fija en la expresión contenida "sin perjuicio de las previsiones legales que regulan los derechos individuales en materia de preaviso", para sostener que ésta "se refiere necesariamente al supuesto de las extinciones ya efectuadas, que inician el cómputo de tal plazo", de modo que "la reserva relativa a la expiración de un plazo de preaviso diferente del plazo previsto por la Directiva dejaría de tener sentido si no hubiese comenzado a correr ningún plazo de preaviso"; lo que conduce al TJUE a admitir la extinción de contratos ante de la finalización del procedimiento de consulta ante la autoridad pública.

El argumento decisivo utilizado por el TJUE es en sí mismo criticable, es evidente que esa previsión puede tener otro significado si tenemos presente dos conceptos "plazo de preaviso" y "plazo de caducidad de la acción judicial". En efecto, si el precepto comunitario hablara de "plazo de caducidad de la acción judicial", sí parece claro que se puede sostener la interpretación construida por el TJUE, la referencia al mismo si denotaría que el legislador comunitario contempla que se hayan producido despidos con anterioridad a la finalización del procedimiento ante la autoridad pública; mientras que con la referencia al "plazo de preaviso individual" no está clara esa inferencia, todo lo contrario, lo que se puede deducir es que el plazo de efectividad es, como mínimo, de treinta días sin perjuicio de que las legislaciones nacionales contemplen un plazo de preaviso individual, que deberá ser adicionado al plazo previsto en la Directiva; en mi opinión, no es fácil deducir de dicha expresión que se está admitiendo que ya se han producido despidos, lo que se deduce es que debe respetarse el posible plazo de preaviso individual, lo que debe entenderse como la coexistencia entre ambos plazos. Siendo esta última interpretación la más acorde con la finalidad asignada al plazo mínimo de treinta días, que como el propio TJUE advierte -y se infiere claramente del precepto comunitario- es la búsqueda de soluciones a los problemas planteados en el despido colectivo; difícilmente puede alcanzarse con plenitud este objetivo cuando se permite la extinción de contratos durante el desarrollo del procedimiento ante la autoridad pública.

Pero, además, si se acepta la interpretación dada por el TJUE a la previsión comunitaria "sin perjuicio de las previsiones legales que regulan los derechos individuales en materia de preaviso", cabría una interpretación más sistemática y que ofrece un mayor grado de cumplimiento del objetivo perseguido al establecer este procedimiento ante la autoridad pública, que sería, como bien indica la propia sentencia, contemplar el periodo mínimo de treinta días -u otro menor que pudiera establecer la autoridad pública al amparo de la legislación nacional- como arco temporal en el que no pueden realizarse extinciones de contratos; pudiéndose producir éstas si el plazo inicial es objeto de prórroga. Esta interpretación es más respetuosa con la finalidad del procedimiento y con la literalidad del artículo 4 de la Directiva. En cualquier caso, estamos ante un aspecto que debería ser objeto de reforma para establecer de forma clara un período mínimo durante el cual no pueda

realizarse despidos si lo que se quiere es dotar de eficacia real al procedimiento ante la autoridad pública como garantía para la protección de los trabajadores en supuestos de despido colectivo.

La Directiva recoge el derecho del empresario a ser informado de la prórroga y de los motivos de ésta antes de que expire el plazo inicialmente previsto (art. 4.3). No se contempla por la Directiva que se deba informar de la prórroga a los representantes de los trabajadores, lo que no es obstáculo para que los ordenamientos nacionales puedan establecerlo[161].

Como este derecho literalmente se reconoce con relación "al plazo inicial previsto en el apartado I", que es no inferior a treinta días, podría surgir la duda de si la prórroga tiene que ser notificada en todo caso, incluso cuando el plazo inicialmente previsto es superior a treinta días, antes de los citados treinta días. No creo que esa sea la lectura correcta de la norma, porque al remitirse al apartado I del artículo 4, que establece un plazo "no inferior", lo que supone admitir plazos superiores, y al contemplarse que pueda haber plazos superiores a la hora de establecer posibles prórrogas, debemos entender que la información al empresario debe producirse antes del plazo inicialmente establecido en la norma nacional, sea de treinta días, superior o, incluso inferior, pues debemos tener en cuenta que se permite a los Estados miembros permitir a la autoridad pública que reduzca el plazo de treinta días. En definitiva, la información al empresario debe producirse antes de la expiración del plazo, no siendo válida, la notificación de la prórroga en el último día de esta si el empresario tiene conocimiento de ella en fecha posterior.

La Directiva establece una excepción facultativa en la aplicación de las previsiones en materia de plazo, prórroga, búsqueda de soluciones e información al empresario de la prórroga cuando los despidos colectivos se producen por cese de la actividad resuelta por una decisión judicial (art. 4.4). Se trata de una exclusión potestativa porque la Directiva no la impone, sino que prevé que los Estados miembros no vienen obligados a aplicarlas, lo que conlleva, la total libertad de estos para, en la norma interna de trasposición, decidir si sujetan o no los despidos colectivos por cese de actividad decretado por decisión judicial a las previsiones de la Directiva expuestas en este apartado. Ahora bien, el TJUE ha precisado el alcance de esta excepción a la regla general al establecer que no se aplica al despido colectivo acaecido el mismo día en el que el empresario presenta la solicitud de quiebra/concurso y cesa la actividad empresarial, dado que el artículo 4.4 de la Directiva de forma indubitada señala que el cese de la actividad se produce por decisión judicial, lo que implica que el despido colectivo no puede producirse antes de que el juez adopte la decisión; conclusión que sigue siendo válida cuando el despido colectivo lo determina el juez en una decisión en la que retrotrae sus efectos a la fecha de la solicitud empresarial de quiebra/concurso[162], porque lo

[161] Nogueira Guastavino, Magdalena y De la Iglesia Aza, Lidia, 2024, p. 488.

[162] STJUE de 17 de diciembre de 1998 (Asunto C-250/97, Dansk).

determinante en este último supuesto es que la decisión judicial es la que declara el cese de actividad y la extinción de los contratos.

6. Margen de actuación de los Estados miembros

6.1. Establecimiento de disposiciones más favorables

La Directiva se concibe como una norma de mínimos que pueden ser objeto de mejora por parte de los Estados miembros al reconocérseles la posibilidad de "aplicar o introducir disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores o de permitir o de fomentar la aplicación de disposiciones convencionales más favorables para los trabajadores (art. 5). La configuración como norma de mínimos ha llevado a la doctrina a advertir que se abre una vía incierta e insegura [163] al otorgarse a los Estados miembros plantear opciones legislativas que han restado virtualidad a la Directiva al afectar directamente a la pretendida armonización de las legislaciones nacionales, dado que, como se ha afirmado acertadamente, "de hecho no existe esa equiparación ni en la protección (de los trabajadores) ni de las cargas (de las empresas)" [164]; de suerte que las regulaciones nacionales distan mucho de estar armonizadas [165].

La aplicación de esta previsión comunitaria no ha dado lugar a grandes controversias, pero se ha utilizado en algunos supuestos para justificar determinadas configuraciones nacionales que introducían precisiones o matizaciones respecto al contenido previsto en la norma comunitaria so pretexto de constituir un trato más favorable, emergiendo como elemento clave de su admisibilidad que su implementación no conlleve, por un lado, una reducción de la eficacia o directamente la inaplicación de la Directiva y, por otro lado, no afecte a una previsión de la Directiva configurada como de derecho mínimo necesario [166].

En aplicación de la posible introducción de un trato más favorable en la normativa legal o convencional nacional no se ha admitido que con el objetivo de fomentar la contratación de jóvenes se haya excluido temporalmente a dicho colectivo de los umbrales cuantitativos para determinar si estamos o no ante un despido colectivo, al constituir dichos umbrales una previsión de derecho mínimo necesario que no puede verse afectada -ni justificada- por la supuesta ventaja que supone la incentivación de la contratación de ese colectivo [167]; en definitiva, se ha considerado que la implementación de un mecanismo de incentivos a la contratación de jóvenes ni puede considerarse un trato más favorable, ni puede

[163] Molina Navarrete, 2015, p. 159; Sánchez-Urán Azaña y De Fuentes García-Romero de Tejada, 2017a, p. 4/43.

[164] García-Perrote Escartín, 2023, p. 1449.

[165] Cabeza Pereiro, 2015, p. 7/16.

[166] STJUE de 13 de febrero de 2014 (Asunto C-596/12, Comisión *vs* Italia), STJUE de 18 de enero de 2007 (Asunto C-385/05, CGT).

[167] STJUE de 18 de enero de 2007 (Asunto C-385/05, CGT).

amparar una alteración de la configuración mínima de los umbrales. Como tampoco constituye un trato más favorable la norma legal y convencional nacional que garantiza a una determinada categoría de trabajadores una protección económica en caso de despido, lo que permitiría cumplir con las obligaciones impuestas por la norma comunitaria, aunque la norma nacional de trasposición excluyera a dicho colectivo de trabajadores de ser computados a efectos de determinar si se alcanzan o no los umbrales porque la Directiva quedaría privada parcialmente de eficacia -en lo atinente a la posibilidad de evitar o reducir los despidos- en relación con un colectivo que no ha sido objeto de exclusión expresa de su ámbito de aplicación [168].

Sí se ha admitido tomar el elemento locativo de la empresa como unidad de referencia para calcular los umbrales cuantitativos siempre que su utilización suponga una mayor protección de los trabajadores que si se acude al parámetro del centro de trabajo; descartándose aquél, por el contrario, si lo que supone es su minoración en el sentido de dejar inaplicada o reducida la efectividad de la norma comunitaria [169].

También se ha admitido como previsión más favorable la norma nacional que supedita el despido colectivo a la previa autorización de la autoridad pública sobre la base de cumplir unas determinadas exigencias objetivas previstas expresamente en aquella, siempre que respeten el contenido esencial de los derechos fundamentales y sean proporcionales, necesarias y adecuadas a objetivos de interés general, como pueden ser la situación de la empresa o las condiciones del mercado de trabajo, siempre que estén formulados de forma concreta y precisa; de suerte que, *a sensu* contrario, no puede apreciarse un trato más favorable cuando la previsión nacional viene a configurar unos criterios o éstos son interpretados y aplicados por dicha autoridad de tal manera que se excluye en la práctica "toda posibilidad efectiva" de que el empresario pueda acometer el despido colectivo proyectado, privándose del efecto útil de la Directiva, lo que acontece cuando la autorización se sujeta a intereses de la economía nacional, al contexto nacional singularizado por razones sociales especiales derivadas de un contexto de crisis económica grave y una elevada tasa de desempleo o se configura de forma genérica e imprecisa como causa denegatoria de la autorización la situación de la empresa o las condiciones del mercado de trabajo [170].

La Directiva sobre despido colectivo no establece expresamente sanción alguna ante posibles incumplimientos de esta, lo que no es óbice para que los Estados miembros puedan contemplar en sus ordenamientos sanciones especificas a la luz de la habilitación dada por el artículo 5 de la Directiva. En principio los Estados miembros tiene total libertad para implementar o no tales sanciones; pero una vez que optan por su establecimiento no gozan de total discrecionalidad dado

[168] STJUE de 13 de febrero de 2014 (Asunto C-596/12, Comisión *vs* Italia).

[169] STJUE de 13 de mayo de 2015 (Asunto C-392/13, Rabal Cañas).

[170] STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Asunto C-201/15, AGET Iraklis).

que la sanción debe ser efectiva, proporcionada y disuasiva[171]. Es por ello que el TJUE haya concluido que, en relación con un despido colectivo, una indemnización prevista para posibles incumplimientos de las obligaciones de información y consulta, cuya cuantía pueda ser deducida de la cuantía a abonar al trabajador que es despedido, "priva en gran medida a esta sanción de su efecto práctico y de su carácter disuasorio"[172].

6.2. Establecimiento de medidas de control

Se contempla en la Directiva el mandato a los Estados miembros para que "procuren" que los representantes de los trabajadores o estos mismos "dispongan de procedimientos administrativos y/o jurisdiccionales con objeto de hacer cumplir las obligaciones establecidas en la presente Directiva" (art. 6).

El establecimiento de medidas de control por parte de los Estados miembros parece configurarse, atendiendo a la literalidad del precepto, como una recomendación que hace el legislador europeo a los legisladores nacionales al utilizarse el término "procurarán" que denota realizar "esfuerzos" para que implementen esas medidas de control, pero no parece deducirse del mismo el establecimiento de una obligación. No obstante, para el TJUE del tenor literal de este precepto se desprende -sin aportar desarrollo argumental alguno de tal inferencia- que se configura una obligación para los Estados miembros[173]. Resulta cuestionable la premisa establecida por el TJUE relativa a que estemos en presencia de una obligación y no una mera línea de recomendación de la posible acción legislativa de los Estados miembros en materia de despido colectivo, y mucho menos que se derive de su tenor literal que habla de "procurar", no de "exigir" u "obligar" a los Estados; lo que cuestiona el posible enjuiciamiento en términos obligacionales efectuado por el TJUE.

La obligación se configura de forma sucinta y genérica, al limitarse el precepto a señalar que su objeto es el establecimiento de medidas de control a favor de los representantes de los trabajadores y de estos mismos, tanto de carácter administrativo y/o jurisdiccionales; correspondiendo en consecuencia a los Estados concretar y regular dichos procedimientos. En ningún caso el artículo 6 de la Directiva permite afirmar que se impone a los Estados miembros la obligación de configurar en sus derechos internos una determinada medida específica ante posibles incumplimientos de las obligaciones previstas en la Directiva, puesto que solo se establece una facultad de elección de las medidas de control para garantizar el objetivo de aquella[174].

---

[171] Ver al respecto, en relación con otras normas comunitarias, STJUE de 21 de septiembre de 1989 (Asunto 68/88, Comisión *vs* Grecia) y STJUE de 2 de octubre de 1991 (Asunto C-7/90, Vandevenne y otros).

[172] STJUE de 8 de junio de 1994 (Asunto C-382/92, Comisión *vs* Reino Unido).

[173] Véase STJUE de 16 de julio de 2009 (Asunto C-12/08, Mono Car Styling).

[174] STJUE de 5 de octubre de 2023 (Asunto C-496/22).

Los Estados miembros, en principio, tienen libertad para diseñar en sus derechos internos estas medidas de control, determinando su naturaleza administrativa y/o jurisdiccional; pero esta libertad no es absoluta, dado que tienen dos presupuestos. El primero se concreta en un límite infranqueable, dado que, en ningún caso, esas medidas pueden "privar de eficacia" a las disposiciones de la Directiva sobre despido colectivo[175]; de suerte que si se constata que una medida de control implementada en un ordenamiento nacional provoca el efecto de dejar sin efecto las previsiones de la norma comunitaria podrá ser tachada de contraria a ésta última. El segundo, que las medidas adoptadas deben preservar la tutela judicial efectiva[176].

En la interpretación efectuada por el TJUE de esta "obligación" que se impone a los Estados miembros respecto a una determinada medida de control prevista en una norma nacional resulta relevante que los derechos de información y consulta que se contemplan en la Directiva tienen naturaleza colectiva y no individual al estar concebidos en beneficio de los trabajadores como colectivo, teniendo como destinatarios a los representantes de los trabajadores y no a estos individualmente considerados[177]. Lo anterior explica que a la hora de valorar la implementación de medidas de control y su adecuación o no al artículo 6 de la Directiva, el TJUE considera que su control de adecuación se limita a las posibles medidas de control implementadas a favor de los representantes de los trabajadores a la vista de la naturaleza colectiva de los derechos contenidos en la Directiva, no alcanzado a las medidas de control reconocidas individualmente a los trabajadores. De ahí que el TJUE concluya que no es contrario a la Directiva un mecanismo de control reconocido individualmente a los trabajadores, aunque quede limitado objetivamente en lo relativo a las objeciones que se pueden plantear por el trabajador y se supedite a que los representantes hayan presentado previamente objeciones al empresario y el trabajador también previamente haya comunicado a este último que impugna la regularidad del procedimiento de información y consulta[178].

Al situarse el análisis de adecuación de las medidas de control en los mecanismos de índole colectiva se ha considerado conforme a la Directiva una normativa nacional que reconoce a los representantes un mecanismo de control que no está limitado objetivamente en lo concerniente a los motivos de control, ni sujeto al cumplimiento de requisitos específicos[179]. Ahora bien, en aplicación de la interpretación del TJUE, un mecanismo de control colectivo que introduce limitaciones en los motivos de control o se sujeta a presupuestos singulares no

[175] STJUE de 16 de julio de 2009 (Asunto C-12/08, Mono Car Styling).

[176] STJUE de 5 de octubre de 2023 (Asunto C-496/22).

[177] Ver STJUE de 8 de junio de 1994 (Asunto C-382/92, Comisión *vs* Reino Unido), STJUE de 18 de enero de 2007 (Asunto C-385/05, CGT), STJUE de 16 de julio de 2009 (Asunto C-12/08, Mono Car Styling).

[178] STJUE de 16 de julio de 2009 (Asunto C-12/08, Mono Car Styling).

[179] STJUE de 16 de julio de 2009 (Asunto C-12/08, Mono Car Styling).

resultará *per se* incompatible con el artículo 6 de la Directiva; incompatibilidad que se producirá solo cuando su operatividad tenga como resultado la privación de eficacia de la norma comunitaria.

7. Bibliografía

Alonso Bravo, Milagros (2011): "La última jurisprudencia del TJUE sobre el concepto comunitario de despido colectivo: una ocasión para incidir en la ubicación de los despidos colectivos en el marco de las crisis empresariales", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 23.

Cabeza Pereiro, Jaime (2018): "El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", Revista Documentación Laboral, nº 113.

Cabeza Pereiro, Jaime (2015): "La última jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en torno a la Directiva de despidos colectivos: un problema de conceptos y de políticas legislativas", Revista Trabajo y Derecho, nº 10.

Casas Baamonde, María Emilia (2015): "Unidades de cálculo de los umbrales numéricos del despido colectivo, el centro de trabajo y la empresa, y extinciones contractuales computables. Los efectos de la sentencia del Tribunal de Justicia Rabal Cañas en la regulación del despido colectivo en el Estatuto de los Trabajadores", Revista Derecho de las Relaciones Laborales, nº 4.

Castro Argüelles, María Antonia (2017): "Despido colectivo", en García Murcia, J. (dir.): *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea*, ed. Thomson-Reuters-Aranzadi.

Cruz Villalón, (1997): "La aplicación de la Directiva sobre despidos colectivos", Revista Temas Laborales, nº 44.

Desdentado Bonete, Aurelio (2016): "La delimitación legal del despido colectivo", en Godino Reyes, M.: *Tratado de despido colectivo*, ed. Tiran lo Blanch.

García-Perrote Escartín, Ignacio (2023): "Despidos colectivos", en Casas Baamonde y otros (dirs.): Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia, ed. BOE.

Gómez Abelleira, Francisco Javier y Díaz Zaforas, David (2016): "La construcción judicial del concepto de despido colectivo por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea", Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 162.

Maneiro Vázquez, Yolanda (2018): "El despido colectivo tras la jurisprudencia del Tribunal de Justicia: ¿Regulación legal o judicial?", en Miranda Boto, J.Mª (dir.): *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones*, ed. Cinca.

Martínez Moreno, Carolina (2023): "El concepto de trabajador", en Casas Baamonde y otros (dirs.): *Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, ed. BOE.

Molina Navarrete, Cristóbal (2015): "Despido colectivo de hecho en centro de trabajo de un grupo empresarial: una nueva doctrina judicial ¿correctora o abrogatoria?", Revista Trabajo y Seguridad Social.CEF, nº 388.

Molina Navarrete, Cristóbal (2016): "Cuál es el ámbito de cómputo del despido colectivo? Una lectura *pro comunitate* a favor de la empresa (*favor businnes*)", Revista Trabajo y Seguridad Social.CEF, nº 398.

Molina Navarrete, Cristóbal (2017): "«Novaciones previsiblemente extintivas» y despido colectivo: el buen empresario, ¿previsor o pitoniso?", Revista Trabajo y Seguridad Social.CEF, nº 416.

Monereo Pérez, José Luis (1994): *Los despidos colectivos en el ordenamiento interno y comunitario*, ed. Civitas.

Nogueira Guastavino, Magdalena y De la Iglesia Aza, Lidia (2024): "Reestructuración empresarial: despidos colectivos", en Nogueira Guastavino, M.; Fotinopoulou Basurko, O. y Miranda Boto, J.Mª: *Lecciones de Derecho Social de la Unión Europea*, ed. Tirant lo Blanch.

Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, Miguel (2015): "El concepto de centro de trabajo, la Directiva 98/59, sobre despidos colectivos y el artículo 51.1 ET", Revista Derecho de las Relaciones Laborales, nº 2.

Rodríguez Rodríguez, Emma (2023): "Los derechos de información y control en el proceso de despido colectivo", Revista Derecho Social, nº 103.

Sánchez-Urán Azaña, Yolanda y De Castro Marín, Emilio (2024): "El modelo español de Despido colectivo. Entre adecuación al Derecho de la UE y respuesta a la realidad socioeconómica", Revista Justicia & Trabajo, nº extraordinario.

Sánchez-Urán Azaña, Yolanda y De Fuentes García-Romero de Tejada, Carlos (2017a): "Despido colectivo y unidad de referencia. La trasposición de la Directiva 98/59/CE y el margen de apreciación de los derechos nacionales (I)", Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 194.

Sánchez-Urán Azaña, Yolanda y De Fuentes García-Romero de Tejada, Carlos (2017b): "Despido colectivo y unidad de referencia. La trasposición de la Directiva 98/59/CE y el margen de apreciación de los derechos nacionales (II)", Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 194.

Ushakova, Tatiana (2014): "El despido colectivo en el derecho de la Unión Europea", Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 162.

CAPÍTULO DÉCIMO NOVENO. Protección del trabajador en caso de insolvencia empresarial, protección del denunciante y secretos empresariales

Juan Carlos García Quiñones
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0001-5958-5793

Sumario: 1. Introducción. 2. Protección del trabajador en caso de insolvencia empresarial. 2.1. Directiva (UE) 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario. 2.2. Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 -Directiva sobre reestructuración e insolvencia-. 3. Directiva de protección de denunciantes (Directiva [UE] 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión). 4. Secretos empresariales (Directiva [UE] 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (Texto pertinente a efectos del EEE). 5. Valoración conclusiva. 6. Bibliografía.

1. Introducción

Las cuestiones vinculadas con la organización empresarial tienen una traslación evidente sobre la prestación de trabajo. Realidad a la que ha sido sensible el Derecho de la Unión Europea. Afirmación ésta que se constata, sin ir más lejos, con el desarrollo de normativa sobre materias tales como los despidos colectivos o la transmisión de empresas. Temáticas ambas que son objeto de tratamiento individualizado en capítulos anteriores de esta obra colectiva.

Igualmente, corroborando esa sensibilidad mostrada desde el Derecho europeo, encuentran respuesta asimismo otras facetas donde confluyen las dos referencias citadas, organización empresarial por un lado, y efectos en la prestación de trabajo por otro lado, en alusión a la protección del trabajador en caso de insolvencia empresarial (Directiva [UE] 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, *relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario*; y Directiva [UE] 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, *sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 -Directiva sobre reestructuración e insolvencia-*); la protección de denunciantes (Directiva [UE] 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, *relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión*); así como los secretos empresariales (Directiva [UE] 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, *relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (Texto pertinente a efectos del EEE).*

Referentes todos que comparten en general la característica común de haber sido objeto de regulación en épocas bastante recientes por parte de las distintas Directivas enumeradas -a salvo la Directiva (UE) 2008/94/CE, que atesora al día de hoy una mayor tradición en el tiempo-, cuyo tratamiento individualizado conforma el esquema básico de nuestro estudio dentro del presente capítulo, con el recorrido que se verá, para concluir con una reflexión final a modo de valoración conclusiva. Baste adelantar en este apartado introductorio cómo la regulación de las cuestiones listadas confirma esa concienciación del legislador europeo, sensible con los efectos que pueden derivarse para el trabajador como consecuencia de determinados factores que afectan a la organización empresarial.

Materias por tanto con un interés evidente desde la perspectiva del Derecho Laboral, en coherencia con esa interiorización progresiva acerca de la dependencia recíproca existente entre los elementos que interactúan en cada polo del binomio citado, vicisitudes de la empresa y sus repercusiones sobre el trabajador. Si bien, como tendrá ocasión de analizarse más adelante, a salvo la Directiva (UE) 2008/94/CE -que también constituye a este respecto una muestra singular-, el resto de Directivas enunciadas comparten por el contrario la nota de que la dimensión laboral no ha sido la única -ni la principal- que está en el origen de su implementación respectiva. De igual modo que resulta oportuno subrayar también el protagonismo desigual asumido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con las Directivas citadas, de manera que el acervo importante de jurisprudencia existente alrededor de la Directiva (UE) 2008/94/CE contrasta abiertamente con el escaso recorrido asumido por esa misma

jurisprudencia europea sobre el resto de Directivas examinadas (Directiva [UE] 2019/1023; Directiva [UE] 2019/1937; y Directiva [UE] 2016/943). Diferencia de tratamiento condicionada seguramente -al menos en parte- por el período de vigencia respectivo de cada una de ellas, al margen de la influencia cierta de otros factores en ese grado distinto de litigiosidad.

Con estos precedentes, examinamos el contenido de cada una de las Directivas enumeradas, con el recorrido que se verá y la atención puesta desde la óptica del Derecho del Trabajo.

2. Protección del trabajador en caso de insolvencia empresarial

Como se avanzaba en el apartado introductorio, la primera manifestación de esa interacción entre organización empresarial y efectos sobre la prestación de trabajo, a partir del esquema que nos proponemos desarrollar, tiene como objeto la protección del trabajador en caso de insolvencia empresarial. Materia ésta de indudable trascendencia que encuentra una primera regulación destacable en la Directiva [UE] 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, *relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario*, cuyo contenido ha merecido la atención de la doctrina laboralista. Texto que tiene, a su vez, como precedente la Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, *sobre protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario*, objeto también de un notable interés en el ámbito doctrinal[1].

No en vano se ha afirmado que las Directivas comunitarias sobre garantía de los créditos salariales en caso de insolvencia del empresario son parte integrante del bloque básico de la política social de la Unión Europea, atendiendo a sus fines y a su lugar de destino[2]. Por más que, como se ha subrayado con acierto, el Tribunal de Justicia tiene dicho en reiteradas ocasiones que las Directivas citadas tratan de conciliar los intereses de los trabajadores asalariados y las necesidades de un desarrollo económico y social equilibrado, como refiere por ejemplo la STJUE de 24 de noviembre de 2016 (Asunto C-454/2015) cuando subraya que el artículo 8 de la Directiva 2008/94/CE debe interpretarse en el sentido de que no obliga, en caso de insolvencia del empresario, a excluir de la masa concursal las retenciones salariales convertidas en aportaciones a un plan de pensiones de un antiguo empleado, que dicho empresario debió haber ingresado en una cuenta de pensiones en beneficio de tal empleado[3]. Ello es coherente con el hecho de que la intervención normativa de la Unión Europea, desde el referente principal de la insolvencia empresarial, se complete asimismo con otra línea de regulación vinculada propiamente con el Derecho Mercantil, cuyo exponente principal viene dado por el Reglamento

[1] Arufe Varela, 2004, pp. 2160 y ss.; Galiana Moreno, 1988, pp. 105 y ss.; Lopera Castillejo, 2000, pp. 69 y ss.; López-Romero González, 1994, pp. 71 y ss.

[2] García Murcia, 2016, p. 7.

[3] García Murcia, 2018, p. 1019.

(UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia europea transfronteriza y las normas de conflicto en materia laboral. Su objeto consiste, básicamente, en coordinar la activación y la aplicación de los correspondientes procedimientos nacionales, señalando expresamente los protocolos como medida de coordinación e información entre procedimientos de insolvencia transnacionales. Reglamento que, aun siendo una norma mercantil, incorpora no obstante aspectos de índole laboral con implicaciones en las relaciones laborales y en los créditos impagados de los trabajadores en los casos de insolvencia de un único deudor con actividad en varios Estados de la Unión Europea, sensible así con las especificidades que presentan los trabajadores en su condición de acreedores particulares, con la problemática provocada por esa ausencia de uniformidad europea en la materia. Y las consecuencias que ello plantea en términos de valorar la virtualidad del citado Reglamento como instrumento de cooperación en la materia y la problemática derivada de un derecho tradicionalmente imperativo, como ha subrayado la doctrina, interrogándose sobre la propia utilidad de los protocolos de insolvencia internacional como mecanismos de cooperación y coordinación en el ámbito laboral[4].

Por su parte, la materia vinculada con la protección del trabajador ante una hipotética insolvencia del empresario cuenta asimismo con otro referente importante en el ámbito del Derecho internacional, más modesto en sus exigencias que la normativa de la Unión Europea pero más extenso en su irradiación geográfica, como es el Convenio núm. 173 de la OIT sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992[5]. En este sentido, se ha subrayado cómo la relevancia del citado Convenio núm. 173 de la OIT, por contraste con el Convenio núm. 95 de 1 de julio de 1949 sobre protección del salario, se justifica por no focalizar exclusivamente su atención en la protección del crédito salarial mediante un privilegio, protección que no obstante reitera y perfecciona, de manera que incluye otros principios hasta entonces ajenos en alusión a la rehabilitación de empresas insolventes, con una vocación hacia la continuidad de la actividad empresarial frente a su hipotética liquidación, con el beneficio consiguiente para la sociedad y por extensión para los propios trabajadores, consecuente con el mantenimiento del empleo y el impulso de la actividad económica[6]. Circunstancias todas que justifican la consideración positiva del Convenio núm. 173 de la OIT, por su avance respecto de la regulación precedente que contempla el Convenio núm. 95 de la OIT, citado, en paralelo con la perfección del privilegio como método de protección del crédito laboral y la introducción de un nuevo mecanismo a esos efectos, de manera que una institución de garantía asegure el cobro de esos créditos privilegiados en caso de insolvencia del empresario, avance que no desmiente en cualquier caso ni su vocación universal ni

[4] Nogueira Guastavino, 2021, pp. 203 y ss.

[5] Téllez Valle, 2019, pp. 1316 y ss.; Ramos Torres, 1997, pp. 22 y ss.

[6] Téllez Valle, 2019, p. 1318.

su configuración como norma de mínimos[7]. Consideración esta última que actúa a modo de concesión pertinente de cara a su potencial ratificación por el mayor número posible de países, como es pauta común extensible a la generalidad de convenios de la OIT.

De vuelta al ámbito del Derecho de la Unión Europea, sin abandonar esa misma referencia de la protección del trabajador en caso de insolvencia empresarial, debe hacerse mención asimismo a otra iniciativa más reciente en el tiempo, por alusión a la Directiva [UE] 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, *sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 -Directiva sobre reestructuración e insolvencia-*). Por más que la temática abordada por esta última Directiva citada, como se ha adelantado en el apartado introductorio, no se limita únicamente a regular cuestiones laborales, según tendremos ocasión de confirmar en los epígrafes siguientes. Circunstancia ésta que no desdice en cualquier caso su interés desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, en tanto son numerosos los Considerandos y los preceptos de la misma que guardan una vinculación directa o tangencial con el trabajador, en los términos y con el recorrido que se verá.

2.1. Directiva (UE) 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario

El primer texto que debe analizarse de cara a la protección del trabajador en caso de insolvencia empresarial hace referencia a la Directiva (UE) 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, *relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario.* Consciente el legislador europeo de la necesidad de implementar normas para la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario y para garantizarles un mínimo de protección, sobre todo, por lo que se refiere al pago de sus créditos impagados, con el consiguiente deber de los Estados miembros de crear una institución a esos efectos (Considerando 3). De igual manera que conviene a este respecto también, como garantía de una protección equitativa de los trabajadores asalariados afectados, definir el estado de insolvencia según las tendencias legislativas de los Estados miembros, con inclusión asimismo de los procedimientos de insolvencia distintos de la liquidación (Considerando 4). Resulta necesario, asimismo, de cara a la seguridad jurídica de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia de las empresas que ejerzan sus actividades en varios Estados miembros, así como la consolidación de sus derechos, determinar la institución competente para el pago de los créditos impagados de dichos trabajadores, con la consiguiente colaboración entre las administraciones competentes de los Estados

[7] Téllez Valle, 2019, p. 1331.

miembros (Considerando 6). Todo ello es coherente, además, con la posibilidad de los Estados miembros de establecer límites a la responsabilidad de las instituciones de garantía (Considerando 7). Al igual que se declara expresamente la idoneidad del Derecho comunitario para alcanzar el objetivo de la Directiva, en aplicación del principio de subsidiariedad, frente a las insuficiencias de los Estados miembros (Considerando 9). En definitiva, el legislador europeo es plenamente consciente, y así lo manifiesta mediante formulaciones diversas, de que el fenómeno vinculado con la insolvencia del empresario trasciende de la solución potencial que puedan disponer a esos efectos los Estados miembros.

Con estas referencias destacables en el apartado introductorio, la Directiva (UE) 2008/94/CE dedica un primer capítulo al ámbito de aplicación y definiciones (artículos 1 y 2). En efecto, vinculado con el ámbito de aplicación, el artículo 1 se refiere a los créditos en favor de los trabajadores asalariados, derivados de contratos de trabajo o de relaciones laborales, frente a empresarios que se encuentren en estado de insolvencia (artículo 1.1.). Bien que dejando abierta, no obstante, aun con carácter excepcional, la posibilidad de los Estados miembros de excluir del ámbito de aplicación de la Directiva los créditos de determinadas categorías de trabajadores asalariados, siempre que la razón de semejante exclusión sea únicamente la existencia de otras formas de garantía que ofrezcan a los trabajadores afectados una protección equivalente a la que se deriva de la propia Directiva (artículo 1.2). Esto es, se trata de una excepción claramente delimitada respecto a su posible invocación por ese específico motivo, sin margen por tanto para excluir la aplicación de la Directiva con base en una circunstancia distinta. Cuando, además, semejante motivo de excepción puede estar en el origen potencialmente también de eventuales problemas interpretativos a la hora de determinar sobre supuestos concretos el recorrido del concepto de "protección equivalente".

Por su parte, el artículo 2 se ocupa de las definiciones, delimitando de manera bastante precisa el concepto de empresario insolvente, considerando como tal aquel que haya solicitado la apertura de un procedimiento colectivo basado en la insolvencia del empresario, según lo previsto en las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de un Estado miembro, cuando implique el desapoderamiento parcial o total del empresario y el nombramiento de un síndico o persona que ejerza una función similar, seguido de la intervención por parte de la autoridad competente decidiendo la apertura de procedimiento o la comprobación del cierre definitivo de la empresa o centro de trabajo del empresario, junto con la insuficiencia del activo disponible para justificar la apertura del procedimiento. En este sentido, resulta loable el empeño que dedica la Directiva a precisar de manera certera el concepto de "empresario insolvente", como condición para garantizar una aplicación uniforme de la misma en los distintos Estados miembros, al tiempo que requisito imprescindible para preservar la necesaria seguridad jurídica. Como ha subrayado la doctrina, alrededor de la configuración formal del hecho causante, la insolvencia del empresario constituye el presupuesto de intervención

de las instituciones de garantía de los créditos laborales pendientes de pago, si bien precisa formalizarse mediante el correspondiente procedimiento o cuando menos su contraste a cargo de la autoridad competente, del mismo modo que ha sido objeto también de disquisiciones interpretativas la conexión entre la situación de insolvencia y los créditos pendientes de pago, con la consiguiente intervención del Tribunal de Justicia[8].

De esta forma, con la referencia del alcance objetivo cuantitativo de la acción protectora a cargo de las instituciones nacionales de garantía salarial, se pueden citar como aportaciones relevantes, dentro de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la STJUE de 18 de abril de 2013 (Asunto C-247/2012); la STJUE de 28 de noviembre de 2013 (Asunto C-309/2012); la STJUE de 10 de julio de 2014 (Asunto C-198/2013); la STJUE de 25 de noviembre de 2020 (Asunto C-799/2019) y la STJUE de 22 de febrero de 2024 (Asunto C-125/2023).

A continuación, el Capítulo II regula las disposiciones relativas a las instituciones de garantía (artículos 3 a 5). Concretamente, el artículo 3 mandata en primer lugar a los Estados miembros para adoptar las medidas necesarias a fin de que las instituciones de garantía aseguren el pago de los créditos impagados a los trabajadores asalariados que resulten de los contratos de trabajo o de relaciones laborales, con inclusión de las indemnizaciones debidas al término de la relación laboral, cuando así lo disponga el Derecho interno. Por más que, acto seguido, el artículo 4 faculta a los Estados miembros para limitar esa obligación de pago de las instituciones de garantía prevista en el precepto anterior (artículo 4.1). Facultad condicionada, no obstante, de manera que el pago de los créditos impagados por la institución de garantía no podrá ser inferior en cualquier caso a un período correspondiente a la remuneración de los tres últimos meses de la relación laboral (artículo 4.2). Del mismo modo que se matiza igualmente la posibilidad para los Estados miembros de establecer límites a los pagos efectuados por la institución de garantía, no pudiendo ser inferiores a un umbral socialmente compatible con el objetivo social de la propia Directiva (artículo 4.3).

Por su parte, el artículo 5 ordena a los Estados miembros la fijación de las modalidades de la organización, la financiación y el funcionamiento de las instituciones de garantía, más con sujeción en cualquier caso a tres principios como son, por su orden, que el patrimonio de las instituciones sea independiente del capital de explotación de los empresarios y que su constitución impida además un hipotético embargo en el curso de un procedimiento en caso de insolvencia (artículo 5.a); el deber de los empresarios a contribuir a su financiación, salvo que la misma esté garantizada íntegramente por los poderes públicos (artículo 5.b); la obligación de pago de las instituciones, con independencia del cumplimiento de las obligaciones de contribuir a la financiación (artículo 5.c). Directrices comunitarias en materia de garantía salarial, con la referencia de este precepto -artículo 5 de la Directiva 2008/94/CE-, que ofrecen no obstante amplias posibilidades a los

[8] García Murcia, 2018, pp. 1033-1035.

Estados miembros para fijar las modalidades de organización, financiación y funcionamiento de las instituciones de garantía, por mucho que se les impongan en paralelo esas tres exigencias enumeradas de conformidad con el dictado de la norma, como ha subrayado la doctrina[9]. Y directrices que, en todo caso, han sido objeto de interpretación por parte del Tribunal de Justicia, en alusión a la STJCE de 19 de noviembre de 1991 (Asunto C-6/1990 y C-9/1990); la STJCE de 16 de diciembre de 1993 (Asunto C-334/1992); la STJCE de 18 de octubre de 2001 (Asunto C-441/1999); y la STJUE de 10 de julio de 2014 (Asunto C-198/2013).

Más adelante, el Capítulo III lleva por rúbrica "Disposiciones relativas a la Seguridad Social" (artículos 6 a 8). A este respecto, el artículo 6 posibilita que los Estados miembros prevean la inaplicación de los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva a las cotizaciones debidas según los regímenes legales nacionales de Seguridad Social. Si bien, acto seguido, el artículo 7 mandata a los Estados miembros para adoptar las medidas necesarias como garantía ante el impago de cotizaciones obligatorias adeudadas por el empresario en virtud de los regímenes legales nacionales de Seguridad Social, de manera que semejante incumplimiento no tenga efectos perjudiciales en el derecho a prestaciones del trabajador asalariado. De igual forma que el artículo 8 ordena a los Estados miembros adoptar las medidas necesarias para proteger los intereses de los trabajadores asalariados, así como de las personas que han dejado la empresa anteriormente, en la fecha en que se produzca la insolvencia empresarial, con preservación tanto de los derechos adquiridos como de aquellos derechos en curso de adquisición (prestaciones de vejez, prestaciones a favor de los supervivientes…). En este sentido, la doctrina ha reparado cómo, desde su primera versión en 1980, las directrices comunitarias han incluido tradicionalmente, dentro de su acción protectora, determinados derechos de previsión social[10]. Por lo demás, el Tribunal de Justicia ha venido dando respuesta puntual a la distinta casuística planteada sobre la cobertura de aportaciones y prestaciones de previsión social, como la STJUE de 25 de enero de 2007 (Asunto C-278/2005); la STJUE de 25 de abril de 2013 (Asunto C-398/2011); y la STJUE de 24 de noviembre de 2016 (C-454/2015), ya citada en epígrafes anteriores.

Merecen asimismo una atención específica las disposiciones relativas a las situaciones transnacionales, que regula el Capítulo IV (artículos 9 y 10). Concretamente, el artículo 9 determina la institución competente para el pago de los créditos impagados cuando una empresa con actividades en el territorio de al menos dos Estados miembros se encuentre en estado de insolvencia, cuya atribución corresponde a la del Estado miembro en cuyo territorio los trabajadores asalariados ejerzan habitualmente su trabajo (artículo 9.1). De igual modo que la extensión de los derechos de los trabajadores asalariados vendrá determinada asimismo por el derecho por el que se rija la institución de garantía competente (artículo 9.2).

[9] García Murcia, 2018, pp. 1021 y ss.

[10] García Murcia, 2018, p. 1027.

Previsiones éstas que han originado controversias interpretativas, con la consiguiente intervención del Tribunal de Justicia, por alusión a la STJCE de 16 de octubre de 2008 (Asunto C-310/2007)[11] ; la STJUE de 10 de marzo de 2011 (Asunto C-477/2009); y la STJUE de 25 de febrero de 2016 (Asunto C-292/2014). Por su parte, a efectos de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 9, el artículo 10 ordena a los Estados miembros prever el intercambio de información entre las administraciones públicas competentes, con el objetivo último de poner en conocimiento de la institución de garantía competente los créditos impagados de los trabajadores asalariados (artículo 10.1). De manera que corresponde igualmente a los Estados miembros comunicar a la Comisión y a los demás Estados miembros los datos sobre sus administraciones públicas competentes y/o sus instituciones de garantía, información que la Comisión pondrá a disposición del público (artículo 10.2).

Para concluir, el Capítulo V se dedica a las disposiciones generales y finales (artículos 11 a 18). Entre lo más relevante, el artículo 11 señala cómo la Directiva no afectará a la facultad de los Estados miembros para regular condiciones más favorables hacia los trabajadores asalariados. De igual manera que no podrá utilizarse tampoco la Directiva para justificar, por parte de los Estados miembros, una regresión en el nivel general de protección de los trabajadores asalariados, dentro del ámbito cubierto por la misma. A continuación, el artículo 12 señala expresamente las facultades de los Estados miembros que quedan excluidas de afectación por parte de la Directiva, en relación con la adopción de medidas necesarias con el fin de evitar abusos (artículo 12.a); el rechazo o la reducción de la obligación de pago cuando el cumplimiento de la obligación no se justifica por la existencia de vínculos particulares entre el trabajador asalariado y el empresario (artículo 12.b); así como el rechazo o la reducción de la obligación de pago cuando los trabajadores asalariados, o junto con sus parientes próximos, sean propietarios de una parte esencial de la empresa o establecimiento del empresario y ejerzan una influencia considerable en sus actividades (artículo 12.c).

En este orden de cosas, relacionado con el ámbito subjetivo de cobertura de las directrices comunitarias sobre garantía salarial, cabe citar asimismo algún pronunciamiento significativo dentro de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en alusión a la STJCE de 16 de diciembre de 1993 (Asunto C-334/1992); la STJCE de 11 de septiembre de 2003 (Asunto C-201/2001); y la STJUE de 10 de febrero de 2011 (Asunto C-30/2010).

A continuación, el artículo 13 refiere la obligación de los Estados miembros de notificar a la Comisión y a los demás Estados miembros información referida a los procedimientos nacionales de insolvencia que entren en el ámbito de aplicación de la Directiva, así como las ulteriores modificaciones de los mismos. Notificaciones que serán objeto de publicación después por parte de la Comisión en el Diario Oficial de la Unión Europea. De igual modo que el artículo 14 dispone también

[11] Rodríguez Escanciano, 2011, pp. 112 y ss.

la obligación de los Estados miembros de comunicar a la Comisión el texto de la normativa que adopten en el ámbito regulado por la Directiva.

Por su parte, vinculado con las obligaciones de registro y los requisitos de nacionalidad, se puede citar también algún pronunciamiento relevante del Tribunal de Justicia, por alusión a la STJUE de 17 de noviembre de 2011 (Asunto C-435/2010); y la STJUE de 5 de noviembre de 2014 (Asunto C-311/2013).

En definitiva, como se ha subrayado con acierto, con la Directiva (UE) 2008/94/CE el legislador comunitario asume la doble función de armonizar en primer lugar los ordenamientos nacionales mediante esa exigencia de implantación de un instrumento de garantía frente a la insolvencia empresarial, junto con la fijación en segundo lugar de puntos de conexión para determinar tanto la legislación aplicable como la institución de garantía competente en aquellos supuestos donde aparezcan implicados dos o más ordenamientos nacionales, hasta el punto de considerar que la Directiva citada forma parte del bloque básico de la política social de la Unión Europea atendiendo a sus fines y a su lugar de destino [12]

2.2. Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 -Directiva sobre reestructuración e insolvencia-

Como se ha señalado con anterioridad, la protección del trabajador en caso de insolvencia empresarial ha sido objeto de atención en época relativamente reciente, dentro del ámbito de la Unión Europea, por la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, *sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 -Directiva sobre reestructuración e insolvencia-*). Por más que, como se ha significado también, no puede decirse que la caracterización de semejante Texto legal sea exclusiva ni principalmente laboral, si bien la Directiva citada incluye no obstante determinados preceptos con una afectación directa sobre los trabajadores. Circunstancia ésta que justifica su interés también desde la perspectiva del Derecho del Trabajo [13].

Todo ello, en un contexto donde se ha destacado su utilidad como mecanismo para facilitar la ejecución del instrumento de recuperación de la Unión Europea tras

[12] García Murcia, 2016, pp. 4 y ss.

[13] Rojo Torrecilla, 2019a, p. 1.

la crisis del Covid-19 ("Next Generation EU"), en tanto la Directiva (UE) 2019/1023 aparece ubicada espacialmente entre los efectos últimos de la crisis económica y financiera de 2008 y la nueva crisis generada de manera absolutamente sorpresiva como consecuencia del Covid-19, con lo que ello significa asimismo en términos de ampliación improvisada de su virtualidad potencial. Con estos precedentes, la doctrina ha sistematizado en forma de decálogo los principios que caracterizan la Directiva citada, a partir de su configuración general, en alusión por su orden a los conceptos de especialidad; efectividad, bajo ese afán de reducir la obstaculización de un plan de reestructuración; flexibilidad, con fomento de la libertad de elección entre los procedimientos de reestructuración por parte de la empresa deudora; economicidad, mediante la reducción de los costes de la reestructuración y de las "diferencias de nivel" entre los Estados miembros de la Unión Europea para facilitar la reestructuración de grupos internacionales de empresas; viabilidad, con adopción de un proceso "darwinista" de depuración de la especie empresarial; velocidad, mediante la disuasión de la duración excesiva de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas; continuidad, resultado de la conservación por los deudores del control sobre sus activos y la gestión cotidiana de su actividad empresarial; a la búsqueda de un equilibrio entre los derechos del deudor y los derechos de los acreedores, con una referencia particular aquí a los trabajadores; garantía de un principio de transparencia; y sometimiento a control mediante la correspondiente supervisión pública[14].

Por lo demás, como se ha adelantado, las alusiones a materias vinculadas con los derechos de los trabajadores se reiteran en distintos Considerandos dentro del apartado introductorio de la misma, así como en determinados preceptos de su articulado. En concreto, siguiendo a estos efectos la selección efectuada por algún representante de la doctrina[15], dentro de la relación extensa de Considerandos, puede citarse el Considerando 1, en relación con el objetivo declarado de la Directiva para contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior así como la eliminación de obstáculos al ejercicio de las libertades fundamentales como la libertad de circulación de capitales y la libertad de establecimiento derivados de las diferencias entre las normativas y los procedimientos nacionales en materia de reestructuración preventiva, insolvencia, exoneración de deudas e inhabilitación, preservando en cualquier caso los derechos fundamentales y libertades de los trabajadores, con garantía de que las empresas viables con dificultades financieras puedan acceder a marcos nacionales efectivos de reestructuración preventiva que les permitan continuar su actividad, junto con la posibilidad para los empresarios de buena fe insolventes de ver exoneradas sus deudas después de un período de tiempo razonable y tener así una segunda oportunidad, además de la mejora en la eficacia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas a efectos de reducir su duración; el último inciso del Considerando 2,

[14] Tapia Hermida, 2021, pp. 1 y ss.

[15] Rojo Torrecilla, 2019a, pp. 1 y ss.

cuando señala que tales marcos deben ayudar a evitar la pérdida de puestos de trabajo y de conocimientos y competencias así como maximizar el valor total para los acreedores, los propietarios y la economía en su conjunto; a partir del inciso cuarto del Considerando 3, por alusión al deber de proteger en los marcos de reestructuración los derechos de todos los implicados, incluidos los trabajadores, de manera equilibrada, en paralelo con la liquidación rápida de las empresas no viables sin perspectivas de supervivencia, evitando así la acumulación de pérdidas en detrimento de los acreedores, los trabajadores y la economía en su conjunto; lo señalado en los incisos cuarto y quinto, dentro del Considerando 4, cuando especifica que las soluciones preventivas constituyen una tendencia creciente en la normativa sobre insolvencia, favoreciendo planteamientos dirigidos a la recuperación de las empresas que sigan siendo económicamente viables, con el consiguiente mantenimiento de los puestos de trabajo o la reducción de las pérdidas de puestos de trabajo; el considerando 10, cuando señala que toda operación de reestructuración debe basarse en un diálogo con los interesados, abordando tanto la elección de las medidas previstas en relación con los objetivos de la operación de reestructuración como las opciones alternativas, garantizándose una adecuada participación de los representantes de los trabajadores de conformidad con lo dispuesto en el Derecho de la Unión y nacional; el inciso primero del Considerando 16, cuando refiere que la eliminación de los obstáculos a la reestructuración preventiva de deudores viables en dificultades financieras contribuye a minimizar la pérdida de puestos de trabajo y las pérdidas de valor para los acreedores en la cadena de suministro, preservando los conocimientos técnicos y las capacidades, con el beneficio consiguiente de la economía general; el Considerando 23 cuando refiere, bajo el propósito de reforzar el apoyo de los trabajadores y a sus representantes, el deber de los Estados miembros para facilitar a los representantes de los trabajadores el acceso a información pertinente y actualizada sobre la disponibilidad de herramientas de alerta temprana, junto con la asistencia a esos mismos representantes de los trabajadores para la evaluación de la situación económica del deudor; el Considerando 43, cuyos incisos primero y segundo mencionan el derecho de voto sobre la adopción de un plan de reestructuración de los acreedores afectados por un plan de reestructuración, incluidos los trabajadores, y los tenedores de participaciones cuando proceda según la normativa nacional, a salvo la facultad de los Estados miembros para establecer excepciones limitadas a esta norma; el Considerando 48, cuando requiere la confirmación de un plan de reestructuración por una unidad judicial o administrativa como garantía de que la reducción de los derechos de los acreedores y de los tenedores de participaciones resulta proporcional a las ventajas de la reestructuración, preservando el acceso a una tutela judicial efectiva, para puntualizar en el último inciso que únicamente debe exigirse la confirmación de planes que impliquen la pérdida de más del 25 % de la mano de obra cuando la normativa nacional permita que los marcos de reestructuración preventiva dispongan medidas con efecto directo sobre los contratos de trabajo; el Considerando 60, cuando precisa que a

lo largo de todo el procedimiento de reestructuración preventiva los trabajadores deben disfrutar plenamente de la protección del Derecho laboral, con invocación expresa de las Directivas 98/59/CE y 2001/23/CE del Consejo, y las Directivas 2002/14/CE, 2008/94/CE y 2009/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y alusión a la vigencia de las obligaciones relativas a la información y consulta de los trabajadores con arreglo a la normativa nacional de transposición de dichas Directivas, incluida la decisión de recurrir a un marco de reestructuración preventiva; el Considerando 61, relativo al deber de proporcionar a los trabajadores y a sus representantes la información sobre la propuesta de plan de reestructuración cuando así lo disponga el Derecho de la Unión, permitiendo una evaluación en profundidad de las distintas posibilidades, con obligación también de los Estados miembros, para garantizar un nivel adecuado de protección de los trabajadores, de eximir los créditos impagados de los trabajadores de cualquier suspensión de ejecuciones singulares con independencia de si estos créditos tienen su origen con anterioridad o posterioridad a la concesión de la suspensión, de manera que la suspensión de la ejecución de los créditos impagados por los trabajadores solo debe permitirse en las cantidades y durante el período en que el pago de dichos créditos esté eficazmente garantizado a un nivel similar por otros medios con arreglo al Derecho nacional, del mismo modo que si el Derecho nacional establece limitaciones a la responsabilidad de las instituciones de garantía, ya sea en términos de duración de la garantía o del importe abonado a los trabajadores, estos deben poder hacer valer sus créditos adeudados frente al empresario, incluso durante el plazo de suspensión, mientras que alternativamente los Estados miembros podrán excluir los créditos de los trabajadores del ámbito de aplicación de los marcos de reestructuración preventiva y disponer su protección con arreglo a la normativa nacional; y el Considerando 62, al señalar que cuando un plan de reestructuración suponga la transmisión de una parte de una empresa o negocio, los derechos de los trabajadores que resulten de un contrato de trabajo o de una relación laboral, particularmente el derecho a un salario, deben protegerse de conformidad con los artículos 3 y 4 de la Directiva 2001/23/CE, sin perjuicio de las disposiciones específicas que se aplican en caso de procedimiento de insolvencia de conformidad con el artículo 5 de dicha Directiva, de igual modo que quedan a salvo los derechos de información y consulta garantizados por la Directiva 2002/14/CE, específicamente sobre aquellas decisiones que pudieran provocar cambios sustanciales en cuanto a la organización del trabajo y a los contratos de trabajo con vistas a llegar a un acuerdo sobre tales decisiones, al tiempo que se preserva también el derecho de voto de los trabajadores cuyos créditos resulten afectados por un plan de reestructuración en relación con dicho plan, con posibilidad para los Estados miembros de clasificar a los trabajadores en una categoría separada de otras categorías de acreedores.

Se confirma entonces cómo son muchos -y variados- los Considerandos de la Directiva (UE) 2019/1023 donde se incluye una mención directa o tangencial,

según qué casos, a los trabajadores. Apelaciones que deberían tener, siguiendo esa misma lógica, su materialización correspondiente en los preceptos que componen el Texto legal citado, como sucede en efecto en relación con una selección concreta de materias, por alusión al objeto y ámbito de aplicación (artículo 1); las definiciones (artículo 2.1.1, 2.1.2, 2.1.9 y 2.2); la alerta temprana y acceso a la información (artículo 3.3 y 3.5); la suspensión de las ejecuciones singulares (artículo 6.1, 6.2 y 6.5); el contenido de los planes de reestructuración (artículo 8.1.g -i, ii, iii, iv-); la confirmación de los planes de reestructuración (artículo 10.1.c); los trabajadores (artículo 13); y la protección de otras operaciones relacionadas con la reestructuración (artículo 18.1 y 18.4.c) y d).

En concreto, el artículo 1 cuando, bajo la rúbrica de "Objeto y ámbito de aplicación", incorpora en su redacción una habilitación expresa a los Estados miembros para, si así lo quieren, excluir de los marcos de reestructuración preventiva los créditos existentes o futuros de antiguos trabajadores o de trabajadores actuales, cuando refiere que *"Los Estados miembros podrán disponer que los siguientes créditos queden excluidos o no se vean afectados por los marcos de reestructuración preventiva a que se refiere el apartado 1, letra a): a) los créditos existentes o futuros de antiguos trabajadores o de trabajadores actuales"* (artículo 1.1.5.a). Complementado además con una previsión expresa, bajo términos imperativos, mediante un mandato a los Estados miembros para garantizar en todo caso que los marcos de reestructuración preventiva no tengan una repercusión negativa en los derechos de pensión de jubilación devengados (artículo 1.1.6).

El repaso de los preceptos con una afectación directa o tangencial en materia laboral prosigue con el artículo 2 cuando, bajo la denominación de "Definiciones", afirma que *"1. A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por: 1) «reestructuración»: aquellas medidas destinadas a la reestructuración de la empresa del deudor que incluyen la modificación de la composición, las condiciones o la estructura de los activos y del pasivo o cualquier otra parte de la estructura del capital del deudor, como las ventas de activos o de partes de la empresa y, cuando así lo disponga la normativa nacional, la venta de la empresa como empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario o una combinación de estos elementos; 2) «partes afectadas»: los acreedores, incluidos, cuando proceda con arreglo a la normativa nacional, los trabajadores o las categorías de acreedores y, cuando proceda con arreglo a la normativa nacional, los tenedores de participaciones cuyos créditos o intereses respectivamente se vean directamente afectados por un plan de reestructuración; … 9) «empresario»: toda persona física que ejerza una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional;… 2. A efectos de la presente Directiva, los siguientes conceptos se entenderán según la definición de la normativa nacional: a) insolvencia; b) insolvencia inminente; c) microempresas y pequeñas y medianas empresas (denominadas conjuntamente, «pymes»)"*. Selección donde destaca, como se ha visto, la inclusión en el apartado dedicado a las "partes afectadas" de una mención expresa a los trabajadores dentro de los acreedores, con la salvedad de

que así lo reconozca la normativa nacional (artículo 2.1.2). Por más que también alcanzan una repercusión evidente sobre los derechos de los trabajadores, a los efectos que analizamos, los conceptos respectivos que cita la norma en relación con la "reestructuración" (artículo 2.1.1) y el "empresario" (artículo 2.1.9), en los términos y con el recorrido que se ha visto.

El artículo 3, con la rúbrica de "Alerta temprana y acceso a la información", señala en su apartado 3 que *"Los Estados miembros garantizarán que los deudores y los representantes de los trabajadores tengan acceso a información pertinente y actualizada sobre la disponibilidad de herramientas de alerta temprana, así como de procedimientos y medidas de reestructuración y exoneración de deudas"*. Para referir después, en su apartado 5, cómo *"Los Estados miembros podrán proporcionar apoyo a los representantes de los trabajadores para evaluar la situación económica del deudor"*. Previsiones ambas, vinculadas con los representantes de los trabajadores, que responsabilizan a los Estados miembros mediante esa doble fórmula, de modo que aquellos estén en condiciones de ejercitar correctamente sus funciones dentro de esa difícil coyuntura empresarial a través de un acceso adecuado a la información sobre cuestiones que atañen a la propia viabilidad de empresa.

Más adelante, el artículo 6, en relación con la "Suspensión de las ejecuciones singulares", refiere en lo que nos interesa cómo *"1. Los Estados miembros velarán por que el deudor pueda disfrutar de una suspensión de las ejecuciones singulares para favorecer las negociaciones de un plan de reestructuración en un marco de reestructuración preventiva. Los Estados miembros podrán prever que las autoridades judiciales o administrativas puedan denegar una suspensión de las ejecuciones singulares cuando esta no sea necesaria o cuando no cumpla el objetivo establecido en el párrafo primero. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados 4 y 5, los Estados miembros velarán por que una suspensión de ejecuciones singulares pueda abarcar a todas las categorías de créditos, incluidos los créditos garantizados y los créditos preferentes. … 5. El apartado 2 no se aplicará a los créditos de los trabajadores. Como excepción a lo dispuesto en el párrafo primero, los Estados miembros podrán aplicar el apartado 2 a los créditos de los trabajadores, siempre y en la medida en que se aseguren de que el pago de dichos créditos esté garantizado mediante marcos de reestructuración preventiva en un grado de protección similar"*. Regulación que manifiesta el cuidado especial que pone el legislador para que la posibilidad de suspender las ejecuciones singulares, al modo y con la finalidad que se regula en la norma, no repercuta negativamente sobre los créditos de los trabajadores, dando soporte para una eventual huida de la responsabilidad empresarial. En definitiva, dichos créditos se reivindican como un referente específico a considerar, importante, dentro de ese delicado equilibrio que supone posibilitar la suspensión de las ejecuciones singulares, por un lado, como sacrificio para ayudar a un eventual acuerdo de reestructuración preventiva, por otro lado.

A continuación, el artículo 8, dedicado al "Contenido de los planes de reestructuración", señala que *"1. Los Estados miembros exigirán que los planes de*

reestructuración presentados para su adopción de conformidad con el artículo 9 o para su confirmación por una autoridad judicial o administrativa de conformidad con el artículo 10 contengan, como mínimo, la información siguiente: … g) las condiciones del plan de reestructuración, incluidas en particular: i) cualquier medida de reestructuración propuesta tal como se define en el artículo 2, apartado 1, punto 1; ii) en su caso, la duración propuesta de las medidas de reestructuración propuestas; iii) las disposiciones en materia de información y consulta de los representantes de los trabajadores, con arreglo al Derecho de la Unión y nacional; iv) en su caso, las consecuencias globales para el empleo, como despidos, acuerdos sobre jornadas reducidas o medidas similares". Se señalan entonces, en coherencia con el mandato de la norma a partir de los términos transcritos, determinadas previsiones vinculadas directa o indirectamente con cuestiones laborales, bajo ese régimen de inclusión imperativa, de cara a la implementación de los planes de reestructuración.

Merece citarse igualmente el artículo 10 cuando, bajo la rúbrica de "Confirmación de los planes de reestructuración", afirma que "*1. Los Estados miembros garantizarán que, como mínimo, los siguientes planes de reestructuración sean vinculantes para las partes únicamente si han sido confirmados por una autoridad judicial o administrativa: … c) los planes de reestructuración que impliquen la pérdida de más del 25 % del personal si la normativa nacional lo permitiese*". De este modo, el volumen del empleo perdido se reivindica como un referente obligado a considerar de cara a la confirmación de los planes de reestructuración por parte de la autoridad judicial o administrativa, condicionado en cualquier caso a que la normativa nacional lo permita, cuando suponga la pérdida de más del 25 por ciento del personal. Referencia al empleo perdido que merece por tanto una valoración positiva, como factor que no puede obviarse en cualquier caso dentro de un plan de reestructuración.

El siguiente precepto destacable a los efectos que nos interesan es el artículo 13, dedicado por entero a materias laborales bajo esa denominación de "Trabajadores", por más que las cuestiones vinculadas directa o tangencialmente con la parcela laboral, como se viene analizando, tengan otras manifestaciones puntuales a lo largo de la Directiva (UE) 2019/1023, aunque de relevancia desigual. Afirma que "*1. Los Estados miembros garantizarán que no se vean afectados por el marco de reestructuración preventiva los derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la normativa laboral de la Unión y nacional, tales como: a) el derecho de negociación colectiva y de acción sindical, y b) el derecho de información y consulta de conformidad con las Directivas 2002/14/CE y 2009/38/CE, en particular: i) información a los representantes de los trabajadores sobre la evolución reciente y probable de la empresa o la creación de actividades y la situación económica, que les permita comunicar al deudor preocupación por la situación de la empresa y por lo que respecta a la necesidad de estudiar mecanismos de reestructuración, ii) información a los representantes de los trabajadores sobre cualquier procedimiento de reestructuración preventiva que pueda repercutir en el empleo, como en la capacidad*

de los trabajadores de cobrar sus salarios y cualquier pago futuro, incluidas pensiones de jubilación, iii) información y consulta a los representantes de los trabajadores sobre planes de reestructuración antes de que se presenten para su adopción de conformidad con el artículo 9, o para su confirmación por una autoridad judicial o administrativa de conformidad con el artículo 10; c) los derechos garantizados por las Directivas 98/59/CE, 2001/23/CE y 2008/94/CE. 2.Cuando el plan de reestructuración incluya medidas que conduzcan a modificar la organización del trabajo o las relaciones contractuales con los trabajadores, tales medidas serán aprobadas por dichos trabajadores, cuando la normativa nacional o los convenios colectivos prevean tal aprobación en esos casos". La dispersión evidenciada a lo largo de la Directiva (UE) 2019/1023 en relación con el tratamiento de las cuestiones laborales, no obsta para que merezca una valoración positiva la inclusión por el legislador de un precepto específico dedicado a los trabajadores, por su contribución a conjugar algunos de los peligros potenciales que se ciernen sobre la posición del trabajador como consecuencia de la activación de ese marco de reestructuración preventiva.

Para concluir, el artículo 18 regula la "Protección de otras operaciones relacionadas con la reestructuración", señalando -en lo que nos interesa- que "*1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17, los Estados miembros garantizarán que, en caso de una posterior insolvencia del deudor, las operaciones que sean razonables y necesarias inmediatamente para la negociación de un plan de reestructuración no puedan ser declaradas nulas, anulables o inejecutables por el motivo de que dichas operaciones sean perjudiciales para el conjunto de los acreedores, a no ser que concurran otros motivos adicionales establecidos en la normativa nacional". … 4. Las operaciones mencionadas en el apartado 1 incluirán como mínimo las siguientes: … c) el pago de los salarios de los trabajadores por trabajos ya realizados, sin perjuicio de otra protección que se establezca en la normativa de la Unión o nacional; d) cualquier otro pago y desembolso efectuados en el curso normal de la actividad de la empresa distintos de aquellos mencionados en las letras a) a c)".* Previsiones que suponen, por tanto, vinculado con la materia que analizamos, una garantía adicional respecto al pago de los salarios de los trabajadores por trabajos ya realizados. Obligación de garantía dirigida en última instancia como se ha visto a los Estados miembros, para aquellos supuestos de una posterior insolvencia del empresario. En definitiva, una muestra más, positiva, de la sensibilidad que exhibe el legislador a la hora de preservar desde muy distintas posiciones el pago de los salarios de los trabajadores, atendiendo a su condición de "acreedores débiles" frente al deudor empresario, de manera que la restitución de los mismos no venga frustrada por cualesquiera eventualidades que puedan concurrir con la implementación de esos procesos de reestructuración preventiva.

En definitiva, referencias todas las transcritas con implicaciones claras en materia laboral que confirman la conexión de la Directiva (UE) 2019/1023 con el Derecho del Trabajo, en línea con lo adelantado en nuestro epígrafe introductorio.

3. Directiva de protección de denunciantes (Directiva [UE] 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión)

Reiterando idéntica sistemática a la seguida en el epígrafe anterior, una nueva manifestación donde interaccionan la organización empresarial y los efectos sobre la prestación de trabajo se refiere a la protección de denunciantes, con la cobertura que ofrece a este respecto, dentro del ámbito de la Unión Europea, la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, *relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión*. En línea con la dimensión de la Directiva analizada en el epígrafe anterior (Directiva [UE] 2019/1023), la caracterización de la Directiva (UE) 2019/1937 comparte la nota de no ser tampoco una Directiva exclusiva ni preponderantemente laboral, con repercusiones así sobre los derechos de las personas informantes de las infracciones y de las obligaciones de los poderes públicos y de las empresas para abrir canales que posibiliten la presentación de denuncias sin el temor de represalias a sufrir por quienes las realicen. Lo cual no desmiente, en cualquier caso, la inclusión de distintos contenidos de interés desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, susceptibles de impactar de manera importante sobre las relaciones laborales en las empresas[16].

En efecto, la ubicación respectiva de trabajador y empresario dentro de la dinámica propia del contrato de trabajo, vinculado con la temática que regula la Directiva (UE) 2019/1937 sobre protección de denunciantes, informantes o alertadores, configura un espacio singular donde asumen una posición específica los distintos equilibrios a conjugar. En definitiva, como ha señalado la doctrina, se debe ponderar el interés en que sean objeto de denuncia por los trabajadores las violaciones de las reglas legales y los comportamientos corruptos o deshonestos susceptibles de provocar daños a terceros por parte de las empresas, por un lado, con el respeto de la "confianza ética" del empresario en el trabajador con ocasión de la ejecución de la prestación laboral[17].

Inclusión de materias de índole laboral, en el doble ámbito sustantivo y procesal que, con la referencia puesta en la Directiva (UE) 2019/1937, se mencionan tanto en algunos Considerandos del apartado introductorio como en determinados preceptos de su articulado. A este respecto, secundando la selección efectuada por la doctrina[18], puede mencionarse en primer lugar:

– el Considerando 1, cuando afirma que las personas que trabajan para una organización pública o privada o están en contacto con ella en el

[16] Rojo Torrecilla, 2019b, p. 1.

[17] Mercader Uguina, 2020, p. 1.

[18] Rojo Torrecilla, 2019b, pp. 1 y ss.

contexto de sus actividades laborales son a menudo las primeras en tener conocimiento de amenazas o perjuicios para el interés público surgidas en ese contexto, de manera que al informar sobre infracciones del Derecho de la Unión que son perjudiciales para el interés público dichas personas actúan como denunciantes (en inglés conocidas coloquialmente por whistleblowers) y por ello desempeñan un papel clave a la hora de descubrir y prevenir esas infracciones y de proteger el bienestar de la sociedad, si bien los denunciantes potenciales suelen renunciar a informar sobre sus preocupaciones o sospechas por temor a represalias, por lo que resulta preciso cada vez un mayor reconocimiento, a escala tanto de la Unión como internacional, de la importancia que tiene prestar una protección equilibrada y efectiva a los denunciantes;

– el Considerando 21, cuando señala que la presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de la protección otorgada a los trabajadores por informar sobre infracciones del Derecho de la Unión en materia laboral, específicamente, en el ámbito de la salud y la seguridad en el trabajo, el artículo 11 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, que obliga a los Estados miembros a velar por que los trabajadores o los representantes de los trabajadores no sufran perjuicios a causa de sus peticiones o propuestas a los empresarios para que tomen medidas adecuadas de cara a paliar cualquier riesgo para los trabajadores o eliminar las fuentes de riesgo, con derecho a plantear cuestiones ante la autoridad competente de considerar que las medidas adoptadas y los medios utilizados por el empresario no son suficientes para garantizar la seguridad y la salud en el trabajo;

– el Considerando 29, cuando puntualiza que la presente Directiva no debe afectar a las normas nacionales sobre el ejercicio de los derechos de información, consulta y participación en las negociaciones colectivas de los representantes de los trabajadores ni a sus derechos en materia de defensa de los trabajadores, sin perjuicio del nivel de protección otorgado en virtud de la presente Directiva;

– el Considerando 31, cuando señala que las personas que comunican información sobre amenazas o perjuicios para el interés público obtenida en el marco de sus actividades laborales hacen uso de su derecho a la libertad de expresión, consagrado en el artículo 11 de la Carta y en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales;

– el Considerando 32, cuando refiere como requisito para gozar de protección al amparo de la Directiva examinada, que los denunciantes tengan motivos razonables para creer, a la luz de las circunstancias y de la información de que dispongan en el momento de la denuncia, que los

hechos denunciados son ciertos, requisito que actúa como salvaguardia esencial frente a denuncias malintencionadas, frívolas o abusivas, para garantizar que quienes, en el momento de denunciar, comuniquen deliberada y conscientemente información incorrecta o engañosa no gocen de protección, requisito que garantiza además el mantenimiento de la protección cuando el denunciante comunica información inexacta sobre infracciones por error cometido de buena fe, de igual modo que los motivos de los denunciantes al denunciar deben ser irrelevantes para determinar si esas personas deben recibir protección;

- el Considerando 36, al afirmar que las personas necesitan protección jurídica específica cuando obtienen la información que comunican con motivo de sus actividades laborales y, por tanto, corren el riesgo de represalias laborales, por ejemplo, por incumplir la obligación de confidencialidad o de lealtad, atendida su posición de vulnerabilidad económica frente a la persona de la que dependen de facto a efectos laborales, de forma que cuando no exista tal desequilibrio de poder relacionado con el trabajo, por ejemplo, en el caso de demandantes ordinarios o testigos, no es necesaria la protección frente a represalias;
- el Considerando 37, cuando precisa que la ejecución efectiva del Derecho de la Unión exige otorgar protección a la gama más amplia posible de categorías de personas que, independientemente de que sean ciudadanos de la Unión o nacionales de un tercer país, en virtud de sus actividades laborales, con independencia de su naturaleza y de si son retribuidas, disponen de un acceso privilegiado a información sobre infracciones que redundaría en interés de los ciudadanos denunciar y que pueden sufrir represalias si lo hacen, con el consiguiente deber para los Estados miembros de garantizar que la necesidad de protección se determina atendiendo a todas estas circunstancias enumeradas y no solo a la naturaleza de la relación;
- el Considerando 38, cuando afirma que la protección debe aplicarse en primer lugar a la persona que tenga la condición de "trabajador" en el sentido del artículo 45.1 del TFUE, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia, es decir, a la persona que lleva a cabo, durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo su dirección, determinadas prestaciones a cambio de una retribución, con inclusión por tanto también de los trabajadores que se encuentran en relaciones laborales atípicas, incluidos los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores con contratos de duración determinada, así como a las personas con un contrato de trabajo o una relación laboral con una empresa de trabajo temporal, relaciones laborales precarias en las que las formas habituales de protección frente a un trato injusto resultan a menudo difíciles de

aplicar, además de los funcionarios, los empleados del servicio público y cualquier otra persona que trabaje en el sector público;

– el Considerando 39, cuando apunta que la protección debe extenderse también a otras categorías de personas físicas que, sin ser "trabajadores" en el sentido del artículo 45.1 del TFUE, puedan desempeñar un papel clave a la hora de denunciar infracciones del Derecho de la Unión y encontrarse en una situación de vulnerabilidad económica en el contexto de sus actividades laborales, como pueden ser los proveedores, los consultores, los trabajadores que prestan servicios por cuenta propia, los profesionales autónomos, los contratistas y subcontratistas, los accionistas, las personas cuya relación laboral ha terminado y los aspirantes a un empleo o las personas que buscan prestar servicios en una organización;

– el Considerando 40, cuando señala que una protección eficiente de los denunciantes implica también la protección de otras categorías de personas que, aunque no dependan económicamente de sus actividades laborales, pueden no obstante sufrir represalias por denunciar infracciones, en alusión a las represalias contra voluntarios y trabajadores en prácticas que perciben o no una remuneración, como sería prescindir de sus servicios, dar referencias de trabajo negativas o dañar de algún modo su reputación o sus perspectivas profesionales;

– el Considerando 41, cuando alude respecto a las represalias indirectas el deber de facilitar protección frente a medidas de represalia tomadas no solo directamente contra el propio denunciante, sino también aquellas que puedan tomarse indirectamente, incluso contra facilitadores, compañeros de trabajo o familiares del denunciante que también mantengan una relación laboral con el empresario, o los clientes o destinatarios de los servicios del denunciante, de igual forma que las represalias indirectas incluyen asimismo acciones tomadas contra la entidad jurídica de la que el denunciante sea propietario, para la que trabaje o con la que esté relacionado de otra forma en un contexto laboral, como la denegación de prestación de servicios, la inclusión en listas negras o el boicot a su actividad empresarial;

– el Considerando 44, requiriendo la existencia de una relación estrecha entre la denuncia y el trato desfavorable sufrido directa o indirectamente por el denunciante, para que dicho trato desfavorable sea considerado una represalia y el denunciante pueda gozar de protección jurídica al respecto, con utilización de una definición amplia de represalia que comprenda todo acto u omisión producida en un contexto laboral y que les cause un perjuicio, sin que todo ello resulte impeditivo para

la toma de decisiones por parte de los empresarios mientras no sean consecuencia de la denuncia o la revelación pública;

- el Considerando 45, cuando expone que la protección frente a represalias como medio de salvaguardar la libertad de expresión y la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación debe otorgarse tanto a las personas que comunican información sobre actos u omisiones en una organización (denuncia interna) o a una autoridad externa (denuncia externa) como a las personas que ponen dicha información a disposición del público, por ejemplo, directamente a través de plataformas web o de redes sociales, o a medios de comunicación, cargos electos, organizaciones de la sociedad civil, sindicatos u organizaciones profesionales y empresariales;
- el Considerando 48, cuando refiere para el caso de entidades jurídicas del sector privado la obligación de establecer canales de denuncia interna, en proporción con su tamaño y el nivel de riesgo que sus actividades suponen para el interés público, de manera que las empresas con 50 o más trabajadores deben estar sujetas a la obligación de establecer canales de denuncia interna, con independencia de la naturaleza de sus actividades, sobre la base de su deber de recaudar el IVA, en paralelo con la posibilidad para los Estados miembros, tras una evaluación adecuada del riesgo, de exigir también a otras empresas el establecimiento de canales de denuncia interna en casos específicos, por ejemplo, debido a riesgos importantes derivados de sus actividades;
- el Considerando 49, cuando señala la compatibilidad de la Directiva con la posibilidad de los Estados para alentar a las entidades jurídicas del sector privado con menos de 50 trabajadores el establecimiento de canales de denuncia interna y seguimiento, incluso con previsión de requisitos menos preceptivos que los dispuestos en la Directiva, siempre que garanticen la confidencialidad y el seguimiento diligente de la denuncia;
- el Considerando 54, cuando acepta la autorización a terceros para recibir denuncias de infracciones en nombre de entidades jurídicas de los sectores privado y público, siempre que ofrezcan garantías adecuadas de respeto de la independencia, la confidencialidad, la protección de datos y el secreto, pudiendo tener esa condición de terceros los proveedores de plataformas de denuncia externa, asesores externos, auditores, representantes sindicales o representantes de los trabajadores;
- el Considerando 55, cuando previene el deber de los procedimientos de denuncia interna de permitir a entidades jurídicas del sector privado la recepción e investigación con total confidencialidad de las denuncias de los trabajadores de la entidad y de sus filiales (grupo), así como en

la medida de lo posible, de cualquiera de los agentes y proveedores del grupo y de cualquier persona que acceda a la información a través de sus actividades laborales relacionadas con la entidad y el grupo;

– el Considerando 87, cuando refiere el deber de protección de los denunciantes contra toda forma de represalia, ya sea directa o indirecta, que se tome, se aliente o se tolere por su empresario o por los clientes o destinatarios de servicios y por personas que trabajen por cuenta o en nombre de estas, incluidos por ejemplo los compañeros de trabajo y directivos de la misma organización o de otras organizaciones con las que el denunciante esté en contacto en el contexto de sus actividades laborales; el Considerando 91, disponiendo la imposibilidad de ampararse en las obligaciones legales o contractuales de las personas, como las cláusulas de fidelidad o los acuerdos de confidencialidad y no revelación para impedir las denuncias, para denegar la protección o para penalizar a los denunciantes por haber comunicado información sobre infracciones o haber efectuado una revelación pública cuando facilitar la información que entre dentro del alcance de dichas cláusulas y acuerdos sea necesario para revelar la infracción, en cuyo caso los denunciantes no deben incurrir en responsabilidad alguna, ya sea civil, penal, administrativa o laboral, protección que sin embargo no debe hacerse extensiva a la información superflua que la persona hubiera revelado sin tener dichos motivos fundados;

– el Considerando 92, al especificar que cuando el denunciante hubiera adquirido la información sobre las infracciones denunciadas o los documentos que la contienen, o hubiera obtenido acceso a dicha información o dichos documentos, debe gozar de inmunidad frente a dicha responsabilidad, del mismo modo que los denunciantes deben gozar asimismo de inmunidad cuando la adquisición de la información o los documentos o la obtención de acceso a ellos pudiera generar responsabilidades de tipo civil, administrativo o laboral, por ejemplo cuando el denunciante hubiera obtenido la información accediendo a mensajes de correo electrónico de un compañero o consultando documentos que no utiliza habitualmente en el marco de su trabajo, o fotografiando los locales de la organización, o entrando en lugares a los que no suele tener acceso;

– el Considerando 94, cuando subraya que más allá de una prohibición expresa de represalias establecida legalmente, es fundamental que los denunciantes que sufran represalias tengan acceso a vías de recurso y a indemnización, de manera que el recurso adecuado en cada caso debe determinarse en función del tipo de medidas de represalia sufridas, y el daño o perjuicio causado en tales casos debe ser indemnizado íntegramente de conformidad con el Derecho nacional, si bien el recurso

adecuado puede tomar la forma de acciones de reintegración, por ejemplo, en caso de despido, traslado o degradación, o de congelación de formaciones o ascensos, o de restauración de un permiso, licencia o contrato anulados, indemnización por pérdidas económicas presentes y futuras, por ejemplo, por pérdida de salarios debidos, pero también por futuras pérdidas de ingresos, gastos relacionados con un cambio de trabajo, e indemnización por otros perjuicios económicos, como gastos jurídicos y costes de tratamiento médico, y por daños morales, como por ejemplo, el dolor y el sufrimiento;

- el Considerando 95, cuando sostiene que si bien los tipos de acciones legales pueden variar entre sistemas jurídicos, deben garantizar que la indemnización o reparación sea real y efectiva, de forma que sea proporcionada respecto del perjuicio sufrido y que sea disuasoria, con mención en este contexto de los principios del pilar europeo de derechos sociales, en particular el principio número 7, por el cual *"antes de proceder a un despido, los trabajadores tienen derecho a ser informados de los motivos de este y a que se les conceda un plazo razonable de preaviso. Tienen derecho a acceder a una resolución de litigios efectiva e imparcial y, en caso de despido injustificado, tienen derecho a reparación, incluida una indemnización adecuada*", advertido no obstante que los recursos previstos en el plano nacional no deben disuadir a denunciantes potenciales futuros;
- el Considerando 96, cuando destaca la especial importancia para los denunciantes de las medidas provisionales a la espera de la resolución del proceso judicial, que puede prolongarse, particularmente, la posibilidad de los denunciantes de acogerse a medidas provisionales tal como se establezcan en Derecho nacional, para poner fin a amenazas, tentativas o actos continuados de represalia, como el acoso, o para prevenir formas de represalia como el despido, que puede ser difícil de revertir una vez transcurrido un largo período y arruinar económicamente a una persona, una perspectiva que puede disuadir eficazmente a denunciantes potenciales;
- y el Considerando 98, cuando concreta que las personas que revelan secretos comerciales de los que hayan tenido conocimiento en un contexto laboral deben gozar únicamente de la protección que otorga la Directiva que examinamos, incluso no incurrir en responsabilidad civil, siempre que cumplan las condiciones establecidas en ella, incluida la de que la revelación fuera necesaria para poner de manifiesto una infracción que entre en el ámbito de aplicación material de la propia Directiva, de forma que cuando se cumplan dichas condiciones se ha de considerar que la revelación de un secreto comercial está "permitida"

por el Derecho de la Unión en el sentido del artículo 3.2 de la Directiva (UE) 2016/943.

El elenco amplio de Considerandos enumerados con una vinculación directa o tangencial con la materia laboral, según los términos que se han visto, justifica ampliamente su interés desde la óptica del Derecho del Trabajo. Relación con la parcela laboral que confirman después distintos preceptos de la Directiva (UE) 2019/1937, atendido el presupuesto sobre el que se asienta, en orden a la tutela del interés público, como se deduce de su artículo 1 cuando, bajo la rúbrica de "Objeto", llama a *"… reforzar la aplicación del Derecho y las políticas de la Unión en ámbitos específicos mediante el establecimiento de normas mínimas comunes que proporcionen un elevado nivel de protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión"* . Previsión que subraya la configuración de la Directiva citada como norma de mínimos, según ha reconocido la doctrina[19], debiendo ponerse además en relación con lo expresado en el Considerando 1 y su apelación a la tutela del interés público como presupuesto sobre el que se asienta la propia Directiva, de manera que la noción de "interés público" subyace a las relaciones trabajador empresa[20].

Lo mismo que sucede con su artículo 2, por alusión al "ámbito de aplicación material", cuyo contenido debe conectarse a su vez con lo dispuesto en el Considerando 106, de manera que el objeto de la denuncia debe consistir en cualesquiera infracciones de alguno de los ámbitos del Derecho de la Unión, el denunciante debe trabajar en el sector público o privado y haber obtenido la información sobre infracciones en un contexto laboral, la información sobre infracciones debe ser veraz y la denuncia debe haberse producido a través de los canales de información establecidos[21].

Con estos antecedentes, merecen destacarse determinados preceptos de la Directiva (UE) 2019/1937, en referencia a cuestiones como su relación con otros actos de la Unión y disposiciones nacionales (artículo 3.4); el ámbito de aplicación personal (artículo 4); las definiciones (artículo 5.7-9); la obligación de establecimiento de canales de denuncia interna (artículo 8); el deber de confidencialidad (artículo 16.1 y 2); la prohibición de represalias (artículo 19); las medidas de protección frente a represalias (artículo 21.5-7); las sanciones (artículo 23); la prohibición de renuncia a los derechos y vías de recurso (artículo 24); o la transición y período transitorio (artículo 26.1 y 2).

En concreto, el artículo 3, bajo la rúbrica de "Relación con otros actos de la Unión y disposiciones nacionales", señala en su apartado 4 que *"La presente Directiva no afectará a las normas nacionales relativas al ejercicio del derecho de los trabajadores a consultar a sus representantes o sindicatos, a la protección*

[19] Mercader Uguina, 2020, p. 2.

[20] García-Perrote Escartín y Mercader Uguina, 2020, p. 14; Mercader Uguina, 2020, p. 3.

[21] Mercader Uguina, 2020, pp. 2-6.

frente a posibles medidas perjudiciales injustificadas derivadas de tales consultas ni a la autonomía de los interlocutores sociales y su derecho a celebrar convenios colectivos. Ello se entenderá sin perjuicio del nivel de protección otorgado por la presente Directiva". De esta forma, la norma transcrita se ocupa, con buen criterio, de delimitar aquellos espacios respectivos que ocupan la Directiva de referencia y las disposiciones nacionales, vinculado siempre con la materia examinada, evitando posibles escenarios de interferencia entre ambos niveles normativos, de manera que la Directiva no sirva de coartada para eliminar -ni restar- efectividad a esas normas nacionales.

Por su parte, el artículo 4 se refiere al "Ámbito de aplicación personal", cuando afirma que *"La presente Directiva se aplicará a los denunciantes que trabajen en el sector privado o público y que hayan obtenido información sobre infracciones en un contexto laboral, incluyendo, como mínimo, a: a) las personas que tengan la condición de trabajadores en el sentido del artículo 45, apartado 1, del TFUE, incluidos los funcionarios; b) las personas que tengan la condición de trabajadores no asalariados, en el sentido del artículo 49 del TFUE; c) los accionistas y personas pertenecientes al órgano de administración, dirección o supervisión de una empresa, incluidos los miembros no ejecutivos, así como los voluntarios y los trabajadores en prácticas que perciben o no una remuneración; d) cualquier persona que trabaje bajo la supervisión y la dirección de contratistas, subcontratistas y proveedores"* (artículo 4.1) -apartado éste que debe ponerse en conexión, a su vez, con lo expresado en el Considerando 42-; para señalar a continuación que "*La presente Directiva también se aplicará a los denunciantes cuando comuniquen o revelen públicamente información sobre infracciones obtenida en el marco de una relación laboral ya finalizada*" (artículo 4.2) - apartado que conecta igualmente con lo dicho en el Considerando 32-; se añade después que "*La presente Directiva también se aplicará a los denunciantes cuya relación laboral todavía no haya comenzado, en los casos en que la información sobre infracciones haya sido obtenida durante el proceso de selección o de negociación precontractual*" (artículo 4.3) -cuyo contenido tiene relación asimismo con lo referido en los Considerandos 2 y 3-; para subrayar luego que "*Las medidas de protección del denunciante previstas en el capítulo VI también se aplicarán, en su caso, a: a) los facilitadores; b) terceros que estén relacionados con el denunciante y que puedan sufrir represalias en un contexto laboral, como compañeros de trabajo o familiares del denunciante, y; c) las entidades jurídicas que sean propiedad del denunciante, para las que trabaje o con las que mantenga cualquier otro tipo de relación en un contexto laboral*" (artículo 4.4)[22].

En definitiva, el contenido dado al precepto transcrito evidencia claramente la voluntad inequívoca del legislador de regular el ámbito de aplicación personal de la Directiva desde una perspectiva amplia, atendido todo ese elenco heterogéneo de supuestos incluidos de manera expresa bajo el manto de protección de la misma. Opción que merece en nuestro parecer una valoración positiva, coherente con las

[22] García-Perrote Escartín y Mercader Uguina, 2020, pp. 14-16.

muchas posibilidades que tiene el empresario desde su posición de superioridad para materializar esas hipotéticas represalias, con independencia de la centralidad -o menos- que ocupe en cada caso la relación laboral, según el tipo de vinculación existente entre el denunciante y el empresario. De forma que la alternativa de configurar un ámbito de aplicación personal de la Directiva más restringido hubiera dejado seguramente fuera de su virtualidad potencial numerosos supuestos, con lo que ello supondría en términos de limitación de su propia efectividad.

Acto seguido, el artículo 5 se ocupa de las "Definiciones", señalando -en lo que nos interesa- que *"A los efectos de la presente Directiva, se entenderá por: … 7) «denunciante»: una persona física que comunica o revela públicamente información sobre infracciones obtenida en el contexto de sus actividades laborales; 8) «facilitador»: una persona física que asiste a un denunciante en el proceso de denuncia en un contexto laboral, y cuya asistencia debe ser confidencial; 9) «contexto laboral»: las actividades de trabajo presentes o pasadas en el sector público o privado a través de las cuales, con independencia de la naturaleza de dichas actividades, las personas pueden obtener información sobre infracciones y en el que estas personas podrían sufrir represalias si comunicasen dicha información"*. Apelación al "denunciante" que se configura por la Directiva (UE) 2019/1937 en un sentido amplio, como ha reconocido la doctrina, incluyendo trabajadores según el sentido extenso que maneja de semejante concepto la normativa comunitaria en el artículo 45.1 del TFUE, donde tienen cabida funcionarios, trabajadores no asalariados, antiguos empleados, futuros empleados, facilitadores y terceros relacionados con el denunciante, así como entidades propiedad del denunciante o con las que mantenga cualquier tipo de relación en un contexto laboral[23]. Sin obviar, en cualquier caso, los derechos de la persona afectada, de conformidad con lo previsto -desde una interpretación integrada- por los artículos 5.10, 12.3, 16.2, 22.1, 22.3 y 23.2 de la Directiva[24].

En otro orden de cosas, el artículo 8 regula la "Obligación de establecimiento de canales de denuncia interna", incorporando el deber de establecer canales y procedimientos de denuncia interna y seguimiento, respecto de aquellas entidades jurídicas de los sectores privado y público que cumplan con alguna de las condiciones que recoge el precepto (artículo 8.1). Vinculado con las entidades jurídicas del sector privado, cuando tengan 50 o más trabajadores (artículo 8.3). Por más que semejante límite no se aplica a las entidades que entren en el ámbito de aplicación de los actos de la Unión en materia de servicios, productos y mercados financieros, prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, seguridad del transporte o protección del medio ambiente (artículo 8.4). De igual modo que se faculta a las entidades jurídicas del sector privado que tengan ente 50 y 249 trabajadores para compartir recursos de cara a la recepción de denuncias y toda investigación que deba llevarse a cabo (artículo 8.6). Por su parte, es potestad

[23] García-Perrote Escartín y Mercader Uguina, 2020, p. 14; Mercader Uguina, 2020, pp. 6-7.

[24] Mercader Uguina, 2020, p. 7.

también de los Estados miembros, si así lo deciden, exigir el establecimiento de canales y procedimientos de denuncia interna a las entidades jurídicas del sector privado con menos de 50 trabajadores (artículo 8.7). Con el deber, para el caso de que así suceda, de notificarlo a la Comisión, incluyendo asimismo la motivación de la decisión y los criterios utilizados en la evaluación del riesgo, de manera que después la Comisión comunicará dicha decisión a los demás Estados miembros (artículo 8.8).

Sea como fuere, la previsión del artículo 8.3 debe aplicarse considerando igualmente lo dispuesto en el artículo 26.2 de la propia Directiva (UE) 2019/1937, en relación con la "Transposición y régimen transitorio", cuando señala que *"no obstante lo dispuesto en el apartado 1, para las entidades jurídicas del sector privado que tengan de 50 a 249 trabajadores, los Estados miembros pondrán en vigor, a más tardar el 17 de diciembre de 2023, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la obligación de establecer canales de denuncia interna en virtud del artículo 8, apartado 3"*, con una previsión inicial por tanto para su entrada en vigor respecto de aquellas empresas de más de 250 trabajadores. De igual modo que las previsiones dispuestas sobre la obligación de establecimiento de canales de denuncia interna, que regula al modo que se ha visto el artículo 8 de la Directiva, deben completarse asimismo con el seguimiento de los sistemas de denuncia interna en los términos que regula el artículo 9 de la Directiva, por alusión a cuestiones como los canales establecidos y gestionados de forma segura (artículo 9.1.a); la designación de una persona o departamento imparcial competente para el seguimiento con diligencia de las denuncias (artículo 9.1.b),c),d);e) y f); así como respecto de la exigencia de información clara y de fácil acceso acerca de los procedimientos de denuncia externa (artículo 9.1.g)[25].

Todo ello, en alternancia también con la utilización de la vía institucional, donde encuentran cabida los canales de denuncia externa, según el régimen dispuesto en el artículo 11 de la Directiva bajo esa rúbrica de "Obligación de establecer canales de denuncia externa y de seguir las denuncias"[26]. De igual manera que no pueden obviarse tampoco determinadas disposiciones comunes aplicables tanto a las denuncias internas como a las externas, por referencia a materias como el deber de confidencialidad, el tratamiento de los datos personales, el registro de denuncias, la interposición de denuncias anónimas o la revelación pública[27].

En este sentido, vinculado específicamente con el "Deber de confidencialidad", el artículo 16 de la Directiva afirma que *"1. Los Estados miembros velarán por que no se revele la identidad del denunciante sin su consentimiento expreso a ninguna persona que no sea un miembro autorizado del personal competente para recibir o seguir denuncias. Lo anterior también se aplicará a cualquier otra información de la que se pueda deducir directa o indirectamente la identidad del denunciante. 2. Como*

[25] Mercader Uguina, 2020, pp. 8-9.

[26] Mercader Uguina, 2020, pp. 10-11.

[27] Mercader Uguina, 2020, pp. 11-13.

excepción a lo dispuesto en el apartado 1, la identidad del denunciante y cualquier otra información prevista en el apartado 1 solo podrá revelarse cuando constituya una obligación necesaria y proporcionada impuesta por el Derecho de la Unión o nacional en el contexto de una investigación llevada a cabo por las autoridades nacionales o en el marco de un proceso judicial, en particular para salvaguardar el derecho de defensa de la persona afectada". Previsiones acerca del deber de confidencialidad que cobran todavía más sentido cuando se proyectan sobre la figura del trabajador, para el supuesto de adoptar esa condición de denunciante, considerando sus mayores niveles de vulnerabilidad dentro del contexto de la relación laboral frente a la posición del empresario. Una constante que está presente siempre, de manera más o menos explícita según qué casos, en el trasfondo de la regulación dispuesta por la Directiva que examinamos.

La siguiente cuestión reseñable, a los efectos que nos interesa, se regula en el artículo 19 de la Directiva, por alusión a la "Prohibición de represalias", cuando señala que *"Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para prohibir todas las formas de represalias contra las personas a que se refiere el artículo 4, incluidas las amenazas de represalias y las tentativas de represalia, en particular, en forma de: a) suspensión, despido, destitución o medidas equivalentes; b) degradación o denegación de ascensos; c) cambio de puesto de trabajo, cambio de ubicación del lugar de trabajo, reducción salarial o cambio del horario de trabajo; d) denegación de formación; e) evaluación o referencias negativas con respecto a sus resultados laborales; f) imposición de cualquier medida disciplinaria, amonestación u otra sanción, incluidas las sanciones pecuniarias; g) coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo; h) discriminación, o trato desfavorable o injusto; i) no conversión de un contrato de trabajo temporal en uno indefinido, en caso de que el trabajador tuviera expectativas legítimas de que se le ofrecería un trabajo indefinido; j) no renovación o terminación anticipada de un contrato de trabajo temporal; k) daños, incluidos a su reputación, en especial en los medios sociales, o pérdidas económicas, incluidas la pérdida de negocio y de ingresos; l) inclusión en listas negras sobre la base de un acuerdo sectorial, informal o formal, que pueda implicar que en el futuro la persona no vaya a encontrar empleo en dicho sector; m) terminación anticipada o anulación de contratos de bienes o servicios; n)anulación de una licencia o permiso; o) referencias médicas o psiquiátricas"*. Se constata entonces, en línea con lo señalado por la doctrina, la definición amplia que asume la norma sobre el concepto de "represalia", con inclusión de todo acto u omisión cuya producción tenga lugar dentro de un contexto laboral y siempre que cause un perjuicio al denunciante[28]. Y ello, con utilización de esa técnica legal consistente, como se ha visto, en combinar una declaración genérica alusiva a esa prohibición de todas las formas de represalias, con inclusión expresa además de las amenazas y las tentativas de represalias, en paralelo con la incorporación de toda una serie extensa de supuestos concretos donde podría materializarse eventualmente la adopción de dichas represalias,

[28] García-Perrote Escartín y Mercader Uguina, 2020, p. 18; Mercader Uguina, 2020, p. 14.

atendiendo seguramente -aunque no se diga así de manera explícita - a las prácticas más comunes adoptadas en la realidad. Previsiones que se completan, a su vez, sin abandonar este contexto de medidas de protección, con las medidas de apoyo dispuestas en el artículo 20 de la Directiva, a cuyo contenido nos remitimos[29].

Conviene destacar también lo previsto en el artículo 21, sobre las "Medidas de protección frente a represalias", donde se incluyen, respectivamente, la garantía de protección frente a la responsabilidad por la denuncia o revelación pública de información (artículo 21.2 y 21.3), cuyo contenido respectivo debe ponerse en relación a su vez con los Considerandos 36 y 92; la garantía de inversión de la carga de la prueba (artículo 21.5), desde su conexión con el Considerando 93; la garantía de vías de recurso (artículo 21.7 1º, a partir de su interpretación integrada con el artículo 24 de la Directiva); la garantía frente a la revelación de secretos comerciales (artículo 21.7 2º y artículo 3.2 de la Directiva [UE] 2016/943), junto con lo dispuesto en el Considerando 98 de la Directiva (UE) 2019/1937; la garantía de indemnización íntegra de los daños y perjuicios sufridos por los denunciantes, con la referencia de lo establecido asimismo en los Considerandos 94 y 95 de la Directiva examinada; así como las garantías de acceso a medidas correctoras frente a represalias, incluidas medidas provisionales a la espera de resolución del proceso judicial (artículo 21.6 de la Directiva), desde su vinculación con el Considerando 96[30].

A estos efectos, resulta oportuno citar también el artículo 23 cuando, bajo la rúbrica de "Sanciones", estipula que "*1. Los Estados miembros establecerán sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias aplicables a las personas físicas o jurídicas que: a) impidan o intenten impedir las denuncias; b) adopten medidas de represalia contra las personas a que se refiere el artículo 4; c) promuevan procedimientos abusivos contra las personas a que se refiere el artículo 4; d) incumplan el deber de mantener la confidencialidad de la identidad de los denunciantes, tal como se contempla en el artículo 16. 2. Los Estados miembros establecerán sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias aplicables respecto de denunciantes cuando se establezca que habían comunicado o revelado públicamente información falsa a sabiendas. Los Estados miembros también establecerán medidas para indemnizar los daños y perjuicios derivados de dichas denuncias o revelaciones públicas de conformidad con el Derecho nacional*". Apelación a las sanciones penales, civiles o administrativas que se reivindica entonces como un elemento necesario para garantizar la eficacia de las normas sobre protección de los denunciantes[31].

La relación de preceptos destacados por la temática que nos ocupa, se completa con el artículo 24 sobre "Prohibición de renuncia a los derechos y vías de recurso", cuando afirma que *"Los Estados miembros velarán por que no puedan limitarse los derechos y vías de recurso previstos por la presente Directiva, ni se*

[29] Mercader Uguina, 2020, p. 14.

[30] Mercader Uguina, 2020, pp. 14-16.

[31] García-Perrote Escartín y Mercader Uguina, 2020, p. 18; Mercader Uguina, 2020, p. 16.

pueda renunciar a ellos, por medio de ningún acuerdo, política, forma de empleo o condiciones de trabajo, incluida cualquier cláusula de sometimiento a arbitraje". Junto con el artículo 26, al que se ha hecho referencia en párrafos anteriores, desde su vinculación con lo dispuesto en el artículo 8.3 de la propia Directiva (UE) 2019/1937, según los términos analizados.

En definitiva, como se ha tenido ocasión de constatar, en coherencia con lo expresado antes en los Considerandos a los que se ha hecho mención, son numerosos los preceptos de la Directiva (UE) 2019/1937 que, de una manera directa o tangencial y con mayor o menor grado de implicación según qué casos, resultan destacables desde la perspectiva del Derecho Laboral. Lo que no obsta para subrayar que la configuración dada a la Directiva de referencia, con el contenido que se ha visto, deja en cualquier caso múltiples espacios para su determinación posterior a cargo del legislador nacional, con lo que ello significa en términos de apertura a una transposición ambiciosa, como ha subrayado la doctrina[32]. De igual forma que se ha destacado también, con acierto, el papel que deberían asumir a esos mismos efectos los interlocutores sociales, en relación con la aplicación de la Directiva citada; junto con una mención específica a las cautelas dispuestas por la misma en relación con las denuncias anónimas; además de una invocación expresa a la necesidad de que la normativa de desarrollo de la Directiva establezca un cuadro preciso de infracciones y sanciones, como fórmula más efectiva para disuadir cualesquiera acciones de la empresa que supongan un menoscabo en la indemnidad de los denunciantes, o si la represalia ya ha tenido lugar, resarcir de la manera más completa posible a las víctimas[33].

4. Secretos empresariales (Directiva [UE] 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (Texto pertinente a efectos del EEE)

La última manifestación relevante donde confluyen las referencias respectivas de organización empresarial y sus efectos en la prestación de trabajo viene dada por los secretos empresariales, con su correspondiente materialización en la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, *relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (Texto pertinente a efectos del EEE).* Al igual que sucede respecto de la mayoría de Textos normativos analizados en los epígrafes anteriores -con la excepción seguramente de la Directiva (UE) 2008/94/CE-, tampoco la Directiva (UE) 2016/943 concentra su principal objetivo de atención en las cuestiones laborales.

[32] García-Perrote Escartín y Mercader Uguina, 2020, p. 18.

[33] Mercader Uguina, 2020, p. 17.

Lo que no obsta para la incorporación de distintas menciones al trabajador, tanto en los Considerandos como en el articulado, según los términos y con el recorrido que analizamos a continuación. De manera que, advertida dentro de la Unión Europea la existencia de divergencias nacionales importantes en materia de protección de secretos empresariales ha sido precisamente esa disparidad lo que está en el origen de la Directiva (UE) 2016/943, bajo el fin declarado de armonizar la legislación de los Estados miembros estableciendo un nivel suficiente y comparable de reparación en todo el mercado interior para supuestos de apropiación indebida de secretos empresariales.

El propósito de la Directiva (UE) 2016/943 es doble. En primer lugar, garantizar la competitividad de las empresas y organismos de investigación europeos, sustentada en el saber hacer y una adecuada protección de la información empresarial no divulgada (secretos empresariales). Y, en segundo lugar, repercutir favorablemente en una mejora de las condiciones y el marco para el desarrollo y la explotación de la innovación y la transferencia de conocimientos en el mercado interior. Llegados a este punto, el Preámbulo de la Ley 1/2019, de 20 de febrero, *de Secretos Empresariales*, se preocupa de señalar de manera expresa, la prohibición de invocar las normas que contiene la Directiva (UE) 2016/943 en materia de protección frente a la obtención, utilización y revelación ilícitas de secretos empresariales, cuando se pretenda restringir la libertad de establecimiento, la libre circulación de los trabajadores o la movilidad de éstos, así como tampoco la posibilidad de empresarios y trabajadores para celebrar pactos de limitación de la competencia entre ellos. Previsiones todas que parecen corroborar, en efecto, la intención del legislador de no interferir con las materias de índole laboral, blindando las cuestiones enumeradas de eventuales tentativas de restricción con base, precisamente, en la invocación de las normas que incluye la Directiva (UE) 2016/943, citada.

A partir de estas premisas, con la referencia puesta en el apartado introductorio de la Directiva (UE) 2016/943, las menciones al trabajador se concentran en el Considerando 13, cuando refiere que la Directiva citada no debe entenderse en el sentido de que restrinja la libertad de establecimiento, la libre circulación de los trabajadores o la movilidad de estos previstas en el Derecho de la Unión, de igual modo que tampoco ha de afectar a la posibilidad de que los empresarios y los trabajadores celebren pactos de limitación de la competencia entre ellos, de conformidad con el Derecho vigente.

Por su parte, el Considerando 14 afirma la importancia de formular una definición homogénea del término "secreto comercial", sin restringir el objeto de la protección contra la apropiación indebida, definición que debe construirse de forma que incluya los conocimientos técnicos, la información empresarial y la información tecnológica, siempre que exista un interés legítimo por mantenerlos confidenciales y una expectativa legítima de que se preserve dicha confidencialidad, conocimientos técnicos o información que deben además tener valor comercial,

ya sea real o potencial, lo que sucederá por ejemplo cuando sea probable que su obtención, utilización o revelación ilícitas puedan perjudicar los intereses de la persona que ejerce legítimamente su control, menoscabando su potencial científico y técnico, sus intereses empresariales o financieros, sus posiciones estratégicas o su capacidad para competir, con exclusión así de la definición de secreto comercial de aquella información de escasa importancia, así como la experiencia y las competencias adquiridas por los trabajadores durante el normal transcurso de su carrera profesional y la información que es de conocimiento general o fácilmente accesible en los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información en cuestión.

El Considerando 18 precisa después que la obtención, utilización o revelación de secretos comerciales, cuando lo imponga o lo permita la ley, deben considerarse lícitas a los efectos de la Directiva que examinamos, lo que ocurre en particular con la obtención y revelación de secretos comerciales en el marco del ejercicio de los derechos de información, consulta y participación de los representantes de los trabajadores, de conformidad con el Derecho de la Unión y el Derecho o las prácticas nacionales, y del ejercicio de la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, y ocurre también con la obtención o revelación de secretos comerciales en el marco de una auditoría legal efectuada de conformidad con el Derecho de la Unión o nacional, si bien dicha consideración de la obtención de secretos comerciales como lícita debe entenderse sin perjuicio de cualquier obligación de confidencialidad relativa al secreto comercial o de cualquier restricción relativa a su utilización que el Derecho de la Unión o nacional impongan al destinatario o a la persona que obtiene la información, específicamente, la Directiva que examinamos no exime a las autoridades públicas de las obligaciones de confidencialidad a las que están sujetas en relación con la información transmitida por los poseedores de secretos comerciales, independientemente de que dichas obligaciones se establezcan en el Derecho de la Unión o en el nacional, como sucede, entre otros casos, con las obligaciones de confidencialidad de la información transmitida a los poderes adjudicadores en el marco de los procedimientos de contratación pública, como las enunciadas, por ejemplo, en la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, y la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

A continuación, el Considerando 21 manifiesta que en consonancia con el principio de proporcionalidad, las medidas, procedimientos y recursos previstos para proteger los secretos comerciales deben diseñarse de forma que cumplan el objetivo del buen funcionamiento del mercado interior de la investigación y la innovación, en particular mediante la disuasión contra la obtención, utilización y revelación ilícitas de secretos comerciales, diseño de medidas, procedimientos y recursos que no debe comprometer ni menoscabar los derechos y libertades fundamentales ni el interés público, como la seguridad pública, la protección de los

consumidores, la salud pública y la protección del medio ambiente, ni perjudicar la movilidad de los trabajadores, de forma que las medidas, procedimientos y recursos previstos en la Directiva examinada pretenden garantizar que las autoridades judiciales competentes tengan en cuenta factores como el valor del secreto comercial, la gravedad del comportamiento que dio lugar a la obtención, utilización o revelación ilícitas del secreto comercial, y las repercusiones de dicho comportamiento, en paralelo con la conveniencia de asegurar asimismo que las autoridades judiciales competentes disponen de un margen de discrecionalidad para sopesar los intereses de las partes procesales, así como los intereses de terceros y en su caso de los consumidores.

Más adelante, el Considerando 30, con el fin de evitar que una persona que obtiene, utiliza o revela un secreto comercial de forma ilícita, a sabiendas o con motivos razonables para saberlo, saque provecho de tal comportamiento, y con el fin de garantizar que el poseedor del secreto comercial perjudicado se vuelva a encontrar, en la medida de lo posible, en la situación en la que se hubiera hallado de no haber tenido lugar el referido comportamiento, señala la necesidad de prever una indemnización adecuada por el perjuicio sufrido como consecuencia del comportamiento ilícito, de manera que en la fijación del importe de la indemnización por daños y perjuicios concedida al poseedor del secreto comercial perjudicado se tengan en cuenta todos los factores pertinentes, como el lucro cesante del poseedor o el enriquecimiento injusto del infractor y, cuando proceda, el perjuicio moral causado al poseedor del secreto comercial, mientras que como alternativa, cuando habida cuenta de la naturaleza inmaterial de los secretos comerciales fuera difícil determinar la cuantía del perjuicio realmente sufrido, el importe de la indemnización podría inferirse de elementos tales como los cánones o derechos que se habrían adeudado si el infractor hubiera solicitado autorización para utilizar el secreto comercial en cuestión, finalidad de ese método alternativo que no es la de imponer una obligación de que se prevean indemnizaciones punitivas, sino garantizar una indemnización basada en un criterio objetivo, teniendo en cuenta al mismo tiempo los gastos en que haya incurrido el poseedor del secreto comercial, como por ejemplo los gastos de identificación e investigación, advertido no obstante que no corresponde a la Directiva analizada impedir que los Estados miembros limiten en su Derecho nacional la responsabilidad por daños y perjuicios de los trabajadores cuando estos no hayan actuado de forma intencionada. Y, para concluir, el Considerando 34 refiere que la Directiva examinada respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos en particular en la Carta, en especial el derecho al respeto de la vida privada y familiar, el derecho a la protección de los datos de carácter personal, la libertad de expresión y de información, la libertad profesional y el derecho a trabajar, la libertad de empresa, el derecho a la propiedad, el derecho a una buena administración, en particular al acceso a los expedientes, al mismo

tiempo que se respeta el secreto comercial, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial y el derecho de defensa.

Las referencias enumeradas en el apartado introductorio, con el recorrido que se ha visto, tienen después continuidad en lo que nos interesa, por su vinculación con el objeto de nuestro estudio, en el articulado de la Directiva (UE) 2016/943, por su orden, con la referencia de lo dicho en el artículo 1 cuando, bajo la rúbrica de "Objeto y ámbito de aplicación", señala en su apartado 3 que *"Nada de lo dispuesto en la presente Directiva podrá invocarse para restringir la movilidad de los trabajadores. En particular, en lo que respecta al ejercicio de dicha movilidad, no se podrá invocar la presente Directiva para: a) limitar el uso por parte de los trabajadores de aquella información que no constituya un secreto comercial tal como se define en el artículo 2, punto 1; b) limitar el uso por parte de los trabajadores de la experiencia y las competencias adquiridas honestamente durante el normal transcurso de su carrera profesional; c) imponer a los trabajadores restricciones adicionales en sus contratos de trabajo distintas de las restricciones impuestas en virtud del Derecho de la Unión o nacional"*. El artículo 3, referido a la "Obtención, utilización y revelación lícitas de secretos comerciales", cuando señala en su apartado 1 que *"La obtención de un secreto comercial se considerará lícita cuando se realice por alguno de los medios siguientes: … c) el ejercicio del derecho de los trabajadores y los representantes de los trabajadores a ser informados y consultados, de conformidad con el Derecho de la Unión y el Derecho o las prácticas nacionales; …"*.

El artículo 5, bajo la rúbrica de "Excepciones", cuando afirma que *"Los Estados miembros garantizarán que se deniegue la solicitud de las medidas, procedimientos y recursos previstos en la presente Directiva cuando la presunta obtención, utilización o revelación del secreto comercial haya tenido lugar en cualquiera de las circunstancias siguientes: … c) cuando los trabajadores lo hayan puesto en conocimiento de sus representantes en el marco del ejercicio legítimo por parte de estos de sus funciones de conformidad con el Derecho de la Unión o nacional, siempre que tal revelación fuera necesaria para ese ejercicio"*. El artículo 14, vinculado con la "Indemnización por daños y perjuicios", al señalar en el párrafo segundo del número 1 que *"Los Estados miembros podrán limitar la responsabilidad por daños y perjuicios de los trabajadores frente a sus empresarios en relación con la obtención, utilización o revelación de un secreto comercial, cuando aquellos no hayan actuado de forma intencionada"*. Y, para concluir, el artículo 18 cuando, bajo la rúbrica de "Informes", expresa en el párrafo segundo de su número 2 que *"El informe provisional examinará, en particular, los posibles efectos de la aplicación de la presente Directiva en materia de investigación e innovación, en la movilidad de los trabajadores y en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información"*.

5. Valoración conclusiva

El análisis de las Directivas sobre las materias respectivas de protección del trabajador en caso de insolvencia empresarial (Directiva [UE] 2008/94/

CE; y Directiva [UE] 2019/1023); protección de denunciantes (Directiva [UE] 2019/1937); y secretos empresariales (Directiva [UE] 2016/943), revela la caracterización propia de cada una de ellas, si bien comparten en paralelo algunas notas comunes que merecen subrayarse por su relevancia desde la perspectiva de nuestro objeto de estudio. En primer lugar, y, sobre todo, la confirmación de que la sensibilidad mostrada por el legislador europeo sobre cuestiones vinculadas fundamentalmente con la empresa, extienden no obstante sus efectos de manera inevitable a los trabajadores, con la necesidad consiguiente de solventar también los problemas surgidos en ese contexto especial de la relación laboral. Irradiación hacia el trabajador cuya apreciación resulta más o menos evidente según qué casos, como se ha podido desarrollar a lo largo de los epígrafes anteriores. En segundo lugar, a pesar de meritorias excepciones, con carácter general la doctrina laboralista no ha sido demasiado receptiva hasta el momento sobre la influencia importante que tienen para el Derecho Laboral el conjunto de Directivas enumeradas, con la excepción seguramente de la Directiva (UE) 2008/94/CE sobre la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, cuya caracterización laboral sí resulta evidente. En tercer lugar, a salvo el supuesto también de la Directiva (UE) 2008/94/CE, tampoco el Tribunal de Justicia ha ejercido hasta el momento una influencia decisiva en asuntos de trascendencia laboral derivados del resto de Directivas enumeradas, lo cual no desmiente necesariamente, como se ha podido apreciar, la importancia de determinadas cuestiones laborales presentes en las mismas.

Sirva este trabajo, modestamente, más para evidenciar las carencias que para cubrir las ausencias, a partir de todas esas claves sistemáticas enunciadas. Sea como fuere, con los márgenes de mejora que se quiera, aprovechando el recorrido potencial por la transposición posterior de todas esas Directivas citadas en los distintos sistemas nacionales, incluido así el ordenamiento español, cualquier iniciativa surgida desde el legislador europeo merece siempre una valoración positiva, bajo esos parámetros respectivos de impulso y armonización, por su contribución -destacable o menos- al servicio de una mejor cobertura jurídica de aquellos problemas jurídicos complejos pendientes todavía de solución, donde la parcela laboral ocupa inevitablemente un papel destacado. Las Directivas examinadas en nuestro estudio confirman desde luego esa valoración. Y ello, con independencia de que la proyección sobre el Derecho del Trabajo se disponga abiertamente en el texto de que se trate, o por el contrario deba deducirse mediante un ejercicio simple de interpretación. Circunstancia que, en cualquier caso, no debiera resultar definitoria por sí misma para concluir acerca del grado de implicación del legislador.

6. Bibliografía

Arufe Varela, A. (2004): "La Directiva 80/987/CEE del Consejo, de 20 de octubre de 1980, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario, en Actualidad Laboral, nº 18.

Galiana Moreno, J. M.ª (1988): "La aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario: Comentarios a la Directiva del Consejo 80-987 CEE, de 20 de octubre", en Noticias de la Unión Europea, nº 40.

García Murcia, J. (2016): "Las garantías del salario ante la insolvencia de la empresa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", en Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Vol. 4, nº 2.

García Murcia, J. (2018): "Insolvencia empresarial (Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008), en Casas Baamonde, M.ª E. y Gil Alburquerque, R. (Dirs.): *Derecho Social de la Unión Europea (Aplicación por el Tribunal de Justicia)*, ed. Lefebvre-El Derecho.

García-Perrote Escartín, I y Mercader Uguina, J. R. (2020): "La tutela del "whistleblower": principios generales de la Directiva 2019/1937 del Parlamento europeo y del Consejo, de 23 de octubre, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión", en Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 230.

Lopera Castillejo, M.ª J. (2000): "La Directiva 80-987 CEE sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario: su contenido y adaptaciones recientes en la legislación española", en Actualidad Laboral, nº 6.

López-Romero González, M.ª P. (1994): "La Directiva 80-987 sobre la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario: De la eficacia directa a la responsabilidad del Estado. Sentencias Francovich & Bonifaci y Wagner Miret", en Revista de Estudios Europeos, nº 8.

Mercader Uguina, J. R. (2020): "La protección de alertadores, informantes o denunciantes: una lectura laboral de la Directiva 2019/1937, de 23 de octubre", en Trabajo y Derecho, nº 64.

Nogueira Guastavino, M. (2021): "El Reglamento (UE) 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia europea transfronteriza y las normas de conflicto en materia laboral: son útiles los protocolos de insolvencia internacional como mecanismos de cooperación y coordinación en el ámbito laboral", en Anuario de derecho concursal, nº 52.

Ramos Torres, M. (1997): "La protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador: a propósito de la entrada en vigor del convenio número 173 de la OIT", en Tribuna Social, nº 74.

Rodríguez Escanciano, S. (2011): "Insolvencia empresarial en situaciones transnacionales (A propósito de la STJCE de 16 de octubre de 2008)", en Noticias de la Unión Europea, nº 319.

Rojo Torrecilla, E. (2019): "UE. Directiva relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. Nota descriptiva sobre su contenido de interés específicamente laboral", en El blog de Eduardo Rojo, Entrada 9 de septiembre

Rojo Torrecilla, E. (2019): "UE. Empresa. Nueva Directiva sobre marcos de reestructuración preventiva. Relación de preceptos de interés y con impacto sobre los trabajadores", en El blog de Eduardo Rojo, Entrada de 27 de junio.

Tapia Hermida, A. J. (2021): "Decálogo del nuevo marco para la reestructuración empresarial ante la megacrisis del Covid 19: la Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia", en Diario La Ley, nº 9793.

Téllez Valle, V. (2019): "Convenio sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador, 1992 (núm. 173)", en Revista internacional y comparada de relaciones laborales y derecho del empleo, Vol. 7, nº Especial.

CAPÍTULO VIGÉSIMO. Derecho colectivo del trabajo

Alba García Torres
Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Oviedo
https://orcid.org/0000-0002-4826-5097

Sumario: 1. Los derechos colectivos y la Unión Europea. 2. El diálogo social europeo. 3. Los comités de empresa europeos. 4. Negociación colectiva y huelga en el ámbito de la Unión Europea. 5. Bibliografía.

1. Los derechos colectivos y la Unión Europea

La actual Unión Europea se creó sobre el reconocimiento de la libre circulación de las personas trabajadoras y el derecho de movimiento de mercancías, capitales y servicios. De los Tratados fundacionales se infiere la competencia estatal para regular los derechos fundamentales, en especial, los derechos colectivos, así como los procedimientos de protección y tutela de estos cuando se ejercen en el territorio de un Estado miembro. Esta reserva al derecho nacional, en lo que respecta a la regulación de los derechos fundamentales, plantea un debate sobre la incidencia del ejercicio de aquellos -especialmente en su dimensión colectiva- con las libertades fundamentales comunitarias, y muy en especial con la libre prestación de servicios, en cuanto que esta asegura la "extraterritorialidad" del régimen laboral aplicable al trabajador desplazado, y trata de evitar cargas laborales "adicionales" a las empresas que desplazan a esos trabajadores.

La posible colisión de los derechos colectivos con la libertad de prestación de servicios se puso de relieve con la aprobación de la Directiva Bolkestein, 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, que se aprobó con la intención de "facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios" (art. 1.1).

Esta directiva trata de armonizar, por un lado, el fortalecimiento de la prestación de servicios y la eliminación de obstáculos al ejercicio de las libertades de establecimiento, pero sin que ello suponga un perjuicio en los derechos fundamentales de los trabajadores. Por ello, la propia Directiva establece que no afecta a los derechos colectivos, regulándose el derecho de negociar y celebrar convenios colectivos, el derecho de huelga y el derecho a emprender acciones sindicales por las legislaciones y las prácticas nacionales, siempre con respeto al Derecho de la Unión[1].

En lo que se refiere al reconocimiento de la autonomía colectiva, esta ha estado presente en la esfera comunitaria desde su creación, aunque no se hiciera de manera explícita hasta el Acuerdo de Política Social (APS) en 1992. La situación de la negociación colectiva en el ámbito de la Unión Europea se perfiló con la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales[2], cuyo artículo 28 prevé que "los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga". Sin embargo, dicho reconocimiento fue más programático que real, en la medida en que la Carta carecía de fuerza vinculante para los Estados miembros.

Posteriormente, la aprobación del Tratado de Lisboa supuso un punto de inflexión en la materia ya que, por un lado, se incluyó en el texto de los tratados fundacionales una mención expresa al diálogo social. En efecto, el artículo 152 del Tratado de Funcionamiento de la Unión (TFU), prevé que "la Unión reconocerá y promoverá el papel de los interlocutores sociales en su ámbito, teniendo en cuenta la diversidad de los sistemas nacionales. Facilitará el diálogo entre ellos, dentro del respeto de su autonomía". Y, por otro lado, se dota de la fuerza normativa del convenio a la Carta de Derechos Fundamentales (art. 6 del TUE). Los cambios introducidos en esta materia por parte del Tratado de Lisboa son de tal trascendencia que algún autor ha planteado la necesidad de una relectura constitucional de las relaciones entre las libertades económicas y los derechos tutelados por los ordenamientos laborales nacionales, estableciendo un nuevo punto de equilibrio entre unas y otros[3].

De esta manera se puede afirmar que, en la actualidad, el diálogo social es un instrumento fundamental en la mejora de la gobernanza europea a través de la participación de los interlocutores sociales en la toma de decisiones y su aplicación. Los artículos 151 a 156 del TFUE regulan el diálogo social, marcando los objetivos

[1] Escribano Gutiérrez, 2009, p. 245.

[2] La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue aprobado por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre del 2000 en Niza. Una versión revisada de la Carta fue proclamada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007.

[3] Martínez Fons, 2006, p. 55.

comunes de la Unión y los Estados miembros, especialmente en lo relativo a "el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y de trabajo, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso, una protección social adecuada, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y duradero y la lucha contra las exclusiones".

Muy vinculado a la intervención de los agentes sociales en la gobernanza de Europa, debe destacarse las regulaciones sobre los derechos de información y de consulta de los trabajadores a nivel europeo. El reconocimiento de este derecho aparece ya en las primeras directivas, como Directiva 75/129/CEE del Consejo, de 17 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros que se refieren a los despidos colectivos y la Directiva 77/187/CEE del Consejo, de 14 de febrero de 1977, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados Miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de centros de actividad.

Sin embargo, no fue hasta el año 1994 cuando el régimen de los derechos colectivos se implementó notablemente con la aprobación de la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

A pesar de la existencia de estas regulaciones, la tradicional remisión en materia de derechos colectivos a los derechos nacionales ha suscitado una de las cuestiones más complejas a las que se ha tenido que enfrentar la integración europea, consistente en armonizar el ejercicio y regulación estatal de este derecho con las normas que regulan la competencia y las libertades de circulación en la Unión Europea[4].

La falta de soluciones en el derecho primario ha propiciado diversas intervenciones del Tribunal de Justicia de la Unión, paradigmáticamente, las SSTJUE de 21 de septiembre de 1999 (Asunto C-67/96), de 21 de septiembre de 2000 (Asunto C-222/98), de 9 de septiembre de 1999 (Asuntos C-108/98 y C-184/98) y, en una segunda etapa, las SSTJUE de 11 de diciembre de 2007 (Asunto C-438/05), de 18 de diciembre de 2007 (Asunto C-341/05) y de 3 de marzo de 2011 (Asunto C-437/09).

2. El diálogo social europeo

El progreso económico de Europa no es posible sin una buena política social. Las relaciones laborales deben basarse en una participación cada vez más consciente de los trabajadores en la vida empresarial. El diálogo y la participación deben convertirse en los elementos constitutivos de un nuevo sistema de garantías sociales encaminado a mejorar la condición de los trabajadores y a ofrecer un

[4] Guamán Hernández, 2011, p. 143.

marco de referencia estable a las empresas. La función de las organizaciones de trabajadores y del diálogo entre los interlocutores sociales constituye uno de los elementos inalienables de la identidad europea y una de las condiciones previas esenciales para la construcción comunitaria. En este sentido, se puede afirmar que el diálogo social es al mismo tiempo objetivo e instrumento de la política social europea[5].

No obstante, para que el diálogo y la participación se afiancen como procedimiento habitual u ordinario de las relaciones entre los interlocutores sociales, es necesario que cuenten con un cauce de actuación reglado, que integre los derechos y deberes de las partes, las modalidades y los procedimientos a los que estas pueden acogerse. La institucionalización del diálogo social europeo fue haciéndose de manera paulatina. Si bien los primeros textos incluían ciertas referencias normativas, estas resultaban imprecisas, por lo que no se podría hablar de la existencia de un diálogo social europeo. La ampliación progresiva de los contenidos sociales en los tratados, y la actualización de la Unión en el ámbito social, permite, en la actualidad, afirmar la existencia de una política sectorial coordinada en materia social.

Los inicios del diálogo social europeo fueron promovidos, a partir de enero de 1985, por el presidente de la Comisión Jacques Delors, que planteó una serie de contactos informales entre, por una parte, la CES[6], y, por otra parte, la UNICE[7] y la CEEP[8], para tratar de alcanzar un consenso sobre las consultas tripartitas en el seno comunitario. Tras estos inicios, de carácter más político, el Tratado de Maastricht marcó una nueva etapa, a través de su protocolo social anexado, que supuso un impulso importante en la institucionalización de los agentes sociales. Así, sobre la base de un acuerdo de conjunto, firmado en 1991, se introdujo un procedimiento obligatorio de consulta de los agentes sociales antes de aprobar una propuesta legislativa en un cierto número de ámbitos. El citado acuerdo también confería a los agentes sociales una posibilidad de negociación autónoma que, si es utilizada, declaraba a la Comisión incompetente y erigía los agentes sociales en colegisladores.

El hito esencial del diálogo social europeo se estableció con la Comunicación de la Comisión titulada "el dialogo social europeo" (2002), que proponía la mejora de las estructuras existentes y favorecer un diálogo más eficaz que garantizara una mejor gobernanza de la Unión. En todas las medidas propuestas, la Comisión subrayaba que el diálogo sectorial es "un nivel pertinente de debate para muchas cuestiones vinculadas con el empleo, las condiciones de trabajo, la formación profesional, los cambios industriales, la sociedad del conocimiento, la evolución demográfica, la ampliación y la globalización". Con esta perspectiva, la Comisión

[5] García-Muñoz Alhambra, 2021, p. 1170.

[6] Confederación Europea de Sindicatos.

[7] Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa.

[8] Consejo Europeo de Empresas Públicas.

planteaba su intención de proseguir su política de creación de nuevos comités; fomentar las agrupaciones o cooperaciones necesarias entre sectores; orientar la actividad de los comités de diálogo social sectorial únicamente hacia las dimensiones del diálogo y la negociación; apoyar prioritariamente los comités cuyos trabajos produzcan resultados concretos en relación con la estrategia de Lisboa; reforzar el papel del Foro de enlace como lugar privilegiado de información y consulta.

En el 2009, con la aprobación del Tratado de Lisboa se trató de incrementar el papel de los interlocutores sociales (art. 152 TFUE), incidiendo en la necesidad de facilitar el diálogo social, respetando al mismo tiempo su autonomía y diversidad. En la actualidad, en las conferencias tripartitas se trabaja en la consolidación de un Diálogo Social permanente y sin exclusiones[9]. La buena marcha del diálogo social permanente se entiende como una condición imprescindible para que funcionen las estrategias cooperativas de crecimiento, basadas en el fomento del empleo.

A pesar de que la crisis económica debilitó durante algo más de una década su importancia real, los interlocutores sociales han tratado de paliar esta situación explorado nuevos ámbitos de participación, entre los que destaca, fundamentalmente, la gobernanza económica de la Unión Europea y el acuerdo marco europeo sobre digitalización. Así se ha referido desde la puesta en marcha de la Estrategia Europea 2020 y los mecanismos posteriores de coordinación económica, pero también a través de dos importantes iniciativas promovidas por la denominada Comisión *Junker: el Pilar Europeo de Derechos Sociales* -presentado por la Comisión en 2017- se estableció como guía para la consecución de una Europa social, fuerte, justa e inclusiva y el denominado *Un nuevo comienzo para el Diálogo Social*, firmado en agosto de 2016, por los interlocutores sociales, la Comisión y la Presidencia del Consejo de la Unión con el objetivo de reafirmar el papel fundamental del diálogo social europeo en el proceso de elaboración de las políticas de la Unión.

En el primer documento se codifica la necesidad de consultar a los interlocutores sociales sobre el diseño y aplicación de políticas sociales, económicas y de empleo, en particular mediante convenios colectivos. Desde las instancias europeas debe animárseles a que negocien y celebren convenios colectivos en asuntos de su incumbencia. En su caso, los acuerdos celebrados entre los interlocutores sociales deben aplicarse a nivel de la Unión y de sus Estados miembros (Cap. II. Punto octavo). Por su parte, el segundo documento fija como objetivo prioritario la participación de los interlocutores sociales en el Semestre Europeo[10], pero también aspira a conseguir una mayor capacitación de los interlocutores sociales en la elaboración de las políticas y legislación de la Unión.

[9] Molina García y Cairós Barreto, 2021, p. 356.

[10] Cabe recordar que el Semestre Europeo es el marco en el que se coordinan las políticas económicas de los países de la Unión Europea. Permite a los países de la UE debatir sus planes económicos y presupuestarios y saber cómo se va avanzando en determinados momentos a lo largo del año.

Conforme a las previsiones del artículo 155 del TFUE "el diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito de la Unión podrá conducir, si estos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos", lo que conllevará, conforme al procedimiento establecido en el artículo 155.2 y 153, a la inclusión de los acuerdos adoptados por los interlocutores sociales en el texto de una Directiva.

El procedimiento del diálogo social ha dado lugar a cuatro acuerdos a escala interprofesional que se han recogido en forma de directivas: el acuerdo marco de diciembre de 1995 sobre el permiso parental (Directiva 96/34/CE), así como su posterior recisión en el año 2009 (Directiva 2010/18/UE); el acuerdo marco de junio de 1997 sobre el empleo de media jornada, que estableció el principio de que los trabajadores a media jornada no pueden ser tratados de manera menos favorable que los trabajadores a tiempo completo (Directiva 97/81/CE); el acuerdo marco de marzo de 1999 sobre el trabajo de duración determinada, que estableció el principio de que los trabajadores con un contrato de duración determinada no pueden ser tratados de manera menos favorable que los trabajadores con un contrato por tiempo indefinido únicamente por tener un contrato de duración determinada (Directiva 1999/70/CE).

Por otro lado, desde los orígenes de la Comunidad Económica Europea han existido manifestaciones del diálogo social sectorial, impulsado, principalmente por las Federaciones Sindicales Europeas (FSE) y por la Federación de Empresas de Sectores Industriales (FES). El diálogo social sectorial se inició en la década de los cincuenta, bajo la forma de un comité consultivo, con incidencia directa en las decisiones económicas y sociales que adoptaba la CECA y, posteriormente, se desarrolló en el seno de los comités paritarios y de los grupos de trabajo informales. Así, en un primer estadio, se pusieron en marcha varios comités en los años 1960 y 1970, con la finalidad de abordar políticas integradas en la agricultura, el ferrocarril, la pesca, las minas, los transportes por carretera y la navegación interior.

Una segunda generación de comités paritarios vio la luz en los años 1990 en sectores en vía de liberalización como son las telecomunicaciones, el correo, los transportes marítimos o la aviación civil. Los resultados del diálogo social se plasmaron en acuerdos destinados a la Comisión, sobre las condiciones de trabajo, el empleo, la formación, así como la defensa económica de los sectores amenazados por la globalización. El diálogo social experimentó un importante desarrollo en 1998, impulsado por la actuación de la Comisión Europea. Así, en una comunicación titulada "*Adaptación y fomento del diálogo social a escala comunitaria*", se establecieron las bases de una nueva organización del diálogo social sectorial a través de los comités de diálogo social sectorial. Estos comités se crearon para promover el diálogo entre los interlocutores sociales a escala europea, constituidos a solicitud de los interlocutores sociales, se someten en última instancia a la aprobación de la Comisión, conforme a criterios de representatividad.

Desde la creación de los comités, el diálogo social sectorial ha traído consigo alrededor de 350 compromisos de distinta naturaleza y alcance diverso: dictámenes y posiciones comunes, declaraciones, directrices y códigos de conducta, cartas, acuerdos, etc.

Algunas de estas iniciativas, como los acuerdos celebrados en el sector de los transportes, han dado lugar a directivas comunitarias, en materias como limitaciones sobre el tiempo de trabajo en diferentes sectores del transporte (marino, aviación civil, ferrocarriles y vías navegables). Otros textos, como las declaraciones o los dictámenes comunes, fueron adoptados para definir la postura de los interlocutores sociales ante temas directamente vinculados con el futuro de sus sectores. Asimismo, muchas acciones se refieren a grandes temas de interés común, que afectan a varios sectores. Así ocurre con la liberalización de los servicios (correos, electricidad, transportes, telecomunicaciones), la consolidación del mercado interior (bancos, seguros, construcción, telecomunicaciones), las políticas comunitarias (agricultura, pesca, transportes), el refuerzo de la competitividad en una economía global (textil, confección, calzado y cuero), la profesionalización y la calidad del trabajo y los servicios (seguridad privada, limpieza industrial y servicios personales) o los efectos de las nuevas tecnologías en la organización del trabajo (telecomunicaciones, comercio).

El diálogo social de la UE puede, asimismo, dar lugar a acuerdos autónomos. En estos casos, los interlocutores sociales establecen un marco general en la UE que obliga a sus organizaciones nacionales afiliadas a ejecutar el acuerdo de conformidad con los procedimientos y las prácticas nacionales propios de los interlocutores sociales y los Estados miembros. Actualmente, se han alcanzado cuatro acuerdos autónomos a escala interprofesional: teletrabajo (2002), estrés en el trabajo (2004), acoso y violencia en el trabajo (2007), mercados de trabajo inclusivos (2010).

3. Los comités de empresa europeos

El proceso de integración de la Unión Europea supuso un nuevo escenario para las relaciones laborales, creando un espacio de interacción y negociación entre los empresarios y los sindicatos a nivel europeo. En este proceso tuvo una especial relevancia la aprobación de la Directiva 94/45/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 1994, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria.

Esta Directiva regula la creación de un órgano de representación a nivel europeo para empresas que tienen más de 1000 empleados en total y más de 150 en al menos dos países de la UE. Su objetivo principal, radica en la mejora de los derechos de información y consulta de los representantes[11], y para ello, establece

[11] Martínez Barroso, 2001, p. 63.

que "los procedimientos de información y consulta a los trabajadores previstos en las legislaciones o prácticas de los Estados miembros no se adaptan con frecuencia a la estructura transnacional de la entidad que adopta la decisión que afecta a dichos trabajadores; que esta situación puede dar lugar a un trato desigual de los afectados por las decisiones dentro de una misma empresa o de un mismo grupo; deben adoptarse las disposiciones adecuadas para velar por que los trabajadores de empresas o grupos de dimensión comunitaria sean debidamente informados y consultados en caso de que las decisiones que les afecten sean adoptadas en un Estado miembro distinto de aquél donde trabajan".

Esta Directiva ha sido considerada como uno de los mayores desarrollos en el proceso de europeización de las relaciones laborales, llamada a transformar la participación de los trabajadores en una señal de identidad de las empresas y grupos europeos[12], en la medida en que crea una nueva instancia de representación transnacional de los trabajadores que va enriqueciendo la legislación europea en materia de información y de consulta de los trabajadores[13]. La directiva se aplica a las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, públicos o privados y de cualquier rama o sector de actividad. Una vez constituidos los comités de empresa europeo su representación alcanza a todos sus centros de trabajo que estén ubicados en cualquiera de los Estados miembros, por lo que se puede afirmar que estos órganos ejercen una representación de carácter unitario.

Como ya se apuntó, el objetivo principal de la directiva era regular el ejercicio de los derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, ya sea mediante la constitución de un órgano estable e institucionalizado (el comité de empresa europeo), ya sea a través de otro procedimiento alternativo. De esta forma, la solución adoptada pasa por la institucionalización de unos cauces de información y consulta, mediante una regulación jurídica flexible contenida en normas fundamentalmente procedimentales. Así, se trata de hacer frente a los problemas que en esta materia venía ocasionando la falta de concordancia entre la estructura transnacional de algunas empresas y grupos empresariales y las estructuras nacionales de participación y representación de los trabajadores.

La trascendencia de esta directiva estriba en dos elementos: por una parte, no aspira ni a una armonización de las legislaciones existentes ni a una coordinación de las políticas nacionales, sino que quiere crear un nuevo órgano transnacional, y, por otra parte, confía a los agentes sociales la responsabilidad de poner en marcha y definir sus funciones, a través de la negociación entre los actores involucrados, a la vez que posibilita el aprendizaje mutuo[14].

[12] Baz Rodríguez, 2002, p. 332.

[13] Casas Baamonde, 1997, p. 28.

[14] Monereo Pérez, 1992, p. 32.

El eje central que vertebra la Directiva es la autonomía de la voluntad, la cual se proyecta a todas las cuestiones reguladas: desde la iniciación de los distintos procedimientos, hasta sus funciones, su composición o el alcance del derecho de información. Esta autonomía, pretende ser respetuosa con los intereses y campo de actuación de los sujetos involucrados, sin que sea exigible por parte de la Directiva llegar a un acuerdo de constitución, siendo la obligación de mera negociación. Además, debe de tenerse en cuenta que es posible que sus funciones y su composición puedan tener un alcance distinto de unas empresas a otras, o incluso dentro del mismo, ya que la autonomía concedida a los intervinientes permite que coexistan diversidad de regulaciones[15].

Con el objetivo de mejorar la seguridad y efectividad del Derecho de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria se aprobó la Directiva 2009/38/CE, del 6 de mayo, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria. La revisión de la directiva trata de dotar a los procesos de información y consulta de una mayor efectividad y favorecer la existencia de cauces de diálogo entre empresas y trabajadores. Para ello separa los derechos de información y consulta, dotando a cada uno de ellos de una definición y dimensión propia, introduce una definición de transnacionalidad y determina la forma, el tiempo y los objetivos de la información y consulta, esclareciendo la relación existente entre ellos.

Así, la Directiva establece que el término "información" debe delimitarse teniendo en cuenta el objetivo de un examen adecuado por los representantes de los trabajadores, lo que implica que la información se efectúe en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, sin que ello retrase el proceso de toma de decisiones en las empresas (considerando 22). Partiendo de esta base, la Directiva define "información" como "la transmisión de datos por el empleador a los representantes de los trabajadores para que estos puedan tener conocimiento del tema tratado y examinarlo; la información se efectuará en un momento, de una manera y con un contenido apropiados, de tal modo que permita a los representantes de los trabajadores realizar una evaluación pormenorizada del posible impacto y, en su caso, preparar las consultas con el órgano competente de la empresa o del grupo de empresas de dimensión comunitaria" (art. 2.1. f). A pesar de que la revisión de la Directiva delimita y profundiza en el derecho de información, no contiene una lista de materias mínimas o necesarias sobre las qué se debe informar al comité de empresa, dejando total libertad a las partes para que en el momento de constituirse el órgano sean establecidas[16].

En lo que se refiere al procedimiento de consulta, la Directiva establece que el término "consulta" debe definirse teniendo en cuenta el objetivo de posibilitar

[15] Ortiz Lallana, 2007, pp. 108 y 109.

[16] Rodríguez González, 2021, p. 269.

la emisión de un dictamen que sea útil para el proceso de toma de decisiones, lo que implica que la consulta se efectúe en un momento, de una manera y con un contenido apropiados (considerando 23). De esta manera, se entenderá por tal "la apertura de un diálogo y el intercambio de opiniones entre los representantes de los trabajadores y la dirección central o cualquier otro nivel de dirección más apropiado, en un momento, de una manera y con un contenido que permitan a los representantes de los trabajadores emitir un dictamen sobre la base de la información facilitada sobre las medidas propuestas acerca de las cuales se realiza la consulta y sin perjuicio de las responsabilidades de la dirección, y en un plazo razonable, que pueda ser tenida en cuenta en la empresa o el grupo de empresas de dimensión comunitaria". Por ende, se puede concluir que el comité de empresa europeo no es un meró órgano de recepción de información, sino que tiene derecho a entablar una relación de diálogo con la empresa, asumiendo un papel activo.

4. Negociación colectiva y huelga en el ámbito de la Unión Europea

El artículo 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE establece que "los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga".

La negociación colectiva en la Unión Europea responde a una construcción particular y alejada de las experiencias de los estados miembros, por lo que su estudio resultas complejo desde los marcos teóricos que explican e interpretan la negociación colectiva a nivel nacional[17]. La regulación jurídica de la negociación colectiva en la Unión Europea no constituye el reconocimiento de prácticas sociales preexistentes, ni conlleva la codificación a nivel supranacional europeo de prácticas autónomas de los interlocutores sociales. No existe a nivel europeo actores con la capacidad necesaria para constituirse en un poder autónomo que desarrolle sus propias regulaciones, y tampoco existe un reconocimiento pleno de la autonomía colectiva ya que como se verá, tanto la libertad sindical, como el derecho de huelga tienen una articulación problemática en este ámbito.

De esta manera, la negociación colectiva europea se reconduce a la intervención de los agentes sociales en el diálogo social europeo, cuya vía última de intervención, como se vio, es la inclusión de los acuerdos alcanzados por aquellos en el texto de una Directiva. Así, el artículo 155 del TFUE establece que "el diálogo entre los interlocutores sociales en el ámbito de la Unión podrá conducir, si estos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos". Y, los artículos 155.2 y 153.2 TFUE establecen que la aplicación de los acuerdos celebrados a nivel de la Unión que se hayan realizado según los procedimientos

[17] García-Muñoz Alambra, 2019.

y prácticas propios de los interlocutores sociales y de los Estados miembros, se realizará por petición conjunta de las partes firmantes, sobre la base de una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión e informando al Parlamento.

En lo que se refiere al Derecho de Huelga, el artículo 153 TFUE establece un listado de materias en las que la Unión Europea puede apoyar y completar la acción de los Estados Miembros, añadiendo en su apartado quinto que "las disposiciones del presente artículo no se aplicarán a las remuneraciones, al derecho de asociación y sindicación, al derecho de huelga ni al derecho de cierre patronal".

Por consiguientes, la Unión Europa carece de competencia para establecer un marco regulador del Derecho de Huelga y de las condiciones de su ejercicio, del mismo modo, que tampoco tiene competencia para armonizar las legislaciones nacionales al respecto. Por tanto, se puede concluir que la inclusión del citado derecho en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea es meramente declarativa, en la medida que su alcance, ejercicio, límites y marco constitucional y legal será el interno de cada Estado miembro.

La remisión de la regulación de la negociación colectiva y la huelga los derechos nacionales, plantea en ocasiones, conflictos entre su ejercicio y el debido respeto a las libertades económicas fundamentales reconocidas en los tratados, en especial a los principios de libre competencia y establecimiento. A pesar de que el ámbito subjetivo de estos principios es la empresa –y su actividad puramente económica- las fronteras entre esta y las normas e instituciones estatales de carácter social, y en particular los convenios colectivos, no siempre están claramente delimitadas[18].

Por eso, se hizo necesaria la aprobación de la Directiva Bolkestein, 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior y, posteriormente, sucesivas intervenciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este sentido, el primer pronunciamiento en la materia se produjo con la STJUE de 21 de septiembre de 1999 (Asunto C-67/96), de 21 de septiembre de 1999 (C-115/97, C-116/97 y C-117/97) y de 21 de septiembre de 1999 (C-219/97), que se fue matizando en pronunciamientos subsiguientes.

El conflicto en Albany se produjo por la obligación impuesta a través de un convenio colectivo de afiliarse a un fondo de pensiones en el sector textil, ratificado posteriormente en un decreto ministerial. El supuesto planteó una eventual vulneración del artículo 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión (antiguo artículo 85.1 del TCE)[19], ya que se entendía que un acuerdo de esta naturaleza

[18] Guamán Hernández, 2011, p. 143.

[19] El artículo 101 del TFUE establece que "serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior". El propio artículo prevé determinadas acciones que deben considerarse contrarias al derecho de competencia en concreto las "que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra

restringía la competencia desde dos puntos de vista: por un lado, al encomendar la ejecución de un régimen obligatorio a un solo gestor se privaba a las empresas que actuaban en el sector afectado de la posibilidad de afiliarse a un régimen de pensiones distinto, gestionado por otros aseguradores. Por otro lado, este acuerdo excluía a dichos aseguradores de una parte sustancial del mercado de los seguros de pensiones.

El Tribunal entendió que los acuerdos celebrados en el marco de las negociaciones entre los interlocutores sociales y los empresarios no debían considerarse incluidos en las previsiones del citado artículo, aun cuando se aceptaba que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a este tipo de pactos colectivos. No obstante, los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al derecho a la libre competencia en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo.

Con esta doctrina, el Tribunal otorgó el mismo valor a la protección social y a la libre competencia, en la medida en que obligaba a que cada uno de estos principios fuera interpretado a la luz del otro, de modo que ambos obtuvieran el máximo de su eficacia[20]. No obstante, no todas las disposiciones incluidas en los convenios colectivos gozaban de inmunidad frente a las disposiciones comunitarias que regulan la competencia, sino solo aquellas que, por su naturaleza y objeto[21], contribuyesen directamente a la mejora de las condiciones de empleo y trabajo, excluyéndose disposiciones vinculadas a la producción u organización en los términos empresariales propiamente dichos, que sí estarían sometidas a las normas de la competencia.

A pesar de que la sentencia no incluía a la negociación colectiva dentro del ámbito de aplicación del artículo 101.1 del TFUE, sí que se instauró una labor de control de los sistemas de relaciones laborales nacionales de los Estados miembros por parte del Tribunal de Justicia, al permitirse la fiscalización del contenido de la negociación colectiva para determinar si este vulnera o no el sistema de libre competencia europeo.

La doctrina instaurada en Albany se mantuvo en pronunciamientos subsiguientes en relación con los fondos complementarios de pensiones, en aquellos supuestos que cumplieran una función social fundamental, en particular en Estados

o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos".

[20] Ojeda Avilés, 2002, p. 197.

[21] En este contexto, la STJUE de 3 de marzo de 2011 (Asunto C-437/09) considera que la protección social complementaria debe entenderse incluida en el ámbito propio de la negociación colectiva en la medida en que persiguen un objetivo social, basado en el elemento de la solidaridad.

caracterizados por el reducido importe de la pensión legal. Esta obligatoriedad se consideraba necesaria para preservar la solidaridad intergeneracional, por lo que no se calificaba contraria al derecho de la competencia, en tanto en cuanto el instrumento utilizado fuera un convenio colectivo, por más que a posteriori fuera necesaria una decisión pública que ratificara esta decisión. Así ocurrió, por ejemplo, en la STJUE de 12 de septiembre de 2000 (Asuntos C-180/98 y C-184/98), en los que el Tribunal de Justicia aceptó la legalidad de la creación de determinados fondos de pensiones de afiliación obligatoria[22].

Posteriormente, la STJUE de 11 de diciembre de 2007 (Asunto C-438/05) se separa de la doctrina iniciada en Albany, si bien no supone un cambio absoluto de postura, sí que introduce importantes matices. El conflicto planteado en este supuesto se genera a raíz de la decisión de la compañía finlandesa Viking de cambiar el pabellón de uno de sus barcos de Finlandia a Estonia, con lo cual pasaría a beneficiarse de las condiciones laborales menos onerosas de este país. El caso resuelve de forma directa el conflicto entre los derechos fundamental y las libertades de circulación. La sentencia reconoce, en primer término, que los primeros encuentran también fundamento en el derecho comunitario, con apoyo en las normas internacionales, en el artículo 28 de la Carta de Niza y en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. Sin embargo, este reconocimiento, viene lastrado por su necesaria conciliación con las exigencias relativas a los derechos protegidos por el Tratado, en particular las libertades económicas fundamentales[23].

El Tribunal de Justicia estableció la aplicabilidad del artículo 49 del TUE[24], antiguo artículo 43 TCE, a la huelga, afirmando que el ejercicio de los derechos fundamentales no es absoluto y puede estar sometido a límites. En aplicación del citado artículo el Tribunal consideró que las restricciones provocadas por los sindicatos sobre la libre competencia solo se deben entender justificadas en el caso de superar el triple test de proporcionalidad, empleado habitualmente por el TJUE para solucionar los conflictos entre las normas laborales estatales y las libertades de circulación comunitaria.

El Tribunal recordó que la prohibición de vulnerar una libertad fundamental de carácter imperativa prevista por alguna disposición del Tratado se extendía, en especial, a todos los convenios que tuvieran por objeto regular, de forma colectiva,

[22] Escribano Gutiérrez, 2015, p. 332.

[23] Blanke, 2007, p. 255.

[24] En concreto, el actual artículo 49 del TUE prevé que: "En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro. Dicha prohibición se extenderá igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro. La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales".

el trabajo por cuenta ajena. Esta decisión se impuso a la postura de los Gobiernos danés y sueco (estados de procedencia de las cuestiones prejudiciales), que en sus alegaciones afirmaron que el carácter fundamental del derecho a adoptar medidas de acción colectiva debía excluir las misma del ámbito de aplicación del artículo 49 del TFUE.

La "*doctrina Viking*" se continuó en la STJUE del 18 de diciembre de 2007 (Asunto 341/05). El asunto cuestionado ante el Tribunal responde al conflicto planteado por los sindicatos suecos contra la empresa letona "*Laval*", que operaba en Suecia a través de una filial. Los sindicatos de este país trataron qué la empresa suscribiera el convenio sueco de construcción y, tras la negativa de la empresa, se comenzó un boicot en todo el país al entender que esta decisión implicaba un empeoramiento de la situación laboral de los trabajadores desplazados, ya que al no suscribirse el convenio se fijaban unas condiciones retributivas más bajas que las establecidas, con carácter general, en Suecia.

El Tribunal abordó, en primer término, cuestiones en torno a la fijación del salario mínimo en el sistema de relaciones laborales sueco, el cual no contiene ninguna previsión general al respecto, remitiendo su determinación a los interlocutores sociales, lo que impide que este se determine de manera general una retribución mínima para todos los sectores. Esta circunstancia dificultaba la aplicación de determinadas disposiciones de la Directiva 96/71/CE, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios, dado que no se armonizaban las condiciones de trabajo, sino que se intentaban articular las legislaciones nacionales para identificar un núcleo esencial de disposiciones laborales aplicables.

Por ello, el Tribunal consideró que lo exigido por los sindicatos no se correspondía con la fijación de un salario mínimo, sino que las cuantías eran más elevadas, por lo que las citadas reclamaciones no quedaban incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva. En efecto, la superación de las condiciones mínimas impedía la aplicación de la Directiva, en la medida en que la regulación contenida en esta no podía interpretarse en el sentido de que el Estado miembro de acogida deba supeditar la realización de una prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de condiciones de trabajo y empleo que vayan más allá de las disposiciones imperativas de protección mínima.

Además, se analizó nuevamente la compatibilidad entre el derecho de libre prestación de servicios y establecimiento con los derechos colectivos. Si bien se aceptó que estos pueden suponer un límite a aquella, en este caso se perfiló con mayor detalle su delimitación, estableciendo que el derecho comunitario no se opone a que los Estados miembros extiendan su legislación relativa a los salarios mínimos –ya sea esta general o se encuentre recogida en los convenios colectivos- a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena en su territorio, incluso de carácter temporal, con independencia del Estado de establecimiento

del empresario. No obstante, la aplicación de tales normas debe ser adecuada para garantizar la realización del objetivo que persiguen, que consiste en la protección de los trabajadores desplazados, y no debe ir más allá de lo que sea necesario para alcanzarlo.

Por ello, el Tribunal estableció que "aunque las materias relativas a la adopción de conflicto colectivo no estén comprendidas en el ámbito de competencia de la Comunidad, y los Estados miembros puedan fijar libremente los requisitos de existencia de estos derechos, y las formas de su ejercicio, los Estados miembros deberán, en el ejercicio de esta competencia, respetar el Derecho comunitario".

Por último, esta sentencia también analizó la legalidad de la disposición sueca que eximía del deber de paz social a los sindicatos contra empresas que únicamente dispusieran de convenio colectivo en su país de origen y no en Suecia. Y ello es así, en la medida en que la finalidad de estas cláusulas debiera ser garantizar que las organizaciones sindicales pudieran exigir que todos los empresarios que operaban en el mercado de trabajo sueco aplicaran las retribuciones y demás condiciones de empleo que se aplicaban normalmente en el país, y que, a su vez, se crearan "condiciones de competencia leal, y en igualdad de condiciones, entre los empresarios suecos y los empresarios procedentes de otros Estados miembros". Por ello, si el convenio del país de origen respetaba los mínimos de la legislación sueca, y de no existir motivos de orden, seguridad o salud pública, la citada disposición tendría carácter discriminatorio.

Por último, también ha tenido relevancia la STJUE de 17 de diciembre de 2015 (Asuntos C-25/14 y C-26/14), que analizó la interpretación del artículo 56 del TFUE[25] -prohibición de las restricciones a la libre prestación de servicios- y su compatibilidad con la negociación colectiva, desde la perspectiva del respeto del principio de no discriminación (art. 18 TFUE)[26].

El principio de no discriminación por razón de nacionalidad ha adquirido la categoría de principio vertebrador del ordenamiento de la Unión, así como un papel destacado en la esfera comunitaria, en la medida en que ha contribuido de forma decisiva a la realización del mercado interior. Así, el TFUE prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad, exigiendo que en el mercado interior esté garantizada la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales dentro de la Unión, cuyo objeto principal es que el prestador pueda ejercer su

[25] El actual artículo 56 del TFUE se corresponde con el antiguo artículo 49 TCE y establece que: "En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación".

[26] El artículo 18 del TFUE –antiguo artículo 12 TCE– establece que "en el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad".

actividad en cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que imponga este Estado a sus propios nacionales[27].

Ahora bien, el principio general reconocido en el artículo 18 del TFUE no se proyecta de forma indiscriminada sobre cualquiera situación, sino que es necesario que la concreta actividad que se lleve a cabo entre en el ámbito de aplicación del TFUE, esto es, que afecte a materias reguladas por el Tratado. Esta limitación material lleva a plantear qué cuestiones estarían incluidas dentro del ámbito de aplicación del Tratado. Para que el derecho de la Unión sea aplicable lo único que se precisa es que el sujeto se encuentre en una posición jurídica amparada por este, esto es, que involucre el ejercicio de algunas de las libertades fundamentales. En este supuesto, no sería imprescindible que las disposiciones nacionales afectadas pertenezcan a una materia que sea competencia de la Unión Europea, siendo suficiente con que la norma nacional que prevé la discriminación afecte al ejercicio de los derechos conferidos por el Tratado[28].

La construcción del principio de no discriminación en la jurisprudencia incluye también medidas o actuaciones indirectas o encubiertas. Así, se consideran actuaciones contrarias al Derecho de la Unión las diferencias de trato referidas a una determinada categoría o grupo de personas, que sean básicamente nacionales de otros Estados miembros, salvo que se justifique que existen motivos fundados y, que las medidas adoptadas sean proporcionadas y no estén relacionadas con la condición de nacional.

En el primer supuesto planteado en la STJUE de 17 de diciembre de 2015 (Asunto C-25/14) se analiza la licitud de una medida adoptada por los sindicatos franceses mediante la cual se aprueban determinados acuerdos en el sector mobiliario sobre el régimen de previsión de las prestaciones de muerte, incapacidad laboral e invalidez, así como un régimen complementario de reembolso de los gastos de asistencia sanitaria. Añadiéndose, posteriormente por orden ministerial, esta obligación para todos los trabajadores por cuenta ajena y empresarios de esa rama de actividad.

El conflicto se planteó por la designación del IPGM como único organismo asegurador de esos regímenes, al considerarse que no se habría respetado la obligación de transparencia resultante de los principios de no discriminación por razón de la nacionalidad y de igualdad de trato que derivan del artículo 56 TFUE.

En el segundo supuesto STJUE de 17 de diciembre de 2015 (Asunto C-26/14), el conflicto se planteó en relación con el acuerdo nacional de panadería y pastelería que establecía un régimen de reembolso complementario de los gastos de asistencia sanitaria a favor de todos los trabajadores por cuenta ajena de la rama de actividad interesada, sobre la base de una mutualización de los riesgos cubiertos y de la adhesión obligatoria de los empresarios.

[27] López Rodríguez, 2001, p. 144.

[28] Janer Torrens, 2003, p. 309.

Las cuestiones prejudiciales planteadas se sustancian en si la obligación de transparencia que deriva del artículo 56 TFUE y, por ende, de los principios de igualdad de trato y no discriminación, se aplica a la extensión por un Estado miembro de estas obligaciones a todos los empresarios y los trabajadores por cuenta ajena para una rama de actividad, ya que se atribuye a un único operador económico, elegido por los interlocutores sociales, la gestión de un régimen de previsión complementaria obligatorio.

De la jurisprudencia resulta que un Estado miembro solo puede crear un derecho exclusivo a favor de un operador económico, y hacerlo obligatorio para todos los empresarios y los trabajadores por cuenta ajena de una rama de actividad, si supone una extensión de un acuerdo colectivo que atribuye a ese operador, elegido por los interlocutores sociales, la gestión de un régimen de previsión complementaria obligatorio y la designación de ese organismo gestor único se ha adoptado respetando la obligación de transparencia.

La adjudicación, sin transparencia alguna a una empresa situada en el Estado miembro en el que se desarrolló el procedimiento de adjudicación constituye una diferencia de trato cuyos efectos generan, en sustancia, un perjuicio para todas las empresas potencialmente interesadas situadas en otros Estados miembros, porque no han tenido ninguna posibilidad real de manifestar su interés, y esa diferencia de trato constituye una discriminación indirecta por nacionalidad. Por ello, el TJUE considera que sin ser exigible necesariamente la convocatoria de una licitación, la obligación de transparencia sí implica un grado de publicidad adecuado que permita abrir a la competencia los procedimientos de adjudicación y controlar su imparcialidad.

Las cuestiones planteadas sobre la licitud de la medida se circunscriben a la decisión de la autoridad de extender el convenio colectivo a todos los empresarios y trabajadores por cuenta ajena de una rama de actividad, no al pacto colectivo en si, ya que los derechos de los empresarios que no han participado en la conclusión de ese acuerdo únicamente se ven afectados por esa extensión adoptada por la autoridad nacional.

El gobierno francés mantuvo que las condiciones concurrentes en la adopción de las ordenes de extensión discutidas se ajustan a la obligación de transparencia. Si bien el Derecho de la Unión admite las restricciones a la libre prestación de servicios siempre que cumplan las cuatro condiciones características de la denominada "regla de reconocimiento": que no pueden implicar una discriminación por razón de nacionalidad, que estén fundadas en un motivo de interés público o general, que sean adecuadas al fin perseguido y que resulten proporcionadas, en este caso, el Tribunal entendió que estos requisitos no se cumplían, ya que ni el hecho de que los convenios se depositen ante una autoridad administrativa y se puedan consultar en internet, ni la publicación en un diario oficial de un anuncio de la intención de iniciar un procedimiento, ni siquiera considerando todos esos aspectos en conjunto,

representan un grado adecuado de publicidad suficiente para garantizar que se han cumplido los objetivos perseguidos por la obligación de transparencia[29].

Por todas estas consideraciones, se entendió que la extensión de un régimen de previsión complementario obligatorio establecido a favor de los trabajadores por cuenta ajena de una rama de actividad, otorgado a un único operador, sin que la normativa nacional prevea una publicidad adecuada que permita a la presentación y provisión de ofertas más ventajosa, contravenía la obligación de transparencia prevista en el artículo 56 TFUE.

La posible incompatibilidad entre la negociación colectiva y el principio de no discriminación también se ha planteado a nivel individual. Así, la STJUE de 21 de diciembre de 2016 (Asunto C- 539/15), resuelve el conflicto originado entre Daniel Bowman y un organismo de seguro de pensiones, a propósito de una decisión de este último amparada en una disposición del convenio colectivo de aplicación. La controversia principal planteada en el litigio es si la negociación colectiva puede establecer diferencias de salario que indirectamente puedan suponer una discriminación por razón de edad.

El convenio colectivo cuestionado establecía un sistema de "ascenso" salarial estructurado en niveles, siendo necesario haber cubierto un periodo de cinco años desde el ingreso en la Administración para alcanzar el primero –sin que se pudieran computar a estos efectos de antigüedad los años de escolaridad–, y solamente de dos años para acceder a los niveles posteriores. En este contexto, se plantea la duda de si, a pesar de su formulación neutra, tal convenio resulta de hecho menos ventajoso para un número mucho más elevado de personas de una determinada edad, o de una determinada categoría de edad, produciéndose con ello una discriminación indirecta por razón de edad.

El órgano jurisdiccional remitente parte de la premisa de que el establecimiento de un plazo de ascenso del primer al segundo nivel más lago que el aplicable a los siguientes ascensos afecta, principalmente, a los trabajadores recién contratados por la Administración, y al no hacer valer a efectos de su clasificación en la tabla salarial los periodos anteriores a su entrada en el servicio son las personas jóvenes quienes componen el grupo de trabajadores con salarios más bajos.

El Tribunal de Justicia de la Unión entiende que las previsiones analizadas no pueden considerarse ni una discriminación directa, ni tampoco indirecta, por razón de edad, a efectos de la Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. En efecto, la parte controvertida del convenio, la relativa al no cómputo de los periodos de escolaridad y el alargamiento del plazo de ascenso de nivel en el primer nivel de la tabla salarial, se aplica por igual a todos los trabajadores que soliciten el cómputo de tales periodos, incluidos, con carácter

[29] Sánchez Lorenzo, 2006, p. 383.

retroactivo, los trabajadores que hayan alcanzado niveles superiores, por lo que en ningún caso supone una discriminación por razón de edad.

5. Bibliografía

Baz Rodríguez, J. (2002): *Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo*, ed. Comares.

Bernal Pulido, C. (2006): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Blanke, T. (2007): "The Viking Case", in Transfer: European Review of Labour and Research, Vol. 12, nº 2.

Bobbio, N. (1991): *El tiempo de los derechos*, Ed. Sistema.

De Búrca, G. (1993): "The Principle of Proportionality and its Application", in *EC Law*, Yearbook of European Law, vol. 13.

Cabeza Pereiro, J. (2015): "Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo", en Trabajo y Derecho, nº 3.

Casas Baamonde, M.E. (1997): "Dimensión transnacional de leyes nacionales, comités de empresa europeos y procesos y sentencias de conflictos colectivos", en Relaciones Laborales, nº 18.

Escribano Gutiérrez, J. (2009): "Derecho de huelga y libre prestación de servicios en el ámbito comunitario", en Relaciones Laborales, nº101.

Escribano Gutiérrez, J. (2017): "Protección social complementaria y libertad económica en el ámbito comunitario: las cláusulas de designación", en Derecho de las relaciones laborales, nº 4.

Frosini, J. (2008): "Right of establishment and right to collective action: a "viking" invasion of english courts?", en Revista General de derecho público comparado, nº 2.

Guamán Hernández, A. (2011): "Negociación Colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación de la Unión Europea", en Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 92.

Janer Torrens, J.D. (2003): "El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones entorno a la discriminación inversa", en Revista de Derecho Comunitario Europeo, nº 11.

López Rodríguez, Juan (2001): "Jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo e impuesto sobre sociedades", en Crónica Tributaria, nº 98.

Martínez Barroso, M.R. (2001): "Modelos clásicos y sistemas nuevos de participación de los trabajadores en la empresa", en Temas Laborales, nº 62.

Martínez Fons, Daniel (2006): *Libre competencia y Derecho del Trabajo*, ed. La Ley, Madrid.

Miranda Boto, J.M. (2008): "Reseña de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea", en Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Derecho Social Internacional y Comunitario, nº 77.

Molina García, M. y Cairós Barreto, D.M. (2021): "El Dialogo Social y la negociación colectiva europea", en VV.AA. Cairós Barreto, D.M. (Dir.), *Las relaciones colectivas de trabajo en el nivel europeo e internacional*, ed. Aranzadi, 2021.

Monereo Pérez, J.L. (1992): *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, ed. Civitas.

Ojeda Avilés, A. (2002): "La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos", en VV.AA., García Laso, A., y Sanguineti Raymond, W., *Sindicatos y cambios económicos y sociales*, ed. Ediciones Salamanca.

Ortiz Lallana, M.C: (2007): "La participación de los trabajadores en el ámbito internacional y comunitario", Gobierno de la empresa y participación de los trabajadores: viejas y nuevas formas institucionales. XVII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Sáez Lara, C. (1996) "La Directiva 94/45, sobre el Comité de Empresa Europeo y su transposición al Derecho español", en Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 78.

Sánchez Lorenzo, S. (2006): "Derechos fundamentales y libertades de circulación a la sombra de una Constitución para Europa: Comentario a la Sentencia TJCE de 14 de octubre de 2004 (C-36/02: Omega)", en Revista de Derecho Constitucional Europeo, nº 5.

Schwarzer, J. (2006): *European Administrative Law*, ed. Sweet & Maxwell.

Suárez Corujo, B. (2000): "Derecho Social versus derecho de la competencia: querencia neoliberal de la jurisprudencia del TJCE. A propósito de la STJCE de 21 de septiembre de 1999, caso Albany", en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 32.

Valdés Dal-Re, F. (2016): *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras*, ed. Bomarzo.

CAPÍTULO VIGÉSIMO PRIMERO. Libre Circulación de Trabajadores y Seguridad Social

José Luis Tortuero Plaza
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0002-7480-8745

Francisca Moreno Romero
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Complutense de Madrid
https://orcid.org/0000-0002-3651-2150

Sumario: 1. Introducción. 2. Marco jurídico. 3. Estructura del Reglamento Base. 3.1. Ámbito de aplicación personal. 3.2. Ámbito de aplicación territorial. 3.3. Ámbito de aplicación temporal. 3.4. Ámbito de aplicación material. 4. Principios básicos de la normativa de coordinación de la Unión Europea. 4.1. Principio de igualdad de trato por razón de nacionalidad. 4.2. Determinación de la Ley aplicable: observancia del principio *lex loci laboris* como regla general. 4.3. Principio de asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos. A. Regla de totalización de períodos. B. Regla *prorrata temporis*. 4.4. Principio de no acumulación de prestaciones. 4.5. Principio de exportación de prestaciones. A. Exportación de las prestaciones por desempleo y por cese en la actividad profesional. B. Exportación de prestaciones especiales en metálico no contributivas. C. Disposiciones particulares para las distintas categorías de prestaciones. a) Prestaciones de enfermedad, maternidad y paternidad. b) Prestaciones de invalidez. c) Jubilación y supervivencia. d) Prestaciones de accidente de trabajo y enfermedad profesional. e) Prestaciones familiares. f) Subsidio de defunción. 4.6. Principio de cooperación administrativa. 5. Bibliografía.

1. Introducción

En base a la delimitación de las competencias de la Unión Europea (UE) y la fijación del ámbito de las propias de cada uno de los Estados miembros que la

componen, se reserva a la Unión la tarea de apoyar, complementar y coordinar la acción soberana de los Estados miembros en lo referido a la materia de Seguridad Social, ello cuando estos últimos no puedan alcanzar individualmente y a través de sus competencias, una acción conjunta que garantice la consecución de alguno de los principios que sostienen el modelo económico y social que nos hemos dado como Unión[1]; o que, pudiéndola alcanzar, se obtenga un mejor resultado a partir de la acción vinculada de sus miembros. Este es el caso del principio de libre circulación de trabajadores entre países miembros, manifestación básica del derecho de los ciudadanos de la UE y sus familias a desplazarse libremente y residir en cualquier país de la UE, una de las cuatro libertades fundamentales consagradas en los Tratados de la Unión. La protección de los trabajadores migrantes en materia de Seguridad Social constituye garantía imprescindible para que aquel derecho a la libre circulación se materialice.

En 1958 se publicó el primer Reglamento comunitario dedicado a la Seguridad Social de los trabajadores migrantes; nos referimos al Reglamento número 3 del Consejo de la CEE de 25 de septiembre (DO, 1958, 30), cuyo instrumento de aplicación fue el Reglamento núm. 4, de 3 de diciembre de 1959 y que tenía como objetivo garantizar la protección social de los trabajadores del carbón y del acero. Transcurridos más de 60 años, los cambios en la materia han sido numerosos y de gran calado, reflejo de la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, de la importante complejidad en los movimientos migratorios acontecidos dentro de la UE y las constantes modificaciones -fundamentalmente referidas a la ampliación de los ámbitos de aplicación objetivo y subjetivo de los distintos sistemas de protección social nacionales- habidas desde entonces, además de la incorporación de nuevos Estados miembros al sistema de coordinación. La respuesta a todas estas variables, ha sido la publicación de nuevos instrumentos normativos por parte de la Unión. Su finalidad es la de coordinar los sistemas que conforman el "ideal de cobertura, generalmente alcanzado por los sistemas europeos de Seguridad Social, a saber, enfermedad y maternidad, invalidez, vejez, supervivencia, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, defunción, desempleo y prestaciones familiares, tanto en su modalidad contributiva como no contributiva"[2].

La libre circulación de trabajadores constituye, como decimos, un principio básico y fundamental de la Unión Europea desde su creación, de forma tal que debe considerarse como uno de los ejes centrales tanto de la política social de la Unión, como del propio Derecho Social Comunitario. Fruto de las exigencias sociales de diversa índole que se han ido sucediendo, su configuración ha sido progresiva en el sentido de adaptarse a aquellas exigencias y ampliar su contenido para dar respuesta a los nuevos retos a los que se ha enfrentado.

[1] Sobre la competencia comunitaria en materia de Seguridad Social, Miranda Boto, 2008.

[2] Alonso Olea y Tortuero Plaza, 2002, p. 436.

A tal fin, se hace necesario remover y superar las dificultades que supone para la libre circulación de personas -elemento básico del proceso de integración económica europea, primigenio en su concepción-, la concepción territorial y nacional en materia de prestaciones de Seguridad Social. En sus orígenes, el modelo europeo de coordinación nace para evitar que la falta de reconocimiento de prestaciones sociales por parte de los Estados miembros a ciudadanos económicamente activos en situación de migración intracomunitaria, no suponga un obstáculo al ejercicio efectivo de las libertades económicas, especialmente a la libertad de circulación. Se establece una doble dimensión en la que la protección social es instrumentalizada para lograr objetivos económicos, dejando en manos de la soberanía nacional la decisión relativa a la profundidad de aplicación del principio de solidaridad, esto es, existe una evidente primacía del ámbito económico frente al social[3]; de esta forma, algunos autores hablan de instrumentalización o mercantilización de la ciudadanía, puesto que esta parece haberse diseñado para profundizar en mayor medida en la integración económica, dejando en un segundo plano la social[4].

Los ciudadanos comunitarios que ejercen ese derecho a la libre circulación tienen reconocidos los derechos a la igualdad de trato y a la no discriminación por razón de nacionalidad, con independencia del Estado miembro en el que trabajen. Partiendo de esta premisa, es necesario establecer una serie de normas adicionales a los principios vistos que garanticen a quienes trabajan en dos o más países del espacio comunitario, sus derechos de seguridad social. Esto es, el derecho comunitario da respuesta, en este ámbito, a los problemas derivados de la concurrencia de legislaciones nacionales en materia de Seguridad Social, cuando una persona trabajadora se desplaza geográficamente por alguno de los Estados miembros, tratando de eliminar con ello las posibles penalizaciones en materia de doble cotización o de perjuicio en el acceso a las prestaciones, entre otras. Además, también constituye objetivo de su aplicación el evitar una doble cobertura en situaciones transfronterizas. En este ámbito, debe entenderse la difícil tarea que presenta la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, en términos generales, pero además partiendo de diferencias estructurales que supone el que haya países "(la mayoría) cuyos ordenamientos de Seguridad Social responden, con mayor o menor fidelidad, a los trazos caracterizadores del modelo bismarckiano (protección a la población laboral; financiación contributiva y dependiente de la retribución percibida; gestión plural y organizada con arreglo a un sistema de seguros múltiples) mientras que, por el contrario, no faltan los reconducibles al diseño de Sir William Beveridge (protección universal tendente a garantizar prestaciones suficientes a todos los necesitados; financiación fuertemente impositiva; uniformidad de cuotas y prestaciones; unidad gestora). Ello, por no aludir a aquellos otros donde apenas

[3] Caicedo Camacho, 2013, p. 98.

[4] Everson, M., 1995, p. 90.

nos encontramos un rudimento de protección o la pura inexistencia de un aparato estatal destinado a tal tipo de actividad"[5].

En definitiva, el trabajador, por así decirlo, viaja con *su* Seguridad Social a través de las fronteras acumulando derechos por los tiempos de trabajo y aseguramiento en los diferentes países miembros, siendo *su* Seguridad Social, sobre todo en las prestaciones a largo plazo, la resultante de tal acumulación; en este equívoco sentido se habla de la personalización o desterritorialización del derecho de la Seguridad Social; equívoco, porque el intento de las normas comunitarias es aplicar una sola "ley nacional " operando sobre la ficción de que han ocurrido en el territorio nacional -del país que reconoce la pensión- hechos y circunstancias ocurridos en el territorio de otros estados miembros.

La fotografía descrita centra los problemas jurídicos fundamentalmente en tres espacios: la determinación de la Ley Nacional aplicable, el cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa nacional y la conservación de los derechos adquiridos.

En el ámbito del principio de conservación de derechos adquiridos -o principio de exportación de prestaciones- debemos realizar una conexión con el principio de tratamiento de los derechos en curso de adquisición, en su caso.

Al fin y al cabo, las normas comunitarias de coordinación, que veremos, persiguen evitar los obstáculos a la movilidad de las personas tratando de proteger sus derechos de Seguridad Social. Cuestión fundamental para la vocación -primero, económica, después, social- del Derecho comunitario de crear y regular un espacio europeo para la libre circulación de personas, elemento nuclear del origen de aquél, como se ha referido. Dicho lo cual, como veremos, el papel de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo es de extraordinaria relevancia a los efectos de determinar los criterios y directrices que caracterizan aquel sistema de coordinación.

2. Marco jurídico

El marco jurídico del derecho de libre circulación de los trabajadores en relación con la materia de Seguridad Social queda establecido en el ámbito comunitario a partir de una doble dimensión: la determinada en el derecho originario y la establecida por el derecho derivado.

Antes de desgranar las dos dimensiones mencionadas, siquiera de forma breve, es obligado aludir, en un primer orden, a lo establecido por la Carta de Derechos fundamentales de la UE, que en su art. 45 establece que "todo ciudadano tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros". Derecho coincidente con los arts. 20.2 y 21 del TFUE, que prevé su aplicación en las condiciones y dentro de los límites establecidos por los Tratados. Ese derecho genérico de libre circulación y residencia de los ciudadanos

[5] Sempere Navarro, 2004, p. 125.

fue reconocido por el Tratado de Maastricht y su regulación está contenida en la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

Volviendo sobre las dos esferas del Derecho aplicable y en un primer orden -derecho originario-, los artículos 21 y 48 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), ubicado este último dentro del Título dedicado a la libre circulación de personas, y que es el encargado de establecer -a partir del derecho fundamental a la libre circulación de los trabajadores reconocido en el art. 45 TFUE- la determinación de las competencias para garantizar determinados derechos en materia de Seguridad Social de los trabajadores migrantes. Asimismo, los artículos 34 y 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, encargados de reconocer los derechos de seguridad social, servicios sociales y protección de la salud. Por último, se completa la regulación originaria con el art. 6 del Tratado de la Unión Europea.

A partir de este marco jurídico originario, nos encontramos con el derecho derivado, constituido por los reglamentos de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, que son obligatorios y directamente aplicables. Precisamente son estos reglamentos las normas que tratan de dar solución a los problemas planteados a raíz de las singularidades que presentan los trabajadores migrantes, ofreciendo soluciones jurídicas a los problemas que se les plantean como consecuencia de haber estado sujetos -simultánea, sucesiva o alternativamente- a sistemas de Seguridad Social de dos o más Estados Miembros, presupuesto éste básico para su aplicación.

La normativa de coordinación presenta como característica la neutralidad, pues su labor no es la de armonizar ni hacer uniformes las disímiles legislaciones nacionales en materia de Seguridad Social, sino la de solucionar los problemas jurídicos nacidos de la transnacionalidad, tratando de remover los obstáculos a la libre circulación de trabajadores y, al tiempo, proporcionar un régimen de garantías para el trabajador migrante. No se trata, por tanto, de influir en la configuración de los sistemas de Seguridad Social nacionales o de exigir una protección determinada a los Estados miembros, circunstancia esta en la que sí existen pautas del Derecho Social europeo de otra índole, no pertinentes para este estudio.

Podemos diferenciar dos intervalos temporales de cara a sustentar la actual normativa de coordinación, con carácter general; uno, primero, de principios de la década de los 70 del pasado siglo XX, con sus correspondientes reglamentos base y de desarrollo (o de aplicación) y, otro, segundo, a partir del año 2004 que sustituye a los primeros en aras a, dada la importante evolución en los cambios ya referidos, alcanzar el mejor cumplimiento del objetivo de la libre circulación de personas a través de la correspondiente modernización y simplificación.

En el primer espacio temporal se integran:

- El Reglamento (CEE) 1408/71 del Consejo, de 14 de junio, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, que constituye el Reglamento base. Este Reglamento ha sido modificado, a su vez, en numerosas ocasiones, fruto de la evolución experimentada a nivel comunitario, en las legislaciones nacionales y de los diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia en la materia. Si bien este Reglamento queda derogado por el actual vigente (883/2004), lo cierto es que continúa en vigor y surtiendo efectos a los fines de determinados actos y acuerdos comunitarios de los que es parte la Comunidad, para salvaguardar la seguridad jurídica (art. 90.1 Reglamento base).
- El correspondiente Reglamento de aplicación (CEE) N° 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972 por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familiares que se desplacen dentro de la Comunidad.

En un segundo espacio temporal, nos referimos a la normativa vigente en la actualidad:

- Reglamento (CE) núm. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (a partir de ahora, también Reglamento base).

  Este texto es pertinente a los efectos del EEE (Espacio Económico Europeo, esto es, los 27 Estados de la Unión Europea, Islandia, Liechtenstein y Noruega) y Suiza.
- Reglamento (CE) núm. 987/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009 por el que se adoptan las normas de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (Texto pertinente a efectos del EEE y de Suiza). (a partir de ahora, también Reglamento de aplicación o de desarrollo).

Estos Reglamentos han sido modificados parcialmente en varias ocasiones desde su publicación; así lo han hecho los siguientes Reglamentos: CE/988/2009; (UE) 1231/2010; (UE) 1244/2010; UE/465/2012; (UE) 1224/2012; (UE) 1372/2013; (UE) 1368/2014; (UE) 2017/492; (UE) 2019/1149).

En el mismo año de publicación del Reglamento base -de hecho, se publica tan solo un día antes- ve la luz la, ya mencionada, Directiva 2004/38/CE del Parlamento y del Consejo de Europa relativa al derecho de los ciudadanos de

la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) nº 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE. Hasta ese momento el derecho de la UE venía regulando de manera diferenciada a los trabajadores asalariados, trabajadores por cuenta propia, estudiantes y otras personas inactivas, incorporando esta nueva Directiva un importante esfuerzo por simplificar y reforzar el derecho de libre circulación y residencia de todos los ciudadanos de la Unión y superando el anterior enfoque fraccionado que se había dado a este derecho. Entre otras cuestiones, este nuevo rumbo tiene importantes efectos sobre el acceso a las prestaciones de asistencia social en igualdad de condiciones a los nacionales de un Estado, además de perseguir una depuración de las técnicas de coordinación ya establecidas por el anterior Reglamento base.

Además, el 13 de diciembre de 2016, el Parlamento Europeo y el Consejo publicaron una propuesta de Reglamento por el que se planteaba la modificación de los Reglamentos vigentes sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (COM/2016/0815 final-2016/0397(COD), sobre la base del art. 48 TFUE. Resulta destacable el planteamiento propuesto en aras a alcanzar la simplificación de la normativa europea en materia de coordinación de los sistemas de Seguridad Social, labor que, como se ha mencionado, la vasta jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la complejidad técnica del marco legislativo, a lo que han de añadirse las continuas modificaciones, ha dificultado enormemente.

Esta propuesta de revisión plantea como su objeto tratar de garantizar la equidad vinculando más estrechamente el pago de prestaciones al Estado miembro que recauda las cotizaciones a la Seguridad Social. Se propone a las autoridades nacionales la utilización de herramientas más adecuadas para verificar la situación en cuanto a Seguridad Social de los trabajadores migrantes a fin de hacer frente a posibles prácticas desleales y abusos. Los principales cambios se refieren a las prestaciones por desempleo, prestaciones por cuidados de larga duración y las prestaciones familiares destinadas a reemplazar los ingresos durante los períodos de crianza de los hijos. Además, la propuesta pretende armonizar las normas jurídicas vigentes con la abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el acceso a las prestaciones sociales por parte de aquellos ciudadanos que no ejercen una actividad económica, como hemos mencionado. También propone una aclaración de las normas en materia de conflicto sobre la legislación aplicable.

Conviene recordar que los Reglamentos tienen efecto directo y aplicación automática sin que se requiera su incorporación previa al ordenamiento nacional del que se trate, pues prevalecen sobre este. Esto es, son actos legislativos vinculantes que deben aplicarse en su integridad, es obligatorio en todos sus elementos, en el conjunto de la Unión Europea y aplicable directamente en cada país de la UE a partir de la fecha de su entrada en vigor (una fecha que se establece en el reglamento o, en su defecto, veinte días después de su publicación en el Diario Oficial). Sus

efectos jurídicos se imponen en el conjunto de las legislaciones nacionales de forma simultánea, automática y uniforme. Por tanto, su inobservancia por parte de un Estado a través de sus organismos administrativos o jurisdiccionales competentes en materia de Seguridad Social puede generar la responsabilidad de la Administración nacional infractora[6].

Resulta necesario hacer referencia en este ámbito territorial a la existencia de convenios internacionales bilaterales suscritos entre determinados Estados miembros del EEE y Suiza con España, en concreto son 16 (Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovaquia, Finlandia, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia Portugal, República Checa, Rumanía, Suecia y Suiza), que únicamente serán de aplicación -como excepción a la regla general de sustitución de dichos convenios por los Reglamentos-, siempre que se cumplan ciertos requisitos y resulten aplicables a tenor del principio de norma más favorable o, en su caso, deriven de circunstancias históricas específicas y tengan un efecto temporal limitado. Se permite así, la aplicación de los Convenios bilaterales, en detrimento del Reglamento, cuando sean más beneficiosos que la normativa de coordinación de la UE.

Estas excepciones, como decimos, permiten la pervivencia de determinadas disposiciones de algunos de los Convenios entre Estados miembros que estaban en vigor antes de la publicación del Reglamento. En base a la jurisprudencia del TJUE se ha admitido -dadas determinadas consideraciones- la aplicación preferente de los Convenios bilaterales entre países miembros suscritos con antelación a la entrada en vigor del Reglamento, cuando estos resulten más favorables para la persona trabajadora migrante. Así, la STJUE de 7 de febrero de 1991 (Asunto C-227/89), estima la aplicación más favorable de un Convenio bilateral previo, pues "una interpretación diferente (…), en el sentido de no tener en cuenta las disposiciones de los Convenios celebrados entre los Estados miembros, que impliquen para los trabajadores ventajas superiores a las que se derivan de la normativa comunitaria, produciría una limitación sustancial del alcance de los objetivos del artículo 51 *(Tratado CEE)*, en la medida en que el trabajador que ejerce su derecho a la libre circulación se encontraría en una situación menos favorable que la que habría disfrutado de no hacer uso de ese derecho"[7].

También cabe la posibilidad de suscribir convenios posteriores a la entrada en vigor de los Reglamentos, toda vez que se fundamenten en los principios y el espíritu de aquéllos (art. 8.2 Reglamento base) y resulten más beneficiosos para el interesado. En todo caso, la relación de aplicación del Reglamento correspondiente y las de los Convenios bilaterales mencionados, presenta una gran complejidad, pues el principio de aplicación de la norma más favorable resulta complicado

[6] STJUE de 28 de junio de 2001 (Asunto C-118/00).

[7] También, sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 17 de diciembre de 2015 (Asunto C-407/14); sentencia de 21 de diciembre de 2016, (Asunto C-154/15) y sentencia de 9 de noviembre de 2000 (Asunto C-75/99).

de enmarcar y aplicar por su indeterminación y la variedad y diferencia de razonamientos utilizados por los órganos jurisdiccionales para determinarlo.

Finalmente cabe hacer referencia a los Convenios Internacionales multilaterales en el seno de órganos internacionales que, por estar suscritos por Estados y no por la UE, tienen la consideración de Derecho nacional, y cuya aplicación primaría si fuera más beneficiosa. Entre ellos, los suscritos con la OIT o en el marco del Consejo de Europa: el Convenio Europeo de Seguridad Social y Acuerdo Complementario, de 14-12-1972.

3. Estructura del Reglamento Base

El Reglamento base (núm. 883/2004), está compuesto por seis Títulos, cuyo contenido es: Título I. Disposiciones generales; Título II. Determinación de la Legislación aplicable. Título III. Disposiciones particulares para las distintas categorías de prestaciones. Título IV. Comisión administrativa y comité Consultivo de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social. Título V. Disposiciones varias y, por último, Título VI. Disposiciones transitorias y Disposiciones Finales.

El ámbito de aplicación del Reglamento (CE) núm. 883/2004, queda determinado en los ámbitos personal (o subjetivo), territorial, temporal y material (u objetivo).

3.1. Ámbito de aplicación personal

El Reglamento base de coordinación, cuya extensión subjetiva queda determinada por lo establecido en los sistemas nacionales de Seguridad Social, se aplicará, con carácter general "a las personas nacionales de uno de los Estados miembros y a los apátridas y refugiados residentes en uno de los Estados miembros, que estén o hayan estado sujetas a la legislación de uno o de varios estados miembros, así como a los miembros de sus familias y a sus supérstites"; asimismo, será de aplicación "a los supérstites de las personas que hayan estado sujetas a la legislación de uno de varios Estados miembros, cualquiera que sea la nacionalidad de tales personas, cuando dichos supérstites sean nacionales de uno de los Estados miembros o apátridas o refugiados que residan en uno de los Estados miembros" (art. 2).

De ello se desprende la identificación de los elementos definitorios del colectivo, a saber: nacionalidad o, alternativamente, condición de apátrida o refugiado, sujeción por parte del individuo a la legislación nacional de un Estado miembro, al menos, y encontrarse o haberse encontrado en una situación de transnacionalidad con afectación a su relación de Seguridad Social.

Los desplazamientos a los que afectan las normas de coordinación no han de presentar obligatoriamente el carácter migratorio profesional. Así lo recogió la jurisprudencia del TJCE en su sentencia de 19 de marzo de 1964 (Asunto 75/63),

que alega la indiferencia del motivo de la estancia en el extranjero cuando, por lo demás, le correspondería al interesado la aplicación de la norma de coordinación de que se trate.

De esta forma, específicamente quedan incluidos en el campo de aplicación de los Reglamentos de coordinación, los ciudadanos de la UE aunque sean supérstites de nacionales extracomunitarios que hayan estado sujetos a la legislación de uno o varios Estados miembros de cara a obtener derechos derivados.

Podemos determinar los diferentes estatutos de ciudadanía que conviven en el espacio comunitario con su correspondiente reflejo en el ámbito de la protección social. De esta forma: los ciudadanos que poseen la nacionalidad de uno de los Estados miembros y que, en consecuencia, son titulares del derecho a la libre circulación; los que son familiares de aquéllos y pueden, de forma dependiente, ejercer tales derechos; quienes gozan de una especial protección por ser refugiados y, por último, aquéllos que siendo nacionales de terceros países se encuentran en una situación de regularidad[8].

Más allá de la literalidad de los Reglamentos de coordinación, existe la posibilidad de que éstos sean de aplicación a ciudadanos extracomunitarios que cumplan con los requisitos de inclusión en su ámbito subjetivo exceptuando, con lógica, el de la propia nacionalidad de la Unión; en concreto, para que tal situación pueda darse, el ciudadano extracomunitario ha de estar asegurado en el sistema de Seguridad Social de alguno de los Estados miembros, ser residente legal y encontrarse en una situación de transnacionalidad, pues quedan excluidos los que tengan vínculos con un tercer Estado y un único Estado miembro (apdo. 12 Reglamento (UE) 1231/2010, de 24 de noviembre de 2010)[9] [10].

Respecto de la acreditación de la residencia legal -lugar en que una persona reside habitualmente (art. 1)- se estará a los requisitos y normativa establecidos por cada Estado miembro al respecto, además de deber cumplirse el requisito, como hemos mencionado, de estar o haber estado asegurados en el sistema nacional de Seguridad Social del Estado de que se trate.

En el supuesto en el que exista discrepancia entre las instituciones de dos o más Estados miembros de cara a determinar la residencia de una persona a la que se aplique el Reglamento base, "las instituciones deberán establecer de común acuerdo el centro de interés del interesado a partir de una evaluación global de toda la información disponible relacionada con los hechos pertinentes, que podrá incluir,

[8] González Ortega, 2006, pp. 42-43.

[9] STJUE 24-1-19 (Asunto Balandín C-477/17).

[10] Como consecuencia de la guerra de Ucrania, dada la cantidad de desplazados ucranianos, la UE ha decidido proporcionarles una protección temporal especial, debido a que existe riesgo de que los sistemas de asilo de los Estados miembros se saturen y no puedan tramitar las llegadas de forma eficiente (Dir 2001/55/CE; Decisión de Ejecución (UE) 2022/382, prorrogada, primero hasta el 4-3-2025 (Decisión de Ejecución (UE) 2023/2409), y posteriormente hasta el 4-3-2026 (Decisión de Ejecución (UE) 2024/1836).

según el caso: a) la duración y continuidad de su presencia en el territorio de los Estados miembros afectados; b) la situación personal del interesado, incluidos: i) la naturaleza y condiciones específicas de la actividad ejercida, si la hay, en particular el lugar donde se ejerce habitualmente la actividad, la estabilidad de la actividad y la duración de cualquier contrato de trabajo, ii) su situación familiar y los lazos familiares, iii) el ejercicio de toda actividad no remunerada, iv) en el caso de los estudiantes, su fuente de ingresos, v) el alojamiento, en particular su grado de permanencia, vi) el Estado miembro en el que se considere que la persona tiene su residencia fiscal" (art. 11 Reglamento 987/2009, de 16 de septiembre).

Según el propio Reglamento (art. 1), y a los efectos de conceptualización del ámbito de aplicación personal, se considerará:

- Legislación: Para cada Estado miembro, las leyes, los reglamentos, las disposiciones estatutarias y todas las demás medidas de aplicación que afecten a las ramas de Seguridad Social contempladas en el apartado 1 del art. 3 (del propio Reglamento 883/2004).
- Refugiado: el definido como tal en el art. 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (Ginebra, 1951).
- Apátrida: el definido como tal en el art. 1 de la Convención sobre el Estatuto de los apátridas (Nueva York, 1954).
- Miembro de la familia: Toda persona definida o admitida como miembro de la familia o designada como miembro del hogar por la legislación en virtud de la cual se sirvan las prestaciones. Igualmente, se entenderá por supérstite a aquél que así se defina por parte de dicha legislación. En el supuesto en que la legislación de un Estado miembro aplicable en este sentido no distinguiera entre miembros de la familia y otras personas a las que sea aplicable dicha legislación, se considerarán miembros de la familia el cónyuge, los hijos menores de edad y los hijos mayores de edad a cargo. En este sentido y respecto de las prestaciones de enfermedad, maternidad y paternidad asimiladas, tendrá la consideración de miembro de la familia toda persona definida o admitida como miembro de la familia o designada como miembro del hogar por la legislación del Estado miembro en el que resida.

3.2. Ámbito de aplicación territorial

Como se ha referido, los vigentes Reglamentos de coordinación -base y desarrollo- son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables en cada Estado miembro -arts. 91 y 97, respectivamente, en base al principio de primacía normativa-, de este modo será de aplicación tanto por sus instituciones de Seguridad Social como por sus órganos jurisdiccionales.

Junto a los 27 Estados miembros de la UE, también se aplican estos Reglamentos a los siguientes Estados:

- Suiza, en base a la Decisión Núm. 1/2020 del Comité Mixto establecido en virtud del Acuerdo sobre la libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la Confederación Suiza, por otra de 15 de diciembre de 2020 por la que se modifica el anexo II de dicho Acuerdo, relativo a la coordinación de los regímenes de seguridad social [2021/137] y desde el 1 de abril de 2012.
- Estados con los que la UE conforma el EEE, esto es, Liechtenstein, Noruega e Islandia desde el 1 de junio de 2012.

Los Reglamentos de coordinación previos a los vigentes, -esto es, 1408/71 CEE y 574/72 CEE- se venían aplicando con anterioridad, en base a los correspondientes acuerdos celebrados con Suiza, en 1999 y de entrada en vigor en 2002, y en los Estados mencionados del EEE (Acuerdo de creación del EEE de 1992, con entrada en vigor el 1 de enero de 1994).

A partir del 1 de enero de 2021, los Reglamentos base y de desarrollo se siguen aplicando en las relaciones de los Estados miembros con el Reino Unido, en virtud del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, de 31 de enero de 2020, a aquellas personas que, a 31 de diciembre de 2020, se encontraran en una situación trasfronteriza UE- Reino Unido, siempre y cuando cumplan los presupuestos que en aquél quedan establecidos. Para las situaciones que se produzcan a partir de la mencionada fecha, 1 enero de 2021, entre uno o varios Estados miembro de la UE y Reino Unido será provisionalmente de aplicación el protocolo sobre coordinación de seguridad social recogido en el Acuerdo sobre Comercio y Cooperación (ACC) celebrado entre la Unión Europea y la Comunidad Europea de la energía atómica, de una parte, y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, por otra. El Parlamento del Reino Unido ratificó el ACC el 30 de diciembre de 2020, entrando en vigor de manera provisional desde el 1 de enero de 2021. Por su parte, el Parlamento Europeo manifestó su aprobación el 27 de abril de 2021 y el Consejo de la Unión Europea lo ratificó formalmente el 29 de abril, entrando en vigor de forma definitiva el 1 de mayo de 2021[11].

3.3. Ámbito de aplicación temporal

La entrada en vigor del Reglamento CE 883/2004 se produjo el 30 de abril de 2004, si bien su aplicación no tuvo efectos hasta la fecha de entrada en vigor del Reglamento de aplicación correspondiente -según establece el art. 91 Reglamento 883/2004-, es decir, hasta el 1 de mayo de 2010, fecha en la que, en términos generales, quedaron sustituidos los anteriores reglamentos base y de desarrollo. Y decimos en términos generales porque se mantienen en vigor, según el propio art.

[11] Guerrero Padrónorte,2024, p 275-303.

90 del actual Reglamento base, y se preservan los efectos jurídicos de Reglamento 1408/71, a determinados efectos y siendo aplicables de forma transitoria a concretas circunstancias.

Los Reglamentos de coordinación, como norma general, no originan ningún derecho para un período anterior a la fecha de su aplicación (arts. 87 Reglamento base). Sin embargo, se establecen las siguientes excepciones de aplicación transitoria:

- Todo periodo de seguro y, en su caso, todo periodo de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cubierto bajo la legislación de un Estado miembro con anterioridad a la fecha de aplicación del Reglamento, esto es, del 1 de mayo de 2010, se tendrá en cuenta para la determinación de los derechos originados de acuerdo con los Reglamentos de coordinación.
- Bajo la aplicación de este Reglamento y a reserva de la norma general, se podrá originar un derecho a su amparo cuando el hecho causante haya tenido lugar en fecha anterior al 1 de mayo de 2010 y no haya generado derecho conforme a la legislación de coordinación anterior pero que, sin embargo, sí da lugar al reconocimiento de un derecho conforme a lo previsto en los vigentes Reglamentos.
- Aquella prestación que no haya sido liquidada o haya sido suspendida con motivo de la nacionalidad o residencia de la persona interesada podrá ser, a su petición, liquidada o restablecida desde el 1 de mayo de 2010, siempre y cuando los derechos anteriormente liquidados no hayan dado lugar a una liquidación a tanto alzado.

  Asimismo, se contempla la posibilidad de revisión de los derechos de los interesados que hayan obtenido la liquidación de una pensión o renta con anterioridad a la fecha de aplicación del Reglamento base, si los interesados así lo solicitan, con observancia de lo establecido en aquél. Cuando la persona interesada ejerza una u otra opción, solicitud de liquidación o de revisión, dentro de los dos años siguientes al 1 de mayo de 2010, los posibles derechos reconocidos tendrán efectividad desde dicha fecha, sin que sea aplicable la legislación sobre caducidad o limitación de derechos de los Estados miembros. En el supuesto de que tal solicitud sea presentada a partir del 1 de mayo de 2012, la fecha de reconocimiento del derecho será la fecha de solicitud del mismo -siempre que no estén afectados por caducidad o prescripción-, salvo que resulte más beneficioso lo dispuesto en la legislación de cualquier Estado miembro.

3.4. Ámbito de aplicación material

El campo de aplicación material del Reglamento base queda recogido en su art. 3 que, en un primer orden, establece las ramas de Seguridad Social de la legislación a las que se aplicará. De esta forma tendrán afectación las siguientes materias:

a) las prestaciones de enfermedad;

b) las prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas;

c) las prestaciones de invalidez;

d) las prestaciones de vejez;

e) las prestaciones de supervivencia;

f) las prestaciones de accidentes de trabajo y de enfermedad profesional;

g) los subsidios de defunción;

h) las prestaciones de desempleo;

i) las prestaciones de prejubilación;

j) las prestaciones familiares.

En cuanto a su aplicación, el Reglamento afectará a los regímenes de Seguridad Social de los Estados miembros, generales y especiales, a los contributivos y no contributivos, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empleador o del armador, incluidas las prestaciones especiales en metálico no contributivas, siempre y cuando no exista disposición en contrario en el anexo XI -que contiene las disposiciones especiales para la aplicación de la legislación en cada uno de los Estados miembros-. Impera, de esta forma, la disparidad y tipología de las prestaciones que integran las ramas de los sistemas de Seguridad Social existentes en las legislaciones nacionales coordinadas por los Reglamentos de referencia [12].

En un segundo término, el citado art. 3 reconoce expresamente las materias a las que no será de aplicación lo previsto en el Reglamento base. De esta forma, quedan fuera de ese ámbito de aplicación tanto la asistencia social y sanitaria como "las prestaciones respecto a las cuales un Estado miembro asuma la responsabilidad de los daños causados a las personas y prevea una compensación, tales como las concedidas a las víctimas de guerra y de acciones militares o de sus consecuencias; las víctimas de delitos, asesinato o actos terroristas; las víctimas de daños ocasionados por agentes del Estado miembro en el ejercicio de sus funciones, o las víctimas que se hayan visto perjudicadas por razones políticas o religiosas o debido a su origen". Si se coordinan las prestaciones de asistencia sanitaria en los preceptos del Reglamento dedicados a las prestaciones de enfermedad.

[12] Martínez Martínez, 2017, p. 9.

La exclusión de la asistencia social se debe a la circunstancia originaria de articulación de las primeras normas comunitarias al respecto, pues éstas consideraban que aquel tipo de prestación "quedaba vinculada a la beneficencia y, en consecuencia, sus destinatarios no eran los trabajadores a los que, por el contrario, iban dirigidas inicialmente y en exclusividad las normas sobre coordinación comunitarias en materia de protección social para facilitarles su derecho a la libre circulación"[13].

Es nutrida la jurisprudencia del TJUE que ha tratado los criterios de diferenciación entre la legislación de Seguridad Social y la referida a asistencia social, dado que la literalidad de los Reglamentos de coordinación, actuales y previos, no recoge una definición de Seguridad Social o de asistencia social, tampoco de prestación contributiva y no contributiva. De aquélla se desprenden ciertos criterios, a saber:

- La exclusión de la legislación referida a asistencia social debe interpretarse de manera restrictiva, en el sentido en el que, en caso de duda, las prestaciones en litigio han de calificarse como prestaciones de Seguridad Social. La sentencia del TJCE de 27 de noviembre de 1997 (Asunto C-57/96) determinó que "según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la distinción entre prestaciones excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento nº. 1408/71 (ahora 883/2004) y prestaciones incluidas en él se basa esencialmente en los elementos constitutivos de cada prestación, principalmente en su finalidad y en los requisitos para obtenerla, y no en el hecho de que una prestación sea o no calificada de prestación de Seguridad Social por una legislación nacional[14]. Respecto de la naturaleza del derecho a prestaciones complementarias destinadas a aumentar el importe de las pensiones de Seguridad Social, el Tribunal de Justicia europeo determinó que cuando estas "no requieren ningún tipo de tasación de las necesidades o circunstancias individuales, que es una característica de la asistencia" deberán inscribirse "en el régimen de Seguridad Social en el sentido del Reglamento núm. 1408/71"[15] .
- De esta forma, constituyen elementos distintivos y acumulativos de las prestaciones de asistencia social frente a los de seguridad social los siguientes: a) financiación mediante impuestos, b) reconocimiento discrecional, c) finalidad y d) cobertura que ofrece[16].

Según parte de la doctrina, la interpretación extensiva que ha hecho la jurisprudencia del TJCE acerca de lo que constituye prestación de Seguridad Social, ha provocado en determinados Estados miembros se vieran obligados a

[13] Sánchez-Uran Azaña, 2015, p. 58.

[14] También, entre otras, su sentencia de 16 de enero de 2007 (Asunto C-265/05).

[15] STCE de 11 de junio de 1991 (Asunto C-307/89).

[16] STCE de 2 de agosto de 1993 (Asunto C-66/92).

reconocer prestaciones a personas que, según su Derecho nacional, no podían reclamarlas llegando incluso el Tribunal a calificar como exportables a terceros países, prestaciones calificadas por el Derecho interno del país de que se tratase, como de Asistencia Social[17].

Por tanto, los Reglamentos coordinan las legislaciones nacionales en relación con las materias referidas, esto es, coordinan las leyes, reglamentos, disposiciones estatutarias y todas las demás medidas de aplicación que afecten a las ramas descritas. Quedan fuera de este ámbito las disposiciones convencionales distintas de aquellas que sirvan para establecer una obligación de seguro derivadas de aquellas leyes o reglamentos citados o de las que, por decisión de los poderes públicos, se han convertido en obligatorias o han visto ampliado su campo de aplicación, siempre que el Estado interesado efectúe la correspondiente declaración en este sentido y la notifique según el procedimiento establecido (art. 1, apdo. l) Reglamento base). Conforme a una jurisprudencia consolidada, hay que subrayar que la distinción entre las prestaciones incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento núm. 883/2004 y las excluidas de él se basa esencialmente en los elementos constitutivos de cada prestación, principalmente en su finalidad y en los requisitos para obtenerla, y no en el hecho de que una prestación sea o no calificada de prestación de seguridad social por una legislación nacional[18]. De este modo, según la referida jurisprudencia, una prestación podrá considerarse prestación de seguridad social en la medida en que, por una parte, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales de sus beneficiarios, se conceda a estos en función de una situación legalmente definida y en la medida en que, por otra parte, tenga relación con alguna de las contingencias expresamente enumeradas en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n.º 883/2004. Estos dos requisitos son acumulativos[19].

En este sentido, el art. 9 del Reglamento base establece la obligación de los Estados miembros de notificar anualmente a la Comisión Europea de forma escrita, la declaración sobre legislación, regímenes y prestaciones de Seguridad Social que entiende incluidas en el ámbito objetivo de los Reglamentos de coordinación; convenios de Seguridad Social suscritos entre Estados miembros respecto de los cuales existan disposiciones potencialmente aplicables; las prestaciones mínimas recogidas en su art. 58; asimismo, deberá recoger la existencia o no de la protección por cese de actividad de los trabajadores por cuenta propia y, por último, las posibles modificaciones sustanciales que se hubieren producido. Esta declaración, que será publicada, es vinculante para el Estado miembro al crear una presunción de inclusión de materias especificadas en ella a los efectos de formar parte del ámbito material u objetivo de la coordinación.

[17] Entre otros, Sánchez-Rodas Navarro, 2006, p. 120.

[18] STJUE de 15 de junio de 2023, Thermalhotel Fontana, (Asunto C-411/22), apartado 22, reiterada por la STJUE de 11 de abril 2024 (Asunto C-116/23) y jurisprudencia citada.

[19] STJUE de 15 de junio de 2023, Thermalhotel Fontana, (Asunto C-411/22), apartado 23 y jurisprudencia citada.

Dado el supuesto en que un Estado miembro no incluya en el ámbito material referido en la notificación determinadas materias que, por su naturaleza, deberían formar parte de aquel y, por tanto, ser objeto de coordinación ello no implica, por sí mismo, su exclusión del ámbito objetivo. Respecto a esta cuestión la STJUE de 3 de marzo de 2016 (Asunto C-12/14), Comisión contra Malta, determina que "la falta de mención de los regímenes de pensión de que se trata en las declaraciones efectuadas (por un Estado miembro, en este caso Reino Unido) no puede ser considerado (por el otro Estado miembro, Malta) como una prueba del hecho de que esos regímenes no están comprendidos en el ámbito de aplicación de las disposiciones en cuestión. Según la Comisión, de reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la República de Malta debería haber apreciado la aplicabilidad de los Reglamentos núm. 1408/71 y 883/2004 a los regímenes de pensión británicos no desde el punto de vista de si una prestación se califica o no como de seguridad social por la legislación nacional, sino desde el de los elementos constitutivos de la prestación de que se trata".

4. Principios básicos de la normativa de coordinación de la Unión Europea

Señala el Reglamento 883/2004 en sus consideraciones iniciales que las normas sobre coordinación de los sistemas nacionales de Seguridad Social forman parte del marco de la libre circulación de personas y deben contribuir a mejorar el nivel de vida y las condiciones de empleo de éstas. Para la correcta aplicación de la norma y consecución de estos objetivos, se hace referencia a los principios rectores de la norma de coordinación que se consideran necesarios para ello. Así, son principios aplicables el de igualdad de trato dentro de la Comunidad conforme a las diversas legislaciones nacionales (art. 4); determinación de la Ley aplicable o unicidad de la legislación (art. 11); asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos (art. 5); no acumulación de prestaciones (art. 10); exportación de prestaciones; y, por último, el principio de aplicación y cooperación administrativa.

4.1. Principio de igualdad de trato por razón de nacionalidad

El elemento nuclear es, sin duda, el principio de igualdad de trato recogido en el art. 4 del Reglamento base con la siguiente literalidad: "Las personas a las cuales sean aplicables las disposiciones del presente Reglamento podrán acogerse a los beneficios y estarán sujetas a las obligaciones de la legislación de todo Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, salvo disposición en contrario del presente Reglamento". Principio, por tanto, que obliga a que se otorgue el mismo trato al migrante que el que recibiría un nacional del Estado concernido, en cuanto a la aplicación de la norma nacional de Seguridad Social.

De esta forma, se garantiza la protección del que podemos considerar uno de los elementos nucleares de la materialización del derecho a la libre circulación, pues prohíbe cualquier discriminación en razón de la nacionalidad en referencia a la aplicación de la legislación de Seguridad Social del Estado miembro de que se trate. Así quedó recogido en el art. 45.2 del TFUE: "La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo". Esto conlleva necesariamente que los ciudadanos a los que se les sean de aplicación los Reglamentos de coordinación tienen derecho a disfrutar de los mismos beneficios y están sometidos a las mismas obligaciones que el ciudadano nacional de aquel Estado. Ello con la reserva a la que alude el último inciso del mencionado art. 4, esto es, salvo disposición en contrario de alguno de los Reglamentos de coordinación.

En un segundo objetivo concurrente podemos situar la vocación de este principio de asegurar la igualdad entre hombres y mujeres en las situaciones derivadas de la libre circulación, recogido tanto en el Derecho originario (Tratado de la Unión Europea, arts. 2 y 3, TFUE, arts. 8, 10, 19, Carta de Derechos Fundamentales de la UE, art. 21) como en el Derecho derivado (entre otras, las Directivas 79/7/CEE, del Consejo de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social (DO L 6 de 10 de enero de 1979) y Directiva 2010/41/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma (DO L 180 de 15 de julio de 2010).

Asimismo, se facilita el que el sujeto migrante pueda dar cumplimiento a los requisitos que exige la legislación nacional de Seguridad Social que sea de aplicación, puesto que la protección que dispensa la activación del principio de no discriminación prohíbe tanto la discriminación directa como indirecta por razón de la nacionalidad.

En este sentido, reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE señala que "la norma de igualdad de trato recogida tanto en el artículo 48 del Tratado como en el artículo 7 del Reglamento núm. 1612/68 prohíbe no sólo las discriminaciones manifiestas, basadas en la nacionalidad, sino también cualquier forma de discriminación encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzca de hecho al mismo resultado", considerando indirectamente discriminatorios, en consecuencia, aquellos requisitos del Derecho nacional que "aunque se apliquen con independencia de la nacionalidad, afecten fundamentalmente (…) o en su mayor parte a los trabajadores migrantes (…), así como los requisitos indistintamente aplicables que puedan ser cumplidos más fácilmente por los trabajadores nacionales que por los trabajadores migrantes (…), o incluso aquellos requisitos que puedan perjudicar particularmente a los trabajadores migrantes (…)". , tal y como recoge la STJUE de 23 de mayo de 1996

(Asunto C-237/94)[20]. La jurisprudencia del Tribunal europeo ha considerado ciertas normas nacionales de Seguridad Social que presentaban requisitos de residencia para la familia, como indirectamente discriminatorias[21]. Dada la circunstancia, en su caso, por la cual el trabajador migrante pueda obtener beneficios mayores, fruto de la aplicación de este principio, tal situación no constituye discriminación por razón de la nacionalidad sino una consecuencia del sistema en vigor que, "a falta de un régimen común de Seguridad Social, se basa en la mera coordinación de legislaciones nacionales no armonizadas", como indica la STJUE de 6 de julio de 2000 (Asunto C-73/99)[22].

Es importante, por lo visto, destacar que el principio de igualdad de trato recogido en el art. 4 se ve complementado por otra regla establecida en el art. 7, a saber, la de la supresión de las cláusulas de residencia, pues determina aquél que "salvo disposición en contrario del presente Reglamento, las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora".

Sin embargo, es posible la admisión de ciertos requisitos en la normativa nacional que sean considerados discriminatorios indirectamente, si éstos responden a un objetivo legítimo que avale su exigencia[23] y siempre y cuando éstos sean proporcionales en relación con aquella finalidad. De esta forma, se admitió el requisito de residencia exigido a ciudadanos comunitarios inactivos, para acceder a ciertas prestaciones familiares no contributivas; así es, la STJUE de 14 de junio de 2016 (Asunto C-308/14) hace constar que "constituye jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de acogida justifica en principio la posibilidad de comprobar la

[20] En sentido similar, también la STJUE de 21 de febrero de 2008 (Asunto C-507/06).

[21] Así, las sentencia del TJUE de 15 de enero de 1986 (Asunto 41/84) y sentencia de 12 de junio de 1997 (Asunto C-266/95).

[22] También, STJUE de 13 de octubre de 1977, asunto 22/77, entre otras. En virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una distinción basada en la residencia, que puede redundar en perjuicio principalmente de los nacionales de otros Estados miembros, en la medida en que los no residentes son mayoritariamente no nacionales, constituye una discriminación indirecta basada en la nacionalidad que solo puede admitirse si está objetivamente justificada [STJUE de 16 de junio de 2022 (Asunto C-328/20), Comisión/Austria, apartado 99 reiterada por la STJUE de 11 de abril de 2024 (Asunto C-116/23) y jurisprudencia citada]. De esta forma en el sentido de la excepción, no constituye una discriminación prohibida por el art. 4 del Reglamento 883/2004, el hecho de que una legislación nacional prevea que, a efectos del reconocimiento de determinados complementos familiares, las autoridades competentes (en este caso las del Reino Unido) exijan la regularidad de residencia en su territorio de aquellos nacionales de otros Estados miembros que soliciten ser beneficiarios de las mismas. Aunque se considere que este requisito constituye una discriminación indirecta, está justificado por la necesidad de salvaguardar las finanzas del Estado miembro de acogida" [STUE de 14 de junio de 2016 (Asunto C-308/14)]. .

[23] Véase STJUE de 20 de junio de 2013 (Asunto C-20/12).

regularidad de la residencia en el momento del reconocimiento de una prestación social, especialmente en el caso de las personas procedentes de otros Estados miembros y que no ejercen actividades económicas, ya que tal reconocimiento puede tener consecuencias sobre el nivel global de la ayuda que pueda conceder dicho Estado". En este supuesto es evidente la discriminación indirecta hacia el trabajador migrante -lo reconoce el propio Estado-, puesto que la residencia legal administrativa requerida no lo es para los propios nacionales, sin embargo, se entiende por el Tribunal que la medida queda justificada objetivamente por la necesidad de salvaguardar las finanzas públicas y, por tanto, considera que no es contraria a lo establecido por el art. 4 del Reglamento base.

No por ello se ha de dejar de poner el acento en que, como consecuencia de esta postura de los Estados miembros y de la línea jurisprudencial seguida por el TJUE, "la ciudadanía de la UE ya no es garantía de igualdad de trato cuando se trata de ciudadanos inactivos que acreditan un estado de necesidad y pretenden el reconocimiento de prestaciones no contributivas de Seguridad Social en el Estado miembro de destino"[24].

En conexión con ello, resulta de interés recoger la literalidad el art. 153, apartado 4 TFUE que establece que "las disposiciones adoptadas en virtud del presente artículo: no afectarán a la facultad reconocida a los Estados miembros de definir los principios fundamentales de su sistema de seguridad social, ni deberán afectar de modo sensible al equilibrio financiero de éste"; y, por otro lado, "no impedirán a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más estrictas compatibles con los Tratados".

En este orden, cabe precisar que la aplicación del principio de igualdad establecido por la norma de coordinación no queda garantizada en la práctica, como decimos, pues no hablamos de un sistema europeo armonizado, sino coordinado por lo que persisten determinadas diferencias de contenido entre las diferentes legislaciones nacionales de los Estados miembros, subsistiendo y reflejando en su aplicación las diversas coberturas ofrecidas por aquellos sistemas. De ello se desprende que la situación de un trabajador migrante, de facto, puede conllevar un trato carente de neutralidad en materia de Seguridad Social. Es la consecuencia directa de "ausencia de un derecho universal de Seguridad Social de contenido y extensión igual en los Estados" que "se contrarresta a nivel internacional y comunitario a través del reconocimiento del derecho de igualdad y no discriminación por razón de nacionalidad en el acceso a las prestaciones sociales cuando los nacionales de unos países se trasladan a otros países"[25]. Dicho esto, cabe exigir a los Estados miembros que garanticen de la mejor forma posible la igualdad entre todos los trabajadores que prestan sus servicios en su territorio y a no penalizar a los migrantes que ejercitan su derecho a la libre circulación[26].

[24] Carrascosa Bermejo, 2017, p. 196.

[25] Sánchez-Urán Azaña, 2015, p. 32.

[26] STCE de 9 de marzo de 2006 (Asunto C-493/04); STCE de 3 de abril de 2008 (Asunto C-103/06).

Por último, en base a la conocida como jurisprudencia Gottardo (de 15 de enero de 2002, asunto C-55/00), el Tribunal dictaminó que "cuando un Estado miembro celebra con un tercer Estado un convenio internacional bilateral de Seguridad Social (…), el principio fundamental de igualdad de trato obliga al Estado miembro en cuestión a conceder a los nacionales de los demás Estados miembros las mismas ventajas que las que disfrutan sus propios nacionales en virtud de dicho convenio, a menos que pueda justificar objetivamente su denegación", de lo que se deriva el derecho de cualquier nacional de la UE a la aplicación preferente de los convenios bilaterales suscritos entre un Estado miembro y un tercer Estado.

4.2. Determinación de la Ley aplicable: observancia del principio *lex loci laboris* como regla general

Comienza el Título II del Reglamento 883/2004, que determina las normas generales aplicables, estableciendo que "las personas a las cuales sea aplicable el presente Reglamento estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro. Esta legislación será determinada con arreglo al presente Título" (art. 11).

Se basa así el Reglamento en el principio *lex loci laboris*, es decir, que la persona que ejerce una actividad profesional en el territorio de un Estado miembro está sometida a la legislación de ese Estado, por cuanto se persigue un objetivo de coordinación de los regímenes de seguridad social, sin que ello afecte a la libertad de los Estados miembros en cuanto a su determinación.

Sin duda, podemos plantear este principio como aquél sobre el que tiene mayor peso la efectiva libertad de circulación de trabajadores, puesto que la falta de su implantación traería consigo efectos perversos, además de inseguridad jurídica; es decir, gracias al principio de sujeción a una legislación determinada el trabajador migrante evita quedar desprotegido, en su caso, en cada una de las legislaciones concurrentes y coordinadas de los Estados miembros. De esta forma, se trata de garantizar que los movimientos y desplazamientos de los trabajadores migrantes no provoquen su desprotección.

Una de las pretensiones nucleares de este principio de determinación de la Ley aplicable y su unicidad es la de evitar la doble cotización por parte de la persona migrante. Los Reglamentos de coordinación establecen una serie de normas de conflicto para determinar el ordenamiento nacional aplicable, esto es, aquél en el que el migrante debe afiliarse y cotizar y en el que puede solicitar la correspondiente cobertura de prestaciones -en este último caso, tanto la persona migrante como sus derechohabientes- (arts. 11 a 16 del Reglamento base).

Asimismo, la coordinación en materia de unicidad de legislación aplicable pretende neutralizar los efectos no deseados que suponen los conflictos de leyes positivos y negativos. Nos referimos a un conflicto de ley positivo cuando a una situación de hecho protegible le sean aplicables simultáneamente las normas de

dos o más legislaciones. Por el contrario, estamos ante una situación de conflicto negativo cuando ninguna norma nacional es aplicable al supuesto de hecho de que se trate. En el primer escenario, el de conflicto positivo, podría darse una situación de acumulación de prestaciones que daría lugar a una sobreprotección no deseable desde la finalidad de los sistemas de Seguridad Social. En el segundo escenario, conflicto negativo, la situación se invertiría provocando, en su caso, que la persona trabajadora migrante quedase excluida de la aplicación de cualquiera de los sistemas nacionales trayendo consigo, en su caso, la falta de cobertura de la contingencia.

Como decimos, la regla general para la determinación de la legislación es la aplicación imperativa y exclusiva de la ley del país en el que se encuentre el lugar de trabajo, si bien las normas de conflicto establecen diversas excepciones que afectan a varios colectivos, a saber:

- Funcionarios, personas sujetas a servicio militar o civil y agentes contractuales de las Comunidades Europeas.
- Trabajadores que ejercen su actividad en lugares especiales.
- Trabajadores que realizan su actividad profesional en varios Estados miembros.
- Trabajadores desempleados e inactivos.
- Trabajadores destacados o desplazados.

A este respecto, la jurisprudencia del TJUE estableció la subsidiariedad de la aplicación de la norma de conflicto que permite aplicar la ley del lugar de residencia (art. 11.3 e) Reglamento base) a quienes no queden sujetos a ninguna otra norma de conflicto del Título II del Reglamento base[27]. Así es, el Tribunal mantiene una postura en concordancia con la interpretación amplia que viene realizando respecto de la norma al respecto contenida en el Reglamento 1408/71 (art. 13.2 apartado f)), inicialmente y mantenida por el art. 11.3 e) del actual Reglamento base, con el fin de responder al objetivo perseguido, esto es, evitar que personas que están comprendidas en el ámbito de aplicación de ese Reglamento queden privadas de protección en materia de seguridad social, debido a que ninguna legislación les resulta aplicable[28].

El art. 16.1 del Reglamento base recoge una opción de excepción al contenido de los arts. 11 a 15 del mismo, esto es, contiene una cláusula por la que se permite exceptuar las reglas establecidas en aquellos artículos cuando dos o más Estados miembros, las autoridades competentes de dichos Estados miembros o los organismos designados por dichas autoridades prevean, de común acuerdo, que la inaplicación de estos preceptos en beneficio de determinadas personas o

[27] STJUE de 8 de mayo de 2019 (Asunto C-631/17).

[28] Véase, en ese sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 11 de junio de 1998 (Asunto C-275/96).

categorías de personas, resulta la opción más adecuada. Tal excepción cabe tanto respecto de la norma general como de las excepciones mencionadas. Además, y desde la observancia del principio de un mayor interés para el trabajador migrante, el acuerdo al que nos referimos puede, incluso, tener carácter retroactivo[29].

Finalmente hay que destacar el Acuerdo marco relativo a la aplicación del artículo 16 del Reglamento CE 883/2004 en caso de teletrabajo transfronterizo habitual (BOE 4-VIII-2023). La regla general es que, si el teletrabajador prestaba sus servicios en el país de residencia de más de un 25 % del tiempo, se le aplicaba obligatoriamente la ley del país de residencia (art. 13.1.a). Conforme al art. 3 del Acuerdo se incorpora una excepción, de forma que, el teletrabajador que trabaje menos del 50 % de su tiempo en el país de residencia podrá solicitar la aplicación de la legislación del Estado donde su empleador tenga su sede o domicilio.

Por último, el apartado segundo del art. 16 establece que "la persona que reciba una o más pensiones o rentas en virtud de las legislaciones de uno o más Estados miembros, y que resida en otro Estado miembro, podrá quedar exenta, si así lo solicita, de la aplicación de la legislación de este último Estado, siempre que no esté sometido a esta legislación a causa del ejercicio de una actividad por cuenta ajena o propia".

4.3. Principio de asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos

A través de la técnica jurídica de asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos la normativa de coordinación permite a un Estado miembro la asimilación de los hechos o acontecimientos equivalentes o análogos que hayan tenido lugar en otro Estado miembro, a los efectos del cumplimento de los requisitos establecidos en la norma nacional del primero. Por tanto, se trata de dar efectos jurídicos en un Estado miembro a la carrera de seguro reconocida en otro Estado dentro de la Unión, por hechos semejantes y que guarden relación. Conviene señalar, como recoge el art. 1 del Reglamento base, que se consideran períodos de seguro, a los efectos de su aplicación, los "períodos de cotización, o de actividad por cuenta ajena o propia tal como se definen o admiten como períodos de seguro por la legislación bajo la cual han sido cubiertos o se consideran cubiertos, así como todos los períodos asimilados en la medida en que sean reconocidos por esta legislación como equivalentes a los períodos de seguro". Se recurre así a la técnica de la ficción jurídica a través de la cual se tienen en cuenta la asimilación de condiciones análogas que se hayan producido en un determinado Estado miembro, como si se hubiesen producido en aquel otro Estado cuya legislación nacional de Seguridad Social resulta aplicable[30].

[29] STJUE de 29 de junio de 1995 (Asunto C-454/93).

[30] A este respecto, sobre el cómputo, por el Estado miembro al que corresponde abonar dicha pensión, de los períodos de educación de los hijos que hubiera cubierto en otro Estado miembro, STJUE de 22 de febrero de 2024 (Asunto C/2024/2384).

El art. 5 del Reglamento base recoge las dos manifestaciones de este principio:

a) si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, el disfrute de prestaciones de seguridad social o de otros ingresos produce determinados efectos jurídicos, las disposiciones de que se trate de dicha legislación serán igualmente aplicables en caso de disfrute de prestaciones equivalentes adquiridas con arreglo a la legislación de otro Estado miembro o de ingresos adquiridos en el territorio de otro Estado miembro;

b) si, en virtud de la legislación del Estado miembro competente, se atribuyen efectos jurídicos a la concurrencia de determinados hechos o acontecimientos, dicho Estado tendrá en cuenta hechos o acontecimientos semejantes que guarden relación y hayan ocurrido en otro Estado miembro como si hubieran ocurrido en su propio territorio.

A. Regla de totalización de períodos

Una de las manifestaciones del principio de asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos es la regla de totalización de períodos -técnica cuantitativamente muy presente en las normas internacionales de coordinación-. A través de ella, se permite al migrante acreditar como cumplidos los períodos de empleo, residencia, actividad por cuenta propia o carencia, a los efectos de cumplir los requisitos de la normativa nacional en otro Estado miembro. Así lo establece el art. 6 del Reglamento base, al mandatar que la institución competente de un Estado miembro cuya legislación subordine el acceso a las prestaciones u otras ventajas "al requisito de haber cubierto períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia, tendrá en cuenta, en la medida necesaria, los períodos de seguro, de empleo, de actividad por cuenta propia o de residencia cubiertos bajo la legislación de cualquier otro Estado miembro, como si se tratara de períodos cubiertos bajo la legislación que dicha institución aplica". De nuevo, se recurre a la técnica de la ficción jurídica, dando por asimilados y, consecuentemente, acumulados, los períodos de empleo, seguro o residencia como si hubiesen tenido lugar en el país cuya legislación nacional de Seguridad Social resulta aplicable en cada supuesto.

En el caso en el que los períodos cubiertos bajo la legislación de un Estado miembro se expresen en unidades diferentes de las utilizadas por la legislación de otro Estado miembro, la conversión necesaria para la totalización prevista en el artículo 6 del Reglamento de base se efectuará según las normas establecidas por el art. 13 del Reglamento 987/2009, de aplicación. Sin perjuicio de la regla general del art. 6, la totalización se regula de forma específica para la prestación de invalidez (883/2004 art. 45); la vejez y supervivencia (883/2004 art. 51); y el desempleo (883/2004 art. 61). Sin embargo, no se aplica para las prestaciones de prejubilación (883/2004 art. 66).

A partir de la definición de los períodos de seguro referida anteriormente -según lo establecido por el art. 1, letra t) del Reglamento base-, la Decisión núm. H6, de 16 de diciembre de 2010, relativa a la aplicación de determinados principios relacionados con la totalización de los períodos en virtud del artículo 6 del Reglamento (CE) núm. 883/2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, la Comisión Administrativa de Coordinación de los sistemas de Seguridad Social establece, a los efectos, que serán tenidos en cuenta no solo los periodos de seguro cotizados sino también los periodos asimilados, que serán equivalentes a aquéllos, así como cualesquiera periodos considerados equivalentes a dichos periodos de seguro por la legislación nacional. Asimismo, la Decisión establece una garantía adicional dado que preceptúa que los períodos de seguro comunicados como tales por un Estado miembro deben ser aceptados por el Estado miembro receptor, sin cuestionar su valor. Junto a ello, se reconoce la competencia de los Estados miembros para determinar sus condiciones nacionales para la concesión de las prestaciones de Seguridad Social, siempre y cuando se apliquen de forma no discriminatoria, una vez aceptados los periodos comunicados por el otro Estado miembro (la Decisión referida pasó a ser aplicable a partir del 1 de abril de 2011).

Respecto de la totalización de estos períodos, en los que la regla general determina que no se podrán superponer (art. 12.2 Reglamento de aplicación), en el supuesto en el que no se pueda determinar de modo preciso en qué momento se han cubierto ciertos períodos de seguro o de residencia bajo la legislación de un Estado miembro, se dará por supuesto que esos períodos no se superponen a períodos de seguro o de residencia cubiertos bajo la legislación de otro Estado miembro, y se computarán, cuando resulte ventajoso para el interesado, en la medida en que dicho cómputo sea razonablemente factible (art. 12.6 del Reglamento de aplicación).

Según la jurisprudencia del TJUE, este principio de totalización es aplicable tanto a las prestaciones contributivas como a los no contributivas. En STJUE de 18 de diciembre de 2007 (Asuntos acumulados C-396/05, C-419/05 y C-450/05) el Tribunal declara incompatible con el ejercicio del derecho de libre circulación de personas, condicionar la consideración de períodos de cotización cubiertos en un Estado miembro al requisito de que el beneficiario resida en dicho Estado. En otro orden, respecto de este principio, el TJUE en su sentencia de 7 de julio de 2005 (Asunto C-227-03) estableció que "se opone a la legislación de un Estado miembro según la cual una persona que ha dejado de trabajar en su territorio sólo conserva la afiliación obligatoria a determinadas ramas de la seguridad social si mantiene su residencia en ese Estado, mientras que dicha persona, en virtud de la legislación de dicho Estado miembro, sigue afiliada con carácter obligatorio a otras ramas de la seguridad social, aunque resida en otro Estado miembro, cuando las condiciones de la afiliación voluntaria, para las ramas en las que ha cesado la afiliación obligatoria, son más desfavorables que las de la afiliación obligatoria".

De esta regla-principio de totalización se desprende la aplicación inherente de otra regla, a saber, la de la protección de los derechos en curso de adquisición de los trabajadores migrantes cuando la adquisición del derecho queda supeditada a haber cubierto un determinado período de carencia.

B. Regla *prorrata temporis*

Otra de las reglas que complementan y perfeccionan el principio de totalización es la denominada técnica *prorrata temporis*, cuyo objetivo final es el de evitar la sobreprotección del migrante. A través de esta regla y teniendo en cuenta el principio de totalización visto, se trata de que, si bien el reconocimiento de una determinada prestación corresponde a un solo Estado, la contribución para sufragar la prestación se hará proporcionalmente por los Estados afectados, en orden al tiempo de los periodos de referencia que se hayan tenido en consideración. Es decir, esta técnica se aplica cuando a un beneficiario le corresponden varias pensiones en distintos Estados, adecuando la cuantía de la pensión reconocida al tiempo de vinculación que haya tenido con el sistema que reconoce aquella prestación. En la práctica, se trata de determinar la cuantía teórica -pensión teórica- de la prestación que correspondería al beneficiario en la hipotética situación en que hubiese cumplido con el período requerido para dar derecho a aquélla, bajo la legislación de ese país que la reconoce. A partir de ahí, la cantidad resultante se dividirá en proporción a la duración real del periodo asegurado en cada Estado miembro -pensión prorrata-[31]. Por tanto, no hablamos de una pensión única sufragada por varios Estados proporcionalmente, sino del cálculo por cada uno de esos Estados de la pensión de acuerdo con su legislación nacional que será sometida al ajuste correspondiente a la regla *prorrata temporis*, para adecuarla. En definitiva, cada Estado interviniente reconoce la pensión aplicando la totalización y, conforme a sus propias reglas (su legislación) y en la cuantificación de la misma, aplicando el porcentaje que corresponda según el tiempo de aseguramiento acreditado en el mismo, en relación con el total (principio *prorrata temporis*).

4.4. Principio de no acumulación de prestaciones

Este principio está íntimamente relacionado con el anteriormente visto, asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos y se ve complementado por el principio de unicidad de la legislación aplicable, todos ellos en su vertiente objetivada de evitar la sobreprotección del migrante. Así es, junto a las reglas recogidas en el art. 5 del Reglamento base ya vistas, y que suponen la aplicación de la regla general de no acumulación de prestaciones, se encuentra la disposición recogida en el art. 10 del Reglamento, a saber, "salvo disposición en contrario, el presente Reglamento no podrá conferir ni mantener el derecho a disfrutar de varias prestaciones de la misma naturaleza relativas a un mismo período de seguro obligatorio".

[31] En general, sobre la regla *prorrata temporis*, Gómez Abelleira, 1993.

Según parte de la doctrina, la conceptualización positiva articulada por el art. 10 del Reglamento base, esto es, que no se podrán disfrutar de varias prestaciones de la misma naturaleza, conlleva que "*sensu contrario,* se admite acumular prestaciones de distinta naturaleza, aunque para obtener cada una se haya recurrido a los mismos periodos temporales (o de la misma naturaleza, pero en distinto periodo)"[32].

En cuanto a la determinación de la naturaleza de cada prestación, con base en cada caso particular, prima la solución a partir de la cual aquella queda establecida atendiendo al objetivo y la finalidad al que responde. De esta forma, la jurisprudencia del TJUE ha considerado que tienen igual naturaleza aquellas prestaciones cuyo objetivo y finalidad -también su base de cálculo y requisitos- sean sustancialmente idénticos[33]. En consecuencia, se ha considerado que un complemento de pensión de incapacidad permanente total concedido a un trabajador en virtud de la legislación de un Estado miembro y una pensión de jubilación adquirida por el mismo trabajador en otro Estado miembro, son de la misma naturaleza[34].

Asimismo, el Reglamento base establece normas especiales respecto de las normas genéricas, contenidas en sus artículos 53, 54 y 55[35]. Con ello se trata de proteger a los trabajadores migrantes y a sus supérstites contra una aplicación excesivamente estricta de las normas nacionales sobre reducción, suspensión o supresión, según la propia exposición de motivos del Reglamento, en una clara intención de prever y corregir los posibles efectos desproporcionados en relación con la aplicación de las normas nacionales llevada a cabo de forma descoordinada.

4.5. Principio de exportación de prestaciones

Este principio presenta como objetivo el de resolver los problemas que se puedan plantear a raíz de que el beneficiario de una prestación en un sistema de Seguridad Social pueda ver peligrar su derecho a partir de su traslado a otro Estado diferente de aquél en el que tiene reconocida la prestación. El paradigma de estos supuestos a resolver es tratar de corregir la tendencia de los Estados a supeditar la conservación de la prestación a la residencia en su territorio nacional, cuestión que se trata de evitar a través de la norma reforzada por la regla de supresión de las cláusulas de residencia (art. 7 del Reglamento base). Tiene, por tanto, como propósito el de conservar los derechos adquiridos por el ciudadano migrante en el sistema nacional de Seguridad Social de que se trate. En la práctica supone que un ciudadano con un derecho a prestación reconocido en un Estado miembro, al ejercer su derecho de libre circulación y trasladar su residencia a otro Estado

[32] Maldonado Molina, 2016.

[33] STJUE de 28 de mayo de 2014 (Asunto C-347/14).

[34] STJUE de 15 de marzo de 2018 (Asunto C-431/16).

[35] En su aplicación y referida a la acumulación de prestaciones de distinta naturaleza, STJUE 12 de octubre de 2023 (Asunto C-45/22).

miembro, no vea aquel derecho sometido a caducidad o suspensión, ni tampoco a modificación, reducción o confiscación de la cuantía reconocida.

El Reglamento 883/2004 apostó por una reforma de calado en el modelo de coordinación social europeo, como se ha visto, siendo su posición respecto de la residencia en los Estados miembros uno de los elementos nucleares y de mayor impacto, pues aquella pasó a tener un alcance comunitario, eliminando así de forma indirecta el requisito de residencia previa tan frecuentemente recogido como tal en las legislaciones nacionales de Seguridad Social[36]. Esta modificación trataba de responder y acomodar la coordinación a una de las líneas jurisprudenciales abiertas por el TJUE años antes que, en una clara visión aperturista del concepto de prestación de Seguridad Social, admitía que los trabajadores comunitarios pudieran acceder al sistema no contributivo de la Seguridad Social del Estado de acogida pudiendo exportar las prestaciones sociales al Estado al que se desplazaba. Son numerosas las sentencias del TJUE que declararon exportables las prestaciones no contributivas[37]. Ante esta situación y con el claro propósito de contener la expansión del concepto de prestación de Seguridad Social llevado a cabo por el TJUE, los Estados miembros respondieron incluyendo a través del Reglamento 1247/92 -que modificaba el entonces vigente Reglamento 1408/71-, el listado de prestaciones no contributivas que cada país consideraba no incluidas a los efectos de establecer el ámbito de aplicación del Reglamento base.

Dicho todo ello, este principio no es universal ya que cuenta con limitaciones en su ejercicio. Tales son los casos de la prestación de desempleo o por cese en la actividad profesional, por un lado, que puede verse limitada temporalmente o bien, las prestaciones no contributivas, como se ha indicado.

A. Exportación de las prestaciones por desempleo y por cese en la actividad profesional

El art. 63 del Reglamento base hace referencia a las disposiciones especiales para la dispensa de las normas de residencia, por cuanto establece que la supresión de la cláusula de residencia establecida en el art. 7 solo se aplicará para los supuestos de desplazamientos de desempleados recogidos en los arts. 64, 65 y 66, dentro de los límites en ellos establecidos. La validez de las restricciones de estas prestaciones, así como sus singularidades ha sido avalada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo, entre otras, en su sentencia de 19 de junio de 1980 (Asuntos C-41, C-121 y C-769/79).

De esta forma, se recogen dos situaciones en las que cabrá la exportación de las prestaciones por desempleo y cese de actividad, a saber, cuando se produzca un

[36] España supedita la exportación de sus pensiones contributivas al extranjero a la acreditación de vivencia de los beneficiarios, en los términos de la SESSP Resol 16-3-2023.

[37] Entre otras, en sentencias de 22 de junio de 1972 (Asunto C-1/72), Frilli ; de 9 de octubre de 1974, (Asunto C-24/74), Biason; de 5 de mayo de 1983 (Asunto C-139/82), Piscitello; de 24 de febrero de 1987 (Asunto C-379/85), Giletti.

desplazamiento de persona beneficiaria de estas prestaciones para buscar trabajo o bien, cuando se trata de desempleados que tengan su residencia en un Estado miembro distinto al Estado competente. Como veremos, en esta materia las reglas de coordinación ofrecen un mayor espacio armonizador.

Los beneficiarios deben cumplir con una serie de condiciones para poder conservar su derecho a las prestaciones del Estado miembro de origen. Así:

- "la persona desempleada deberá haberse registrado como demandante de empleo antes de su salida del país y haber permanecido a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro competente durante al menos cuatro semanas desde el inicio de su situación de desempleo[38]. No obstante, los servicios o instituciones competentes podrán autorizar su salida antes de dicho plazo".
- "la persona desempleada deberá registrarse como demandante de empleo en los servicios de empleo del Estado miembro al que se haya trasladado, someterse al procedimiento de control organizado en éste y cumplir los requisitos que establezca la legislación de dicho Estado miembro. Se considerará cumplido este requisito durante el período previo al registro si el interesado se registra dentro de los siete días posteriores a la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro del que proceda. En casos excepcionales, los servicios o instituciones competentes podrán prorrogar este plazo". En cuanto a la apreciación de en qué circunstancias se puede considerar que una persona ha permanecido a disposición de los servicios de empleo del Estado, según el TJCE debe hacerse con arreglo al Derecho nacional de dicho Estado, según su sentencia de 21 de febrero de 2002 (Asunto C-215/00).
- "el interesado conservará el derecho a las prestaciones durante un periodo de tres meses a partir de la fecha en que haya dejado de estar a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro del que proceda, a condición de que la duración total del período durante el cual se facilitan las prestaciones no supere la duración total del período de prestaciones a las que tenía derecho con arreglo a la legislación de dicho Estado; los servicios o instituciones competentes podrán prorrogar dicho período de tres meses hasta un máximo de seis meses". Se ha considerado por la jurisprudencia del TJUE que no se opone a esta norma la legislación nacional que obliga a la institución competente a denegar por principio cualquier solicitud de prórroga del período de exportación de las prestaciones por desempleo más allá de tres meses,

[38] Al respecto, STJCE de 8 de abril de 1992 (Asunto C-62/90).

a menos que la mencionada institución considere que la denegación de dicha solicitud no daría lugar a un resultado razonable[39].

– Las prestaciones serán facilitadas y sufragadas por la institución competente con arreglo a la legislación que aplique.

En relación con los desempleados o autónomos que cesaron en su actividad y que tienen residencia en un Estado miembro diferente al competente, el art. 65 del Reglamento base distingue dos situaciones, a saber:

– Las personas en situación de desempleo parcial o intermitente que durante su último período de actividad por cuenta ajena o propia hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente deberán ponerse a disposición de su empresario o de los servicios de empleo del Estado miembro competente. Recibirán prestaciones con arreglo a la legislación del Estado miembro competente como si residieran en dicho Estado miembro. Estas prestaciones serán otorgadas por la institución del Estado miembro competente.

– Las personas en situación de desempleo total que durante su último período de actividad por cuenta ajena o propia hayan residido en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente y sigan residiendo en dicho Estado miembro o regresen a él se pondrán a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro de residencia. Sin perjuicio del artículo 64 (*que, como hemos visto, determina las condiciones de esta prestación cuando haya desplazamiento de desempleados a otro Estado miembro*) las personas en situación de desempleo total podrán, como medida complementaria, ponerse a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro en que haya transcurrido su último período de actividad por cuenta ajena o propia.

  Las personas en situación de desempleo, salvo los trabajadores fronterizos, que no regresen a su Estado miembro de residencia se pondrán a disposición de los servicios de empleo del Estado miembro a cuya legislación hayan estado sujetas en último lugar.

B. Exportación de prestaciones especiales en metálico no contributivas

Respecto de este tipo de prestaciones, el considerando núm. 37 del Reglamento base especifica que "como el Tribunal de Justicia ha señalado en repetidas ocasiones, las disposiciones que suponen una excepción al principio de la exportabilidad de las prestaciones de seguridad social han de interpretarse en sentido estricto. Esto significa que sólo pueden aplicarse a las prestaciones que reúnen las condiciones especificadas. Por consiguiente, el capítulo 9 del título III

[39] STJUE de 21 de marzo de 2018 (Asunto C-551/16).

del presente Reglamento únicamente puede aplicarse a las prestaciones que sean a la vez especiales y no contributivas y que se enumeren en el anexo X del presente Reglamento".

En un primer orden, se entenderá por prestaciones especiales en metálico no contributivas (art. 70 del Reglamento base) aquellas que tengan por objeto el de proporcionar:

- cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de seguridad social mencionadas en el apartado 1 del artículo 3, que garantice a las personas en cuestión unos ingresos mínimos de subsistencia respecto a la situación económica y social en el Estado miembro de que se trate;

  o,

- únicamente la protección específica de las personas con discapacidad, en estrecha vinculación con el contexto social de cada una de esas personas en el Estado miembro de que se trate.

A ello hay que añadirle dos requisitos que han de cumplirse para que sean consideradas como tales, a saber:

- cuando su financiación proceda exclusivamente de la tributación obligatoria destinada a cubrir el gasto público general, y las condiciones de concesión y cálculo de las prestaciones, no dependan de ninguna contribución del beneficiario. No obstante, las prestaciones concedidas para completar una prestación contributiva no se considerarán prestaciones contributivas por este único motivo,

  y siempre que:

- figuren en el anexo X.

De esta forma, las prestaciones especiales no contributivas han de estar sujetas simultáneamente a los requisitos vistos, pudiendo estar asociadas a diferentes contingencias. El reconocimiento de esta tipología de prestaciones solo puede llevarse a cabo por el Estado miembro de residencia, según su legislación nacional y presentan como singularidad el hecho de que son inexportables frente al resto de prestaciones no contributivas "normales" que sí pueden exportarse[40].

Interesante a los efectos, resulta la sentencia del TJUE de 11 de noviembre de 2014 (Asunto C-333/13) -conocida como caso Dano- que estableció no vulnerado el principio de igualdad al denegar las prestaciones sociales a ciudadanos de la Unión que no realicen una actividad económica y ejercen su libertad de circulación con el único objetivo de poder disfrutar de la ayuda social de otro Estado miembro cuando no disponen de recursos suficientes para optar al derecho de residencia,

[40] Véanse SSTJUE de 8 de marzo de 2001 (Asunto C-215/99) y de 6 de julio de 2006 (Asunto C-154/05).

reconociendo esta capacidad con arreglo a lo establecido por el art. 7 de la Directiva 2004/38. Lo contrario, negar esta posibilidad tendría como consecuencia que personas que, a su llegada al territorio de otro Estado miembro, no dispusieran de recursos suficientes para subvenir a sus necesidades, dispondrían de ellos, automáticamente, mediante la concesión de una prestación especial en metálico no contributiva cuyo objeto es garantizar la subsistencia del beneficiario. Es importante incluir en el somero análisis de esta sentencia un importante matiz, a saber, que, si bien mantiene la doctrina recogida en su sentencia de 19 de septiembre de 2013 (Asunto C-140/12), caso Brey, lo cierto es que excluye la referencia a los elementos correctores y que insistían en la evaluación caso a caso, valorando las circunstancias concurrentes y la proporcionalidad necesaria de la medida que esta última sentencia incluía, por lo que debemos señalar que "se trata de una omisión muy relevante, pues supone que la petición de asistencia social automáticamente convierte al peticionario en una carga para el Estado de acogida"[41].

En otros supuestos, se han denegado este tipo de prestaciones no contributivas cuando el ciudadano comunitario sin recursos ha perdido su condición de trabajador, mantenida solo durante seis meses por haber trabajado en el Estado miembro receptor durante menos de un año, donde permanecían bajo el paraguas de protección de la normativa que impide la exclusión de ciudadanos comunitarios que acrediten la búsqueda activa de empleo y tengan posibilidades reales de ser contratados[42].

En el supuesto de estancias temporales, es decir, de hasta tres meses de duración, el TJUE ha avalado la denegación de este tipo de prestaciones llevada a cabo por el Estado competente[43].

Por último, es preciso señalar que cuando el ciudadano comunitario adquiere la residencia legal permanente en un Estado miembro y se encuentra en situación de necesidad, no cabe la denegación de este tipo de prestaciones.

C. Disposiciones particulares para las distintas categorías de prestaciones

a) Prestaciones de enfermedad, maternidad y paternidad

El Reglamento 883/2004 trata de forma diferenciada las prestaciones en especie y las prestaciones en metálico. Es regla común a las prestaciones de enfermedad, de maternidad y de paternidad previstas en este Reglamento, que se totalicen los periodos de seguro cuando el Estado subordine la adquisición, la conservación o recuperación del derecho a la cobertura de un determinado periodo de cotización. Por otro lado, el art. 21 del Reglamento base proporciona

[41] Carrascosa Bermejo, 2017, p. 214.

[42] STJUE de 15 de septiembre de 2015 (Asunto C-67/17).

[43] STJUE de 25 de febrero de 2016 (Asunto C-299-14).

reglas sobre las prestaciones económicas vinculando el cálculo exclusivamente a las aportaciones acreditadas bajo la legislación aplicable. Finalmente, conforme al art. 17 las prestaciones en especie, singularmente la asistencia sanitaria, quedan vinculadas al estado de residencia del asegurado y su familia, cuando aquél es distinto del Estado competente, que además será quien asuma el coste. Respecto a los trabajadores fronterizos, se incorpora la singularidad de poder obtener las prestaciones en el Estado competente, como si residiera en el mismo.

b) Prestaciones de invalidez

Las diferencias y la complejidad entre los sistemas nacionales respecto a la declaración de invalidez permanente han propiciado que el Reglamento base, por un lado, diferencie por su origen (contingencias profesionales y comunes) y por otro, y sin perjuicio de las múltiples peculiaridades, estructure las reglas de coordinación, diferenciando dos tipos de prestaciones y sus combinaciones. Por un lado, las legislaciones donde la prestación económica es independiente en su cuantificación de los tiempos de seguro o de residencia acreditados, a las que identifica como "tipo A" y así están identificadas en el Anexo VI. El resto de legislaciones son identificadas como "tipo B".

Sin perjuicio de que es regla general la aplicación de la totalización de los periodos de seguro o residencia para alcanzar el derecho, la singularidad de los "tipos A y B" es la siguiente:

- Cuando el trabajador haya estado sometido solo a las legislaciones tipo A, recibirá una sola pensión que será a cargo únicamente del Estado cuya legislación se aplique, sin perjuicio de que haya sido necesaria la totalización.
- Cuando el trabajador ha estado sometido exclusivamente a legislaciones "tipo B" o, de forma alternativa o sucesiva, a legislaciones de distinto tipo, se reconocerá el derecho aplicando las reglas de coordinación previstas para las pensiones de vejez y de supervivencia.

En este supuesto, es importante la regla del art. 46.3, según la cual, la decisión que adopte la institución competente de un Estado miembro sobre el grado de invalidez del interesado tendrá carácter vinculante para la institución de cualquier otro Estado miembro que se vea afectado, siempre que la concordancia entre la legislación de estos Estados miembros sobre las condiciones relativas al grado de invalidez esté reconocida en el anexo VII.

c) Jubilación y supervivencia

La regla general es que entran en juego todas las legislaciones a las que el trabajador haya estado sometido, aplicadas singularmente por cada uno de

los Estados. La regla tiene múltiples singularidades, de las que destacamos las siguientes:

- La institución del Estado miembro no estará obligada a conceder prestaciones en relación con períodos inferiores a un año cumplidos bajo la legislación que aplique, salvo que exista un derecho a una pensión autónoma (art. 57).
- La aplicación de las normas nacionales designadas puede realizarse de forma simultánea o diferida. Esta segunda posibilidad se otorga especialmente en los supuestos en los que el interesado pide expresamente que se "difiera la liquidación de las prestaciones de vejez con arreglo a la legislación de uno o varios Estados miembros", normalmente con el objeto de cumplir alguno de los requisitos exigidos para el reconocimiento del derecho a una pensión, siendo el más frecuente la edad de jubilación (art. 50).

En la medida en que estas prestaciones (vejez y supervivencia) son las que normalmente están vinculadas en su reconocimiento y cuantía al cumplimiento de largos periodos de seguro o residencia, las reglas de totalización y reconocimiento con aplicación de principio *prorrata temporis* adquieren su máxima expresión. Y ello sin perjuicio de las especialidades existentes respecto de los períodos acreditados en el marco de ciertos regímenes. Respecto de estos períodos de cotización o residencia normalmente prolongados, será determinantes tanto para el reconocimiento mismo del derecho como para el cálculo de la cuantía. La regla de totalización de períodos de cotización o residencia es de plena aplicación, si bien el art. 51 del Reglamento 883/2004 establece alguna salvedad.

Con la finalidad de evitar perjuicios al trabajador migrante, el art. 52 establece las reglas que cada institución competente debe cumplir, calculando primero la prestación nacional; segundo, se calcula la teórica y sobre ésta se aplica la prorrata para determinar la prestación real. Se reconoce el derecho a percibir la más elevada entre la prestación nacional y prestación prorrateada o real. Los términos del cálculo comparativo son los siguientes:

- en virtud de la legislación que aplique, únicamente si las condiciones exigidas para tener derecho a las prestaciones se han cumplido exclusivamente con arreglo a la legislación nacional (prestación nacional), por tanto, sin acudir la totalización.
- el importe teórico de la prestación –mediante la totalización- será igual a la prestación que el interesado habría causado en el supuesto de que todos los períodos de seguro y/o de residencia cumplidos de acuerdo con las legislaciones de los demás Estados miembros se hubieran cumplido de acuerdo con la legislación que dicha institución aplique en la fecha en que se liquide la prestación.

– la institución competente establecerá a continuación el importe real de la prestación prorrateada, aplicando al importe teórico la proporción entre la duración de los períodos cumplidos antes de la fecha de la materialización del riesgo de acuerdo con la legislación que la institución aplique y la duración total de los períodos cumplidos antes de la fecha de la materialización del riesgo, de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados.

Como decíamos, el interesado tendrá derecho a recibir de la institución competente de cada Estado miembro el importe más elevado que resulte de los cálculos referidos.

d) Prestaciones de accidente de trabajo y enfermedad profesional

El derecho a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional se determinará por el país cuya legislación fuera aplicable al trabajador en la fecha de producirse el accidente o de contraerse la enfermedad, normalmente el Estado donde esté asegurado. Igualmente, la persona que haya sufrido un accidente de trabajo o contraído una enfermedad profesional y que resida o efectúe una estancia en un Estado miembro que no sea el Estado miembro competente, tendrá derecho a las prestaciones en especie específicas del régimen de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales concedidas, por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia o de residencia, con arreglo a la legislación que ésta aplique, como si la persona estuviera asegurada en virtud de dicha legislación (art. 36).

Por otra parte, es de aplicación la ley del lugar de trabajo respecto del accidente *in itinere* ocurrido durante el desplazamiento en el territorio de otro Estado miembro distinto del competente.

En el caso de la enfermedad profesional, si el trabajador ha estado expuesto al riesgo de contraer la enfermedad profesional de que se trate en varios países, la prestación será a cargo exclusivo del país a cuya legislación haya estado sujeto en último lugar, siempre que allí se cumplan las condiciones exigibles. Si fuera necesario, se totalizan los períodos de seguro cumplidos en otros países por la realización de actividades durante las que el trabajador estuvo expuesto a dicho riesgo.

e) Prestaciones familiares

Con carácter general y sin perjuicio de las múltiples especialidades, el art. 67 del Reglamento base, dispone que cualquier persona tendrá derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado miembro competente- en el que esté asegurado- que serán extensivas a los miembros de su familia que residan en otro Estado miembro, como si residieran en el Estado miembro competente. No obstante, los titulares de pensiones tendrán derecho a prestaciones familiares con

arreglo a la legislación del Estado miembro competente respecto de sus pensiones, diferenciándose si la titularidad va referida a un solo Estado o a varios.

f) Subsidio de defunción

A tenor de los arts. 42 y 43 Reglamento 883/2004, cuando una persona asegurada, un pensionista o un miembro de su familia fallezcan en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente, se considerará el fallecimiento como ocurrido en el Estado miembro competente. Por supuesto, la institución competente ha de conceder los subsidios por defunción, aunque el beneficiario resida en un Estado miembro distinto del Estado miembro competente.

4.6. Principio de cooperación administrativa

Resulta evidente que la puesta en práctica de todos los principios vistos hasta ahora y, en general, de todas las normas que rigen la cooperación entre Estados miembros en materia de Seguridad Social precisan de mecanismos que garanticen el correcto funcionamiento en su aplicación. En este sentido, se hace necesaria la cooperación administrativa entre las diversas instituciones nacionales de Seguridad Social de los Estados miembros. Es más, este principio es el garante de la aplicación práctica de cumplimiento del resto de principios- igualdad de trato, totalización de períodos, exportación de beneficios, determinación de la ley aplicable…-, cuestión que no sería factible sin la intervención de las administraciones nacionales[44]. Los títulos IV y V del Reglamento base se encargan de establecer estas reglas de coordinación, desarrolladas asimismo en el Reglamento de aplicación, como veremos.

Este principio tiene por objeto el de llevar a cabo una mutua ayuda administrativa, debiendo las autoridades y las instituciones de los Estados miembros prestarse sus buenos oficios y actuar como si se tratase de aplicar sus propias legislaciones, a los efectos del cumplimiento de las normas de coordinación previstas tanto en el Reglamento base como en el de aplicación. Se trata de intercambiar información, colaboración técnica y de facilitar la coordinación financiera, fundamentalmente, y siempre teniendo en cuenta la debida protección de datos de carácter personal conforme a la legislación del Estado miembro que los transmita (art. 77 del Reglamento base). Asimismo, este principio exige a las personas interesadas que informen cuanto antes a las instituciones del Estado miembro competente y del Estado miembro de residencia de cualquier cambio en su situación personal o familiar que pueda tener incidencia en sus derechos a las prestaciones que se rigen bajo las normas de coordinación (art. 76 del Reglamento base).

El órgano creado para garantizar el cumplimiento de las normas de coordinación referidas a cuestiones administrativas o de coordinación, en base a

[44] Jorens, Y. y Overmeiren, V., 2009, p. 49.

las tareas descritas por el art. 72 del Reglamento base, es la Comisión administrativa de Coordinación de los Sistemas de Seguridad Social (CACSS), que está vinculada a la Comisión Europea y compuesta por un representante del Gobierno de cada uno de los Estados miembros, asistido, cuando sea necesario, por consejeros técnicos. La CACSS también se ocupa de realizar tareas de mediación y conciliación entre Estados miembros cuando existen discrepancias en sus posiciones.

Los arts. 8.2 y 9 del Reglamento de aplicación se encargan de determinar la forma en que se aplicarán estas normas de colaboración entre las diversas instituciones, abriendo la opción a los Estados miembros para poder celebrar entre ellos, en caso necesario, acuerdos relativos a la aplicación de convenios, siempre y cuando estos estén basados en los principios y el espíritu del Reglamento base (los mencionados en su art. 8.2), respetando que no afecten negativamente a los derechos y obligaciones de los interesados y estén incluidos en el anexo 1 del Reglamento de aplicación (encargado de establecer las disposiciones de aplicación de convenios bilaterales mantenidos en vigor y nuevas disposiciones de aplicación).

Respecto de las posibles discrepancias o dudas interpretativas entre las instituciones que puedan surgir en relación con la determinación del lugar de residencia del interesado, el art. 11 del Reglamento de aplicación indica que tales instituciones habrán de llegar a un común acuerdo para su determinación, a partir de una evaluación global de toda la información disponible relacionada con los hechos pertinentes, en una clara intención de evitar posibles litigios judiciales.

Por último, son competencia del Comité Consultivo de coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, según establece el art. 75 del Reglamento base, tanto "examinar las cuestiones generales o de principio y los problemas que plantee la aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de coordinación de los sistemas de seguridad social, en particular con respecto a determinadas categorías de personas" así como "emitir dictámenes sobre la misma materia, destinados a la Comisión Administrativa, así como propuestas con vistas a la revisión de las citadas disposiciones". Este órgano estará compuesto para cada uno de los Estados miembros de un representante del Gobierno de un representante de las organizaciones sindicales de trabajadores y un representante de las organizaciones empresariales.

5. Bibliografía

Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L. (2002): *Instituciones de Seguridad Social,* 18ª edición, ed. Civitas.

Caicedo Camacho, N. (2014): "La Directiva 2004/38/CE y la jurisprudencia del TJCE sobre el disfrute de las prestaciones sociales: ¿freno al avance en materia social o adecuación a los intereses de los Estados?, en Revista d'Estudis Autonòmics i Federals, nº. 19.

Carrascosa Bermejo, D. (2017): "Libre circulación de ciudadanos de la Unión Europea inactivos y su acceso a las prestaciones no contributivas (incluida la asistencia sanitaria): el impacto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", en Revista del Ministerio de *Empleo y Seguridad Social,* nº. 127.

Everson, M. (1995): "The legacy of the market citizen", en Shaw, J. y More, J. (eds.): *New Legal of the European Union*, ed. Oxford, Oxford University Press.

González Ortega, S. (Responsable) (2006): "La protección social de los trabajadores Extranjeros, Expediente FIPROS-2006/94" (Universidad Pablo de Olavide). Disponible en: http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/37cada90-3821-4c78-ba53-e22ee3bfb7f9/94_F06.pdf?MOD=AJPERES&CVID=. (Última consulta, 21 abril de 2021).

Gómez Abelleira, F.J. (1993): "La regla "prorrata temporis" y el anticipo por la entidad gestora española de la parte de pensión de Seguridad Social a cargo de organismo extranjero", en Actualidad Laboral, nº. 2.

Guerrero Padrón, T (2024): Cuestiones actuales de seguridad social internacional las consecuencias sociales del Brexit, en AAVV. Olga Fotinopoulou Basurko (dir.): *La Construcción de un Derecho Transnacional del Trabajo y de la Seguridad Social*, ed. Atelier

HailbronneR, K. (2005): "Union Citizenship and Access to Social Benefits", en Common Law Market Review, vol. 42, nº. 5, Wolters Kluwer.

Jorens, Y. y Overmeiren, V. (2009): "General principles of Coordination in Regulation 883/2004", en European Journal of Social Security, Vol. 11, nº 1-2.

Maldonado Molina, J.A. (2016): "Libertad de circulación y Protección Social". Ponencia Junta de Andalucía. Disponible en (última consulta efectuada el 24/04/2021): https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=a419b8aa-78b9-48a2-b703-83202660e6ee&groupId=10128

Martínez Martínez, V. L. (2017): "La coordinación de los sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea", en Estudios de Deusto, 65, nº 2.

Miranda Boto, J. M. (2008): "Las competencias de la Comunidad Europea en materia social". Tesis doctoral. Director: García Murcia, J. Universidad de Oviedo.

Miranda Boto, J. M. (2011): "La competencia comunitaria en materia de Seguridad Social", en Noticias de la Unión Europea, nº. 319.

Pennings, F. (2005): "Inclusion and exclusion of Persons and benefits in the New Coordination Regulation" (Cap. 11), en *Social welfare and EU law,* ed. Hart Publishing.

Sánchez-Rodas Navarro, C. (2006): "Las prestaciones no contributivas y el Reglamento 883/2004", en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº. 64.

Sánchez-Rodas Navarro, C. (2012): "Análisis crítico del capítulo 8 del Reglamento 883/2004", en Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, nº 32.

Sánchez-Urán Azaña, Y. (2015): "Ciudadanía de la Unión y Derechos de Protección Social Comunitaria. Balance y perspectivas del modelo condicional de solidaridad social comunitaria", en Revista Española de Derecho Europeo, nº octubre-diciembre.

Sánchez-Urán Azaña, Y. (2015): "Libre circulación y derechos de protección social: aspectos sustantivos y principios de coordinación entre sistemas nacionales de protección social", en *II Seminario Internacional Cooperación Internacional y Garantía de los Derechos Fundamentales*, 9 a 13 de febrero 2015, Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: https://eprints.ucm.es/id/eprint/33905/ (Última consulta, 22 de abril de 2024).

Sempere Navarro, A.V. (2004): "Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria: el Reglamento 883/2004", en Revista Doctrinal Aranzadi Social, nº. 9, parte Tribuna.

ISBN 978-84-10262-66-9

Laborum
EDICIONES