

ACDCT

Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo

Volumen XIV
Año 2022



INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN
DE LA ASOCIACIÓN CORUÑESA DE
DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ACDCT

Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo

Volumen XIV
Año 2022



INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN
DE LA ASOCIACIÓN CORUÑESA DE
DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO
Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

ANUARIO CORUÑÉS DE DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright by © Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social

ACDCT aparece indexado en los siguientes índices, catálogos y bases de datos:

- DICE (Difusión y Calidad Editorial de las Revistas Españolas de Humanidades y Ciencias Sociales y Jurídicas), Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) y Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (ANECA).
- Latindex, Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, El Caribe, España y Portugal. Universidad Autónoma de México.
- Dialnet Plus (<https://dialnet.unirioja.es>).

ISSN: 2792-5145

PRESENTACIÓN

Este nuevo volumen del Anuario del Instituto de Investigación de la Asociación Coruñesa de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social incorpora más contribuciones al estudio del Derecho contemporáneo del Trabajo y de la Seguridad Social, y supone un esfuerzo de crecimiento, si comparado con el volumen inmediatamente precedente del mismo. Expresamos nuestro agradecimiento a todos los colegas que han contribuido a que el nuevo volumen se publique. Y confiamos en que las diversas aportaciones científicas contenidas en este volumen, y relativas a Alemania, Austria, España, Estados Unidos, Italia y Portugal, contribuyan a arrojar luz sobre la solución de los problemas de empleo que padecemos actualmente en España.

El equipo directivo

PRESENTATION

This new volume of the Yearbook of the Research Institute of the Corunnean Association of Labor Law and Social Security Law embodies more contributions to the study of the current Comparative Labor and Social Security Law, and implies an effort of rise, if compared with the immediately precedent volume of the same. We are grateful to all our colleagues who made it possible the publication of this new volume. And we are confident on that the different scientific papers contained in it, and relating to Germany, Austria, Spain, United States, Italy, and Portugal, make a contribution to shed light on the solution of the employment problems we are nowadays suffering in Spain.

The directive team

DIRECTOR

Prof. Dr. Jesús Martínez Girón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña, y Presidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social

SUBDIRECTOR

Prof. Dr. Alberto Arufe Varela

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña, y Vicepresidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social

CONSEJO DE REDACCIÓN

Prof. Dr. Germán Barreiro González

Catedrático jubilado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León.

Prof. Dr. Dr. h.c. Antonio Baylos Grau

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Dr. José M^a Botana López

Magistrado jubilado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Prof^a. Dra. Dra. h.c. María Emilia Casas Baamonde

Presidenta emérita del Tribunal Constitucional, Catedrática emérita de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid, Presidenta de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Prof. Dr. Joaquín García Murcia

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid.

Prof. Dr. José Ignacio García Ninet

Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona.

Prof. Dr. Dr. h.c. Antonio Martín Valverde
Catedrático jubilado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y Magistrado emérito de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

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

Prof^a. Dra. María de las Nieves Moreno Vida
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Granada.

Prof. Dr. Dr. h.c. Alfredo Montoya Melgar
Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid, y antiguo Magistrado del Tribunal Constitucional.

Prof. Dr. Antonio Sempere Navarro
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, y Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Prof. Dr. Dr. h.c. Luis E. de la Villa Gil
Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Autónoma de Madrid.

EVALUADORES EXTERNOS

— Nacional: *Prof. Dr. Jaime Cabeza Pereiro*, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Vigo.

— Nacional: *Prof. Dr. Javier Gárate Castro*, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela.

— Nacional: *Prof^a. Dra. Yolanda Maneiro Vázquez*, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela.

— Nacional: *Prof^a. Dra. Lourdes Mella Méndez*, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela.

— Nacional: *Prof. Dr. José María Miranda Boto*, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Santiago de Compostela.

— Nacional: *Prof.^a Dra. Cristina Sánchez-Rodas Navarro*, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla.

— Internacional: *Prof.^a Kristina M. Campbell*, Catedrática de Derecho del Trabajo de la Universidad del Distrito de Columbia-Washington, D.C.

— Internacional: *Prof. Dr. h.c. António Monteiro Fernandes*, Catedrático de Derecho del Trabajo de las Universidades Lusofona y Nova de Lisboa.

— Internacional: *Prof. Dr. Luca Nogler*, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Trento.

DEFINICIÓN

El objetivo del *Anuario* es dar a conocer las problemáticas jurídicas laborales y de seguridad social del Derecho comparado, europeo, latinoamericano y norteamericano, publicando estudios y divulgando publicaciones sobre las mismas, en el ámbito académico-universitario, profesional-forense y judicial, europeo, latinoamericano y norteamericano.

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

Salvo cuando se trate de contribuciones recibidas por invitación, en las que habrá que estar a los términos de la invitación previamente cursada, los autores se ajustarán a las siguientes instrucciones:

1ª.- El *Anuario* sólo publica trabajos originales, que deberán ajustarse a la definición, a la temática y al concreto público jurídico al que va dirigido.

2ª.- Los originales en cuestión deberán estar redactados, en lo que concierne al texto, en letra Times New Roman, tamaño 14, interlineado sencillo; y en lo que concierne al aparato crítico, en letra Times New Roman, tamaño 12. Como regla, el máximo de páginas no debería exceder de veinticinco.

3ª.- También como regla, la cita bibliográfica, si se trata de libros, especificará con mayúsculas el nombre del autor, en cursiva el título del libro, y en redonda el número de edición y la editorial, el lugar y el año de publicación (ambos entre paréntesis, separados por una coma), y por último, la página o páginas; y si se trata de artículos de revista, se seguirá el mismo criterio, con la salvedad de que el título del artículo constará entre comillas, y el nombre de la revista en cursiva.

4ª.- Los originales podrán enviarse a nombre de cualquiera de los miembros del Consejo de Redacción del *Anuario*, por correo electrónico, a las direcciones jmg@udc.es o titof@udc.es.

5ª.- Los originales deberán incluir el nombre de la institución de trabajo del autor o autores, así como una dirección de correo electrónico de contacto.

6ª.- A los originales deberá acompañarse un resumen del estudio, en la lengua en que ha sido escrito y, además, en inglés. Igualmente, deberá acompañarse al mismo un elenco de palabras clave, con un máximo de cinco, asimismo redactadas en la lengua de concepción del estudio y en inglés. El título del estudio debe figurar, también, en inglés.

7ª.- Se admiten originales redactados en castellano (y demás lenguas cooficiales de España), al igual que en inglés, francés, alemán, italiano y portugués.

8ª.- Una vez recibidos los originales, y tras valoración de los mismos por los evaluadores externos del *Anuario*, se comunicará por la Dirección o Subdirección del propio *Anuario* la aceptación del Consejo de Redacción, a través de correo electrónico.

9ª.- Como regla general, el período hábil para la recepción de originales comprende hasta febrero del año natural correspondiente al volumen de que se trate, comunicándose la aceptación, en su caso, dentro del mes siguiente a la fecha de recepción del original.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

[TABLE OF CONTENTS]

ÍNDICE DE AUTORES [CONTRIBUTORS INDEX]	15
--	----

I. ESTUDIOS [RESEARCHES]

- RUTH BADER GINSBURG, CATEDRÁTICA PIONERA, ABOGADA PIONERA, JUEZ PIONERA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS [*RUTH BADER GINSBURG, PIONEERING UNIVERSITY PROFESSOR, PIONEERING ATTORNEY, PIONEERING UNITED STATES SUPREME COURT ASSOCIATE JUSTICE*] **Alberto Arufe Varela** 19

- LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DEL TRABAJO REMOTO EN ALEMANIA [*THE LEGAL PROBLEMS OF REMOTE WORK IN GERMANY*] **Holger Brecht-Heitzmann**..... 45

- LA REFORMA LABORAL 2021-2022 EN ESPAÑA: CLAVES, MITOS Y REALIDADES, AÑO Y MEDIO DESPUÉS DE SU ENTRADA EN VIGOR [*THE 2011-2022 SPANISH LABOUR REFORM: KEYS, MYTHS AND REALITIES, A YEAR AND A HALF AFTER ITS ENTRY INTO FORCE*] **Faustino Cavas Martínez** 61

- LAS ESPECIALIDADES DEL TELETRABAJO TRANSNACIONAL [*TRANSNATIONAL TELEWORKING SPECIALITIES*] **Jesús Cruz Villalón** 93

- MUJER Y FUERZAS ARMADAS. UN ÁMBITO PROFESIONAL DE-GENERADO EN LOS ESTADOS UNIDOS [*WOMEN AND ARMED FORCES. A DEGENERATED PROFESSIONAL FIELD IN THE UNITED STATES*] **Jesús Martínez Girón**..... 109

- TELETRABAJO EN AUSTRIA [*TELEWORKING IN AUSTRIA*] **Nora Melzer** 141

- EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN LO LABORAL: CONSTRUCCIÓN, NUEVAS DIMENSIONES Y FUTUROS ESCENARIOS [*THE SCRUTINY OF PROPORTIONALITY IN LABOR RELATIONS: CONSTRUCTION, NEW DIMENSIONS AND FUTURE SCENARIOS*] **Jesús R. Mercader Uguina**..... 157

- *CAMINANTE, NO HAY CAMINO, SE HACE CAMINO AL ANDAR: LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES Y LA GESTIÓN ALGORÍTMICA EN LAS RELACIONES DE TRABAJO* [*WALKER, THERE IS NO ROAD, THE ROAD IS MADE BY WALKING: THE PRESUMPTION OF EMPLOYMENT CONTRACT IN DIGITAL PLATFORMS AND ALGORITHMIC MANAGEMENT IN LABOUR RELATIONS*] **Teresa Coelho Moreira**..... 177

- LA COMPARACIÓN JURÍDICA EN LA FACULTAD DE DERECHO DE TRENTO (1987-2012), ENTRE LOS RECUERDOS DEL ESTUDIANTE Y LA ACTIVIDAD DEL DOCENTE [*THE LEGAL COMPARISON AT THE LAW SCHOOL OF TRENTO (1987-2012), BETWEEN THE STUDENT’S MEMORY AND THE PROFESSOR’S ACTIVITY*] **Luca Nogler**..... 211

- LA DIRECTIVA 2019/1158, DE 20 DE JUNIO, RELATIVA A LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL DE LOS PROGENITORES Y CUIDADORES. SU TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL [*DIRECTIVE 2019/1158, OF 20 JUNE 2019, ON WORK-LIFE BALANCE FOR PARENTS AND CARERS. ITS IMPLEMENTATION INTO SPANISH LAW*] **Susana Rodríguez Escanciano** 249

- LA REGULACIÓN DEL TRABAJO REMOTO MEDIANTE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: VALORACIÓN COMPARADA DE LAS EXPERIENCIAS ESPAÑOLA E ITALIANA [*THE REGULATION OF REMOTE WORK THROUGH COLLECTIVE*

<i>BARGAINING: A COMPARATIVE ASSESSMENT OF THE SPANISH AND ITALIAN EXPERIENCES</i>] José Enrique Ruiz Saura	303
--	-----

II. RECENSIONES DE LIBROS [BOOK REVIEW]

▪ Luís Fernando PIMENTEL DE OLIVEIRA VASCONCELOS ABREU, <i>A tutela da confiança e a função judicial: O caso das viragens da jurisprudência. Uma breve panorâmica do direito português e do direito brasileiro</i> , Instituto Jurídico-Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Coimbra, 2022), 170 págs. Iván Vizcaíno Ramos	333
▪ Henar ÁLVAREZ CUESTA, <i>Protección social frente a la pobreza</i> , Bomarzo (Albacete, 2023), 265 págs. Alberto Arufe Varela	337
▪ Kate ANDRIAS y Brishen ROGERS, <i>Rebuilding worker voice in today's economy</i> , Roosevelt Institute (2018), 46 págs. Alberto Arufe Varela	341
▪ Lincoln CAPLAN, <i>The Tenth Justice. The Solicitor General and the Rule of Law</i> , Vintage Books-Random House (New York, 1987), 343 págs.; Robert H. BORK, <i>Saving justice. Watergate, the Saturday Night Massacre and Other Adventures of a Solicitor General</i> , Encounter Books (New York, 2013), 136 págs. Alberto Arufe Varela	345
▪ Olga FOTINOPOULOU BASURKO, <i>La gente de mar en el Derecho de la Unión Europea</i> , Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2023), 313 págs. Jesús Martínez Girón	349
▪ Herma HILL KAY, <i>Paving the way. The first American women law professors</i> , University of California Press (Oakland-California, 2021), 354 págs. Alberto Arufe Varela	353
▪ Katharina VON KOPPFELDS-SPIES, <i>Sozialrecht</i> , 1ª ed., Mohr Siebeck (Tubinga, 2018), 486 págs.; Katharina VON KOPPFELDS-SPIES y Ulrich WENNER (Editores), <i>SGB VII. Gesetzliche Unfallversicherung. Kommentar</i> , 3ª ed., Luchterhand (Múnich, 2022), 1112 págs. Alberto Arufe Varela	357
▪ Yolanda MANEIRO VÁZQUEZ, <i>Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de</i>	

<i>conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158</i> , Bomarzo (Albacete, 2023), 217 págs. Jesús Martínez Girón	361
▪ José María MIRANDA BOTO, <i>Condiciones de trabajo transparentes y previsibles. Desafíos para el Derecho español de la Directiva (UE) 2019/1152</i> , Tirant lo Blanch (Valencia, 2023), 319 págs. Jesús Martínez Girón	365
▪ José Luis MONEREO PÉREZ y Belén del Mar LÓPEZ INSUA, <i>La protección socio-laboral de los jóvenes: construyendo el futuro</i> , Atelier (Barcelona, 2023), 193 págs. Jesús Martínez Girón	369
▪ Lorenzo G. LUISETTO y Luca NOGLER (Editores), <i>Una nuova agenda statunitense di contrasto al monopsonio nei mercati di lavoro</i> , Fondazione Giacomo Brodolini (Roma, 2022), 191 págs. Jesús Martínez Girón	373
▪ Pompeyo Gabriel ORTEGA LOZANO, <i>Formalidades e implicaciones procesales del procedimiento extintivo individual de los contratos de trabajo</i> , Comares (Granada, 2022), 269 págs. Jesús Martínez Girón	377
▪ “LIGERAS, FEMENINAS Y DEPORTISTAS” [A modo de reseña del libro “ <i>Deporte profesional de-generado. Un estudio sobre feminismo radical</i> ”, J. Martínez Girón y A. Arufe Varela (Atelier), 2017]. Aranha Vicente Palacio	381
▪ Luis Enrique DE LA VILLA GIL, <i>Alma</i> , Editorial Círculo Rojo (Almería, 2022), 164 págs. Jesús Martínez Girón	387
▪ Ulrich FISCHER, <i>Amianto. Franz Kafka como empresario</i> (con «Prólogo» de Luis Enrique DE LA VILLA GIL), Biblioteca del ICAM-Tirant lo Blanch (Valencia, 2023), 197 págs. Jesús Martínez Girón	391

III. REVISTA DE REVISTAS [REVIEW OF REVIEWS]*

▪ <i>Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social</i> , vol. 2, núm. 3 (2021).....	397
▪ <i>Revista Crítica de Relaciones de Trabajo</i> , núm. 1 (2021).....	398

* A cargo de **Iván Vizcaíno Ramos**.

▪ <i>Revista de Derecho de la Seguridad Social</i> , núm. 27 (2021), núm. 28 (2021) y núm. 29 (2021).....	398
▪ <i>Revista de Derecho Social</i> , núm. 95 (2021).....	399
▪ <i>Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF</i> , núm. 456 (2021 y núm. 461-462 (2021).....	400
▪ <i>Revista Española de Derecho del Trabajo</i> , núm. 239 (2021).....	401
▪ <i>Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social</i> , núm. 58 (2021), núm. 59 (2021) y núm. 60 (2021).....	401
▪ <i>Temas Laborales: Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social</i> , núm. 157 (2021).....	405
▪ <i>Trabajo y Derecho: Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales</i> , núm. extra 13 (2021) y núm. extra 14 (2021).....	406

ÍNDICE DE AUTORES

[*CONTRIBUTORS INDEX*]

Profesor Doctor Alberto Arufe Varela

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña, y Vicepresidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social

Profesor Doctor Holger Brecht-Heitzmann

Catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad Politécnica de la Agencia Federal de Empleo en Schwerin (Alemania)

Profesor Doctor Faustino Cavas Martínez

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

Profesor Doctor Jesús Cruz Villalón

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

Profesor Doctor Jesús Martínez Girón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña, y Presidente de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social

Profesora Doctora Nora Melzer

Profesora habilitada como catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Graz

Profesor Doctor Jesús R. Mercader Uguina

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid

Profesora Doctora Teresa Coelho Moreira

Profesora Asociada/Titular (con agregación para catedrática) de Derecho del Trabajo de la Universidade do Minho

Profesor Doctor Luca Nogler

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Trento (Italia)

Profesora Doctora Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León

Profesor José Enrique Ruiz Saura

Contratato Predoctoral-FPU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia

Profesor Doctor Iván Vizcaíno Ramos

Profesor Ayudante Doctor (acreditado a Profesor Titular) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de A Coruña

ESTUDIOS

[*RESEARCHES*]

**RUTH BADER GINSBURG, CATEDRÁTICA PIONERA, ABOGADA
PIONERA, JUEZ PIONERA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS
ESTADOS UNIDOS**

*[RUTH BADER GINSBURG, PIONEERING UNIVERSITY PROFESSOR,
PIONEERING ATTORNEY, PIONEERING UNITED STATES SUPREME
COURT ASSOCIATE JUSTICE]*

Alberto Arufe Varela

Fecha de recepción: 10 de julio de 2023

Fecha de aceptación: 27 de julio 2023

Sumario: I. PLANTEAMIENTO.- II. EL PIONERISMO DE LA CATEDRÁTICA GINSBURG.- III. EL PIONERISMO DE LA ABOGADA GINSBURG.- IV. EL PIONERISMO DE LA JUEZ GINSBURG.- V. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

Contents: I. APPROACH.- II. THE PIONEERING WORK OF PROFESSOR GINSBURG.- III. THE PIONEERING WORK OF ATTORNEY GINSBURG.- IV. THE PIONEERING WORK OF JUSTICE GINSBURG.- V. CITED BIBLIOGRAPHY.

Resumen: Ser pionera significa dar primeros pasos en alguna actividad humana. La Sra. Ruth Bader Ginsburg dio primeros pasos como catedrática universitaria, creando materiales docentes que taparon huecos y abrieron brechas. También dio primeros pasos como abogada, consiguiendo que la Corte Suprema de los Estados Unidos declarase la inconstitucionalidad de normas discriminatorias por razón de sexo, elevando asimismo el umbral de control de dicha inconstitucionalidad. Dio primeros pasos igualmente como Juez de la propia Corte Suprema de los Estados Unidos, estableciendo reglas de comportamiento e innovando estructuras centenarias de su vida interna. En consecuencia, la catedrática, abogada y Juez Ruth Bader Ginsburg fue pionera en las tres actividades profesionales que ejerció a lo largo de su vida.

***Abstract:** To be a pioneer means to take first steps in some human activity. Ruth Bader Ginsburg took first steps as a university professor, creating teaching materials that filled in gaps and opened up loopholes. She also took first steps as an attorney, getting the Supreme Court of the United States to declare unconstitutional sex-discriminatory statutes and raising the standard of scrutiny for unconstitutionality. She took first steps also as a Justice of the Supreme Court of the United States itself, setting rules of conduct and innovating centuries-old structures of its internal life. Consequently, professor, attorney, and Justice Ruth Bader Ginsburg was a pioneer in all three of her professional activities during her lifetime.*

Palabras clave: Abogacía, Corte Suprema de los Estados Unidos, Pionerismo femenino, Profesorado de Facultad de Derecho, Ruth Bader Ginsburg

Keywords: *Female pioneering, Practice of law, Ruth Bader Ginsburg, School of Law faculty, Supreme Court of the United States*

* * *

I. PLANTEAMIENTO

1. Es claro que no resultan necesarias coartadas o justificaciones, más o menos sofisticadas, para volver sobre figuras icónicas y legendarias del Derecho, rescatando, recordando o redescubriendo facetas de su quehacer jurídico o de su trayectoria profesional, incluso desde la sana crítica. Sin salirnos de esta década por la que ahora transitamos, ni de la Corte Suprema de los Estados Unidos —que irá cobrando protagonismo a medida que los párrafos que siguen vayan avanzando—, lo atestigua cumplidamente y ejemplarmente la doctrina científica norteamericana, que hace lo posible por evitar que se quede en un rincón cubierto de polvo el recuerdo de personajes de indiscutible protagonismo jurídico y social, como en el caso de preclaros Jueces de la propia Corte Suprema, entre los que cabría referirse —precisamente por no haber caído en el olvido doctrinal— al Juez Oliver Wendell HOLMES, Jr. (fallecido en 1935, icono judicial liberal durante la denominada «era Lochner», haciendo frente al intervencionismo o activismo judicial conservador, tumbativo de iniciativas legislativas de los Estados federados socialmente protectoras, también de los trabajadores, como en el caso *Lochner v. New York* de 1905, que da nombre a la citada era, que se prolongó tres décadas, a comienzos del siglo pasado)¹, al Juez Louis D. BRANDEIS (fallecido en 1941, precursor de la protección del derecho de intimidad e icono judicial liberal en los años treinta del siglo pasado, haciendo frente al intervencionismo o activismo judicial conservador, tumbativo de la legislación socialmente protectora del *new deal* del Presidente Franklin D. ROOSEVELT [1933-1945] y de su Ministra Frances PERKINS)², o al Juez William J. BRENNAN, Jr. (fallecido en 1997, icono judicial liberal durante su larga permanencia, de 1956 a 1990, en la Corte Suprema, liderando el activismo judicial de expansión procesal y sustantiva de la cláusula constitucional de tutela judicial efectiva, primero,

¹ Sobre este Juez, últimamente, véase Daniel P. O’GORMAN, «Oliver Wendell Holme’s theory of contract law at the Massachusetts Supreme Judicial Court», *Northeastern University Law Review*, núm. 13 (2021), págs. 73 y ss. Desde mi concreto punto de vista como laboralista, homenajeándolo, véase Alberto ARUFE VARELA, «El voto particular del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., en el caso *Coppage v. Kansas* (1915). Un texto jurídico norteamericano clásico contra el despido libre», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. I (2009), págs. 13 y ss.

² Sobre este Juez, últimamente, véase David SCHULTZ, «Justice Brandeis’ dilemma revisited: the privileged position of corporate power in American democracy», *University of St. Thomas Law Journal*, núm. 19 (2023), págs. 134 y ss.

haciendo frente a la mayoría conservadora, después)³. También cabe sumar a este elenco a la Juez Ruth Bader GINSBURG (recientemente fallecida, en septiembre de 2020)⁴, aunque lo cierto es que este año 2023 es un año repleto de efemérides relativas a ella, a celebrarse todas en números redondos. No sólo se cumplen noventa años de su nacimiento (1933), sino también sesenta años del comienzo de su andadura como profesora universitaria (1963), cincuenta años de su estreno como abogada interviniente ante la Corte Suprema de los Estados Unidos (1973) y, en fin, treinta años de su incorporación como Juez a esta última (1993). Son, estos tres, sendos jalones que marcan su intensa vida profesional de dedicación al Derecho, y en los que con todo merecimiento cabe asignarle el calificativo de pionera, como trataré de demostrar en los párrafos que siguen.

II. EL PIONERISMO DE LA CATEDRÁTICA GINSBURG

2. Siendo inseparable la conexión entre las Facultades de Derecho de los Estados Unidos y el ejercicio allí de la profesión de abogado⁵, Ruth Bader GINSBURG inició sus estudios jurídicos en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard en 1956, junto con otras ocho mujeres del total de quinientos nuevos alumnos admitidos aquel año, y donde había iniciado esos mismos estudios el año anterior su marido, el Sr. Martin GINSBURG, con quien ya tenía una hija (nacida en 1955) y con quien se mudó a New York (rápidamente encontró él allí un buen trabajo como abogado, tras su graduación), lo que impidió que ella pudiese acabar sus estudios jurídicos donde los había iniciado —como realmente hubiese querido—, viéndose obligada a hacerlo en la Facultad de Derecho de la Universidad neoyorquina de Columbia. Aun tratándose de una alumna *top* (primera de su clase, de hecho), graduada en Derecho en una Facultad *top*

³ Sobre este Juez, últimamente, véase Joseph POSTELL, «The Brennan lecture: rebuilding state legislatures as instruments of self-government», *Oklahoma City University Law Review*, núm. 47 (2023), págs. 469 y ss.

⁴ Sobre esta Juez, últimamente, véase Amanda L. TYLER, «After Justice Ginsburg's first decade: some thoughts about her contributions in the fields of procedure and jurisdiction», *George Washington Law Review*, núm. 90 (2022), págs. 1572 y ss.

⁵ Sobre la clara, inequívoca e irrenunciable «misión» de las Facultades de Derecho norteamericanas, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *La enseñanza del Derecho en las Facultades de Derecho de los Estados Unidos. A propósito de la enseñanza en ellas del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social*, Atelier (Barcelona, 2015), págs. 17 y ss.

(como la de la Universidad de Columbia, catalogada allí tradicionalmente como un centro de élite)⁶, no le resultó nada fácil entonces encontrar un buen trabajo, pesando todavía más su doble condición de mujer casada y de madre, como acredita, por ejemplo, que en 1960 fuese rechazada para ejercer como ayudante jurídico (*law clerk*) de uno de los nueve Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos (por cierto, judío como ella)⁷, que es una posición —a pesar de su duración temporal, como regla, de sólo un año— que acostumbra ser un eficaz paso intermedio entre la graduación y los más prestigiosos bufetes de abogados, y que suele estar reservada a alumnos *top* de las Facultades *top* de Derecho, como ella había sido. Sí confió en ella la Universidad pública Rutgers del Estado de New Jersey (pegado al de New York), que la reclutó en 1963 para su Facultad de Derecho, con sede entonces en la ciudad de Newark (pegada a la de New York, al oeste del río Hudson), que había sido fundada en el año 1908, tratándose en la actualidad de la Facultad pública de Derecho más grande de los Estados Unidos por el número de alumnos, teniendo en cuenta que forma parte de una Universidad cuyo presupuesto (para el curso académico 2022-2023) se elevó ligeramente por encima de los cinco mil millones de dólares, de los que el 20.1 por ciento proceden del Estado de New Jersey⁸. Allí continuó profesando hasta su enrolamiento, en 1972, en la Universidad neoyorquina de Columbia, siendo ésta una Universidad privada ubicada en la misma isla de Manhattan (en la orilla este del río Hudson), con un presupuesto (para el año 2022) de casi seis mil millones de dólares⁹, pasando a formar parte del claustro de profesores de su Facultad de Derecho de élite, cuya creación se remonta a 1858, y que la propia profesora GINSBURG conocía muy bien, de su época de estudiante allí. El pionerismo de la Ruth Bader GINSBURG en esta época de profesora universitaria del más alto nivel, que se prolongó hasta 1980, aparece vinculado fundamentalmente a tres obras señeras, de las que paso a dar cuenta a continuación.

⁶ *Ibidem*, pág. 42.

⁷ Sobre este aspecto biográfico suyo, véase Alberto ARUFE VARELA y Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, Atelier (Barcelona, 2023), pág. 194.

⁸ Pueden consultarse los datos en el sitio oficial en Internet de la propia Universidad, ubicado en <https://www.rutgers.edu> (con acceso directo en <https://www.rutgers.edu/about/budget-facts>).

⁹ Pueden consultarse los datos en el sitio oficial en Internet de la propia Universidad, ubicado en <https://www.columbia.edu> (con acceso directo en <https://www.columbia.edu/content/financial-overview>).

3. Cuando Ruth Bader GINSBURG se unió a la Facultad de Derecho de la Universidad Rutgers de New Jersey —en la que permaneció desde 1963 (hace ahora sesenta años) hasta 1972—, «se convirtió en una de las primeras veinte mujeres»¹⁰ en acceder a la cátedra de una Facultad de Derecho norteamericana, aunque no fue curiosamente la primera mujer catedrática contratada por dicha Universidad pública de la costa este, habiéndole precedido el año anterior la llegada de la profesora Eva HANKS, de quien la propia Ruth Bader GINSBURG diría públicamente, unas cuantas décadas después, que «para mis primeros días como profesora de Derecho en 1963, Eva Hanks había allanado el camino», pues se había unido «al profesorado de la Facultad de Derecho de Rutgers (Newark) el año anterior», situándose «entre las menos de 20 mujeres en puestos de catedrático en las Facultades de Derecho de todo el país», refiriéndose a que la «excelencia de su docencia facilitó mi aceptación por mis colegas», así como a que «gracias a Eva, no se me consideró como una curiosidad»¹¹. Su contratación —para enseñar «procedimiento civil ..., Derecho comparado y jurisdicción federal»¹²— se produjo en una época de apertura de las Facultades de Derecho norteamericanas a la mujer, habiéndose puesto de relieve doctrinalmente que «hacia la mitad de los años de la década de 1960, la demografía de la población de las Facultades de Derecho empezó a cambiar drásticamente», y que «el creciente número de mujeres estudiantes de Derecho fue la fuente primaria que produjo mujeres profesoras de Derecho», de manera que —si bien «el número total de mujeres catedráticas de Derecho ... entre 1900 ... y 1959 ... fue sólo catorce»— «durante el período entre 1960 y 1969, el número ... se disparó dos veces y media, de catorce a treinta y seis»¹³. Superando las desigualdades salariales que tuvo que padecer, precisamente por ser mujer¹⁴, la profesora GINSBURG se

¹⁰ Véase Herma H. KAY, *Paving the way. The first American women law professors*, University of California Press (Oakland-California, 2021), pág. 230.

¹¹ Todas estas afirmaciones, en Ruth Bader GINSBURG, «In celebration of Eva Hanks», *Cardozo Law Review*, núm. 36 (2014), pág. 407.

¹² Véase Philippa STRUM, *On account of sex. Ruth Bader Ginsburg and the making of gender equality*, University Press of Kansas (Lawrence-Kansas, 2022), pág. 407.

¹³ Todas estas afirmaciones, en Herma H. KAY, *Paving the way. The first American women law professors*, cit., págs. 228-229.

¹⁴ Véase Philippa STRUM, *On account of sex. Ruth Bader Ginsburg and the making of gender equality*, cit., pág. 408, relatando la siguiente anécdota: «tras unos meses en Rutgers, Ginsburg descubrió que ... la Facultad de Derecho le pagaba menos que a un

convirtió en *full professor*, alcanzando el tan codiciado *tenure* (con el que los profesores disfrutaban de condición vitalicia, «esto es, nunca se jubilan ... o mejor dicho, nunca se jubilan forzosamente por edad»)¹⁵ y, consecuentemente, la cátedra, en 1969. En la consolidación de su carrera como profesora universitaria, con seguridad, desempeñó un papel decisivo un libro pionero, publicado en 1965, con el significativo título *Civil procedure in Sweden*, escrito en coautoría con el profesor sueco Anders BRUZELIUS¹⁶. Pues bien, este libro pionero (también, en el ámbito del Derecho comparado) fue jaleado en su propio tiempo por la doctrina académica norteamericana, afirmando el eminente catedrático Stefan RIESENFELD, de la Facultad de Derecho de la Universidad de California-Berkeley, que se trata de un libro que pertenece a ese tipo de trabajos «muy bien hechos, completos y realistas»¹⁷, así como que resultan «muy valiosos tanto para el comparatista como para el profesional que busque información o guía sobre algún detalle concreto»¹⁸.

4. El pionerismo de la profesora GINSBURG se acentúa en la Facultad de Derecho de la Universidad neoyorquina de Columbia, por causa de convertirse en esta Facultad de Derecho de élite, cuando fue contratada como catedrática en el año 1972 —trece años después de haber completado como estudiante allí su Grado en Derecho, y en la que permaneció hasta 1980—, en la primera mujer docente de Derecho con el codiciado *tenure*¹⁹, en un contexto evolutivo general en que «la década de 1970 marcó el comienzo de un drástico incremento en el número de mujeres catedráticas

colega varón. Cuando se quejó al Decano, su explicación fue, “tú sabes, Ruth, que él tiene esposa y dos hijos que mantener, y tu marido tiene un trabajo bien pagado en New York”».

¹⁵ Véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *La enseñanza del Derecho en las Facultades de Derecho de los Estados Unidos. A propósito de la enseñanza en ellas del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social*, cit., pág. 99.

¹⁶ Su cita completa es Ruth B. GINSBURG y Anders BRUZELIUS, *Civil procedure in Sweden*, Martinus Nijhoff (La Haya, 1965), 491 págs.

¹⁷ Véase Stefan A. RIESENFELD, «Recensión» de «Civil procedure in Sweden. By Ruth Bader Ginsburg and Anders Bruzelius. The Hague: Martinus Nijhoff, 1965. Pp. xxxiv, 491. f. 63» y de «Civil procedure in Italy. By Mauro Cappelletti and Joseph M. Perillo. The Hague: Martinus Nijhoff, 1965. Pp. xxxiii, 451. f. 54», *Columbia Law Review*, núm. 67 (1967), pág. 1178.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Véase Ruth Bader GINSBURG, Mary HARTNETT y Wendy W. WILLIAMS, *My own words*, Simon & Schuster (New York, 2016), pág. 27.

de Derecho»²⁰, empujado por el hecho de que «la A[sociación] A[mericana de] F[acultades de] D[erecho] ... se convirtió en una de las primeras organizaciones académicas a nivel nacional en prohibir la discriminación por razón de sexo en ... el empleo»²¹. En su libro cuasi-autobiográfico se recuerda que, aunque en la Facultad de Derecho de Columbia «enseñó asignaturas ordinarias de Derecho como el procedimiento civil ..., al igual que había hecho en Rutgers, también importó el modelo de seminario que había iniciado en Rutgers, enseñando a los estudiantes de Derecho de Columbia acerca del género y el Derecho»²², habiendo culminado esta ansia suya de ir docentemente a más como catedrática, con la publicación de su primer manual universitario docente, precisamente sobre asuntos de género, lo que pasaba a convertirla en una catedrática *top* (evidentemente, no es lo mismo ser catedrático universitario con manual que catedrático universitario sin tenerlo). Al igual que sucede en Europa, el manual de Derecho universitario se formaliza en un género peculiar, que no es en los Estados Unidos el del típico *Manuel* francés (o español, portugués o italiano), ni tampoco el del típico *Kommentar* de leyes alemán, sino el del típico *cases and materials* anglosajón (eso sí, ajustado al método docente langdelliano, tan típicamente norteamericano). Esta publicación pionera suya fue su *Text, cases, and materials on constitutional aspects of sex-based discrimination*²³, absolutamente pionero (fue el primer manual docente universitario sobre Derecho antidiscriminatorio por razón de sexo), que evolucionó (el propio año 1974) asociando a otros dos catedráticos de Derecho (la profesora Herma HILL KAY, de la Facultad de Derecho de Berkeley de la Universidad de California, que había sido la decimoquinta mujer contratada para profesar en una Facultad de Derecho norteamericana, así como el profesor Kenneth DAVIDSON, que era catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado de New York en Buffalo)²⁴, mediante la publicación en coautoría de un «casos y materiales» titulado *Sex-based*

²⁰ Véase Herma H. KAY, *Paving the way. The first American women law professors*, cit., pág. 229.

²¹ *Ibidem*.

²² Véase Ruth Bader GINSBURG, Mary HARTNETT y Wendy W. WILLIAMS, *My own words*, cit., pág. 115.

²³ Su cita completa es Ruth Bader GINSBURG, *Text, cases, and materials on constitutional aspects of sex-based discrimination*, West Publishing Co. (St. Paul-Minnesota, 1974), 1293 págs. Acerca de él, véase Alberto ARUFE VARELA y Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, cit., pág. 181.

²⁴ Véase Ruth Bader GINSBURG, Mary HARTNETT y Wendy W. WILLIAMS, *My own words*, cit., pág. 115.

*discrimination: text, cases and materials*²⁵. Según la propia catedrática GINSBURG, este manual en coautoría se convirtió en «un importante recurso para estudiantes y profesores en las asignaturas sobre mujeres-y-Derecho, que rápidamente proliferaron en las Facultades de Derecho a lo largo de toda la Nación»²⁶, teniendo en cuenta que «Ginsburg contribuyó con tres capítulos [esto es, el primero, el cuarto y el sexto]»²⁷ (el último de los cuales con marcado acento comparatista, al estudiarse en él el modelo sueco de lucha contra la desigualdad de la mujer), habiendo merecido en su día la opinión publicada relativa a que «el texto contiene una exposición insuperable del hecho de que nuestro sistema jurídico sencillamente no ha mostrado una equidad básica hacia los hombres o las mujeres *qua* personas y, de hecho, que ha habido y sigue habiendo un sistema jurídico dividido por sexos en muchos frentes»²⁸. De algún modo, las razones de este pionerismo publicista suyo habían quedado expresadas en un artículo doctrinal de la propia profesora GINSBURG, de título inequívoco al respecto («El trato de las mujeres por el Derecho. Despertar la conciencia en las Facultades de Derecho») ²⁹, firmado inmediatamente antes de su regreso a la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia, concluyendo en él que «las Facultades de Derecho pueden contribuir significativamente al proceso de concienciación esencial para acortar la distancia entre las mujeres y la igualdad de oportunidades»³⁰, a cuyo efecto defendía (en 1971, cuando nadie hablaba del asunto en Europa, tampoco en las Universidades) la «inclusión en los planes de estudio ordinarios de asignaturas sobre discriminación por razón de sexo»³¹. Ni hace falta decir que todas estas obras suyas fueron pioneras —con palabras del maestro ALONSO OLEA, reflexionando sobre la originalidad de los trabajos académicos— porque tapaban huecos y abrían brechas, aunque no se quedaban en el plano o en el

²⁵ Su cita completa es Kenneth M. DAVIDSON, Ruth Bader GINSBURG y Herma H. KAY, *Sex-based discrimination: text, cases & materials*, West Publishing Co. (St. Paul-Minnesota, 1974), 1081 págs.

²⁶ Véase Ruth Bader GINSBURG, Mary HARTNETT y Wendy W. WILLIAMS, *My own words*, cit., pág. 115.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Véase Mary Cynthia DUNLAP, «Recensión» de «Sex-based discrimination: text, cases & materials. By Kenneth M. Davidson, Ruth Bader Ginsburg & Herma Hill Kay. St. Paul, Minn: West Publishing Co. 1974. Pp. XXXV, 1081. \$15.50. (hardbound)», *Journal of Legal Education*, núm. 27 (1975), pág. 124.

²⁹ Su cita completa es Ruth Bader GINSBURG, «Treatment of women by the law: awakening consciousness in the law schools», *Valparaiso University Law Review*, núm. 5 (1971), págs. 480 y ss.

³⁰ *Ibidem*, pág. 487.

³¹ *Ibidem*, pág. 481.

reino de lo meramente teórico o académico, pues sus enseñanzas acabaron proyectándose en los propios años setenta del siglo pasado en su trabajo práctico como profesional ejerciente de la abogacía (y de una abogacía, además, sumamente peculiar y pionera), de lo cual paso a tratar inmediatamente a continuación.

III. EL PIONERISMO DE LA ABOGADA GINSBURG

5. Su trabajo como abogada lo desarrolló fundamentalmente en el seno de la Unión Americana de Libertades Civiles (esto es, la *American Civil Liberties Union* o ACLU, por su acrónimo en inglés), que había sido «creada en 1920 como un metafórico “ejército jurídico” actuante *pro bono*, al servicio de causas judiciales sobre derechos civiles»³², y más en concreto, en el del pionero Proyecto de Derechos de las Mujeres (*Women’s Rights Project*), en cuanto que sección especializada de la anterior, cuya creación impulsó la propia abogada GINSBURG en 1971. Su actividad *pro bono* se centró en la llevanza de «los pleitos sobre discriminación por razón de sexo, practicando una abogacía de éxito (incluso ..., en la defensa de dicho tipo de pleitos ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, escribiendo escritos de recurso, actuando en vistas orales y, por supuesto, en la posición procesal de *amicus curiae*), que ha sido luego calificada como “abogacía de estrategia”, pues lo que perseguía era caminar paso a paso, edificando cada uno de estos pasos sobre sus éxitos forenses previos antidiscriminatorios por razón de sexo, para ir logrando así avances sólidos y jurídicamente indiscutibles en materia de feminismo»³³. En este sentido —mostrando la inexorable conexión existente entre la discriminación por razón de raza, como precedente, y la discriminación por razón de sexo, como subsecuente—, «su modelo fue Thurgood Marshall, el abogado pionero que defendió exitosamente *Brown v. Board of Education*, el caso de 1954 de la Corte Suprema que tumbó la segregación [racial] en las escuelas»³⁴, en el marco de la estrategia gradual (de ir avanzando dando pequeños pasos) diseñada por la Asociación Nacional para el Progreso de las Personas de

³² Véase Alberto ARUFE VARELA y Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, cit., pág. 141.

³³ *Ibidem*, pág. 180.

³⁴ Véase Jeffrey ROSEN, *Conversations with RBG. Ruth Bader Ginsburg on life, love, liberty, and law*, Henry Holt and Company (New York, 2019), pág. 19.

Color (esto es, la *National Association for the Advancement of Colored People* o NAACP, por su acrónimo en inglés)³⁵, de manera que «Ginsburg, inspirada por el ejemplo de Marshall, también decidió actuar de manera gradual»³⁶. Echando la vista atrás, la propia Ruth Bader GINSBURG definía la misión de esta estrategia gradual como «fácil»³⁷, pues «los objetivos estaban bien definidos»³⁸ (en sus propias palabras, a través de los pleitos, utilizados como puntos de apoyo para la transformación social, «nuestra misión era educar, junto con el público, a los responsables de la toma de decisiones en los legislativos y las cortes de la Nación», «intentamos transmitirles que algo estaba equivocado en su percepción del mundo», «intentamos provocar que jueces y legisladores comprendieran que sus propias hijas y nietas podían verse perjudicadas por el modo en que estaban las cosas»)³⁹, llegándose a concretar dicha estrategia gradual en que, «entre 1971 y 1979, Ginsburg redactó escritos procesales en nombre de las partes en un total de nueve casos [ante la Corte Suprema de los Estados Unidos], argumentando en vistas orales [en presencia de los nueve Jueces de dicha Corte] seis»⁴⁰, teniendo en cuenta que, «además de su representación de las partes, ... presentó escritos como *amicus [curiae]* en otros quince casos [ante la propia Corte Suprema], planteando cuestiones de discriminación por razón de sexo ante la Corte»⁴¹. De este conjunto de casos, el pionerismo de la abogada GINSBURG sobresale especialmente en dos.

6. Ante todo, en el caso *Reed v. Reed* (1971)⁴², decidido por unanimidad (con opinión redactada por el Juez-Presidente conservador

³⁵ Al respecto, véase Mark TUSHNET, *Making civil rights law. Thurgood Marshall and the Supreme Court, 1936-1961*, Oxford University Press (New York, 1994), págs. 81 y ss. especialmente, indicando que la estrategia jurídica de la «NAACP durante la década de 1940 se centró en la reinterpretación del Derecho, de manera que las cortes pudiesen apoyarse en las consecuencias sociales y económicas de la discriminación, como base para invalidar leyes de los Estados [federados]» (pág. 81).

³⁶ Véase Jeffrey ROSEN, *Conversations with RBG. Ruth Bader Ginsburg on life, love, liberty, and law*, cit., pág. 20.

³⁷ Véase Ruth Bader GINSBURG, «Foreword», *Yale Journal of Law and Feminism*, núm. 14 (2002), pág. 214.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ Todas estas afirmaciones, *ibidem*, pág. 215.

⁴⁰ Véase Mary L. CLARK, «Women as Supreme Court advocates, 1879-1979», *Journal of Supreme Court History*, núm. 30 (2005), pág. 57, referenciando los casos en cuestión en pág. 65 y notas 95 y 96.

⁴¹ *Ibidem*, referenciando los casos en cuestión en pág. 65 y nota 98.

⁴² Referencia oficial 404 U.S. 71.

Warren BURGER) de la Corte Suprema de los Estados, en la que la abogada GINSBURG se alineó con la parte recurrente, la Sra. Sally REED, que acabó ganando a su antiguo esposo el pleito, en el que se discutía si ella, en cuanto que mujer, también podía aspirar a administrar el patrimonio de un hijo (que había fallecido), no resignándose a quedarse postergada, como imponía la legislación del Estado federado de Idaho (que prefería sin más al hombre en estos supuestos). Pionero, de un lado, por tratarse del primer caso del conjunto que llegó a integrar la estrategia gradual concebida en el seno del Proyecto de Derechos de las Mujeres de la ACLU, persiguiendo la inconstitucionalidad de normas (ya federales, ya estatales) que venían colocando de manera automática a la mujer en posición desigual respecto del hombre, por el simple y mero hecho de ser mujer. Pionero, de otro lado, por tratarse del primer caso en que la Corte Suprema de los Estados Unidos decidió que una norma (en este supuesto, promulgada por un Estado federado) resultaba inconstitucional, precisamente por su carácter discriminatorio por razón de género, por causa de faltarle toda base racional, declarando que «otorgar una preferencia obligatoria a los miembros de uno u otro sexo sobre los miembros del otro ..., es hacer un tipo de elección legislativa arbitraria, prohibida por la Cláusula de Protección Igual de la Decimocuarta Enmienda»⁴³. Homenajeando a su antigua compañera en la Facultad de Derecho de la Universidad Rutgers de New Jersey, la citada profesora Eva HANKS, Ruth Bader GINSBURG recordaba con humildad —sobre la base de que «Eva obtuvo su primer Grado en Derecho en Alemania»⁴⁴, y de la importancia que Ruth Bader GINSBURG le había venido dando en su carrera al Derecho comparado— que «cuando estaba preparando el escrito procesal del caso que supuso el punto de inflexión sobre la discriminación por razón de género en la Corte Suprema de los E[stados] U[nidos], *Reed v. Reed* ... (1971), Eva me ayudó, en aquellos días pre-ordenador.p[ersonal], traduciendo dos decisiones pioneras del Tribunal Constitucional de la entonces Alemania Occidental»⁴⁵. Y haciendo retrospectiva sobre el contexto y los detalles de este emblemático caso judicial, la propia Ruth Bader GINSBURG recordaba que «había gente en todo el país, en el movimiento de los derechos civiles de los sesenta, y en el revivido movimiento feminista de los setenta, que confiaba en la capacidad

⁴³ Cfr. pág. 76. Textualmente, «*To give a mandatory preference to members of either sex over members of the other ..., is to make the very kind of arbitrary legislative choice forbidden by the Equal Protection Clause of the Fourteenth Amendment*».

⁴⁴ Véase Ruth Bader GINSBURG, «In celebration of Eva Hanks», cit., pág. 407.

⁴⁵ *Ibidem*.

de nuestro sistema para corregir una injusticia»⁴⁶, como la protagonista de esta lucha judicial (que «financió el caso con su propio dinero, en los tres niveles de las cortes [del Estado federado] de Idaho»⁴⁷, antes de llegar a la Corte Suprema de los Estados Unidos, donde la ACLU actuó *pro bono*), a la que se refería en los siguientes términos: «Sally Reed no era una mujer sofisticada. Se ganaba la vida cuidando ancianos, acogiéndolos en su casa. Probablemente no se consideraba feminista, pero tenía la fuerte sensación de que la ley de su Estado [federado de Idaho] era injusta. Y venció. La Corte Suprema declaró unánimemente que la ley de Idaho sobre la preferencia de los hombres era inconstitucional»⁴⁸.

7. Y dos años después, en el caso *Frontiero v. Richardson* (1973, hace ahora cincuenta años)⁴⁹, decidido por una Corte Suprema de los Estados Unidos fuertemente dividida, en el que la opinión plural —no se llegó a alcanzar una mayoría completa de cinco Jueces sobre todos los extremos del caso— fue redactada por el citado Juez liberal William BRENNAN, habiéndose alineado la abogada GINSBURG de nuevo con la parte recurrente, la Sra. Sharron FRONTIERO, Teniente de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos, que reclamaba para sí las mismas prestaciones sociales (en caso de asistencia a la dependencia) que el ejército disponía a favor de los militares hombres, consiguiendo vencer por fin en este escalón postrero de su lucha judicial. En el conjunto de casos antes referenciado, se trata de un caso pionero, de un lado, por tratarse de la primera ocasión en que la abogada GINSBURG —a pesar de la posición de la ACLU sólo como *amicus curiae*, no como representante procesal de la parte— intervino en la vista oral (esto es, el *oral argument*) del propio caso ante los nueve Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ofreciendo una intervención contundente de casi once minutos de duración, en los que logró no ser interrumpida ni una sola vez por ninguno de los Jueces (todos hombres) que la escuchaban, concluyendo con una potente afirmación «de la feminista protohistórica, Sra. Sarah GRIMKE (1837), relativa a que “no pido ningún favor para mi sexo ..., lo que pido a nuestros hermanos

⁴⁶ Véase Jeffrey ROSEN, *Conversations with RBG. Ruth Bader Ginsburg on life, love, liberty, and law*, cit., pág. 32.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Véase Ruth Bader GINSBURG, «Remarks for the celebration of 75 years of women's enrollment at Columbia Law School», *Columbia Law Review*, núm. 102 (2002), pág. 1444.

⁴⁹ Referencia oficial 411 U.S. 677.

[*brethren*, que es como se llaman usualmente entre ellos los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos] es que quiten sus pies de nuestros cuellos»⁵⁰. De otro lado, también es pionero porque, al declarar la inconstitucionalidad de la normativa federal impugnada, por causa de su naturaleza discriminatoria por razón de sexo, sentó definitivamente unas sólidas bases que permitieron a la propia Corte Suprema, sólo tres años después (en el caso *Craig v. Boren* [1976]⁵¹, que también forma parte del conjunto antes referenciado), «aplicar a partir de entonces en este tipo de supuestos [de control de constitucionalidad, en materia de discriminación por razón de sexo] un nuevo nivel de control, denominado control intermedio (*intermediate scrutiny*), por encima del nivel de control de la racionalidad, pero por debajo del nivel de control estricto»⁵². Doctrinalmente se resaltan algunos de los pasajes más impactantes de la opinión del Juez BRENNAN —estimulada por el extraordinario alegato de la abogada GINSBURG—, afirmándose que «con fuerte apoyo en el escrito procesal cargado de hechos presentado por la ACLU, Brennan repasó la “larga y desafortunada historia de discriminación por razón de sexo” del país —discriminación que fue “racionalizada por una actitud de ‘romántico paternalismo’, que, en la práctica, puso a las mujeres no en un pedestal, sino en una jaula”»⁵³. Rememorando su actividad pasada en la abogacía de estrategia *pro bono*, Ruth Bader GINSBURG se expresaba en los siguientes términos: «Cuando escribía escritos procesales para la ACLU, intentaba redactarlos de forma que un Juez que estuviera de acuerdo conmigo pudiera escribir su opinión a partir del escrito. Me concebía a mí misma en gran parte como profesora. No había un gran conocimiento de la discriminación de género. La gente sabía que la discriminación racial era algo odioso, pero había muchos que pensaban que todas las diferencias de género en la ley operaban benignamente a favor de las mujeres. Así pues, mi objetivo era lograr paso a paso que la Corte [Suprema] comprendiera, en palabras del

⁵⁰ Véase Alberto ARUFE VARELA y Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, cit., pág. 158. Sobre estos niveles de control de la constitucionalidad, *ibidem*, págs. 105, 151-152 y 182-183.

⁵¹ Referencia oficial 429 U.S. 190.

⁵² Véase Alberto ARUFE VARELA y Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, cit., págs. 110-111.

⁵³ Véase Natalie WEXLER, «Sex discrimination: the search for a standard», en Clare CUSHMAN (Editora), *Supreme Court decisions and women's rights. Milestones to equality*, 2ª ed., CQ Press (Washington, D.C., 2008), pág. 48.

Juez Brennan, que el pedestal en el que algunos pensaban que estaban las mujeres resultaba ser con demasiada frecuencia una jaula»⁵⁴.

IV. EL PIONERISMO DE LA JUEZ GINSBURG

8. Todo este soberbio desempeño profesional de Ruth Bader GINSBURG, como docente universitaria en los años sesenta y setenta del siglo pasado, y como abogada también en esa última década, quedó certificado con su nombramiento como Juez federal por el Presidente demócrata Jimmy CARTER (1977-1981), para servir en la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia (esto es, una de las trece Cortes de Apelaciones en el nivel federal, y una de las más importantes, por afectar al territorio del Distrito Federal capitalino, en el que se concentra el grueso de la Administración federal), lo que se produjo en el año 1980, en el marco de la política demócrata de incrementar el número de mujeres en las cortes federales, tal como se concretó en una Ley federal de 1978 (creando más de ciento cincuenta puestos judiciales nuevos, entre las cortes de distrito y las cortes de apelación, justo por debajo de la Corte Suprema)⁵⁵. Con su familia instalada en Washington D.C. (su marido la siguió, pasando a integrar la plantilla docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Georgetown), el Presidente demócrata Bill CLINTON (1991-1999) propició el nombramiento de la Juez federal GINSBURG —trece años después, en 1993 (hace ahora treinta años)— como Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, aludiendo precisamente a su pionerismo como una de las tres principales razones para su elección (literalmente, «a lo largo de toda su

⁵⁴ Véase Jeffrey ROSEN, *Conversations with RBG. Ruth Bader Ginsburg on life, love, liberty, and law*, cit., pág. 24.

⁵⁵ Se trata de la Ley para Disponer el nombramiento de Jueces de Distrito y de Circuito adicionales, y para otros propósitos (*Act to provide the appointment of additional district and circuit judges, and for other purposes*), de 20 octubre 1978 (referencia oficial Public Law 95-486, 92 STAT. 1629), en la que podía leerse que «el Congreso ... toma nota del hecho de que sólo el 1 por ciento de los Jueces federales son mujeres y sólo el 4 por ciento son negros [*The Congress ... takes notice of the fact that only 1 percent of Federal judges are women and only 4 percent are blacks*]» [cfr. sección 8(1)], por lo que «sugiere que el Presidente, al seleccionar personas para su nominación a los puestos de Jueces federales creados por esta Ley, otorgue debida consideración a las personas cualificadas, independientemente de su raza, color, sexo, religión u origen nacional [*suggests that the President, in selecting individuals for nomination to the Federal judgeships created by this Act, give due consideration to qualified individuals regardless of race, color, sex, religion, or national origin*]» [cfr. sección 8(2)].

vida, en su labor *pionera* en representación de las mujeres de este país, ha reunido un historial verdaderamente histórico de logros en las mejores tradiciones del Derecho y la ciudadanía estadounidenses»⁵⁶. Se convirtió así en la segunda mujer en servir en la Corte Suprema de los Estados Unidos (tras la Juez Sandra D. O'CONNOR, nombrada en 1981 por el Presidente republicano Ronald REAGAN [1981-1989], y con la que compartió función más de una década)⁵⁷, compartiendo funciones igualmente con otros seis Jueces *simpliciter*⁵⁸, más el Juez Presidente William H. REHNQUIST (1986-2005), nombrados todos por Presidentes republicanos, lo que no sólo dotaba a esta Corte Suprema de un marcado carácter conservador (habría que remontarse al mandato del Presidente Lyndon B. JOHNSON [1963-1969], a finales de los años sesenta del siglo pasado, para encontrar el anterior nombramiento de un Juez de la Corte Suprema efectuado por un Presidente demócrata), sino que además colocaba a la Juez GINSBURG en la posición de insignia judicial liberal (en la última década del siglo XX y las dos primeras décadas de este siglo XXI), como en su día lo habían sido el citado Juez HOLMES (en las tres primeras décadas del siglo pasado), el citado Juez BRANDEIS (en la cuarta década del siglo pasado) o el citado Juez BRENNAN (en las décadas sexta a novena del siglo pasado). En su actividad jurisdiccional —que se prolongó hasta su fallecimiento en 2020—, podrían fácilmente reseñarse decisiones merecedoras de ser consideradas como pioneras, tanto en el lado de la mayoría liderada por ella (por ejemplo, en el caso *United States v. Virginia* [1996]⁵⁹, sobre discriminación por razón de sexo en el acceso a las academias de formación militar) como en el lado

⁵⁶ Textualmente, «*over the course of a lifetime, in her pioneering work in behalf of the women of this country, she has compiled a truly historic record of achievement in the finest traditions of American law and citizenship*». Véanse todas las razones, en <https://www.presidency.ucsb.edu/documents/remarks-announcing-the-nomination-ruth-bader-ginsburg-be-supreme-court-associate-justice>.

⁵⁷ Sobre su relación mutua, véase Linda HIRSHMAN, *Sisters in law. How Sandra Day O'Connor and Ruth Bader Ginsburg went to the Supreme Court and changed the world*, HarperCollins (New York, 2015), págs. 199 y ss.

⁵⁸ Más en concreto, se trataba del Juez Harry BLACKMUN, nombrado por el Presidente republicano Richard NIXON (1969-1974); del Juez John Paul STEVENS, nombrado por el Presidente republicano Gerald FORD (1974-1977); de los Jueces Antonin SCALIA y Anthony KENNEDY, nombrados por el Presidente republicano RONALD REAGAN (1981-1989); y de los Jueces David H. SOUTER y Clarence THOMAS, nombrados por el Presidente republicano George BUSH, padre (1989-1993).

⁵⁹ Referencia oficial 518 U.S. 515. Sobre él, véase Alberto ARUFE VARELA y Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, cit., págs. 182-183.

de su disidencia profética (por ejemplo, en el caso *Ledbetter v. Goodyear Tire & Rubber Co.* [2007]⁶⁰, sobre discriminación por razón de sexo en materia salarial, o en el caso *Epic Systems Corp. v. Lewis* [2018]⁶¹, sobre arbitraje laboral individualizado). Sin embargo, paso a reseñar a continuación otros dos aspectos reveladores asimismo del pionerismo de la Juez GINSBURG, aunque al margen de su actividad estrictamente jurisdiccional.

9. El primer aspecto revelador de este pionerismo tiene que ver con el proceso de nombramiento de la Juez federal GINSBURG como Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, para cubrir la vacante dejada por el retiro del Juez Byron WHITE, en 1993. Sobre la base constitucional de que el nombramiento de los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos corresponde efectuarlo al Presidente de turno de los Estados Unidos, con el consejo y consentimiento del Senado (literalmente, «con el consejo y consentimiento del Senado, [el Presidente] nombrará ... los Jueces de la Corte Suprema»)⁶², no sería apropiado decir que la intervención del Senado queda reconducida a un mero trámite —de algún modo equivalente a un paseo militar, o a un partido que se gana sin bajar del autobús—, como pueden atestiguar las dificultades que hacía muy poco tiempo había padecido el Presidente republicano Ronald REAGAN (1981-1989) para cubrir cierta vacante producida durante su mandato en la Corte Suprema, lo que sólo logró a la tercera, «tras haber rechazado el Senado dos nombramientos ... (uno, por causa de su implicación política en el asunto Watergate; y el otro, tras haberse visto obligado a confirmar ante el Senado que había fumado marihuana), con toda la frustración que dichos rechazos

⁶⁰ Referencia oficial 550 U.S. 618. Sobre él, véase Estefanía GARCÍA BEIRO, «La primera ley laboral del Presidente Barack H. Obama, Estudio contextualizador y comparado con el Derecho español de Lilly Ledbetter Fair Pay Act de 2009, y traducción castellana», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. IV (2012), págs. 83 y ss.

⁶¹ Referencia oficial 584 U.S. ___. Sobre él, véase Alberto ARUFE VARELA y Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «El arbitraje laboral individualizado como nueva forma de pacto duro de seguridad social. Su controvertido enjuiciamiento por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Epic Systems Corp. v. Lewis* (2018)», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 7 (2023), págs. 177 y ss.

⁶² Cfr. artículo II, sección 2, párrafo segundo, de la Constitución de 1787. Textualmente, «*by and with the Advice and Consent of the Senate, shall appoint ... Judges of the supreme Court*».

generaban»⁶³. A la vista de la votación en el Senado —que se saldó con el resultado de 96 votos a favor y de 3 votos en contra del nombramiento—, podría alcanzarse la simple conclusión de que la exigencia constitucional de intervención del Senado sí se convirtió en un paseo militar para la candidata propuesta por el Presidente CLINTON⁶⁴. Sin embargo, a la Juez federal GINSBURG no le quedó más remedio que bajarse del autobús, para poder vencer las resistencias de casi todos los Senadores republicanos, tal como se pusieron de relieve en el marco de las audiencias de confirmación ante el Comité Judicial del Senado de los Estados Unidos, celebradas los días 20 a 23 julio 1993⁶⁵ (en las que, por cierto, desempeñó un papel destacado el Presidente de dicho Comité, Senador demócrata por el Estado de Delaware, Sr. Joe BIDEN), «probándolo contundentemente el hecho de que durante su examen por el Senado se negase a contestar preguntas superficiales sobre temas populistas que le planteaban algunos senadores»⁶⁶. Se trata de lo que se conoce como «regla Ginsburg» o «precedente Ginsburg», que se construye a partir de ciertas afirmaciones preambulares suyas en las audiencias de confirmación ante el Comité Judicial del Senado, amparadas en la indiscutible *auctoritas* del citado Juez HOLMES (literalmente, «dado que están considerando mi capacidad para juzgar con independencia, mis opiniones personales sobre cómo votaría en una cuestión debatida públicamente, como si estuviera en sus zapatos —si fuera legislador— no son lo que examinarán detenidamente», pues «como aconsejó el Juez Oliver Wendell Holmes, “[U]no de los deberes más sagrados de una Juez es no leer

⁶³ Véase Alberto ARUFE VARELA y Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, cit., pág. 174.

⁶⁴ Véase el documento preparado por el Servicio de Investigación del Congreso, CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, «Supreme Court Nominations, 1789 to 2020: Actions by the Senate, the Judiciary Committee, and the President. Updated March 8, 2022», pág. 43, localizable en el sitio oficial en Internet del Congreso de los Estados Unidos, ubicado en <https://www.congress.gov> (con acceso directo en <https://crsreports.congress.gov/product/pdf/RL/RL33225>).

⁶⁵ Dichas audiencias aparecen plasmadas en un documento de casi setecientas páginas, con el rótulo «Hearings before the Committee on the Judiciary United States Senate. One hundred third Congress. First session on the nomination of Ruth Bader Ginsburg, to be Associate Justice of the Supreme Court of the United States», localizable en el sitio oficial en Internet del Gobierno federal, ubicado en <https://www.govinfo.gov> (con acceso directo en <https://www.govinfo.gov/content/pkg/GPO-CHRG-GINSBURG/pdf/GPO-CHRG-GINSBURG.pdf>).

⁶⁶ Véase Alberto ARUFE VARELA y Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, cit., pág. 181.

[sus] convicciones en [la Constitución]”», por lo que «he intentado y seguiré intentando seguir el modelo que el Juez Holmes estableció al considerar sagrado ese deber»⁶⁷; un «precedente» al que se aferraron otros candidatos a Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos examinados por el Senado con posterioridad, como en el caso del Juez Neil GORSUCH —elegido por el Presidente republicano Donald TRUMP (2017-2021) en 2017—, quien «repetidamente invocó [ante el Comité Judicial] lo que él llamaba “regla Ginsburg”»⁶⁸, siguiendo la senda desbrozada por la pionera («de hecho, el designado [GORSUCH] sólo estaba siguiendo el ejemplo establecido en 1993 por la heroína liberal Ruth Bader Ginsburg») ⁶⁹.

10. El segundo aspecto revelador de este pionerismo tiene que ver con la posición de ayudante jurídico de los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de la que Ruth Bader GINSBURG —recuérdese— no pudo disfrutar a comienzos de los años sesenta del siglo pasado, a pesar de todas sus cualificaciones, al ser rechazada precisamente por ser «mujer» y por ser «madre», lo que parecía un obstáculo insalvable para cumplir la exigencia de «trabajar muy muy duro»⁷⁰, resultando que hasta entonces —esto es, comienzos de los años sesenta del siglo pasado— sólo una mujer había llegado a ser contratada como ayudante jurídico por un Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en la época de la Segunda Guerra

⁶⁷ Véase el citado documento «Hearings before the Committee on the Judiciary United States Senate. One hundred third Congress. First session on the nomination of Ruth Bader Ginsburg, to be Associate Justice of the Supreme Court of the United States», pág. 52. Textualmente, «because you are considering my capacity for independent judging, my personal views on how I would vote on a publicly debated issue were I in your shoes — were I a legislator— are not what you will be closely examining»; «As Justice Oliver Wendell Holmes counseled, “[O]ne of the most sacred duties of a judge is not to read [her] convictions into [the Constitution]”»; «I have tried and I will continue to try to follow the model Justice Holmes set in holding that duty sacred». La propia Juez GINSBURG, refiriéndose a la «famosa regla Ginsburg», la definiría con las siguientes palabras: «“Por favor no me pregunten sobre un caso que se encuentra ante la Corte o sobre un asunto que puede llegar ante la Corte”» (véase Gillian METZGER, Abbe GLUCK y Ruth Bader GINSBURG, «A conversation with Justice Ruth Bader Ginsburg», *Columbia Journal of Gender and Law*, núm. 25 [2013], pág. 22).

⁶⁸ Véase Lori A. RINGHAND y Paul M. COLLINS, Jr., «Neil Gorsuch and the Ginsburg rules», *Chicago-Kent Law Review*, núm. 93 (2018), págs. 476.

⁶⁹ Véase John GREENYA, *Gorsuch. The judge who speaks for himself*, Threshold editions (New York, 2015), pág. 182.

⁷⁰ Acerca de estas expresiones, véase Katie L. GIBSON, *Ruth Bader Ginsburg’s legacy of dissent. Feminist rhetoric and the law*, The University of Alabama Press (Tuscaloosa-Alabama, 2018), pág. 30.

Mundial⁷¹. La propia Juez GINSBURG se animó a escribir sobre la lenta evolución padecida por la contratación de mujeres en la posición, de tan importante impacto profesional y curricular, de ayudante jurídico de los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos, recordando los nombres de las tres mujeres que siguieron a la primera, entre 1966 y 1971, así como sobre la evolución —asimismo lenta— en las décadas que se sucedieron, afirmando que «desde 1973 a 1980 los Jueces contrataron 34 mujeres y 225 hombres como ayudantes jurídicos [esto es, un 13 por ciento de mujeres]»⁷², que «desde 1981, el primer año de la Juez Sandra Day O'Connor en la Corte [Suprema], hasta 1997, se contrataron 162 mujeres y 446 hombres [esto es, un 26 por ciento de mujeres]»⁷³, y que «en el año judicial 2008-2009, el contingente de ayudantes jurídicos para los Jueces en activo incluía 13 mujeres y 23 hombres [esto es, un 36 por ciento de mujeres]»⁷⁴. Asimismo en este contexto cabe considerar a la Juez GINSBURG como una pionera, impulsando la contratación de mujeres para prestarle sus servicios como ayudantes jurídicos, pudiendo acreditarse —sólo a título de ejemplo, tratando de abarcar su largo período de permanencia en la Corte Suprema, hasta su fallecimiento en septiembre de 2020— que este impulso ya lo dio en el año judicial de su incorporación a la propia Corte (esto es, 1993-1994, en el que consta la contratación paritaria por su parte, de dos hombres y dos mujeres), igualmente en el citado año judicial 2008-2009 (en el que consta el mismo tipo de contratación paritaria), y también en el último año judicial completo suyo en la Corte Suprema (esto es, 2019-2020, cuando idéntica proporción paritaria se mantuvo), lo que le sitúa sensiblemente por encima de la media⁷⁵. Considerándose doctrinalmente a la Juez GINSBURG como «un ejemplo representativo del “moderno” sistema de ayudantía jurídica en

⁷¹ Respecto de esta otra mujer pionera, véase Jennie Berry CHANDRA, «Lucile Lomen: The First Female United States Supreme Court Law Clerk», en Todd C. PEPPERS y Artemus WARD (Editores), *In chambers. Stories of Supreme Court law clerks and their justices*, University of Virginia Press (Charlottesville-Virginia, 2012), págs. 198 y ss.

⁷² Véase Ruth Bader GINSBURG, «The first female law clerks», en Clare CUSHMAN (Editora), *Supreme Court decisions and women's rights. Milestones to equality*, 2ª ed., cit., pág. 243.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ En relación con la media en cuestión, se ha dejado constancia de que «la promoción de 2019, de 39 ayudantes, tiene 16 mujeres y 23 hombres, lo que hace un 41 por ciento femenino ..., por encima del porcentaje histórico desde 2005, que ronda aproximadamente un tercio» (véase David LAT, «Supreme Court clerk hiring watch: the complete Clerk roster for October term 2019», disponible en <https://abovethelaw.com/2020/01/supreme-court-clerk-hiring-watch-the-complete-clerk-roster-for-october-term-2019/>).

la Corte Suprema»⁷⁶, un resultado natural de este impulso pionero suyo — en un plano más individual— es la propulsión de las carreras profesionales de la mujeres que contrata (supuesto que la ayudantía jurídica de un Juez de la Corte Suprema supone un «“billete dorado” que garantiza un puesto en un bufete de abogados *top*, en el profesorado de una Facultad de Derecho de élite, o en los niveles más altos del Gobierno federal») ⁷⁷, como en el caso reciente de la Sra. Elizabeth PRELOGAR, ayudante jurídico de la Juez GINSBURG en el año judicial 2009-2010, y segunda mujer en llegar a la posición de *Solicitor General* (o Abogado General del Estado, con terminología aproximativa española) de los Estados Unidos, nombrada para este preeminente cargo por el Presidente demócrata Joe BIDEN en 2021, cabiendo calificar el hecho como fruto natural de su impulso pionero y respuesta contundente a la pregunta que muchas veces se formuló (esto es, «¿Qué aporta la participación numérica de las mujeres ... a nuestro sistema de justicia?»)⁷⁸, siendo la respuesta suya la de tener un «sistema de justicia ... más rico por la diversidad»⁷⁹, pues resultaba «más pobre cuando casi todos sus participantes estaban cortados por el mismo patrón»⁸⁰. Por lo demás, en esta fase de culminación de su larguísima trayectoria profesional, continuó haciéndose patente su carga genética universitaria incuestionable, pero ahora como maestra formadora de discípulos. En efecto, varias de sus antiguas ayudantes jurídicas acabaron accediendo luego, como ella misma en su día, a la más alta docencia universitaria. Impresiona leer, por ejemplo, el *In memoriam* que le dedicó la catedrática Margo J. SCHLANGER (ayudante jurídica suya durante los años judiciales 1993-1994 y 1994-1995), muy poco después de fallecer a los 87 años de edad (y en pleno servicio activo como Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos), recordando que le debía no sólo el aprendizaje de cómo redactar con brevedad y precisión escritos jurídicos (por cierto, este postrer homenaje suyo a su maestra es breve y es preciso)⁸¹, sino también su especialización en la

⁷⁶ Véase Todd C. PEPPERS, «The modern clerkship. Justice Ruth Bader Ginsburg and her law clerks», en Todd C. PEPPERS y Artemus WARD (Editores), *In chambers. Stories of Supreme Court law clerks and their justices*, cit., pág. 391.

⁷⁷ Véase Todd C. PEPPERS y Artemus WARD (Editores), *In chambers. Stories of Supreme Court law clerks and their justices*, cit., pág. 13.

⁷⁸ Véase Ruth Bader GINSBURG, Mary HARTNETT y Wendy W. WILLIAMS, *My own words*, cit., pág. 77.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ *Ibidem*.

⁸¹ Véase Margo J. SCHLANGER, «Memoriam: Justice Ruth Bader Ginsburg», *Harvard Law Review*, vol. 134 (2021), págs. 894-896.

concreta cátedra universitaria que actualmente profesa (en la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan, desde 2009).

V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

— Alberto ARUFE VARELA, «El voto particular del Juez Oliver Wendell Holmes, Jr., en el caso *Coppage v. Kansas* (1915). Un texto jurídico norteamericano clásico contra el despido libre», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. I (2009).

— Alberto ARUFE VARELA y Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, Atelier (Barcelona, 2023).

— Alberto ARUFE VARELA y Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «El arbitraje laboral individualizado como nueva forma de pacto duro de seguridad social. Su controvertido enjuiciamiento por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *Epic Systems Corp. v. Lewis* (2018)», *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 7 (2023).

— Jennie Berry CHANDRA, «Lucile Lomen: The First Female United States Supreme Court Law Clerk», en Todd C. PEPPERS y Artemus WARD (Editores), *In chambers. Stories of Supreme Court law clerks and their justices*, University of Virginia Press (Charlottesville-Virginia, 2012).

— Mary L. CLARK, «Women as Supreme Court advocates, 1879-1979», *Journal of Supreme Court History*, núm. 30 (2005).

— CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE, «Supreme Court Nominations, 1789 to 2020: Actions by the Senate, the Judiciary Committee, and the President. Updated March 8, 2022» (<https://crsreports.congress.gov/product/pdf/RL/RL33225>).

— Kenneth M. DAVIDSON, Ruth Bader GINSBURG y Herma H. KAY, *Sex-based discrimination: text, cases & materials*, West Publishing Co. (St. Paul-Minnesota, 1974).

— Mary Cynthia DUNLAP, «Recensión» de «Sex-based discrimination: text, cases & materials. By Kenneth M. Davidson, Ruth Bader Ginsburg & Herma Hill Kay. St. Paul, Minn: West Publishing Co. 1974. Pp. XXXV, 1081. \$15.50. (hardbound)», *Journal of Legal Education*, núm. 27 (1975).

— Estefanía GARCÍA BEIRO, «La primera ley laboral del Presidente Barack H. Obama, Estudio contextualizador y comparado con el Derecho español de *Lilly Ledbetter Fair Pay Act* de 2009, y traducción castellana», *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*, vol. IV (2012).

— Katie L. GIBSON, *Ruth Bader Ginsburg's legacy of dissent. Feminist rhetoric and the law*, The University of Alabama Press (Tuscaloosa-Alabama, 2018).

— Ruth Bader GINSBURG, «Treatment of women by the law: awakening consciousness in the law shools», *Valparaiso University Law Review*, núm. 5 (1971).

— Ruth Bader GINSBURG, *Text, cases, and materials on constitutional aspects of sex-based discrimination*, West Publishing Co. (St. Paul-Minnesota, 1974).

— Ruth Bader GINSBURG, «Remarks for the celebration of 75 years of women's enrollment at Columbia Law School», *Columbia Law Review*, núm. 102 (2002).

— Ruth Bader GINSBURG, «Foreword», *Yale Journal of Law and Feminism*, núm. 14 (2002).

— Ruth Bader GINSBURG, «The first female law clerks», en Clare CUSHMAN (Editora), *Supreme Court decisions and women's rights. Milestones to equality*, 2ª ed., CQ Press (Washington, D.C., 2008).

— Ruth Bader GINSBURG, «In celebration of Eva Hanks», *Cardozo Law Review*, núm. 36 (2014).

— Ruth B. GINSBURG y Anders BRUZELIUS, *Civil procedure in Sweden*, Martinus Nijhoff (La Haya, 1965).

— Ruth Bader GINSBURG, Mary HARTNETT y Wendy W. WILLIAMS, *My own words*, Simon & Schuster (New York, 2016).

— John GREENYA, *Gorsuch. The judge who speaks for himself*, Threshold editions (New York, 2015).

— Linda HIRSHMAN, *Sisters in law. How Sandra Day O'Connor and Ruth Bader Ginsburg went to the Supreme Court and changed the world*, HarperCollins (New York, 2015).

— Herma H. KAY, *Paving the way. The first American women law professors*, University of California Press (Oakland-California, 2021).

— David LAT, «Supreme Court clerk hiring watch: the complete Clerk roster for October term 2019», disponible en <https://abovethelaw.com/2020/01/supreme-court-clerk-hiring-watch-the-complete-clerk-roster-for-october-term-2019/>).

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *La enseñanza del Derecho en las Facultades de Derecho de los Estados Unidos. A propósito de la enseñanza en ellas del Derecho del Trabajo y del Derecho de la Seguridad Social*, Atelier (Barcelona, 2015).

— Gillian METZGER, Abbe GLUCK y Ruth Bader GINSBURG, «A conversation with Justice Ruth Bader Ginsburg», *Columbia Journal of Gender and Law*, núm. 25 (2013).

— Daniel P. O'GORMAN, «Oliver Wendell Holme's theory of contract law at the Massachussetts Supreme Judicial Court», *Northeastern University Law Review*, núm. 13 (2021).

— Todd C. PEPPERS, «The modern clerkship. Justice Ruth Bader Ginsburg and her law clerks», en Todd C. PEPPERS y Artemus WARD (Editores), *In chambers. Stories of Supreme Court law clerks and their justices*, University of Virginia Press (Charlottesville-Virginia, 2012).

— Todd C. PEPPERS y Artemus WARD (Editores), *In chambers. Stories of Supreme Court law clerks and their justices*, University of Virginia Press (Charlottesville-Virginia, 2012).

— Joseph POSTELL, «The Brennan lecture: rebuilding state legislatures as instruments of self-government», *Oklahoma City University Law Review*, núm. 47 (2023).

— Stefan A. RIESENFELD, «Recensión» de «Civil procedure in Sweden. By Ruth Bader Ginsburg and Anders Bruzelius. The Haghe: Martinus Nijhoff, 1965. Pp. xxxiv, 491. f. 63» y de «Civil procedure in Italy. By Mauro Cappelletti and Joseph M. Perillo. The Haghe: Martinus Nijhoff, 1965. Pp. xxxiii, 451. f. 54», *Columbia Law Review*, núm. 67 (1967).

— Lori A. RINGHAND y Paul M. COLLINS, Jr., «Neil Gorsuch and the Ginsburg rules», *Chicago-Kent Law Review*, núm. 93 (2018).

— Jeffrey ROSEN, *Conversations with RBG. Ruth Bader Ginsburg on life, love, liberty, and law*, Henry Holt and Company (New York, 2019).

— Margo J. SCHLANGER, «Memoriam: Justice Ruth Bader Ginsburg», *Harvard Law Review*, vol. 134 (2021).

— David SCHULTZ, «Justice Brandeis' dilemma revisited: the privileged position of corporate power in American democracy», *University of St. Thomas Law Journal*, núm. 19 (2023).

— Philippa STRUM, *On account of sex. Ruth Bader Ginsburg and the making of gender equality*, University Press of Kansas (Lawrence-Kansas, 2022).

— Mark TUSHNET, *Making civil rights law. Thurgood Marshall and the Supreme Court, 1936-1961*, Oxford University Press (New York, 1994).

— Amanda L. TYLER, «After Justice Ginsburg's first decade: some thoughts about her contributions in the fields of procedure and jurisdiction», *George Washington Law Review*, núm. 90 (2022).

— Natalie WEXLER, «Sex discrimination: the search for a standard», en Clare CUSHMAN (Editora), *Supreme Court decisions and women's rights. Milestones to equality*, 2ª ed., CQ Press (Washington, D.C., 2008).

LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA DEL TRABAJO REMOTO EN ALEMANIA*

[THE LEGAL PROBLEMS OF REMOTE WORK IN GERMANY]

Holger Brecht-Heitzmann

Fecha de recepción: 2 de noviembre de 2022

Fecha de aceptación: 3 de diciembre de 2022

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. DERECHO Y OBLIGACIÓN DE TRABAJAR EN REMOTO.- 1. ¿Poder de dirección del empresario?- 2. ¿Derecho judicialmente exigible del trabajador?- 3. La situación especial de la pandemia del coronavirus 4. Regulación contractual- 5. Propuestas de reforma.- III. PUESTA EN PRÁCTICA DEL TRABAJO REMOTO.- 1. Equipos de trabajo.- 2. Prevención de riesgos laborales.- 3. Protección de datos.- IV. CONCLUSIÓN.

Contents: I. INTRODUCTION.- II. RIGHT AND OBLIGATION TO REMOTE WORK.- 1. Right of the employer to give instructions?- 2. Legal right of the employee?- 3. Special situation corona pandemic.- 4. Contractual regulation.- 5. Reform proposals.- III. IMPLEMENTATION OF REMOTE WORK.- 1. Work equipment.- 2. Occupational safety.- 3. Data protection.- VI. CONCLUSION.

Resumen: El artículo ofrece una visión general de las cuestiones jurídicas que se plantean cuando se introduce y se lleva a la práctica el trabajo remoto en Alemania. La utilización del trabajo remoto se ha incrementado significativamente desde la pandemia del coronavirus. Como regla, el trabajo móvil no puede exigirse unilateralmente, sino que requiere de un acuerdo recíproco entre las partes del contrato de trabajo. En caso de puesta en práctica del trabajo remoto, los empresarios están obligados, como regla, a suministrar el equipamiento necesario y a crear las condiciones para que se

* Traducción al castellano, desde el alemán original, de Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela.

cumplan las exigencias de la prevención de riesgos laborales y de la protección de datos.

***Abstract:** The article provides an overview on legal questions when introducing and implementing remote work in Germany. The use of mobile working has increased significantly since the corona pandemic. In principle, Mobile working cannot be enforced unilaterally, but requires a mutual agreement between the parties to the employment contract. When implementing remote work, employers are, in principle, obliged to provide the necessary equipment and to create the conditions for compliance with occupational safety and data protection.*

Palabras clave: Alemania, Derecho del Trabajo, Homeoffice, Trabajo móvil, Trabajo remoto.

***Keywords:** Germany, Home office, Labor Law, Mobile working, Remote work*

* * *

I. INTRODUCCIÓN

Con la pandemia del coronavirus, también se produjo en Alemania un incremento muy súbito y robusto del trabajo dentro de las propias cuatro paredes. Una encuesta de la Fundación Hans Böckler ha mostrado que directamente antes de la pandemia el 83% de los ocupados trabajaba, según sus propias indicaciones, exclusivamente en centros de trabajo. Desde el principio de la primera ola del coronavirus a comienzos de abril 2020, este valor alcanzaba sólo el 53%, mientras que el 27% de los trabajadores exclusivamente o principalmente trabajaba desde casa, y el 17% trabajaba con lugares de trabajo intercambiables (centro de trabajo, desde casa, móvil fuera de casa)¹. En cifras absolutas, en la segunda ola de la infección en otoño 2020, según un estudio representativo de Bitkom, diez millones de trabajadores trabajaban permanentemente en homeoffice, además de unos notables ocho millones parcialmente². Cabe esperar que el trabajo fuera de las instalaciones de la empresa tendrá una importancia reforzada, también tras la pandemia. Pues en agosto 2022 todavía un 24,5% de los trabajadores trabajaba al menos parcialmente en homeoffice³.

En el lenguaje coloquial, se ha introducido en Alemania la expresión «homeoffice». Desde un punto de vista jurídico, hay que distinguir entre teletrabajo y trabajo móvil: Según el parágrafo 2, apartado 7, inciso 1, del Reglamento de lugares de trabajo (ArbStättV)⁴, los puestos de teletrabajo se «establecen por el empresario como puestos de trabajo equipados con pantalla en la esfera privada del trabajador, a cuyo efecto el empresario ha establecido la jornada semanal de trabajo y la duración de la institución de acuerdo con el trabajador». El trabajo móvil fue definido por medio de la regulación de prevención de riesgos laborales provocados por el

¹ *Emmler/Kohlrausch*, Homeoffice: Potenziale und Nutzung, Policy Brief WSI Nr. 52, 3/2021, https://www.wsi.de/fpdf/HBS-007979/p_wsi_pb_52_2021.pdf (último acceso: 8.9.2022), pág. 5.

² *Bitkom e. V.*, Mehr als 10 Millionen arbeiten ausschließlich im Homeoffice, 8.12.2020, <https://www.bitkom.org/Presse/Presseinformation/Mehr-als-10-Millionen-arbeiten-ausschliesslich-im-Homeoffice> (último acceso: 8.9.2022).

³ Cfr. *ifo Institut*, Nutzung des Homeoffice geht nur leicht zurück, Comunicado de prensa 5.9.2022, <https://www.ifo.de/pressemitteilung/2022-09-05/nutzung-des-homeoffice-geht-nur-leicht-zurueck> (último acceso: 8.9.2022).

⁴ Reglamento de 12.8.2004, BGBl. (Boletín Oficial Federal, en adelante, BOF) I 2179, últimamente modificado por Ley de 22.12.2020, BOF I 3334.

SARS-CoV-2⁵ —derogada luego—, en el apartado 1 del punto 2.2, como una forma de trabajo que «no se desarrolla en el lugar de trabajo a que se refiere el parágrafo 2, apartado 7, del ArbStättV, o en un puesto de teletrabajo creado en la esfera privada del trabajador, en virtud del parágrafo 2, apartado 7, del ArbStättV, sino que los empleados trabajan en otro lugar cualquiera (por ejemplo, con los clientes, en medios de transporte, en una vivienda)». Según el apartado 3, el homeoffice es «una forma de trabajo móvil. Posibilita a los trabajadores, previo acuerdo con el empresario, trabajar temporalmente para el empresario en su esfera privada, por ejemplo, con utilización de un sistema portátil de tecnologías de la información (por ejemplo, Notebooks) o de gestión de datos». De ahí que el trabajo remoto, en el que las actividades laborales tienen lugar ya no primariamente con carácter presencial en el centro de trabajo, sino en muchos lugares diferentes (por ejemplo, con los clientes, en un centro de co-working, en un café, en el tren, en la sala de espera de un aeropuerto, en casa o, también, en el domicilio de vacaciones)⁶, haya que caracterizarlo como trabajo móvil.

Para las partes del contrato de trabajo surge una serie de ventajas e inconvenientes derivados del trabajo móvil. Frecuentemente, se mencionan como positivos desde el punto de vista del trabajador una mayor conciliación de la vida familiar y profesional o la reducción de viajes⁷. Frente a ello, tampoco son riesgos insignificantes, sin embargo, los que se derivan, por ejemplo, de una problemática situación laboral en el entorno doméstico y familiar, del aislamiento social o, sobre todo, de un incremento del trabajo por causa de la falta de límites entre jornada de trabajo y tiempo libre⁸. Desde la perspectiva del empresario, hay que valorar como factores positivos una mayor flexibilidad y, consecuentemente, la correspondiente mayor satisfacción de los trabajadores, así como un posible ahorro en las instalaciones de trabajo empresariales; frente a ello, sin embargo, existen

⁵ La regulación de prevención de riesgos laborales SARS-CoV-2, elaborada por el comité de prevención de riesgos laborales del Ministerio Federal de Trabajo y de Seguridad Social, concreta las exigencias de prevención de riesgos laborales para el período de «situación epidémica de ámbito nacional» establecido al amparo de la Ley de protección frente a infecciones; accesible en el sitio en Internet del Servicio Federal de Prevención de Riesgos Laborales y Medicina del Trabajo, https://www.baua.de/DE/Angebote/Rechtstexte-und-Technische-Regeln/Regelwerk/AR-CoV-2/pdf/AR-CoV-2.pdf?__blob=publicationFile&v=3 (último acceso: 8.9.2022).

⁶ *Neuburger*, VW 2022, pág. 28.

⁷ *Carstensen/Krause/Matuschek/Kleemann/Mierich*, Entgrenzte Flexibilität im Homeoffice, *Arbeit* 2022, pág. 195 y ss.; *Vogl/Carstensen*, WSI-Mitteilungen 2021, pág. 192, 194.

⁸ Cfr. *Steiner*, AiB 1/2022, pág. 10 y ss.

procesos de ajuste complicados, así como desafíos en la dirección de los trabajadores, posibilidades de control más reducidas, problemas de protección de datos o, en su caso, costes de equipamiento adicionales⁹.

Del trabajo remoto se deriva una serie de cuestiones jurídico-laborales y de seguridad social, que deben ser tratadas en esta contribución. En ella, abordaré a continuación, en primer lugar, en qué medida están obligadas las partes del contrato de trabajo a trabajar en móvil o, en su caso, a permitir el trabajo móvil. Además, se examinarán aspectos selectos de la puesta en práctica del trabajo remoto. Este artículo trata únicamente de la situación de los trabajadores dependientes, no de los autónomos¹⁰.

II. DERECHO Y OBLIGACIÓN DE TRABAJAR EN REMOTO

Se plantea ante todo la cuestión de si los trabajadores están obligados a trabajar en remoto o, en su caso, si tienen el derecho correspondiente. En relación con ello, puntos de arranque son los acuerdos del contrato de trabajo, así como las reglas colectivas derivadas de los convenios colectivos y acuerdos de empresa. En la mayoría de contratos de trabajo, se menciona una determinada instalación empresarial como lugar de trabajo. En este caso, no se encuentra corrientemente un acuerdo explícito sobre trabajo móvil¹¹.

1. ¿Poder de dirección del empresario?

Se cuestiona si los empresarios pueden ordenar que los trabajadores deban trabajar en móvil —por ejemplo, en homeoffice. Ciertamente, en virtud del parágrafo 106 de la Ordenanza Industrial (GewO)¹², el empresario puede determinar detalladamente el contenido relativo al lugar y tiempo de la prestación laboral, según una ponderación justa, supuesto que estas

⁹ *Bertram/Walk/Falder*, *Arbeiten im Home Office in Zeiten von Corona*, 2ª ed., 2021, pág. 10 y s.; *Richter*, *ArbRAktuell* 2019, pág. 142.

¹⁰ Sobre esto, véase *Brecht-Heitzmann/Meyer*, *El impacto sobre el trabajo de la economía digital en Alemania*, ACDCT, VOL. XII (2020), pág. 17 y ss.

¹¹ *Husemann*, *jM* 2021, págs. 274, 276.

¹² Cfr. publicación de la nueva redacción de la Ordenanza Industrial de 22.2.1999, BOF I 202, últimamente modificada por Ley de 20.7.2022, BOF I 1174.

condiciones de trabajo no hayan sido establecidas por contrato de trabajo, por disposiciones de un acuerdo de empresa o del convenio colectivo aplicable, o por normas legales. Sin embargo, sobre ello la opinión doctrinal totalmente dominante es la de que la orden de realizar homeoffice sobrepasaría ordinariamente los límites del poder de dirección a que se refiere el parágrafo 106 de la GewO¹³.

2. ¿Derecho judicialmente exigible del trabajador?

En correspondencia con la falta de obligación, según el Derecho vigente, tampoco existe, como regla, el derecho judicialmente exigible del trabajador, siempre y cuando no haya sido previsto contractualmente o convencionalmente¹⁴. Únicamente, normas especiales muy estrictas para el servicio público y para las personas con discapacidades crean excepciones al respecto.

En el servicio público, según el parágrafo 16, apartado 2, de la Ley federal de trato igual (BGleiG)¹⁵, se aplica la regla de que en los departamentos de los empleados con cargas familiares o que deban cuidar de dependientes, en el marco de las posibilidades de los servicios, hay que ofertar puestos de teletrabajo, de trabajo móvil, o de modelos presenciales o de jornada que sean compatibles con la familia o el cuidado de dependientes. En este caso, los tribunales interpretan el «marco de las

¹³ *Bayreuther*, NZA 2021, págs. 1593, 1595; *Benkert*, NJW-Spezial 2019, pág. 306; *Dohrmann*, NZA 2021, págs. 691, 692; *Dury/Leibold*, ZD-Aktuell 2020, 04405; *Fischinger/Hengstberger*, JA 2020, págs. 561 y s.; *Husemann*, jM 2021, págs. 274, 276; *Krieger/Rudnik/Povedano/Peramato*, NZA 2020, págs. 473, 475 y s.; *Richter*, ArbRAktuell 2019, págs. 142, 143; *Schöllmann*, NZA-Beilage 2019, pág. 81; *Weller/Lieberknecht/Habrigh*, NJW 2020, págs. 1017, 1018; *Vogelsang*, en: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 19ª ed., 2021, § 164 marg. 22.

¹⁴ *Bayreuther*, NZA 2021, págs. 1593, 1595; *Benkert*, NJW-Spezial 2019, pág. 306; *Bertram/Walk/Falder*, Arbeiten im Home Office in Zeiten von Corona, 2ª ed., 2021, págs. 11; *Bissels/Singraven*, jurisPR-ArbR 29/2022 Anm. 6; *Dohrmann*, NZA 2021, págs. 691, 692; *Günther/Böglmüller*, ArbRAktuell 2020, págs. 186, 187; *Hahn*, öAT 2018, pág. 202; *Husemann*, jM 2021, págs. 274, 276; *Krieger/Rudnik/Povedano/Peramato*, NZA 2020, pág. 473, 478; *Richter*, ArbRAktuell 2019, págs. 142, 143; *Schöllmann*, NZA-Beilage 2019, págs. 81 y s.; *Vogelsang*, en: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 19ª ed., 2021, § 164 marg. 23; cfr. también *Baeck/Winzer/Schaaf*, NZG 2021, págs. 14, 15 y s.

¹⁵ Ley de 24.4.2015, BOF I 642, últimamente modificada por Ley de 7.8.2021, BOF I 3311.

posibilidades de los servicios» muy generosamente a favor de la jefatura del servicio, que puede hacer uso total de sus competencias organizativas y cuya decisión sólo es judicialmente revisable con carácter restrictivo¹⁶.

Según el párrafo 164, apartado 4, inciso 1, números 1 y 4, del Libro Noveno del Código de Seguridad Social (SGB IX)¹⁷, las personas con discapacidades graves tienen derecho, frente a su empresario, a «un empleo que les permita en lo posible aprovechar y desarrollar totalmente sus capacidades y conocimientos», así como a «equipamiento y sostenimiento de las instalaciones de trabajo compatibles con la discapacidad, incluidas las instalaciones, máquinas y utensilios, así como la organización del trabajo y la jornada, valorando especialmente el peligro de accidente». En el caso concreto, la persona con discapacidad grave podría igualmente solicitar un puesto de teletrabajo, cuando el desempeño de la actividad sólo fuese posible para él en homeoffice¹⁸. Sin embargo, en virtud del párrafo 164, apartado 4, inciso 3, del SGB IX, este derecho no existe, «supuesto que su cumplimiento por el empresario no fuese exigible o estuviese vinculado a costes desproporcionados». En este sentido, los empresarios tienen igualmente amplias posibilidades de excluir una actividad en homeoffice¹⁹.

3. La situación especial de la pandemia del coronavirus

A veces, se dice que las catástrofes conducen a un poder de dirección ampliado, de manera que los trabajadores también tienen que seguir las instrucciones que no están cubiertas por el poder de dar instrucciones del párrafo 106 de la Ordenanza Industrial, si esto es necesario para evitar la catástrofe²⁰. En relación con la pandemia del

¹⁶ Tribunal Federal Administrativo 31.1.2008, 2 C 31/06, NVwZ 2008, págs. 689, 690; Tribunal Administrativo de Coblenza 18.2.2015, 2 K 719/14.KO; críticamente, *Husemann*, jM 2021, pág. 274, 276 y s.; cfr. también *Hahn*, öAT 2018, pág. 202.

¹⁷ Ley de 23.12.2016, BOF I 3234, últimamente modificada por Ley de 24.6.2022, BOF I 959.

¹⁸ *Husemann*, jM 2021, págs. 274, 277.

¹⁹ Cfr. *LAG* (en adelante, Tribunal de Trabajo de Estado Federado) de Colonia 12.1.2022, 3 Sa 540/21.

²⁰ *Bauer/Opolony*, NJW 2022, pág. 3503, 3506; no obstante, cfr. el estándar estricto en *BAG* (en adelante, Tribunal Federal de Trabajo) 3.12.1980, 5 AZR 477/78, AP Nr. 4 zu § 615 BGB Böswilligkeit y Tribunal Federal de Trabajo 8.10.1962, 2 AZR 550/61, AP Nr. 18 zu § 611 BGB Direktionsrecht.

coronavirus, algunos autores piensan que la orden empresarial de trabajar en homeoffice, sobre la base de la protección contra la infección, podría estar justificada en el caso concreto²¹.

Al amparo del deber de cuidado del empresario, en caso de una situación de mayor riesgo para la salud de los trabajadores, algunos autores defienden que podría ser adecuado pasar a concretos trabajadores o, incluso, a la totalidad de la plantilla, al trabajo en homeoffice²². El punto de partida dogmático²³ para ello podría ser la obligación a que se refiere el parágrafo 241 del Código Civil (BGB)²⁴. También se considera a este respecto la obligación de adoptar medidas de protección a que se refiere el parágrafo 618 del BGB, pero finalmente fue rechazado por la opinión predominante, debido a la falta de un derecho subjetivo²⁵.

Durante un tiempo, el parágrafo 2, apartado 4, del Reglamento de Prevención de Riesgos Laborales contra el SARS-CoV-2 (Corona-ArbSchV)²⁶ previó primeramente que el empresario tiene que ofrecer a los empleados, en el caso de trabajo en oficina o de actividades comparables, la realización de esas actividades en su domicilio, cuando no existiesen motivos empresariales apremiantes en contra. La normativa fue adoptada más tarde como parágrafo 28b, apartado 7, inciso 1, de la Ley de protección contra las infecciones (IfSG)²⁷, en la que el parágrafo 28b, apartado 7, inciso 2, clarifica adicionalmente que los empleados tienen que aceptar esta oferta siempre que no existan motivos en contra de su parte. No obstante,

²¹ *Baeck/Winzer/Schaaf*, NZG 2021, págs. 14, 15; *Fischinger/Hengstberger*, JA 2020, págs. 561 y ss.; *Günther/Böglmüller*, ArbRAktuell 2020, pág. 186; en relación con el supuesto de riesgo de existencia, *Fuhlrott/Fischer*, NZA 2020, págs. 345, 349.

²² *Günther/Böglmüller*, ArbRAktuell 2020, págs. 186, 187.

²³ *Krieger/Rudnik/Povedano/Peramato*, NZA 2020, págs. 473, 478; moderadamente, *Husemann*, jM 2021, pág. 274, 277.

²⁴ Versión de 2.1.2022, BOF I 42 (2909 y 2003 I 738), últimamente modificado por Ley de 15.7.2022, BOF I 1146.

²⁵ *Bader*, jurisPR-ArbR 26/2021, nota 2; *Baeck/Winzer/Schaaf*, NZG 2021, págs. 14, 15 y ss.; también, cfr. Tribunal de Trabajo de Estado federado de Colonia 12.4.2021, 2 SaGa 1/21, ZTR 2021, pág. 411.

²⁶ BAnz (BFA, o Boletín Federal de Anuncios) AT 22.01.2021 V1; según el parágrafo 4 del Reglamento de Prevención de Riesgos Laborales contra el coronavirus, vigente de 27.2.2021 a 15.3.2021.

²⁷ Ley de 20.7.2000, BOF I 1045.

sólo estuvo en vigor desde 23.4.2021²⁸ hasta 19.3.2022²⁹. Con independencia del período de vigencia limitado, con esta regulación no estaba vinculado, sin embargo, ningún derecho subjetivo de acción de los empleados al trabajo en homeoffice³⁰, y tampoco estaba prevista ninguna multa administrativa en caso de infracción³¹.

Parece dogmáticamente convincente utilizar una institución jurídica especial en una situación extrema como una pandemia: la perturbación de la situación empresarial, la cual se codificó en el parágrafo 313 del BGB, desde la reforma del derecho de obligaciones en el año 2002. Si, de conformidad con el parágrafo 313, apartado 1, del BGB, las circunstancias que han sido la base del contrato han cambiado significativamente tras la conclusión del contrato, y las partes no habrían concluido el contrato, o lo habrían concluido con otro contenido, si hubiesen previsto esa modificación, entonces se puede exigir la adaptación del contrato, supuesto que a una parte, tomando en consideración todas las circunstancias del caso concreto, en especial el reparto legal o contractual del riesgo, no se le pueda exigir la adhesión al contrato inmodificable. Se puede suponer que las partes del contrato de trabajo no han previsto la pandemia y que, de lo contrario, habrían adoptado una regulación al respecto. En muchos casos, la aceptación del riesgo de infección podría no haber sido razonable. En consecuencia, el empresario podría exigir la adaptación del contrato, en virtud del parágrafo 313, apartado 1, del BGB, para la realización temporal de la prestación laboral como trabajo en homeoffice, siempre que proporcione la infraestructura necesaria y no existan en contra intereses legítimos en el ámbito de la vivienda y de la vida del trabajador. A la inversa, se aplica lo mismo al trabajador, siempre que no se opongan intereses legítimos del empresario o, en especial, la forma de prestación laboral³².

4. Regulación contractual

²⁸ Artículo 1, núm. 3, de la Ley de 22.4.2021, BOF I 803. A partir de 24.11.2021, se pasa la norma al parágrafo 28b, apartado 4, de la Ley de Protección contra las Infecciones, por medio del artículo 1, núm. 3a, de la Ley de 22.11.2021, BOF I 4906.

²⁹ Artículo 1, núm. 6, letra a), de la Ley de 18.3.2022, BOF I 466.

³⁰ *Bader*, jurisPR-ArbR 26/2021, nota 2. También, cfr. *Bertram/Walk/Falder*, *Arbeiten im Home Office in Zeiten von Corona*, 2ª ed., 2021, pág. 12.

³¹ *Husemann*, jM 2021, pág. 274, 276.

³² *Weller/Lieberknecht/Habrich*, NJW 2020, 1017, 1018. También, cfr. *Finkenauer*, en: *Münchener Kommentar zum BGB*, 9ª ed., 2022, § 313, marg. 331.

En consecuencia, tiene sentido que las partes del contrato adopten una regulación. En ella, deben observarse los derechos de cogestión del comité de empresa. De un lado, se trata de un cambio en el que el comité de empresa tiene que estar de acuerdo³³, de conformidad con el párrafo 99 de la Ley de Organización de la Empresa (BetrVG)³⁴. Además, el derecho de cogestión a que se refiere el párrafo 87, apartado 1, núm. 14, de la Ley de Organización de la Empresa, existente desde 2021, comprende «la configuración del trabajo móvil que se lleva a cabo por medio de tecnología de la información y de la comunicación». No obstante, no se incluye aquí la introducción o la terminación del trabajo móvil, sino sólo la configuración de sus detalles³⁵. Por el contrario, la cogestión en el sector público a que se refiere el párrafo 80, apartado 1, núm. 5, de la Ley de Representación del Personal de la Federación (BPersVG)³⁶, respecto de la «introducción, modificación y revocación de las formas de trabajo fuera de la oficina», es más amplia. Sin embargo, el comité de personal no tiene derecho de iniciativa propio, según el párrafo 77, apartado 2, inciso 2, núm. 2, de la BPersVG, sino que sólo puede bloquear la introducción del trabajo móvil prevista por la jefatura del servicio³⁷. Además, hay que tener en cuenta que la cogestión por el comité de empresa o por el comité de personal sólo se da en caso de existencia de una regulación colectiva, lo que se refiere a normas de eficacia general, no sólo acuerdos en casos individuales³⁸. Pero esto puede incluir la cuestión de a qué empleado, entre varios interesados, se le puede otorgar la posibilidad de trabajo en homeoffice³⁹.

³³ *Bayreuther*, NZA 2021, págs. 839, 841; *Klebe*, en: Däubler/Klebe/Wedde, BetrVG, 18ª ed., 2022, § 87, marg. 256; *Krieger/Rudnik/Povedano/Peramato*, NZA 2020, págs. 473, 477. Respecto de los comités de personal que están sujetos al Derecho de la Federación, se aplica en su caso el párrafo 78, apartado 1, núm. 6, de la Ley de Representación del Personal de la Federación («Implementación dentro del servicio durante más de tres meses, cuando la implementación está vinculada a un cambio del lugar de trabajo, y el nuevo lugar de trabajo se encuentra fuera del área de entrada, en el sentido de la legislación de costes de reubicación»).

³⁴ Versión de 25.9.2001, BOF I 2518, últimamente modificado por Ley de 10.12.2021, BOF I 5162.

³⁵ *Bayreuther*, NZA 2021, págs. 839, 840; *Däubler*, PersR 1/2022, págs. 8, 9; *Schiefer/Worzalla*, NZA 2021, págs. 817, 823.

³⁶ Ley de 9.7.2021, BOF I 1614,

³⁷ *Däubler*, PersR 1/2022, págs. 8, 10.

³⁸ *Däubler*, PersR 1/2022, págs. 8, 11.

³⁹ *Bayreuther*, NZA 2021, págs. 839, 840.

Respecto de la configuración del trabajo remoto, son posibles numerosas variantes⁴⁰, las cuales no se pueden tratar en detalle en este lugar. Sin embargo, cabe señalar que la finalización unilateral del trabajo en homeoffice a menudo no será posible sin más. Por ejemplo, si el acuerdo es por tiempo determinado, como regla se garantiza a la vez la estabilidad temporal⁴¹. En especial, también puede resultar problemática la voluntariedad general, sin restricciones, en el contrato de trabajo, dado que se considera típicamente ineficaz, por causa de falta de transparencia, en virtud del párrafo 307, apartado 1, inciso 2, del BGB⁴². En su caso, del trabajo en homeoffice realizado regularmente puede surgir un derecho derivado del uso empresarial⁴³. En determinadas circunstancias, cuando no es posible la finalización del trabajo móvil de común acuerdo, al empresario sólo le queda el recurso a la novación extintiva⁴⁴.

5. Propuestas de reforma

En la última legislatura, fracasó un intento del Ministro federal de Trabajo, Sr. Heil⁴⁵, para establecer un derecho del trabajador al trabajo en homeoffice⁴⁶. No obstante, las partes del nuevo Gobierno de coalición de socialdemócratas, verdes y liberales han acordado en su contrato de coalición, a finales de 2021, fomentar las posibilidades de trabajo móvil:

«Los trabajadores en actividades adecuadas tienen derecho a negociar sobre el trabajo móvil y el trabajo en homeoffice. Los empresarios sólo pueden oponerse a la solicitud de los trabajadores si existen intereses

⁴⁰ Por ejemplo, véanse las propuestas de configuración de *Bertram/Walk/Falder*, *Arbeiten im Home Office in Zeiten von Corona*, 2ª ed., 2021, págs. 13 y ss.

⁴¹ *Bayreuther*, NZA 2021, pág. 1593, 1596.

⁴² Cfr. *von Steinau-Steinrück/Beismann*, NJW-Spezial 2020, pág. 626, con remisión a Tribunal Federal de Trabajo 8.12.2010, 10 AZR 671/09, NZA 2011, pág. 628.

⁴³ *Dohrmann*, NZA 2021, págs. 691, 692; *von Steinau-Steinrück/Beismann*, NJW-Spezial 2020, pág. 626; en cambio, más restrictivamente, *Günther/Böglmüller*, *ArbRAktuell* 2020, págs. 186, 187.

⁴⁴ *Bayreuther*, NZA 2021, págs. 1593, 1597; *Richter*, *ArbRAktuell* 2019, págs. 166, 169.

⁴⁵ *Bundesministerium für Arbeit und Soziales*, Referentenentwurf: Entwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit, 26.11.2020, https://www.brak.de/fileadmin/newsletter_archiv/berlin/2020/2020_589anlage.pdf (último acceso: 8.9.2022); al respecto, cfr. *Dohrmann*, NZA 2021, pág. 691.

⁴⁶ *Lembke/Fischels/Djordjevic*, NJW 2022, págs. 127, 128.

empresariales. Esto significa que no puede darse una negativa inapropiada o arbitraria. Debe haber espacio para normas distintas de convenios colectivos y de acuerdos de empresa. El trabajo móvil debe ser posible sin problemas en toda la Unión Europea»⁴⁷.

III. PUESTA EN PRÁCTICA DEL TRABAJO REMOTO

A continuación, se tratarán algunos aspectos seleccionados relativos a la puesta en práctica del trabajo remoto.

1. Equipos de trabajo

En principio, es tarea del empresario poner a disposición de los trabajadores los medios necesarios de trabajo⁴⁸. Esto se aplica igualmente al trabajo móvil⁴⁹. En su caso, el trabajador puede exigir el reembolso de gastos a que se refiere el parágrafo 670 del BGB, en especial para la compra del equipo de oficina, la compra, mantenimiento y cuidado del equipo de comunicación, así como la parte del alquiler, iluminación y calefacción relacionada con la prestación del servicio⁵⁰. Dado que se trata de una norma derogable, las partes del contrato de trabajo también pueden acordar, sin embargo, que el trabajador no reciba ningún reembolso de gastos por la puesta a disposición de espacios y, en su caso, de medios de trabajo⁵¹. Típicamente, podría proponerse el acuerdo de una cantidad global mensual⁵².

⁴⁷ Sozialdemokratische Partei Deutschlands (SPD)/Bündnis 90 / Die Grünen/Freie Demokraten (FDP), Mehr Fortschritt wagen: Koalitionsvertrag 2021-2025, 2021, https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Koalitionsvertrag/Koalitionsvertrag_2021-2025.pdf (último acceso: 8.9.2022), pág. 54.

⁴⁸ Tribunal Federal de Trabajo 10.11.2021, 5 AZR 334/21, NZA 2022, pág. 201, 403; Koch, en: Schaub/Koch, Arbeitsrecht von A-Z, 26ª ed., 2022, Arbeitsmittel.

⁴⁹ Hoppe, en: Kramer, IT-Arbeitsrecht, 2ª ed., 2019, marg. 628; Röller, en: Küttner, Personalbuch 2022, 29ª ed., 2022, Mobiles Arbeiten, marg. 11.

⁵⁰ Vogelsang, en: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 19ª ed., 2021, § 164, marg. 41.

⁵¹ Richter, ArbRAktuell 2019, pág. 166, 167.

⁵² Mittländer, AiB 1/2022, pág. 15; Schöllmann, NZA-Beilage 2019, págs. 81, 83; Vogelsang, en: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 19ª ed., 2021, § 164, marg. 41.

2. Prevención de riesgos laborales

En el trabajo remoto, también debe observarse la prevención de riesgos laborales⁵³. No obstante, aquí existen diferencias esenciales entre el teletrabajo y el trabajo móvil: mientras que, para los puestos de teletrabajo, hay que observar los requisitos estrictos del Reglamento de Lugares de Trabajo, al trabajo móvil sólo se aplican los preceptos comunes de la prevención de riesgos laborales⁵⁴. Sin embargo, no sólo en la instalación de un puesto de teletrabajo, sino también en el trabajo en homeoffice, hay que llevar a cabo la instrucción del trabajador y la evaluación de los riesgos, para identificar y evitar los posibles riesgos para la salud en el trabajo⁵⁵. Pero el empresario no puede entrar en el domicilio del trabajador contra su voluntad⁵⁶. Más bien, resulta suficiente con llevar a cabo la evaluación de riesgos sobre la base de un cuestionario al trabajador⁵⁷.

Además, las disposiciones de la Ley del Tiempo de Trabajo (ArbZG)⁵⁸ también se aplican sin restricciones al trabajo remoto⁵⁹. Debido al riesgo de delimitación ya descrito, resulta de especial relevancia práctica, ante todo, la observancia de la jornada máxima a que se refiere el parágrafo 3 de la Ley del Tiempo de Trabajo y el cumplimiento del período de descanso a que se refiere el parágrafo 5 de la Ley del Tiempo de Trabajo⁶⁰. Cabe destacar aquí la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el asunto CCOO/Deutsche Bank SAE, que confirmó la existencia del deber de establecimiento de un sistema de registro de la jornada de trabajo⁶¹. La aplicación práctica hay que describirla como

⁵³ *Hidalgo*, NZA 2019, pág. 1449; *Oberthür*, NZA 2013, págs. 246, 247 y ss.

⁵⁴ *Bieresborn*, WzS 2022, págs. 3, 4; *Husemann*, jM 2021, págs. 274, 275.

⁵⁵ *Krieger/Rudnik/Povedano/Peramato*, NZA 2020, págs. 473, 479; *Schöllmann*, NZA-Beilage 2019, págs. 81, 83.

⁵⁶ *Richter*, ArbRAktuell 2019, págs. 166, 168; *Wedde*, PersR 5/2022, pág. 25.

⁵⁷ *Hidalgo*, NZA 2019, págs. 1449, 1455; *Krieger/Rudnik/Povedano/Peramato*, NZA 2020, págs. 473, 479; *Richter*, ArbRAktuell 2019, págs. 142, 143; *Vogelsang*, en: *Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch*, 19ª ed., 2021, § 164, marg. 45.

⁵⁸ Ley de 6.6.1994, BOF I 1170, últimamente modificada por Ley de 22.12.2020, BOF I 3334.

⁵⁹ *Hahn*, öAT 2018, págs. 202, 205.

⁶⁰ También, cfr. *Riegel*, RdA 2021, págs. 152, 156; *Steiner*, AiB 1/2022, págs. 10 y ss.

⁶¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea 14.5.2019, C-55/18, NZA 2019, pág. 683.

cautelosa, y típicamente se cede a los trabajadores⁶². El Tribunal Federal de Trabajo acaba de decidir que el empresario está obligado legalmente al registro de la jornada de los trabajadores, de acuerdo con una interpretación conforme al Derecho de la Unión Europea⁶³.

Finalmente, hay que tomar en consideración el seguro legal de accidente de trabajo. Originariamente, era mucho más difícil la prueba del accidente de trabajo en el trabajo en homeoffice que el accidente de trabajo en las instalaciones de la empresa⁶⁴. Sin embargo, durante la pandemia del coronavirus, el Tribunal Federal de Seguridad Social decidió que el recorrido interno para dar comienzo a la actividad en el trabajo en homeoffice es un recorrido asegurado⁶⁵. Pero se efectuó, ante todo, una modificación legal significativa en el Libro VII del Código de Seguridad Social (SGB VII)⁶⁶. Entonces, desde 18 junio 2021, en virtud del parágrafo 8, apartado 1, inciso 3, del SGB VII⁶⁷, rige lo siguiente: «si la actividad asegurada se realiza en el domicilio del asegurado o en otro lugar, existe la protección del seguro con la misma extensión que en caso de realización de la actividad en las instalaciones de la empresa»⁶⁸.

3. Protección de datos

⁶² Al respecto, típicamente, *Bertram/Walk/Falder*, *Arbeiten im Home Office in Zeiten von Corona*, 2ª ed., 2021, págs. 18 y s. En consecuencia, es acertada la indicación de *Husemann*, *jM* 2021, págs. 274, 279, de que el empresario puede trasladar al trabajador la documentación de la jornada de trabajo, pero no la responsabilidad de su cumplimiento.

⁶³ Tribunal Federal de Trabajo 13.9.2022, 1 ABR 22/21.

⁶⁴ *Richter*, *ArbRAktuell* 2019, págs. 142, 143 y s.; *Schöllmann*, *NZA-Beilage* 2019, págs. 81, 83 y s. Muy restrictivamente, en especial, *LSG* (en adelante, Tribunal de Seguridad Social de Estado federado) *NRW* 9.11.2020, L 17 U 487/19, *WzS* 2021, pág. 190.

⁶⁵ *BSG* (en adelante, Tribunal Federal de Seguridad Social) 8.12.2021, B 2 U 4/21 R, *SGB* 2022, pág. 492. Al respecto, *Römer*, *jurisPR-SozR* 11/2022, nota 3; *Schlaeger*, *SGB* 2022, pág. 495.

⁶⁶ Ley de 7.8.1996, BOF I 1254, últimamente modificada por Ley de 20.7.2022 BOF I 1174.

⁶⁷ Véase artículo 5, núm. 1, y artículo 6 de la Ley de Modernización de los Comités de Empresa de 14.6.2021, BOF I 1762.

⁶⁸ Sobre los efectos, véase *Bieresborn*, *WzS* 2022, págs. 3 y ss., y *WzS* 2022, págs. 31 y ss.; *Mülheims*, *NZS* 2022, págs. 5 y ss.; *Welkoborsky*, *PersR* 1/2022, pág. 17.

Como responsable de la protección de datos, el empresario debe garantizar a los trabajadores que realizan trabajo en homeoffice, por medio de las correspondientes instrucciones, que se cumplan las normas de protección de datos —por ejemplo, en relación con los compañeros de piso o de los miembros de la familia⁶⁹—. Además, debe establecer los requisitos técnicos y organizativos que garanticen un nivel de protección adecuado al riesgo, en relación con el tratamiento de los datos personales⁷⁰. En este sentido, en el trabajo remoto existe una necesidad incrementada de actuación⁷¹.

IV. CONCLUSIÓN

La importancia creciente del trabajo remoto ha llevado a que el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social refuercen su atención por el trabajo en homeoffice. Según la situación jurídica actual, el trabajo móvil o el teletrabajo permanente sólo puede establecerse de mutuo acuerdo por las partes del contrato de trabajo. Queda por ver si el derecho de los trabajadores al trabajo en homeoffice previsto en el contrato de coalición se hace realidad. La puesta en práctica del trabajo remoto crea desafíos especiales para las partes del contrato de trabajo. Incluso si los empresarios, según sus posibilidades, intentan transferir tareas relacionadas con ello a los trabajadores, siguen siendo responsables de poner a disposición el equipamiento necesario y de crear las condiciones para el cumplimiento de la prevención de los riesgos laborales y de la protección de datos.

⁶⁹ *Vogelsang*, en: *Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch*, 19ª ed., 2021, § 164, marg. 46.

⁷⁰ Detalladamente, *Bertram/Walk/Falder*, *Arbeiten im Home Office in Zeiten von Corona*, 2ª ed., 2021, págs. 21 y ss.; *Dury/Leibold*, *ZD-Aktuell* 2020, 04405.

⁷¹ *Bertram/Falder*, *ArbRAktuell* 2021, págs. 95, 96 y ss.; *Richter*, *ArbRAktuell* 2019, págs. 142, 144.

**LA REFORMA LABORAL 2021-2022 EN ESPAÑA: CLAVES,
MITOS Y REALIDADES, AÑO Y MEDIO DESPUÉS DE SU
ENTRADA EN VIGOR**

*[THE 2021-2022 SPANISH LABOUR REFORM: KEYS, MYTHS AND
REALITIES, A YEAR AN A HALF AFTER ITS ENTRY INTO FORCE]*

Faustino Cavas Martínez

Fecha de recepción: 7 de junio de 2023
Fecha de aceptación: 21 de junio de 2023

Sumario: I. A MODO DE JUSTIFICACIÓN.- II. CARACTERES Y OBJETIVOS DE LA REFORMA LABORAL 2021-2022.- III. MÁS EMPLEO INDEFINIDO Y MENOS PARO, PERO CON ALGUNAS ZONAS DE SOMBRA Y VARIAS INCÓGNITAS.- 1. Situación del mercado de trabajo previa a la reforma 2021 del sistema de contratación laboral.- 2. Medidas normativas para incentivar la estabilidad del empleo y combatir la temporalidad.- 3. La situación del mercado de trabajo español tras la reforma laboral de 2021: mitos y realidades, a la luz de los datos estadísticos.- IV. MEJORA DE CONDICIONES LABORALES EN ACTIVIDADES EXTERNALIZADAS.- V. COMPORTAMIENTO DE LOS MECANISMOS DE FLEXIBILIDAD INTERNA TRAS LA ERA PANDÉMICA.- VI. IMPACTO DE LA REFORMA LABORAL EN LA DINÁMICA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.- VII. CONSIDERACIONES FINALES.

Contents: I. BY WAY OF JUSTIFICATION.- II. CHARACTERISTICS AND OBJECTIVES OF THE 2021-2022 LABOUR REFORM.- III. MORE INDEFINITE EMPLOYMENT AND LESS UNEMPLOYMENT, BUT WITH SOME SHADOW AREAS AND SEVERAL UNKNOWNNS.- 1. Situation of the labour market before the 2021 reform of the labor contracting system.- 2. Regulatory measures to encourage job stability and combat temporary employment.- 3. The situation of the Spanish labour market after the 2021 labour reform: myths and realities, in light of statistical data.- IV. IMPROVEMENT OF WORKING CONDITIONS IN OUTSOURCED ACTIVITIES.- V.

*BEHAVIOR OF INTERNAL FLEXIBILITY MECHANISMS
AFTER THE PANDEMIC ERA.- VI. IMPACT OF THE LABOR
REFORM ON THE DYNAMIC OF COLLECTIVE
BARGAINING.- VII. FINAL CONSIDERATIONS.*

Resumen: Este trabajo analiza las principales aportaciones del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo. Asimismo, se hace una valoración provisional sobre el impacto de la reforma laboral de 2021-2022 en el mercado de trabajo español, cuando ya ha transcurrido casi un año y medio desde la entrada en vigor de tales medidas. A la vista de sus positivos resultados, el ensayo concluye apostando por la conveniencia de mantener los ingredientes fundamentales de dicha modificación legislativa.

***Abstract:** This work analyzes the main contributions of Royal Decree-Law 32/2021, of 28 December 2021, on urgent measures for labour reform, the guarantee of job stability and the transformation of the labour market. Likewise, a provisional assessment is made of the impact of the 2021-2022 labour reform on the Spanish labour market, when almost a year and a half have passed since the entry into force of such measures. Considering its positive results, the essay concludes by betting on the convenience of maintaining the fundamental ingredients of that legislative modification.*

Palabras clave: Empleo de calidad, Reforma laboral, Mercado de trabajo, Reforma laboral, Temporalidad

***Keywords:** Quality employment, Labour reform, Labour market, Temporality*

* * *

I. A MODO DE JUSTIFICACIÓN

En el momento de poner por escrito estas consideraciones, la reforma laboral aprobada en España a finales de 2021 (RDL 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo -BOE de 30 diciembre 2021-) por el primer Gobierno de coalición de nuestra historia democrática, acumula ya casi año y medio de andadura (tres meses menos por lo que respecta a las nuevas reglas en materia de contratación, que entraron en vigor el 31 de marzo de 2022). En este periodo han proliferado los análisis económicos y, sobre todo, por lo que a nosotros interesa, los estudios académico-universitarios sobre las relevantes novedades que esta importante reforma introduce en el armazón normativo de nuestro sistema de relaciones laborales. Tampoco se han hecho esperar las primeras valoraciones desde diversas instancias, oficiales y extraoficiales, acerca de su impacto y efectos en la estructura del mercado de trabajo patrio y sobre el grado de consecución de los objetivos que esta reforma se ha marcado.

Podrían cuestionarse, pues, legítimamente, la oportunidad y utilidad de esta modesta contribución, si no fuera porque una acontecimiento político-institucional sorpresivo y reciente, el abrupto final de la XIV Legislatura ante la convocatoria anticipada de elecciones generales (a celebrar el 23/7/2023), invita a reflexionar una vez más sobre los aciertos y los errores, las fortalezas y las debilidades, de una reforma laboral que ha recibido una proporción equivalente de halagos y denuosos (¿héroe o villano?), y cuya pervivencia podría encontrarse en serio riesgo si llega a producirse un cambio de ciclo político tras el mencionado proceso electoral.

En este sentido, resulta incuestionable que el éxito o el fracaso de cualquier reforma debe calibrarse a partir de datos objetivamente mensurables. Es cierto que las estadísticas pueden ser torturadas hasta que digan lo que a cada parte interesa, con lo que entramos inevitablemente en la batalla por el “discurso”, y en el ámbito laboral no somos ajenos a este fenómeno; pero como juristas no podemos ignorar el carácter instrumental de las normas, pues se legisla para cambiar la realidad, por lo que resulta imprescindible en los tiempos que corren conocer el impacto que tienen de hecho las reformas legales, y no quedarnos en los, sin duda imprescindibles,

análisis de redacción de la norma y sus problemas interpretativos¹. A este respecto, contamos ya con una experiencia aplicativa suficiente que nos permite extraer conclusiones bastantes fiables sobre el grado de cumplimiento de los objetivos que animaron la promulgación del RDL 32/2021.

Adelantándonos a lo que inmediatamente se dirá, todo invita a pensar que la reforma laboral de 2021, más allá de ciertas imperfecciones de técnica normativa, algunas exageraciones en la narrativa -como la de afirmar que con ella se acomete “la gran transformación del mercado de trabajo español”- y la constatación de su limitado contenido -que bien podría haber sido más ambicioso y completo- está cosechando los frutos que de ella se esperaban, si bien, como también habrá ocasión de reflexionar, quizás no sea oro todo lo que reluce en sus resultados.

En efecto, los registros sobre afiliación, contratación y desempleo existentes hasta la fecha revelan, en una tendencia que se muestra constante desde comienzos de 2022, que el principal empeño de la reforma laboral -reducir la tasa de temporalidad- se está cumplido con creces, si bien esta apreciación debe acompañarse de una reflexión sobre el tipo de empleo indefinido que están creando las empresas y su proyección futura, pues si importante es combatir la precariedad ligada al trabajo temporal, no lo es menos que el empleo que venga a sustituirlo sea, además de indefinido, seguro y de calidad, en tanto que fuente de mayores derechos y garantías para las personas trabajadoras (trabajo “decente”).

En relación con el resto de objetivos de la reforma de 2021, los datos estadísticos disponibles hasta el momento sobre ERTes y convenios colectivos son incompletos y no permiten extraer todavía conclusiones definitivas, por lo que se impone la prudencia en su valoración, si bien hay indicios que invitan a concluir que se está avanzando en la dirección correcta.

II. CARACTERES Y OBJETIVOS DE LA REFORMA LABORAL 2021-2022

¹ GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P., “La reforma laboral de la contratación 2021 en las fuentes estadísticas oficiales: primer avance”, *Briefs de la aedtss*, <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/03/Brief-datos-reforma.pdf>.

Frente a los modelos de reformas unilaterales precedentes que han jalonado nuestra historia, un rasgo sobresaliente de la reforma laboral de finales de 2021 es su carácter consensuado². Aunque la afirmación debe matizarse (pues también las microrreformas de 1997 y 2006 fueron acordadas con los interlocutores sociales), la relevancia del origen de esta intervención en el entramado normativo de nuestro sistema de relaciones laborales se explica porque el RDL 32/2021 recoge fielmente el contenido del previo acuerdo alcanzado el 23 de diciembre de 2021, en la mesa de diálogo social, entre las organizaciones sindicales CCOO y UGT, las patronales CEOE-CEPYME y el Gobierno (representado por el Ministerio de Trabajo y Economía Social). Este enfoque debe valorarse positivamente, pues refleja el respeto por los valores democráticos que representan los pactos sociales para conseguir un acuerdo equilibrado y con el mayor consenso posible³, al tiempo que constituye la mejor garantía de una pacífica traslación al sistema de relaciones laborales de las medidas consensuadas, al contar con el aval de las organizaciones representativas de los sujetos que han de aplicarlas en las empresas. El difícil equilibrio alcanzado en la negociación de la reforma, resultado de cesiones mutuas por todas las partes implicadas, quedó ratificado (era provisional hasta ese momento) con la convalidación del RDL 32/2021 por el Pleno del Congreso de los Diputados el día 3 de febrero de 2022⁴, que asimismo renunció a tramitarlo como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia, obviándose así, en aras de la integridad del pacto, la posibilidad de debatir y alterar su contenido por parte de los grupos parlamentarios, lo que de producirse podría haber provocado que alguna de las organizaciones

² Una exposición circunstanciada de la negociación tripartita (gobierno-patronal-sindicatos) de la reforma de 2021, en MERCADER UGUINA, J.R., “Diálogo social y reforma laboral”, en VV.AA. (GARCÍA MURCIA, J., editor), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, Oviedo, KRK Ediciones, 2022, pp. 61 y ss.

³ MELLA MÉNDEZ, L., “Valoración general del Real Decreto-Ley 32/2021: una reforma laboral necesaria y efectiva”, www.cielolaboral.com, p. 1.

⁴ El RDL 32/2021 fue convalidado en el Congreso, por solo un voto de diferencia (175 votos a favor, 174 en contra), como resultado de una votación rocambolesca que quedará registrada en los anales de nuestra historia parlamentaria, incluido el error telemático de un diputado del grupo parlamentario popular (que votó a favor del RDL pero en contra de su tramitación parlamentaria como proyecto de ley) y la ruptura de la disciplina de voto por los dos diputados de UPN (que votaron en contra, pese a que la dirección su partido en Navarra había acordado con el Gobierno apoyar la reforma).

firmantes retirara su apoyo al texto. La reforma se encuentra recurrida ante el Tribunal Constitucional⁵, sin pronunciamiento hasta la fecha.

Que la reforma de 2021 haya tomado cuerpo a través de un real decreto-ley no causa extrañeza, pues se trata de un proceder habitual y compartido por la mayoría de las reformas laborales precedentes. De hecho, no es este un rasgo de la reforma de 2021 que haya generado especial polémica. Con todo, será oportuno recordar que el real decreto-ley es un tipo de norma al que solo debe acudir excepcionalmente, en situaciones de extraordinaria y urgente necesidad, por cuanto implica dejar en manos del poder ejecutivo competencias que, en puridad, solo son predicables del poder legislativo -en tanto las Cortes Generales, como representantes de la soberanía popular, son las verdaderas depositarias de la potestad legislativa en su ejercicio ordinario-, por más que el uso extensivo, y hasta el abuso, de esta forma de legislar esté ampliamente normalizado y lo practiquen sin rubor gobiernos y mayorías de distinto signo⁶; por cierto, con la complicidad del máximo órgano de garantías constitucionales, que hace tiempo rebajó sustancialmente los estándares exigibles para superar el test de adecuación constitucional de los reales decretos leyes.

Pero si hay una característica que distingue a la reforma de 2021 de las anteriores es que la misma no ha supuesto retroceso alguno en los derechos y garantías de quienes viven de su prestación personal de servicios, antes al contrario, en algunos casos restituye derechos que habían sido menoscabados por la reforma de 2012. La reforma responde a un importante cambio de filosofía en la forma de abordar la solución de algunos de los problemas más graves que viene arrastrando nuestro modelo de relaciones laborales (precariedad, desigualdad, desempleo), resultado de lo cual es que los viejos ideales de protección laboral y de progreso social han prevalecido en esta ocasión sobre los objetivos de tutela de la productividad, de la competencia internacional, de incremento de la capacidad de decisión de las empresas o de creación de empleo a cualquier precio, incluso a costa de la pobre calidad del mismo, que inspiraron precedentes modificaciones legislativas de nuestro mercado de trabajo. No puede extrañar, en consecuencia, que los promotores del RDL 32/2021 digan en su preámbulo que esta reforma “camina en dirección contraria a la

⁵ Recurso promovido por los más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario de Vox en el Congreso. Admitido a trámite por providencia del Pleno del TC de 2 de junio de 2022 (BOE 9 junio 2022).

⁶ ÁLVAREZ ALONSO, D., “Valoración global sobre la reforma laboral”, en VV.AA., *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, cit., p. 84.

que ha sido habitual en los últimos tiempos”, o que se la misma se ha concebido con ánimo de “recuperación de los derechos laborales” y de “garantía” de los mismos. En efecto, desde la reforma laboral de 1994, pero muy especialmente a partir de la de 2012, la creación de empleo temporal y el deterioro de las garantías y los derechos laborales de las personas trabajadoras, tanto en los planos individual como colectivo (con un claro vencimiento hacia el lado del poder de decisión empresarial a la hora de gestionar la relación laboral), se consolidan como ingredientes definitorios del mercado de trabajo español. La reforma de 2021 busca revertir este estado de cosas, sentando las bases para la creación de empleo decente y de calidad, tanto por ser este indefinido o estable, como por venir revestido de mayores derechos y garantías. Se trata de mejorar las condiciones de trabajo de los trabajadores, bien con derechos nuevos, bien con la firme recuperación de otros perdidos o tradicionalmente incumplidos⁷.

En el debate previo a la convalidación del RDL 32/2021 por el Pleno del Congreso de los Diputados, la portavoz del grupo parlamentario popular reconocía que esta reforma estaba en las antípodas conceptuales de la reforma de 2012 (que habría creado millones de empleos) y que el PP la derogaría si llegaba al gobierno. Sin faltar a la verdad, con todo, la lectura atenta del contenido de la reforma de 2021 permite extraer la conclusión de que la cosas no son tan simples como podría deducirse de las grandilocuentes declaraciones de sus partidarios y detractores, pues: ni las reformas precedentes se desentendieron por completo del objetivo de reducir los muchos desequilibrios de nuestro mercado de trabajo, incluida la desbocada temporalidad -p. ej., la regla sobre limitación al encadenamiento de contratos temporales se incorporó al ET en 2006, sin olvidar el estrangulamiento progresivo de la contratación temporal como medida para fomento del empleo a partir de 1994-, por más que aquellas reformas no lograran su propósito; ni la reforma de 2021 se ha olvidado por completo de las exigencias de flexibilidad que recurrentemente demanda el sistema económico y productivo al marco normativo de referencia⁸. En realidad, si la reforma de 2021 hubiera de valorarse, exclusiva o principalmente, a partir de su coincidencia con lo comprometido en el acuerdo de 30 de diciembre de 2019 para la formación del primer Gobierno nacional en coalición de la historia de España, donde se hacía explícita mención a la derogación de la reforma laboral de 2012, el balance solo podría ser decepcionante (la mayor

⁷ MELLA MÉNDEZ, L., “Valoración general ...”, *cit.*, p. 2.

⁸ GARCÍA MURCIA, J., “Otra reforma laboral”, en VV.AA. (GARCÍA MURCIA, J., editor), *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, *cit.*, p. 27.

parte de la reforma de 2012 de signo flexibilizador ha sido “normalizada” en tanto que asumida por el nuevo Gobierno), cuando, en realidad, estamos ante una reforma que, con todas las matizaciones que se quiera, cabe calificar de sensata, equilibrada y prudente.

Como objetivos específicos, la reforma de 2021 se propone incrementar la estabilidad en el empleo y combatir el recurso abusivo e injustificado a la contratación temporal, atendiendo los requerimientos hechos a nuestro país desde la UE (Comisión, TJUE); esta es, sin duda, su aspiración principal; pero también persigue promover y mejorar la formación y la inserción laboral de los más jóvenes; reequilibrar el poder contractual de las partes que intervienen en los procesos de negociación colectiva (equilibrio perdido con la reforma de 2012), empoderando al convenio sectorial; poner coto a determinadas prácticas que estaban menoscabando los derechos y garantías de las personas trabajadoras implicadas en estrategias de externalización productiva; reinstaurar la ultraactividad indefinida de los convenios colectivos, una vez expirada su vigencia, para evitar vacíos de regulación sin tener que recurrir a tan bienintencionadas como perturbadoras interpretaciones jurisprudenciales (como la inefable construcción, obra de la Sala IV, sobre la contractualización tácita de las condiciones de trabajo del convenio estatutario); por último, esta reforma, potencia el recurso a mecanismos de flexibilidad interna por las empresas, concretamente los expedientes de regulación temporal de empleo (ERTEs), que tan excelentes resultados depararon durante la crisis pandémica, para preservar la continuidad del empleo en coyunturas económicas adversas y de transformación productiva como alternativa a la temporalidad y a los despidos. Todas estas actuaciones tienen su encuadre en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, presentado por el Gobierno español a la UE para recibir fondos para la recuperación económica⁹, dentro del Componente 23, relativo a las “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, que estableció como reto y objetivo impulsar, “en el marco del diálogo social”, la reforma del mercado laboral español “para adecuarlo a la realidad y necesidades actuales, de manera que permita corregir las debilidades estructurales, con la finalidad de reducir el desempleo estructural y el paro juvenil, corregir la dualidad, mejorar el capital humano, modernizar la negociación colectiva y aumentar la eficiencia de las políticas públicas de empleo, dando, además, un impulso a las políticas activas de

⁹ Aprobado por las instituciones europeas el 13 de julio de 2021.

empleo, que se orientarán a la capacitación de los trabajadores en las áreas que demandan las transformaciones que requiere nuestra economía”.

III. MÁS EMPLEO INDEFINIDO Y MENOS PARO, PERO CON ALGUNAS ZONAS DE SOMBRA Y VARIAS INCÓGNITAS

1. Situación del mercado de trabajo previa a la reforma 2021 del sistema de contratación laboral

Se esté o no de acuerdo con las medidas implementadas por la reforma laboral de 2021, lo que ningún observador mínimamente riguroso e imparcial podrá negar es que la realidad de nuestro mercado de trabajo a finales de ese año ofrecía un panorama dantesco. Como expresa el apartado I del preámbulo del RDL 32/2021, la combinación de desempleo y temporalidad “ha dado lugar a que el trabajo en nuestro país esté especialmente afectado por la precariedad, como inquietante realidad que da lugar a malas condiciones de empleo, priva a nuestro sistema productivo de desplegar toda su capacidad y dificulta una ciudadanía plena en el trabajo”. Y si bien se reconoce que la norma laboral no es el único marco desde el que afrontar y resolver estos problemas, “es imprescindible que las reglas que regulan el trabajo por cuenta ajena brinden el marco oportuno para unas relaciones laborales sanas, no basadas en la precariedad y que garanticen el trabajo con derechos como expresión concreta del mandato que expresa el artículo 9.2 de la Constitución Española”.

No estará de más recordar que, en 2021, España encabezaba el ranking europeo en contratos temporales, con una diferencia de casi 12 puntos porcentuales sobre la media de la Unión Europea. Como expresa el apartado 2 del preámbulo del RDL 32/2021, este exceso de temporalidad “ejerce una fuerte presión sobre los salarios y el resto de las condiciones de trabajo, convirtiéndose en un instrumento para la devaluación salarial que, por un lado, deteriora el nivel de vida de las personas y, por otro, debilita la demanda interna y, por lo tanto, la capacidad de crecimiento económico de nuestro país”. Ello se acompaña de una “reducción en los niveles de competitividad y productividad de las empresas por una menor inversión en formación y menor capacidad de adaptación a los cambios y mejoras tecnológicas (sin estabilidad en el empleo no hay inversión real en formación)”. Además, la temporalidad se reparte de forma desequilibrada

según la edad o el género, dando lugar a un modelo de relaciones laborales desigual e injusto, donde son especialmente las mujeres y los jóvenes quienes sufren los mayores niveles de precariedad. Y ello sin perder de vista que un nivel de rotación laboral muy elevado, con muchas personas en flujo continuo entre el desempleo y el trabajo temporal, “resulta ineficiente para las personas trabajadoras, pero también para las empresas, que tienen que pagar indemnizaciones por fin de contrato; y para el sector público, que financia con prestaciones por desempleo este proceso de rotación continua”.

2. Medidas normativas para incentivar la estabilidad del empleo y combatir la temporalidad

El Preámbulo del RDL 32/2021 afirma que para reducir la temporalidad “es necesario simplificar los tipos de contratos, generalizar la contratación indefinida y devolver al contrato temporal la causalidad que se corresponde con la duración limitada”. Un elevado número de contratos temporales estaban formalizados en fraude de ley, una lacra que la reforma se propone combatir.

A tal efecto, la reforma de 2021 interviene con varias medidas, de entre las que cabe destacar:

a) *La presunción de que el contrato de trabajo se concierta por tiempo indefinido.*- Regresa al art. 15.1 del Estatuto de los Trabajadores, después de cuarenta años, la presunción general de que el contrato de trabajo se entiende concertado por tiempo indefinido (preferencia legal por la contratación estable que en la redacción anterior estaba implícita, al presumir el legislador el contrato indefinido ante el incumplimiento de un deber legal). Esta presunción expresa se acompaña de un conjunto de reglas que la refuerzan. Así, desaparece la mención al fraude de ley como factor detonante de la conversión en fijo del contrato temporal; en su lugar, se consideran fijas -conversión automática- las personas contratadas por tiempo determinado cuando se incumplen los requisitos establecidos para la contratación temporal o no han sido dadas de alta en la Seguridad Social una vez transcurrido un plazo igual al que legalmente se hubiera podido fijar legalmente para el período de prueba (art. 15.4 ET). También cuando la empresa encadena contratos temporales con la misma persona por circunstancias de la producción, con o sin solución de continuidad, durante un determinado periodo fijado legalmente, rebajándose los plazos previstos

en la regulación anterior para acceder al estatuto de fijeza (art. 15.5, pár. 1º, ET) o cuando el puesto de trabajo, no importa que la persona lo desempeñe por primera vez, ha estado ocupado mediante contratos de duración determinada durante ese periodo (art. 15.5, pár. 2º, ET).

b) *La simplificación de las modalidades de contratación temporal.*- La reforma reduce la posibilidad de concertar contratos temporales a solo dos situaciones, la sustitución de personas trabajadoras con derecho a la reserva del puesto de trabajo (con cambios poco significativos respecto al anterior contrato de interinidad) y la atención de circunstancias extraordinarias de la producción (reconfiguración del precedente contrato eventual con modificaciones de diverso orden, causales y temporales), eliminando de forma radical el histórico y muy utilizado contrato temporal para obra o servicio determinado (que suponía el 40% de la contratación temporal en España) a partir del 30 de marzo de 2022, si bien los contratos vigentes se mantienen transitoriamente. El Gobierno-legislador se ha decantado por una medida de cirugía jurídica como remedio contra el mal de la temporalidad injustificada. Al suprimirse la modalidad de contratación temporal más explotada, sin facilitarse el tránsito de los supuestos que se cobijaban en la misma, lícitamente o no, hacia otros tipos contractuales de duración determinada, cabía esperar un importante repunte de los contratos indefinidos a resultas de esta decisión de política legislativa (como efectivamente ha ocurrido). Soluciones menos drásticas, como la conservación de esta modalidad contractual en nuestro ordenamiento jurídico, pero dotándola de un ámbito material más restringido y sometida a mayores controles -la determinación de las evanescentes nociones de “autonomía” y “sustantividad” propia dentro de la actividad normal de la empresa para la justificación de este contrato han sido motivo de abundante litigiosidad y una invitación constante al fraude-, han sido descartadas por su previsible ineficiencia. La situación sigue siendo compleja, no obstante, a tenor de la nueva regulación del contrato por circunstancias de la producción, particularmente en cuanto a la concreción de las circunstancias previsibles e imprevisibles que pueden justificar su celebración y la delimitación de sus fronteras (problema nunca bien resuelto) con el contrato de trabajo fijo discontinuo. En todo caso, la reforma acorta la duración de los contratos temporales, propiciando con ello su transición a la contratación estable con mayor celeridad.

De otro lado, la reforma de 2021 ha revisado el régimen jurídico de los contratos formativos en el art. 11 del ET. Cambios semánticos al margen, el contrato formativo sigue persiguiendo dos objetivos distintos (la

formación en alternancia con el trabajo remunerado y la obtención de práctica profesional adecuada al nivel de estudios), que se corresponden con los objetos propios de los dos contratos anteriores (contrato para la formación y el aprendizaje, contrato en prácticas). Los contratos formativos han estado sometidos en las últimas décadas a vaivenes normativos constantes, en los que el componente formativo y la lógica de la inserción laboral han sido ganando o perdiendo terreno, respectivamente, al albur de las circunstancias del mercado de trabajo: cuanto mayor era el desempleo juvenil, más se potenciaba el ingrediente de inserción laboral, y viceversa, en las coyunturas de cierta relajación de las cifras de desempleo resurgía la vocación genuinamente formativa del contrato, con reforzamiento de los derechos de la persona trabajadora¹⁰. Aunque la reforma de 2021 se produce en un contexto de alto desempleo juvenil, el legislador ha optado por reforzar la dimensión formativa que está en el código genético de este tipo de contratos; aspectos formativos vinculados con el desarrollo de una actividad laboral retribuida que aún están por concretar en los imprescindibles, y por el momento ausentes, desarrollos reglamentarios de la reforma. En definitiva, se busca ampliar la cualificación profesional de las personas jóvenes al tiempo que favorecer su inserción laboral, con mejoras en las condiciones de trabajo y de empleo de este colectivo.

c) *La potenciación del contrato de trabajo fijo discontinuo.*- La reforma de 2021 ha venido a potenciar el contrato de trabajo fijo discontinuo, una modalidad tradicionalmente reservada para las actividades estacionales o de temporada de carácter cíclico (p. ej., recolecciones agrarias) que con demasiada frecuencia ha sido reemplazada por contratos temporales con sacrificio del principio de estabilidad en el empleo, pasando a convertirse en la modalidad “estrella” de la reforma. La Exposición de Motivos del RDL 32/2021 destaca, como principal aportación de la modificación operada en el art. 16 ET, la desaparición de “la artificial distinción de régimen jurídico entre contratos fijos periódicos y fijos discontinuos, respondiendo de hecho a lo que ya existe a efectos de protección social, al existir una identidad en el ámbito objetivo de cobertura y evitando con ello diferencias de trato injustificadas”. De este modo, la nueva redacción del precepto “afina su definición de forma que lo decisivo es el objeto o la naturaleza de los trabajos realizados, de carácter estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación

¹⁰ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y CUETO IGLESIAS, B., “Contratos formativos”, en VV.AA., *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, cit., p. 137.

intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados”. Por consiguiente, “no resulta justificado distinguir ni a efectos legales ni conceptuales el fijo discontinuo del fijo periódico, incluyéndolos en una categoría y régimen común que subraya el carácter indefinido de la relación laboral y recoge un catálogo de derechos de las personas trabajadoras que, sin perjuicio de las especialidades asociadas a esta modalidad contractual, garantiza el principio de no discriminación e igualdad de trato”.

Como se sabe, el divorcio entre las dos modalidades de trabajo fijo-discontinuo, el fijo periódico que se repite en fecha ciertas y el fijo-discontinuo de naturaleza estacional cuya reactivación no se ajusta a un calendario preciso, tuvo lugar con la reforma instrumentada por el RDL 5/2001, de 2 de marzo (luego transformado en Ley 12/2001, de 9 julio), que extrajo del art. 12 ET la regulación del trabajo fijo-discontinuo de fecha incierta, llevándola al art. 15.8 ET, mientras que el fijo periódico siguió regulado, como una variante del contrato indefinido a tiempo parcial, en el art. 12.3 ET. Más tarde, el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que aprueba el nuevo Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, trasladaría el contenido del art. 15.8 al art. 16, donde se regula actualmente el contrato fijo-discontinuo como modalidad contractual autónoma. Fue aquella, sin duda, una decisión política equivocada, generadora de una dispersión normativa carente de justificación, que dio paso a una regulación imprecisa, técnicamente defectuosa y causante de abundante litigiosidad, y que ahora, en mi opinión con buen criterio, se corrige.

Pero no se detienen aquí los cambios en materia de trabajo fijo-discontinuo. Como se puede seguir leyendo en la citada Exposición de Motivos, la funcionalidad del contrato fijo-discontinuo se expande para integrar “las actividades realizadas al amparo de contratos mercantiles o administrativas”, con lo que el contrato fijo-discontinuo está llamado a convertirse en el sustituto del contrato para obra o servicio determinado en ese ámbito. Incursión del contrato fijo-discontinuo en el ámbito de las relaciones interempresariales que comprende un territorio más extenso, pues también se autoriza su utilización para atender el objeto de contratos de puesta a disposición suscritos por empresas de trabajo temporal (ETTs), algo que la regulación precedente no contemplaba y que la jurisprudencia había excluido expresamente.

Por otro lado, la regulación que la nueva versión del art. 16 ET dedica a esta modalidad contractual fija o indefinida es más extensa y garantista que la anterior, buscando asegurar “la estabilidad, la transparencia y la previsibilidad del contrato a través de una mejora de la información sobre la jornada y los períodos de actividad en el contrato de trabajo”, al tiempo que otorga un papel muy relevante a la negociación colectiva en aspectos relacionados con el régimen de llamamiento y con la formación y la mejora de empleabilidad de las personas fijas-discontinuas durante los períodos de inactividad.

Cabe señalar que la potenciación del contrato de trabajo fijo-discontinuo supone un importante instrumento de flexibilidad a disposición de las empresas para gestionar este nuevo escenario de limitación de la pluralidad de modalidades contractuales temporales tradicionalmente preexistentes en nuestro ordenamiento, con ventajas tanto para las empresas, a las que se facilita la tarea de adaptación a las fluctuaciones de la demanda y de los ciclos productivos, manteniendo un personal estable y con una formación y experiencia ya probada (sin volver a invertir en la cualificación de nuevos trabajadores temporales) y sin obligación de abonar salarios, cotizaciones ni indemnizaciones por cese durante los períodos de inactividad; como para las personas trabajadoras, que cuentan con el derecho de ser reincorporadas en su puesto cuando se reanude la actividad y pueden beneficiarse de la prestación por desempleo durante los períodos de inactividad. Si acaso, podrán surgir dificultades en situaciones de ausencia de disponibilidad de los trabajadores fijos-discontinuos cuando la empresa vuelva a requerir sus servicios y aquellos no respondan a la convocatoria por estar ocupados en otra empresa (supuesto no descartable en el caso de especialidades profesionales con alta demanda en el mercado)¹¹.

d) *El reforzamiento del principio de causalidad en la contratación.*- Junto al restablecimiento de la presunción sobre el carácter indefinido del contrato de trabajo y la derogación del contrato temporal para obra o servicio determinado, la reforma ha reforzado el principio de causalidad, ya existente con anterioridad, con una medida dirigida a evitar el uso fraudulento de los contratos temporales. Dispone el RDL 32/2021 que, para estimar la concurrencia de la causa justificativa de la temporalidad, es necesario que en el contrato se especifiquen, con precisión, los siguientes

¹¹ CAVAS MARTÍNEZ, F., “El nuevo contrato fijo discontinuo en la reforma laboral de 2021”, en VV.AA., *La reforma laboral de 2021: estudio técnico de su régimen jurídico*, Murcia, Laborum, 2022, p. 119.

datos: la causa habilitante del contrato temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista (art. 15.1, pár. 3º, ET). En consecuencia, no basta con indicar una causa legal de temporalidad (una de las previstas en los arts. 11 o 15 ET), sino que será necesario explicitar las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho, pues solo de ese modo será preciso concluir si la causa elegida es la correcta y la duración prevista está justificada. En la misma línea de refuerzo del principio de causalidad convergen las nuevas previsiones sobre reducción del límite temporal en los encadenamientos de contratos temporales para ser fijos, la penalización de las bajas en contratos temporales inferiores a 30 días y el endurecimiento de las sanciones por contratar temporalmente en fraude de ley. Si las reformas anteriores pensaron en el empleo en términos prioritarios de cantidad (más empleo), la reforma actual ha puesto mayor énfasis en la dimensión cualitativa del empleo (en búsqueda de un empleo más seguro, más estable o más “decente”).

3. La situación del mercado de trabajo español tras la reforma laboral de 2021: mitos y realidades, a la luz de los datos estadísticos

Si algunos pensaron en un principio que esta drástica restricción en la contratación temporal podría traducirse en pérdida de puestos de trabajo, porque las empresas no estarían dispuestas a sustituir empleo temporal por fijo al resultarles más costoso, los datos de afiliación, desempleo y contratación registrados a partir de enero de 2022 desmienten de manera irrefutable este pesimista vaticinio¹². Pese a las incertidumbres del contexto económico en que se viene aplicando la reforma, causadas por diversos eventos -elevada inflación, invasión de Ucrania, post-pandemia, disrupción digital...-, lo cierto es que los indicadores de empleo no han dejado de mejorar, habiendo cerrado el 2022 con 20,3 millones de afiliados en términos desestacionalizados, 471.360 afiliados más que un año antes. Al finalizar el año 2022, el empleo se encontraba en su nivel más alto desde hace 14 años, con una repercusión singularmente positiva tanto en las mujeres como en los más jóvenes. Esta tendencia se ha visto confirmada por los datos oficiales de afiliación correspondientes a mayo de 2023, conforme a los cuales se han superado por primera vez los 20,8 millones de personas

¹² Para la elaboración de este ensayo, se ha manejado la información estadística oficial que publican mensualmente el Ministerio de Trabajo y Economía Social, el SEPE, la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y el INE (EPA).

afiliadas (20.815.399), con un incremento intermensual del 0,97%. En términos interanuales, el crecimiento es del 2,9%, con 582.676 afiliados más que en mayo de 2022.

Por otro lado, el número de personas desempleadas en diciembre de 2022 fue de 2.837.653, la cifra más baja desde 2007 y muy lejos del máximo de seis millones de personas desempleadas de 2013. Según datos de Eurostat, la tasa de paro ha bajado casi 2 puntos en 2022 y se sitúa en el 12,7 %, su valor más bajo desde 2008. Si queremos una foto más actual, el paro registrado en mayo de 2023 se ha situado en un total de 2.739.110 personas, la cifra más baja en un mes de mayo desde 2008. La reducción del desempleo masculino y del femenino es similar en términos absolutos, pero persiste la brecha de género, con un total de 1.655.027 mujeres desempleadas inscritas por los 1.084.083 hombres en paro. La caída del desempleo también favorece a los más jóvenes (< 25 años), con 188.043 parados inscritos, el menor registro de toda la serie histórica. Por tanto, la reforma de 2021 no se ha cobrado ninguna factura en términos de pérdida de puestos de trabajo.

En cuanto a contratación, durante el año 2022 se firmaron un total de 18.310.343 contratos, que son 4.201.787 contratos menos que en el mismo periodo de 2019 y más de un millón menos que en el mismo periodo de 2021, lo que no debe interpretarse como un mal dato sino todo lo contrario, un efecto esperado, en términos de estabilidad, tras la puesta en marcha de las nuevas reglas sobre contratación laboral. Supuestos que antes de la reforma se habrían acogido -legal o ilegalmente- a alguna de las modalidades de contratación temporal (en especial, obra o servicio determinado), al tener cerrada esa vía, se han canalizado hacia el contrato indefinido.

En cuanto al tipo de empleo creado, en el primer año completo de aplicación de la reforma, sus efectos positivos sobre la estabilidad del empleo se evidencian en el fuerte impulso de la contratación indefinida. Los afiliados con contrato indefinido a finales de 2022 eran 2,3 millones más de los que había al cierre de 2021.

La proporción de contratos indefinidos sobre el total de contratos fue en 2022 del 38,4% (4 de cada 10 nuevos contratos). En total se suscribieron más de siete millones de contratos indefinidos (7.027.160), casi cinco millones más que los que se rubricaron en 2021, y 7,6 millones de contratos temporales menos de lo que era habitual en años anteriores, una

proporción inédita hasta la fecha, que ha ido consolidando este cambio estructural entre el empleo indefinido y el temporal a lo largo del año 2022. Entre enero de 2022 y mayo de 2023, el número de afiliados con contratos indefinidos ha crecido más de 3 millones.

Según la EPA, la temporalidad descendió en el último cuatrimestre de 2022 hasta el 17,9%, hundiéndose, computando la tasa de temporalidad de la afiliación, hasta el 13,2% en mayo de 2023 (muy lejos del 27% anterior a la reforma). De los 4 millones de empleados que tenían contrato temporal en el primer trimestre de 2022 y siguen en alta, 2,3 millones o el 54% tienen ahora un contrato indefinido. No cabe olvidar que, antes de la pandemia y de la reforma laboral, solo uno de cada diez contratos firmados cada año era por tiempo indefinido, siendo el resto contratos temporales en precarias condiciones laborales. Un balance que se ha visto parcialmente empañado por el desfavorable comportamiento de la temporalidad en el sector público, donde la reforma no está resultando eficaz, con tasas de empleo temporal superiores al 30%; con todo, es previsible que esta situación revierta a medida que avancen los procesos de estabilización de empleo público temporal activados a finales de 2021.

Este cambio en la composición contractual del mercado de trabajo como consecuencia de la entrada en vigor de la reforma laboral pone en evidencia las prácticas de contratación a las que venían acudiendo muchas empresas, mediante la utilización abusiva y en fraude de ley de una contratación temporal que no se adecúa a la naturaleza permanente de las tareas a desarrollar.

La contratación acumulada en los cinco primeros meses de 2023 ha alcanzado una cifra de 6.170.023, lo que supone 1.632.895 contratos menos (-20,93%) que en igual periodo del año anterior. Ello es debido a dos circunstancias: de un lado, a que la comparación se realiza con el mes de mayo de 2022, cuando se produjo un gran incremento de la contratación indefinida con motivo de la plena entrada en vigor de la reforma laboral un mes antes; de otro, a la reducción de la rotación laboral que implica ese aumento de empleo indefinido. Así, el menor número de contratos realizados supone un aspecto positivo, derivado de que el mercado laboral comienza a mostrar signos de estabilización, y lo hace además manteniendo el peso de los indefinidos sobre el total de contratos en niveles elevados (44,25% en mayo de 2023). La dualidad del mercado de trabajo no ha desaparecido, pero el favorable cambio derivado de la actualización del marco normativo laboral es indudable.

El desplazamiento hacia la estabilidad en el empleo ha beneficiado especialmente a las mujeres y a las personas jóvenes. En el caso de las mujeres, a finales de 2022 se había reducido a la mitad el diferencial con Europa hasta dejarlo en apenas seis puntos. Entre los menores de 30 años, la tasa de temporalidad se había reducido trece puntos. Tres de cada cuatro jóvenes tenían un contrato indefinido al terminar 2022, frente a uno de cada dos antes de la reforma laboral. En términos absolutos, en diciembre de 2022 había 2.013.724 afiliados jóvenes con contrato indefinido, 807.836 más que un año antes.

Resulta especialmente llamativo el aumento del empleo estable en sectores como la hostelería, el comercio, agricultura o la construcción, con unos niveles de contratación temporal tradicionalmente elevados. Hay que destacar que el 51% de los contratos firmados desde el 1 de abril de 2022 en la agricultura y el 78% en la construcción son de carácter indefinido. En estos sectores, el desplazamiento de previos contratos temporales hacia contratos indefinidos ordinarios y fijos discontinuos está siendo más intenso, en función de las particularidades de cada sector. No obstante, y por lo que se refiere a la construcción, la eliminación del contrato fijo de obra -al que la STJUE de 24 junio 2021 (C-550/19) dejó muy maltrecho- y su reemplazo -fruto del diálogo social- por el contrato indefinido adscrito a obra, con un peculiar y flexible régimen extintivo que, como en el anterior contrato fijo de obra, busca conciliar los intereses de ambos contratantes, no libra a esta figura de ciertos inconvenientes técnicos (en aspectos tales como su convivencia con las modalidades comunes de contratación laboral, las transiciones entre obras de la empresa dentro la misma provincia, o los derivados de la ausencia de precisión de muchas de sus previsiones legales), aunque sin duda las sombras más espesas que se ciernen sobre este tipo contractual, hasta el punto de comprometer su mantenimiento futuro, tienen que ver con su difícil adecuación a las exigencias del ordenamiento comunitario, en especial porque la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio, sobre despidos colectivos, no parece compadecerse con una regulación nacional como la española que pretende excluir su aplicación al contrato indefinido adscrito a obra en la construcción, definiendo como “motivos inherentes a la persona del trabajador” sucesos extintivos que nada tienen que ver con tal realidad (v.gr., inexistencia de obras en la provincia con independencia del número de trabajadores afectados)¹³.

¹³ FERNÁNDEZ MÁRQUEZ, O., “El contrato indefinido para obras de la construcción”, en VV.AA., *Opiniones sobre la reforma laboral 2021-2022*, cit., págs. 251-252.

En cuanto a la distribución del empleo fijo, se observan incrementos en todas las modalidades de contratación indefinida. En términos acumulados, según datos del SEPE, los contratos indefinidos a tiempo completo alcanzaron de enero a diciembre de 2022 un total de 2.966.106, un aumento de 1.673.183 (129,41%) que en igual periodo del año 2021. Por su parte, los contratos indefinidos a tiempo parcial suponen un total de 1.741.527, registrando un aumento de 1.184.020 (212,38%) en relación al mismo periodo del año anterior. Pero, sobre todo, destaca la explosión del contrato de trabajo fijo discontinuo, existente antes de la reforma laboral de 2022 pero escasamente utilizado, salvo en algunas comunidades autónomas y ramas de actividad, aquellas condicionadas por la estacionalidad en su operativa (como la agricultura, la educación, el comercio o la restauración). A lo largo de 2022 se cerraron 2,3 millones de contratos de esta clase, que son un 860% más que los registrados en 2021 y representan el 33% del total de contratos por tiempo indefinido computados en ese periodo. Importa señalar que, tras un año de entrada en vigor de la reforma, más de la mitad de estos contratos se ha concentrado en esos cuatro sectores caracterizados por una alta estacionalidad, reemplazando a la contratación temporal. La supresión del contrato de obra o servicio determinado ha permitido adecuar la contratación en dichos sectores a la figura contractual que por su naturaleza resulta indicada para este tipo de actividades y empresas, el contrato de trabajo fijo-discontinuo, por lo que no puede mantenerse que se haya realizado un trasvase masivo de contratación temporal hacia la figura de fijos discontinuos en sectores o tipos de actividad que por su naturaleza no justifican la utilización de esta modalidad de contratación¹⁴.

A la vista de esta mayor presencia del contrato fijo discontinuo - caracterizado por la alternancia de ciclos de incremento de trabajo intermitentes con otros de baja o nula actividad- en el conjunto de la contratación indefinida de 2022, algunos estudios económicos concluyen que la reforma de 2021, si bien ha recortado la temporalidad contractual, no ha conseguido rebajar la temporalidad “real” que expresan los flujos agregados de salida del empleo hacia situaciones de paro o inactividad, los cuales se habrían incrementado para los trabajadores con contratos temporales o fijos discontinuos, siendo inferiores dichos flujos para los

¹⁴ CGT, *Reforma Laboral de 2021*. Informe de Balance. Marzo 2023, p. 7.
ACDCT, VOL. XIV (2022), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 61-92

trabajadores con contratos indefinidos ordinarios¹⁵. Para estos análisis, el contrato fijo discontinuo no habría mejorado la estabilidad en el empleo, pues antes de la reforma laboral de 2021 ya existían acuerdos implícitos que otorgaban “cierta estabilidad” a las recontrataciones de trabajadores temporales, mientras que la reforma se habría limitado a convertir en explícitos dichos acuerdos a través de los fijos-discontinuos, pero sin que ello comporte un mayor número de horas y días trabajados al año.

Esta valoración no resiste el contraste con los datos de empleo que se vienen sucediendo desde la entrada en vigor de la reforma. No cabe negar que el número de contratos fijos discontinuos se ha multiplicado casi por diez, pero el hecho indiscutible es que el porcentaje de contratos indefinidos ordinarios a tiempo completo representa el 42,9% del total de contratos indefinidos, diez puntos porcentuales por encima de los contratos fijos-discontinuos. De hecho, los contratos a tiempo completo han ganado peso sobre el total de contratos firmados.

No admite discusión que un contrato indefinido a tiempo completo es preferible y, en términos generales, supera en calidad de empleo a un contrato fijo discontinuo, pues mientras que el primero procura ocupación e ingresos a su titular durante todo el año, en el contrato fijo discontinuo la retribución anual es menor debido a la intermitencia de períodos de trabajo y desempleo (por lo demás, subsidiado). En muchos casos es la propia naturaleza de la estructura productiva la que condiciona el tipo de contrato a realizar, siendo la irregularidad de la actividad empresarial la que impide que la dedicación laboral se mantenga de forma ininterrumpida los 365 días del año (salvo el periodo de vacaciones). No todo podía ser trabajo fijo continuo a partir de la reforma, pues para ello es necesaria una reestructuración profunda de nuestro tejido productivo, lo que no es nada fácil ni rápido de conseguir (desde luego, no puede imponerse a golpe de BOE). Pero este es un dato con el que ya contaba la reforma consensuada en su propósito de alimentar la transición desde el consumo masivo de contratos temporales hacia el contrato indefinido.

Lo que en modo alguno se sostiene es que los contratos fijos discontinuos sean en realidad contratos temporales “encubiertos”, a los que simplemente se les ha cambiado el nombre para maquillar las estadísticas, como se ha esgrimido desde algunas instancias políticas y económicas para

¹⁵ FEDEA, *Observatorio Trimestral del Mercado de Trabajo*, Boletín nº 5, junio de 2023, pág. 3.

deslegitimar la reforma. Se aduce en este sentido que las bajas en Seguridad Social de los contratos fijos discontinuos al concluir el periodo de actividad coinciden con las extinciones de los anteriores contratos temporales, con la única diferencia de que en el contrato fijo discontinuo el vínculo no se ha extinguido.

La inapelable realidad es que los contratos fijos discontinuos son una modalidad del contrato indefinido o estable, con el aumento de derechos que ello comporta. A diferencia del trabajador temporal, que va encadenando contratos sin garantía alguna de ser recontratado, la persona con un contrato fijo discontinuo tiene asegurado el retorno al trabajo cuando se reactiva la actividad para la que fue contratada, ya que su contrato es indefinido, y si la empresa no la convoca sin una causa justificada, podrá demandar por despido improcedente, con derecho, en su caso, a la indemnización de 33 días de salario por año de servicios establecida en el art. 56 del ET (que es superior a la de 12 días por año trabajado que genera la finalización de un contrato temporal). No parece que la mayoría de las personas prefieran encadenar contratos temporales, con la esperanza de ser recontratadas y devengar así la pírrica indemnización de doce días de salario al finiquitar cada contrato. Además, durante los periodos de inactividad, las personas fijas discontinuas pueden trabajar en otras empresas o, si no encuentran ocupación, percibir la prestación de desempleo si han generado derecho a este. Asimismo, devengan antigüedad como el resto de trabajadores, desde el inicio de la relación laboral, incluidos los periodos de inactividad, con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia. Asimismo, la estabilidad en el puesto de trabajo, que la persona trabajadora regrese cada temporada turística o cada campaña agrícola (por ejemplo) a su puesto en la misma empresa, incentiva también que esta invierta en su formación y progresión profesional. Todo ello al margen del impacto positivo que la contratación estable despliega en otros ámbitos, laborales y extralaborales: mayor productividad y compromiso con la organización, menor siniestralidad laboral, mayores opciones para diseñar un proyecto de vida a largo plazo, acceso a préstamos, alquiler de vivienda, entre otras ventajas.

Otro dato destacable es que los varones con un contrato fijo discontinuo están ganando peso sobre el total de personas ocupadas bajo esta modalidad. En 2022 los hombres representaban un 58,10% del total de fijos discontinuos. Este resultado puede estar reflejando la cobertura bajo esta modalidad contractual de empleo que anteriormente se atendía con

contratos de obra o servicio, y cuya composición estuviera masculinizada. En todo caso, es una tendencia que habrá que comprobar más adelante cuando haya más información disponible.

En los últimos meses hemos asistido a una encendida polémica a cuenta de la forma de computar en las estadísticas de desempleo a las personas con contrato de trabajo fijo discontinuo sin actividad. El SEPE no los computa como parados. Técnicamente, los fijos discontinuos “inactivos” no han perdido su empleo, pues su relación laboral no se ha extinguido, únicamente está “suspendida” a la espera del siguiente llamamiento. Pero no es cuestionable que, cuando no trabajan, están en situación legal de desempleo. El SEPE los incluye en el registro de demandantes de empleo con relación laboral, donde también se anotan, entre otros, los trabajadores afectados por un ERTE, pero sin distinción entre ellos. De ahí que para medir de forma adecuada el impacto de la reforma en materia de contratación laboral, y en aras de la transparencia, sería recomendable que las estadísticas incluyan datos desagregados de trabajadores fijos discontinuos en situación de baja por inactividad, con detalle de las altas y bajas que se registran en el año, a ser posible por sectores y ramas de la economía, lo cual permitiría conocer la duración de los periodos de falta de ocupación, un dato sin duda relevante para calibrar la calidad del empleo de este colectivo y poder diseñar estrategias en el marco de las políticas de empleo focalizadas hacia estos trabajadores.

Regresando al plano normativo, y ante la falta de doctrina judicial (por el escaso tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la reforma), subsisten las mismas dudas e incertidumbres derivadas de las lagunas, inexactitudes y el excesivo recurso a conceptos jurídicos indeterminados en el texto de las normas, o, por poner el foco en la modalidad contractual estrella de la reforma, con la “desestacionalización” de que ha sido objeto el contrato de trabajo fijo discontinuo, que hace muy problemático su deslinde de otras modalidades contractuales (como el contrato temporal por circunstancias de la producción ocasionales y previsibles o el contrato indefinido a tiempo parcial), amén de los problemas interpretativos que plantea la ausencia de regulación convencional -sin previsión legal supletoria- en cuestiones en las que la norma es incompleta y reclama la intervención del convenio colectivo o el pacto de empresa (por ejemplo, para permitir la concertación de contratos fijos discontinuos a tiempo parcial, o la determinación de la forma y orden de los llamamientos).

Tras la entrada en vigor de la reforma laboral, con el cambio producido en la contratación temporal y las dificultades para su utilización, las empresas de trabajo temporal (ETTs) han tenido que adaptarse al nuevo sistema potenciando líneas de negocio no vinculadas directamente con la contratación temporal, sino orientadas a la formación de las personas trabajadoras y a la selección de personal, como líneas para generar actividad dentro de sus organizaciones. Asimismo, han tenido que realizar un considerable esfuerzo para encajar en su modelo de negocio la figura del contrato de trabajo fijo discontinuo, prohibido por la jurisprudencia y ahora autorizado por la ley, bien que con la importante limitación de que la ETT no puede recurrir a este tipo de contrato para atender necesidades habituales, previsibles e intermitentes de la empresa cliente sino únicamente necesidades temporales de esta. Y es que la habilitación a las ETTs para formalizar contratos fijos-discontinuos sigue yendo de la mano de que en la empresa usuaria exista una necesidad temporal o formativa conforme a la nueva configuración legal. En lo que sería el negocio tradicional de las ETTs, como cedentes de personas trabajadoras para cubrir necesidades temporales, la norma deja el mismo margen de maniobra que al resto de empresas para formalizar contratos de duración determinada, que es bastante escaso. Para las ETTs el recurso a la contratación fija-discontinua, a día de la fecha, no puede tener otra finalidad distinta que la de cubrir necesidades temporales en las empresas usuarias suscribiendo, para ello, entre empresas el oportuno contrato de puesta a disposición, por lo que no puede ser sino un recurso transitorio, pues a medida que se vaya reiterando la puesta a disposición para una misma empresa será mayor la probabilidad de que estos contratos empiecen a ser fiscalizados, incurriendo en riesgo de ser sancionadas, debiendo recordarse que la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social -aprobada por Real Decreto Legislativo 5/2000- califica como infracción grave la formalización de contratos de puesta a disposición para supuestos no permitidos, pudiendo imponerse multas que van desde los 1.000 hasta los 10.000 euros por cada puesta a disposición ilegal.

El Ministerio de Trabajo y Economía Social publica con cierta periodicidad estadísticas sobre ETTs, siendo las últimas disponibles de marzo de 2023. Las mismas revelan un descenso notable en el número de contratos de puesta a disposición (-13,1%) respecto al mismo mes del año anterior (que se explica por la desaparición del supuesto de obra o servicio determinado), acompañado de un acusado descenso (-25,7%) en el número de trabajadores con contrato registrado en el SEPE que han sido contratados por ETTs para ser cedidos a empresas usuarias o clientes. En 2022, las ETTs

suscribieron en total 465.118 contratos fijos discontinuos. El incremento de la contratación de personas fijas discontinuas por las ETTs (trabajadores que no suscriben un nuevo contrato cada vez que son cedidos a empresas usuarias o clientes) estaría reduciendo de manera notable el volumen de contratación temporal que anteriormente se efectuaba mediante ETTs.

Ahora bien, la estabilidad es un rasgo del empleo que no guarda relación únicamente con la duración inicial del contrato, sino que también viene determinado por las reglas, más o menos flexibles, sobre extinción de la relación laboral. Es decir, la estabilidad en el empleo tiene una puerta de entrada y otra de salida. De poco sirve que la legislación incentive la contratación indefinida si no promueve en paralelo fórmulas para la retención del empleo indefinido creado o, dicho de otro modo, si sigue incentivando el despido con medidas que lo hacen atractivo en términos relativos para las empresas (p. ej., abaratando su coste). Como se sabe, la reforma de 2021 no ha alterado las reglas en materia de despido, que fueron sustancialmente modificadas por la reforma de 2012, tras la cual, en España sale muy barato extinguir improcedentemente el contrato de un trabajador con poca antigüedad, más aún si percibe un salario bajo. En la medida en que la reforma no ha modificado un coste por despido que es significativamente reducido, existe un incentivo para no prolongar en exceso la duración de este elevado volumen de contratos indefinidos que se viene celebrando recientemente, debido a que el aumento de la antigüedad conlleva la asunción de mayores costes para un empleador que habría preferido contratar temporalmente de habersele permitido¹⁶.

Lo anterior debe ponerse en relación con otro mito o falacia, la supuesta mayor inestabilidad del empleo asociada a la reducción de la duración de los contratos que refleja la estadística. Con datos del SEPE se constata cómo, efectivamente, la duración media de todos los contratos firmados en 2022 (48,3 días) es inferior a la registrada en 2021 (53,4 días) y antes del estallido de la pandemia (49 días), si bien se aprecia una tendencia positiva en lo que va de año (la duración media alcanza los 51,2 días hasta marzo). En consecuencia, la rotación laboral ha aumentado en 2022 respecto

¹⁶ En todo caso, actualmente hay abierto un debate jurídico de altura en España, pendiente de pronunciamiento por parte del Comité de la Carta Social Europea, acerca de si los tribunales deben atenerse al sistema de indemnización tasada previsto en el art. 56 ET para el caso de despido improcedente o pueden incrementar -como ya han hecho algunos órganos judiciales- la referida indemnización, cuando estimen que la misma no resulta suficientemente disuasoria y reparadora, aplicando normas de ámbito internacional como el Convenio 158 de la OIT o el art. 24 de la Carta Social Europea revisada.

a 2021. Pero lo cierto es que no se han producido cambios significativos en el peso que el despido representa en el conjunto de causas que las empresas aducen al tramitar las bajas de contratos indefinidos, con lo que, muy probablemente, esta caída en la duración media de los contratos se explica, de un lado, por la disminución en términos absolutos en el volumen de contratos y el fuerte incremento del número de contratos indefinidos iniciales¹⁷, y, de otro lado, por un aumento en el número de dimisiones voluntarias como transición hacia una mejor ocupación laboral.

En cuanto al incremento en el número de contratos indefinidos que tras la reforma no logran superar el período de prueba (el 7,7% de cada 100 bajas, mientras que en 2021 eran solo 2,5 de cada 100), este dato hace pensar que algunas empresas pueden estar utilizando la fase de prueba, no para el fin que está prevista legalmente, sino como recurso para sustituir figuras de trabajo temporal que se han visto restringidas. Pero la situación actual no parece preocupante. Desde luego, si esta práctica se repite de forma sistemática en una misma organización podría responderse a ella invocando las categorías generales del abuso de derecho y el fraude de ley, dando lugar a despidos improcedentes o, en su caso, nulos. Habrá que poner el foco en la evolución de este tipo de prácticas, que buscan eludir la contratación indefinida y frustrar los objetivos de la reforma.

IV. MEJORA DE CONDICIONES LABORALES EN ACTIVIDADES EXTERNALIZADAS

Con carácter general, las personas trabajadoras que desenvuelven su actividad en el marco de actividades externalizadas tienen unas condiciones de trabajo y de empleo de peor calidad que quienes trabajan directamente para las empresas principales o clientes. Tras el RDL 32/2021, el convenio colectivo de aplicación para las empresas contratistas y subcontratistas será, no el propio de la empresa principal -como en algún momento anterior a la reforma se barajó- sino el sectorial correspondiente a la actividad externalizada (limpieza, seguridad...), con independencia de su objeto social o forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III del ET o la empresa auxiliar cuente con un convenio propio. En realidad, la cuestión relativa a la

¹⁷ UGT (Servicio de Estudios), *Hechos y mitos sobre la reforma laboral 2021*, Análisis y Contextos, Abril 2023, núm. 52, p. 18.

determinación del convenio aplicable a las contratas y subcontratas de obras y servicios no ha cambiado sustancialmente en relación con la situación anterior a la reforma laboral de 2021, pues, en no poca medida, se trata de una opción de política legislativa que se ha limitado a otorgar carta de naturaleza legal a la jurisprudencia existente sobre el particular¹⁸.

Esta previsión debe concordarse con la reforma introducida en el art. 84 del ET (esta sí de mayor fuste), donde se suprime la preferencia indisponible del convenio empresarial respecto de los sectoriales en lo que afecta a la cuantía de la retribución, aun cuando se mantiene la preferencia empresarial fijada con la reforma de 2012 para el resto de las materias. Con ello se evita que, aplicándose el régimen retributivo fijado por un convenio sectorial, este pueda alterarse a la baja por la celebración posterior de un convenio de empresa, práctica habitual en el sector de las contratas y, especialmente, en las empresas multiservicios, que intentaban ofrecer a las empresas principales, antes que un mejor servicio, unos costes laborales más reducidos, con la degradación consiguiente del empleo y las condiciones laborales de sus empleados.

Resulta incuestionable que esta reforma -que podía haber sido más profunda y ambiciosa- supone una mejora en las condiciones laborales de las personas trabajadoras que prestan sus servicios para empresas auxiliares o contratistas. Hay que tener en cuenta que muchos de los convenios de empresas multiservicios establecen para el denominado “personal operativo” un salario igual o en el entorno al salario mínimo interprofesional. Puesto que los salarios de los convenios sectoriales suelen ser superiores a este, las retribuciones de los trabajadores y trabajadoras de las empresas multiservicios crecerán automáticamente hasta ese nivel sectorial. Algunos análisis (UGT) han señalado que el incremento salarial que podría suponer la aplicación de la reforma se sitúa entre los 1.000 y 7.000 euros anuales, dependiendo de la actividad y del ámbito territorial del convenio colectivo sectorial de aplicación, aunque en algunos casos podría alcanzar los 12.000 euros.

En cuanto a las empresas multiservicios, aún no ha transcurrido un tiempo suficiente como para determinar el impacto que esta medida pueda tener en términos de destrucción de empleo o, por otro lado, cese de

¹⁸ MERCADER UGUINA, J.R., “La determinación del convenio aplicable a contratas y subcontratas: entre las expectativas frustradas y el tenor legal”, en VV.AA. (THIBAUT ARANDA, J./JURADO SEGOVIA, A., dirs.), *Interpretación, aplicación y desarrollo de la última reforma laboral*, Madrid, La Ley, 2023, p. 337.

actividad de determinadas empresas de servicios que abandonen el mercado por pérdida de competitividad.

V. COMPORTAMIENTO DE LOS MECANISMOS DE FLEXIBILIDAD INTERNA TRAS LA ERA PANDÉMICA

Tras la efectividad mostrada por los ERTes (suspensiones de contrato y reducciones temporales de jornada) como parte del escudo social implementado durante la crisis pandémica, la reforma laboral incentiva su uso como mecanismo de flexibilidad interna a disposición de las empresas, para consolidarlo como alternativa real y permanente a la utilización del despido objetivo y colectivo por causas ETOP en crisis futuras.

Todavía no se dan las condiciones necesarias para realizar un análisis riguroso sobre el impacto de la nueva regulación sobre incentivos al uso de los distintos instrumentos de ajuste temporal del empleo ante dificultades económicas y/o productivas en el RDL 32/2021.

En materia de ERTes, los datos disponibles son escasamente representativos, pero ello se debe en buena medida a que nos encontramos en un escenario económico que, si bien no está exento de dificultades, tampoco justifica la aplicación generalizada de este tipo de instrumentos. Salvo en casos singulares, no se dan actualmente las circunstancias que podrían justificar un recurso intensivo a los ERTes o al Mecanismo RED. La reforma en esta materia apenas si se ha ensayado. En marzo de 2023 solo había 18.000 afiliados afectados por un ERTE, cifra ínfima en relación con los 3,5 millones de trabajadores que se vieron afectados por un ERTE en el período álgido de la pandemia.

Con todo, un dato positivo a destacar es la centralidad de los ERTes (suspensiones y reducciones de jornada) frente a los despidos colectivos. En cuanto a la causa justificativa, la inmensa mayoría de los ERTes durante la pandemia fueron por fuerza mayor, mientras que en el conjunto de 2022 esta causa es excepcional, predominando las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas (el 87 por 100 del total, frente a un 11 por 100 en 2021). En cuanto al tipo de medida adoptada, no parece que se esté cumpliendo el objeto de la reforma de primar las reducciones de jornada sobre las suspensiones, pues los datos de afiliación

muestran un mayor número de trabajadores afectados por “suspensión total” (68% en la media del año 2022) que por suspensión “parcial”.

En fin, el Mecanismo RED se ha concentrado en un sector muy reducido, el de agencias viajes, y no ha sido prorrogado durante 2023; un instrumento que ha funcionado porque los trabajadores afectados por este Mecanismo, o se han reintegrado mayoritariamente en el sector o han transitado hacia otros sectores tras un proceso de reconversión profesional, pero en cualquier caso no han pasado a engrosar las cifras de desempleados. El Mecanismo RED puesto en marcha para el sector de agencias de viajes, según datos del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones finalizó el año 2022 con un total de 945 trabajadores afectados por este mecanismo, por los 4.183 que se inscribieron el primer día de abril de 2022.

VI. IMPACTO DE LA REFORMA LABORAL EN LA DINÁMICA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En este tema es más fácil hacer predicciones que trasladar certezas, porque no ha transcurrido suficiente tiempo desde la aprobación de la reforma laboral. La negociación colectiva tiene sus propios tiempos, los convenios colectivos se firman para varios años (aunque pueden modificarse durante su vigencia) y habrá que esperar para comprobar si el comportamiento de la negociación colectiva responde a los objetivos que se ha marcado la reforma.

La reforma laboral de 2021 se había propuesto el objetivo de modernizar el sistema de negociación colectiva, acabando con la incorrecta distinción entre convenios colectivos y mecanismos de flexibilidad interna, eliminando la falta de certeza en la utilización de los instrumentos convencionales y reforzando el convenio colectivo sectorial frente al convenio de empresa, previendo los necesarios contrapesos y cautelas que no distorsionen la capacidad competitiva de las empresas ni reduzcan las condiciones laborales de las personas trabajadoras.

Con la reforma también se retorna al régimen precedente de ultraactividad indefinida como regla subsidiaria cuando el convenio colectivo ha sido denunciado y hasta la aprobación del nuevo acuerdo. En todo caso, se trata de una regla supletoria que, en el contexto de nuestro

sistema negocial, se convierte en generalizada y solo en casos muy excepcionales se está viendo alterada por concretos convenios.

El RDL 32/2021 refuerza el protagonismo de la negociación colectiva a través de un elevado número de remisiones al objeto de que los convenios puedan desarrollar su habitual labor de adaptación a las peculiaridades sectoriales y empresariales. Aún no existen análisis rigurosos sobre el nivel de cumplimiento de estas remisiones legales por parte de la actividad negocial (desarrollos convencionales de la reforma a la que insta con encomiable convicción el V AENC), si bien existen ya interesantes muestras de productos convencionales que han asumido el reto de integrar e implementar la nueva regulación heterónoma sobre contratación, p. ej., en relación a diversos aspectos del régimen jurídico del contrato fijo discontinuo¹⁹, las nuevas modalidades de contratación temporal²⁰ o el nuevo contrato indefinido adscrito a obra en el sector de la construcción²¹.

Si atendemos al número de convenios colectivos registrados hasta diciembre de 2022 (datos provisionales)²², se observa que han descendido abruptamente los convenios de empresa respecto al año anterior (751, un -33,4%), pero también ha sido muy acusado el decremento en los convenios de sector (273, un -18,75%)²³. El resultado es que la estructura de la negociación colectiva no se ha modificado sustancialmente. Se mantiene constante el porcentaje de trabajadores afectados por uno y otro tipo de

¹⁹ Posibilidad de contratación fija discontinua a tiempo parcial, sistema de llamamiento, derechos de formación ... Profundizando en la regulación convencional del contrato de trabajo fijo-discontinuo después de la reforma 2021, GOERLICH PESET, J.M., “El contrato fijo-discontinuo: innovación y continuidad”, en VV.AA. (THIBAUT ARANDA, J./JURADO SEGOVIA, A., dirs.), *Interpretación, aplicación y desarrollo de la última reforma laboral*, cit., pp. 165-203.

²⁰ A este respecto, cfr. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y., Reducción de la temporalidad y autonomía colectiva”, en VV.AA. (THIBAUT ARANDA, J./JURADO SEGOVIA, A., dirs.), *Interpretación, aplicación y desarrollo de la última reforma laboral*, cit., pp. 287-316

²¹ Vid. art. 24 bis del VI Convenio colectivo general del sector de la construcción, incorporado por acuerdo de la Comisión Negociadora de este convenio de fecha 18 marzo 2022 (BOE 17 mayo 2022).

²² Fuente: Ministerio de Trabajo y Economía Social. Estadística de convenios colectivos de trabajo (diciembre 2022).

²³ El volumen de convenios registrados con efectos económicos referidos a 2022 ha seguido creciendo durante los cuatro primeros meses de 2023. En concreto, los convenios de empresa registrados entre enero y abril de 2023 con efectos referidos a 2022 asciende a 1.067, mientras que los convenios de ámbito superior a la empresa registrados en el mismo periodo con efectos referidos a 2022 fueron 357.

convenios (por debajo del 10% en los convenios de empresa). Este acusado descenso en ambas unidades de negociación hay que imputarlo a la incertidumbre del momento económico y a la incapacidad de los interlocutores sociales de alcanzar en 2022 un acuerdo interconfederal en materia de negociación colectiva que hubiera fijado orientaciones dirigidas a los sujetos intervinientes en las distintas unidades de negociación (el V AENC se suscribió el 10 de mayo de 2023, dejando fuera el año 2022).

El resultado es que la estructura de la negociación colectiva no se ha modificado sustancialmente. Se mantiene constante el porcentaje de trabajadores afectados por uno y otro tipo de convenios (por debajo del 10% en los convenios de empresa).

No es fácil determinar en qué medida la reducción del número de convenios de empresa firmados en 2022 obedece a la limitación impuesta a esta unidad negociadora para descolgarse de los salarios de sector. Es destacable que entre 2014 y 2021 el incremento salarial medio de los convenios sectoriales fue superior al de los convenios de empresa, mientras que a partir de 2022 se registra el efecto contrario: del total de convenios registrados el año pasado, 2.320 eran de empresa, con efectos sobre 577.300 trabajadores y una subida salarial media del 3,22%, mientras que 764 eran convenios sectoriales y daban cobertura a 8,46 millones de trabajadores, con una subida salarial media del 2,75%.

En cuanto a inaplicaciones o descuelgues de convenios, en 2022 no se ha producido un incremento que invite a concluir que se ha querido compensar por esta vía la imposibilidad del convenio de empresa de concurrir a la baja con el convenio sectorial en materia retributiva. Así, a lo largo de ese año se han depositado en los registros de las autoridades laborales un total de 557 inaplicaciones de convenios, que involucran a 461 empresas y afectan a 21.797 trabajadores, lo que supone un 0,4% menos que en 2021, que además afectan a un 19% menos de trabajadores.

VII. CONSIDERACIONES FINALES

Probablemente el mayor acierto de la reforma laboral 2021 sea haber sido fruto del diálogo social, lo que permite concebir una mayor esperanza en su estabilidad y en la consecución de los efectos pretendidos. Es, además, una reforma prudente y equilibrada, que parte de reformas

anteriores, pero revoluciona el sistema de contratación laboral, siendo capaz de reequilibrar las fuerzas dentro de la negociación colectiva, aunque dejando un amplio margen a la flexibilidad interna para que las empresas con dificultades puedan introducir ajustes sin tener que destruir puesto de trabajo. Una reforma que, además, cuenta con el aval expreso de la UE y ha sido aplaudida por varios organismos internacionales (BCE, FMI, OCDE).

Los datos existentes hasta el momento ofrecen ya valiosa información sobre la evolución de algunas variables esenciales del mercado de trabajo que permiten afirmar que la reforma está transformando la realidad del trabajo en las empresas, aumentando la estabilidad del empleo, reduciendo el desempleo y la precariedad laboral y mejorando la racionalidad y eficiencia en el funcionamiento de nuestro sistema de relaciones laborales. El dinamismo del empleo durante el año 2022 y lo que llevamos cubierto de 2023 es realmente excepcional. Sobresale el crecimiento del contrato fijo discontinuo, que está reemplazando a gran parte del empleo temporal, si bien también crece el contrato indefinido ordinario (a tiempo completo y a jornada parcial). Resulta muy destacable que los resultados en materia de crecimiento del empleo indefinido y de caída de la tasa de temporalidad del empleo son, con mucha diferencia, los mejores de las cuatro últimas reformas laborales.

Ahora bien, no todo son aciertos en esta reforma laboral. Una característica que cabe reprochar a la misma es que abusa de los conceptos jurídicos indeterminados, lo que la hace incurrir en una ambigüedad perturbadora, seguramente para facilitar su aprobación por consenso, pero que está siendo fuente de problemas interpretativos y tierra abonada para la litigiosidad. A la postre, serán los tribunales los que, llegado el momento, tendrán que pronunciarse sobre si las nuevas reglas sobre contratación laboral se están aplicando correctamente.

De este modo, un año después sigue abierta la discusión, por citar solo algunas cuestiones relevantes, sobre las fronteras entre el contrato de trabajo fijo discontinuo y el contrato a tiempo parcial o entre aquél y el contrato temporal para atender circunstancias de la producción ocasionales, previsibles y de duración limitada (no más 90 días al año); la posibilidad de celebrar contratos fijos discontinuos a tiempo parcial en defecto de convenio colectivo que así lo habilite; el régimen de llamamientos de los trabajadores fijos discontinuos en ausencia de regulación colectiva; la determinación de si la modalidad contractual establecida en el art. 15.1.b) del ET resulta adecuada para cubrir las necesidades dimanantes del disfrute de las

vacaciones anuales por la plantilla de las empresas, especialmente cuando las mismas se repiten en las mismas fechas; el alcance que pueda darse a la condición resolutoria prevista en el art. 49.1.b) ET para reconducir supuestos ahora vedados al contrato de obra o servicio determinado; la situación laboral en la que quedan los trabajadores fijos discontinuos ocupados en una contrata “estacional” durante los meses de inactividad dentro del año, toda vez que la norma (art. 16 ET) considera que los periodos de inactividad en los casos de contratación fija discontinua que se justifique por la celebración de contratas mercantiles o administrativas solo podrán producirse como plazos de espera de recolocación entre subcontrataciones; en los contratos formativos, se echa en falta un mayor apoyo de los poderes públicos a las empresas para que puedan poner en marcha las planes formativos que son esenciales en este tipo de contratos.

Por otro lado, urge la aparición de un desarrollo reglamentario adaptado a las nuevas previsiones legales sobre contratación laboral y ERTes. Sorprende la facilidad con que se aprueban decretos-leyes que trastocan variables esenciales de nuestro mercado de trabajo, pero sin embargo no se tiene la misma agilidad en los ministerios concernidos a la hora de aprobar los imprescindibles reglamentos que desarrollen y complementen el nuevo marco legal.

En cuanto al objetivo de modernización del sistema de negociación colectiva, la reforma es ambiciosa en sus propósitos, pero se queda corta en los instrumentos. En todo caso, aún queda mucho camino por recorrer, y hay que ser conscientes de que racionalizar y mejorar el contenido de los convenios colectivos, si bien precisa de un marco legal e institucional propicio, es algo que en gran medida queda en manos de sus protagonistas. El V AENC recientemente rubricado contiene muy relevantes orientaciones para progresar en este terreno.

Como balance general, a la espera de nuevos y más profundos análisis, puede concluirse que la reforma laboral de 2021-2022 (moderada y de consenso) está dando sus frutos y, sin perjuicio de poder ser mejorada en algunos aspectos, merece sobrevivir a las diferencias ideológicas que resulten de un eventual cambio de escenario político, como ya ha ocurrido con anteriores reformas laborales.

LAS ESPECIALIDADES DEL TELETRABAJO TRANSNACIONAL

[*TRANSNATIONAL TELEWORKING SPECIALITIES*]

Jesús Cruz Villalón

Fecha de recepción: 4 de septiembre de 2023
Fecha de aceptación: 11 de septiembre de 2023

Sumario: 1. EL IMPULSO DEL TRABAJO TRANSNACIONAL.- 2. LA EMERGENCIA DEL TELETRABAJO TRANSNACIONAL.- 3. LA AUTORIZACIÓN PARA TRABAJAR DE LOS EXTRACOMUNITARIOS.- 4. LEGISLACIÓN LABORAL NACIONAL APLICABLE.- 5. NORMATIVA DE PROTECCIÓN SOCIAL NACIONAL APLICABLE.

Contents: 1. THE PUSH FOR TRANSNATIONAL WORKING.- 2. THE RAISING OF TRANSNATIONAL TELEWORKING.- 3. THE AUTHORIZATION TO WORK OF NON-EU NATIONALS.- 4. APPLICABLE LABOUR NATIONAL LEGISLATION.- 5. APPLICABLE NATIONAL SOCIAL PROTECTION LEGISLATION.

Resumen: Existen tres dimensiones principales del trabajo transnacional en el marco de la globalización de la economía. La primera se refiere a la que habitualmente se conoce como trabajadores “expatriados”. La segunda incluye los denominados trabajadores transfronterizos. La tercera pone la vista en el teletrabajo transnacional. Este trabajo se centra en el teletrabajo transnacional, porque se trata de una realidad más reciente y directamente conectada con la tendencia de la digitalización tecnológica.

Abstract: There are three main dimensions of transnational working in the frame of the globalization of the economy. The first one referes to usually called “expatriate” workers. The second one includes the so-called cross-border workers. The third one has a look at transnational teleworking. This paper will be focused on transnational teleworking, because it is a fresher

reality, directly connected to the trend of technological digitalization.

Palabras clave: Legislación nacional aplicable, Teletrabajo transnacional, Trabajo transnacional

Keywords: *Applicable national legislation, Transnational teleworking, Transnational working*

* * *

1. EL IMPULSO DEL TRABAJO TRANSNACIONAL

La dimensión transnacional de las empresas, en el marco de la globalización de la economía, ha provocado diversas formas de trabajo transnacional. El trabajo transnacional presenta diversas manifestaciones, pero todas ellas están conectadas con la actividad profesional de quien realiza el trabajo en ese marco de empresas transnacionales y/o en el marco de una economía globalizada junto a la libre circulación de trabajadores. Si bien algunas de las manifestaciones del trabajo transnacional se remontan bien atrás en el tiempo, las transformaciones organizativas y tecnológicas producidas en los últimos tiempos bien las han incrementado o bien han provocado la emergencia de nuevas manifestaciones hasta ahora desconocidas o no tomadas en consideración por parte del ordenamiento jurídico¹.

En términos de mera presentación enumerativa, nos podemos referir a las siguientes manifestaciones de este fenómeno, que agrupamos bajo esta denominación común del trabajo transnacional.

En primer lugar, nos encontramos a los que habitualmente se denominan los trabajadores “expatriados”, aunque con mayor acierto cabría denominarlos trabajadores desplazados. Se trata de aquellos supuestos en los que la empresa destina a trabajadores a prestar servicios en otro Estado, de ordinario con carácter temporal. Para ellos existe una regulación específica en el ámbito de la Unión Europea, con existencia de reglas específicas tanto desde la perspectiva laboral como de Seguridad Social².

¹ Con carácter general, Revista Galega de Dereito Social, nº 17 (2023) extraordinario: movilidad transnacional e internacional de las personas trabajadoras.

² Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, modificada por la Directiva (UE) 2018/957, 28 de junio de 2018. Reglamento (CE) n.º 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004 (DOUE 30 de abril), sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento (CE) n.º 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) n.º 883/2004. Recientemente entre nosotros, Orden ISM/835/2023, de 20 de julio (BOE 22 de julio), por la que se regula la situación asimilada a la de alta en el sistema de la Seguridad Social de las personas trabajadoras desplazadas al extranjero al servicio de empresas que ejercen sus actividades en territorio español.

En segundo lugar, los trabajadores transfronterizos, entendiendo por estos a aquellos que residen en el territorio de un determinado Estado, pero que se desplazan diariamente para prestar servicios en otro Estado. Para aquellos que residen en Estados limítrofes al español, sin exigirse obviamente permiso de residencia, se establece un régimen especial de autorización para trabajar cuando desarrollan una actividad profesional en el territorio español³.

En tercer lugar, cabe mencionar el teletrabajo transnacional, entendido como aquél en el que el trabajador reside en un Estado, pero presta sus servicios a distancia para una empresa radicada en otro diferente⁴.

Estas tres categorías básicas presentan variantes según elementos diferenciales adicionales. Entre ellos destacarían los siguientes: que el trabajo se preste como asalariado o autónomo, que el fenómeno transnacional se verifique dentro o fuera del ámbito aplicativo del Derecho de la Unión Europea, que el trabajo se efectúe por trabajadores comunitarios o extracomunitarios, que el lugar de prestación de servicios sea o no el territorio español, que el lugar de residencia sea o no el territorio español.

Finalmente, advertir también que estas tres manifestaciones básicas de trabajo transnacional en algunas ocasiones se pueden presentar mezcladas, por cuanto que se trate al propio tiempo de dos de sus expresiones.

³ Arts. 182 ss. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril (BOE 30 de abril), por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

⁴ Sobre el particular, F. Fernández Prol, Teletrabajo internacional: transnacional y móvil (o nomadismo digital internacional), en Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social nº 154, 2022, págs. 97 ss. L. de la Iglesia Aza, Digitalización e internacionalización de las relaciones de trabajo: el teletrabajo transnacional e internacional, Revista Galega de Dereito social nº 17 (2023), págs. 117 ss. A. Martín-Pozuelo López, El teletrabajo transnacional en la Unión Europea: los problemas de adaptación de los Reglamentos Bruselas I bis y Roma I, AA. VV., Nuevas tecnologías y trabajo sostenible, Laborum 2020. A. Martín Pozuelo López, El Real Decreto-Ley 28/2020 y el teletrabajo transnacional: ¿algo nuevo bajo el sol, en AA. VV. Trabajo a distancia y teletrabajo: análisis del marco normativo vigente, Aranzadi 2021. W. Sanguinetti Raymond, La difícil problemática social y jurídica del teletrabajo transnacional, en Revista Trabajo y Derecho, nº 98 (2023). R. Sellas i Benvingut, Teletrabajo transnacional y ley aplicable al contrato de trabajo comunitario, en AA. VV. Descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo, X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2000. Z Ma Zho, La problemática del teletrabajo transnacional y reflexiones de lege ferenda, Temas Laborales nº 165 (2022), págs. 183 ss.

Dado que las dos primeras manifestaciones son más conocidas y, por ello, más tratadas, en la medida en que son conocidas e implantadas desde tiempo atrás, nos vamos a centrar en estos momentos en el teletrabajo transnacional, por ser una realidad más reciente y especialmente conectada con el proceso de la digitalización tecnológica.

2. LA EMERGENCIA DEL TELETRABAJO TRANSNACIONAL

Los cambios organizativos en las empresas, facilitados por el proceso de digitalización, han consolidado las diversas formas de teletrabajo. La pandemia lo ha acelerado, de modo que, aunque se ha producido un cierto reflujo, la extensión hoy en día del teletrabajo constituye un fenómeno irreversible. Es cierto que, frente a un teletrabajo a tiempo completo durante la pandemia, se ha pasado a un modelo mayoritariamente mixto, parte presencial y parte a distancia, al extremo de que, paradójicamente, a la fórmula más extendida en la práctica no se le aplica la ley específica sobre trabajo a distancia, dado que no se suele superar el 30 % de actividad a distancia que constituye el presupuesto de aplicación de la norma.

Aunque sea cuantitativamente menos importante el teletrabajo transnacional respecto del nacional, sin embargo, el primero empieza a asentarse como una nueva realidad. Como particularidad diferencial este teletrabajo transnacional tiende a ser a tiempo completo por sus propias características, al realizarse de principio a una importante su distancia física del establecimiento para el que presta servicios.

Desde el punto de vista económico, en este trabajo transnacional la riqueza creada por estos trabajadores se produce en el Estado en la que se radica la empresa para la que se trabaja, incluso podría entenderse que el trabajador se encuentra inserto básicamente en el mercado de trabajo de ese país y no en el del que reside.

Al propio tiempo, el Estado en el que reside no es indiferente a esta forma de trabajar, desde el instante en el que el trabajador consume esencialmente en este otro, jugando su retribución un papel similar, incluso más intensa, al de las tradicionales remesas de los antiguos emigrantes; del

mismo modo que disfruta de los servicios públicos que le proporciona el país de residencia.

Esta diversificación de impacto del trabajo transnacional es el que condiciona, o, al menos, debería orientar, la política legislativa que, en su caso, se debería realizar al efecto, tanto por lo que se refiere al régimen laboral como de pago de impuestos.

Centrados en la perspectiva jurídica surgen como necesarias algunas reglas que afronten sus especialidades, protejan debidamente la posición del teletrabajador y proporcionen seguridad jurídica en el desarrollo de la relación jurídica que se produce entre este teletrabajador y la empresa para la que presta sus servicios. Sin embargo, las previsiones legales que nos encontramos al respecto son muy escasas, en tanto que la aplicación del régimen común no deja de presentar sus interrogantes, cuando no sus incertidumbres.

3. LA AUTORIZACIÓN PARA TRABAJAR DE LOS EXTRACOMUNITARIOS

A tal efecto, lo único concreto que existe es una previsión puntual, en una norma muy reciente, respecto de la autorización para trabajar y, a resultas de ello, también de residencia, de los extranjeros extracomunitarios que desarrollen en España este tipo de teletrabajo transnacional⁵. Su finalidad teórica es la de facilitar e incentivar estas formas de teletrabajo, aprovechando los alicientes climáticos y de forma de vida en nuestro país, en la medida en que aportan notables ingresos en términos de consumo nacional. Eso sí, por el tipo de trabajos a los que se refiere y por el cúmulo de requisitos que se imponen, en la práctica, podría decirse que más que facilitarse se está dificultando; bajo una apariencia de establecer un sistema más permisivo de obtención de la autorización para trabajar para el teletrabajo transnacional desde España, en el fondo la impresión que da la

⁵ Art. 74 bis de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre (BOE 29 de septiembre), de apoyo a emprendedores y su internacionalización, conforme a la redacción dada por la disp. final 5ª de la Ley 28/2022, de 21 de diciembre (BOE 22 de diciembre).

“2. Podrán solicitar el visado o la autorización de teletrabajo los profesionales cualificados que acrediten ser graduados o postgraduados de universidades de reconocido prestigio, formación profesional y escuelas de negocios de reconocido prestigio o bien con una experiencia profesional mínima de tres años”.

lectura completa de la regulación es una desconfianza o recelo frente a este tipo de actividades no plenamente controladas, de modo que, al final, se la dificultad injustificadamente.

Lo que se hace en concreto es conceder automáticamente la autorización para trabajar y de residencia, sea como asalariado o como autónomo, a aquellos profesionales cualificados que acrediten ser graduados o postgraduados de universidades de reconocido prestigio, formación profesional y escuelas de negocios también de reconocido prestigio o bien con una experiencia profesional mínima de tres años. Esta autorización permite incluso al titular trabajar para una empresa ubicada en España, siempre que ello no supere el 20 % del total de su actividad profesional. Para el resto, se entiende que deberán someterse al procedimiento ordinario de autorización de trabajo y residencia.

La previsión legal no deja de presentar sus dudas tanto respecto de su alcance como en relación con su aplicación. En una perspectiva funcional, debe tenerse presente que las reglas relativas a la concesión de la autorización de residencia y, en particular, la de trabajo, se establecen en orden a poder gestionar los flujos migratorios dentro del territorio de un Estado; en particular, si lo referimos en concreto a las autorizaciones para trabajar, a los flujos que tienen impacto sobre el mercado de trabajo de ese Estado de referencia. Pues bien, en este concreto caso del teletrabajo transnacional, tal como ya hemos apuntado, la actividad laboral, aunque se realiza desde el territorio en el que se reside, se realiza para una empresa radicada en otro Estado, lo que significa que ese trabajo no tiene repercusión y, por tanto, no se inserta en el mercado de trabajo donde se reside sino donde radica la empresa para la que se trabaja. Dicho de otro modo, con independencia de la legislación nacional aplicable al contrato de trabajo, que es asunto a analizar posteriormente, la normativa española sobre autorización para trabajar lo que puede regular es el teletrabajo nacional de quienes residen fuera de España teletrabajando para centros de trabajo ubicados en el territorio español, pues eso es lo que afecta a nuestro mercado de trabajo; pero, a la inversa, lo que no puede hacer es regular las autorizaciones para trabajar de quienes residiendo en España teletrabajen para centros de trabajo radicados fuera de nuestro territorio, porque ello afecta a mercados de trabajo nacionales ajenos. Por ello, lo que resulta paradójico y sorprendente es que la norma de referencia regula lo que no puede y olvida regular lo que sí puede.

El error se encuentra en pensar que las autorizaciones de residencia y de trabajo van indisolublemente unidas, cuando no es así. En el caso de los extracomunitarios residentes en el territorio español lo relevante es la concesión o denegación de la autorización de residencia para estos casos de teletrabajo transnacional, eso sí, ponderándose la concesión de la residencia en función de si esa persona, en la medida en que ejecuta un trabajo a distancia transnacional, posee o no recursos económicos suficientes que le garanticen una vida digna dentro del territorio español. Pero, comoquiera que esa persona no se inserta en el mercado de trabajo español, el legislador español como tal no se encuentra legitimado para condicionar que teletrabaje o no desde el territorio español para el mercado de trabajo de otro Estado. En definitiva, a todo extracomunitario que, residiendo regularmente en nuestro territorio, teletrabaje desde España, no se le puede exigir que solicite y obtenga una autorización de trabajo cuando su prestación de servicio lo sea para un centro de trabajo ubicado fuera del territorio español y, por ende, fuera del mercado de trabajo español.

Aceptada la premisa precedente, la previsión legal realmente lo es tan sólo a los efectos de reconocimiento o ampliación de la autorización de residencia en el territorio español, o bien lo es a los efectos de permitirle trabajar ese 20 % complementario para otra empresa. Respecto de esto último, aunque la norma no lo precisa con exactitud, al hablar de “trabajar para otra empresa”, es claro que se está refiriendo en todo caso para trabajar como asalariado. Aunque también podría interpretarse que ello sería extensible a la autorización para trabajar por parte de algunos autónomos que en el marco de las descentralización productiva prestan servicios para otra empresa y no directamente para el conjunto de usuarios y consumidores; el caso sería especialmente emblemático en el caso de los que lo hagan como autónomos económicamente dependientes, por el hecho de prestar sus servicios para una empresa cliente, aunque a estos efectos no teniendo en cuenta el régimen establecido al efecto por el Estatuto del Trabajo. La verdad es que no se entiende esta diferenciación de tratamiento entre asalariados y autónomos, pues la apertura a la realización de un trabajo complementario debería serlo con independencia de que este lo sea como asalariado o como autónomo. Por lo demás, comoquiera que la norma no diferencia, ha de interpretarse que ese 20 % adicional en el territorio español puede efectuarse tanto de forma presencial como a distancia para un centro de trabajo ubicado en el territorio español.

Más allá de lo anterior, la norma resulta bastante compleja y, en ocasiones, bastante imprecisa, resultando poco respetuosa con el principio

de seguridad jurídica. Respecto de esto último nos referimos al requisito de principio de que el interesado acredite ser graduado o postgraduado de universidades, formación profesional “y” (sic) escuelas de negocios “de reconocido prestigio”; requisito que se exige cuando el trabajador demuestre una experiencia profesional mínima de tres años, algo más sencillo y objetivamente demostrable. Ante todo, parece que la redacción resulta incorrecta gramaticalmente, pues leída literalmente ni se entiende la ubicación de la “y” ni se comprende la referencia a la formación profesional sin mención en qué tipo de centros se deben hacer cursado, si éstos deben o no ser de reconocido prestigio ni qué títulos se han de acreditar pues no lo pueden ser de grado o posgrado, del mismo modo que no se comprende la referencia a las escuelas de negocios sin tampoco mencionar el tipo de cursos o estudios se han de acreditar estudiados en los mismos. Por lo demás, lo más criticable del precepto es que tanto las universidades como las escuelas de negocios donde se hayan cursado los estudios lo sean “de reconocido prestigio”; requisito de todo punto subjetivo, desde el instante en el que no existe ninguna institución ni criterio consolidado que identifiquen las que lo son “de reconocido prestigio” y las que no lo son. Por desgracia, se trata de fórmulas legales cada vez más extendidas, donde se intuye que no son juristas quienes redactan las normas sino otro tipo de gestores públicos con profundo desconocimientos de la técnica jurídica, que, cada vez, resulta menos respetada.

Por lo demás, la norma incorpora todo un cúmulo de requisitos del perfil del solicitante, que no merece la pena analizar, bastando con remitirnos a lo previsto en los preceptos correspondientes⁶. Se trata de requisitos diferenciados según que el interesado se encuentre o no residiendo previamente en España en el momento en el que solicita la autorización administrativa, tenga experiencias profesionales previas como asalariado o autónomo, la vinculación temporal previa mínima con la empresa para la que va a pasar a teletrabajar en el territorio español, la duración máxima de la primera autorización, la posibilidad de solicitud de renovación del mismo, etc. Nada precisa la norma respecto de la autoridad competente para emitir la correspondiente autorización: si bien la misma se precisa que permite residir en cualquier parte del territorio español, ello no impide que también pueda concederlo la Comunidad Autónoma catalana cuando resida en su territorio, a tenor de la transferencia a la misma de esta competencia respecto de la primera autorización, no para las renovaciones.

⁶ Arts. 74 bis a quinquies Ley 14/2013, de 27 de septiembre (BOE 29 de septiembre), ya citada.

Finalmente, por el contrario, lo que la norma española que venimos comentando no contempla expresamente, y es lo más importante a estos efectos, es el régimen de autorización para teletrabajar para un establecimiento situado en el territorio español por parte del extracomunitario que reside fuera de España. En este caso es precisamente en el que debería exigirse una autorización para trabajar por la legislación española, dado que se inserta en el mercado de trabajo español. Es precisamente este supuesto el que debería contemplar la legislación española y no lo hace. En la medida en que no se prevé regla específica para este supuesto ha de interpretarse que rigen las reglas generales de reconocimiento de la correspondiente autorización de trabajo prevista en la legislación española. Es posible que el legislador español no puede actuar sobre la posibilidad o no de trabajar para un centro de trabajo radicado en España cuando el teletrabajador reside fuera del territorio español, desconociendo que, en realidad, su actividad se inserta a todos los efectos en el mercado de trabajo español. El error es pensar que eso constituiría una injerencia en la actividad laboral que se efectúe desde otro Estado cuando no es así. Se confunde trabajar “desde” fuera de España con trabajar “fuera” del mercado de trabajo español.

Por lo demás, más allá de esta concreta regla a la autorización para trabajar y residir de los teletrabajadores transnacionales desde España, nada se prevé respecto de algunos aspectos que pueden resultar clave en el régimen laboral de este teletrabajo transnacional, lo que puede derivar en situaciones de inseguridad jurídica y, particularmente, de vulnerabilidad de algunos de estos trabajadores y profesionales.

4. LEGISLACIÓN LABORAL NACIONAL APLICABLE

El asunto más delicado y problemático es el de determinar la legislación nacional aplicable desde el punto de vista de las relaciones contractuales de quien presta servicios en régimen de teletrabajo transnacional, tanto lo sea como asalariado o lo sea como autónomo sometido a régimen civil o mercantil. La cuestión abarca a todo tipo de teletrabajo transnacional, más allá del concreto supuesto comentado en el apartado precedente, tanto a los extranjeros extracomunitarios como también al de los españoles y comunitarios que teletrabajen en España para

empresas radicadas fuera, como la de españoles o extranjeros residentes fuera que teletrabajen para empresas ubicadas en España.

Al efecto, la referencia no es otra que el Reglamento de la Unión Europea sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que afecta a todos los supuestos posibles e imaginables de teletrabajo transnacional⁷. Se trata de una norma compleja en su aplicación e interpretación, que coloca en situación de enorme debilidad a los autónomos y que podría considerarse que se ha quedado parcialmente antigua porque cuando se aprobó (2008) en modo alguno estaba pensando en una realidad como el teletrabajo transnacional, inexistente en la práctica en ese momento.

Respecto de los autónomos la regla es simplemente la libertad de pacto de los contratantes de aplicar una u otra legislación estatal: “El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato” (art. 3.1). No obstante, “la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo” (art. 3.3); ello, a nuestro juicio, afecta sobre todo a las reglas sobre autorización de residencia y de trabajo analizadas previamente, por tratarse de una cuestión de orden público no alterable por la voluntad de las partes. Finalmente, a los meros efectos de cubrir una posible situación de laguna legal, se contempla que, a falta de elección expresa por las partes de la legislación nacional aplicable, “el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual” (art. 4.1. b). En todo caso, teniendo en cuenta el interés de las partes, esto último resultará excepcional, por lo que, en la inmensa mayoría de las ocasiones, la empresa cliente se preocupará de precisar en el correspondiente contrato la legislación nacional aplicable, que, obviamente, será la de su conveniencia particular. Por ello, en la práctica para muchos, especialmente para los conocidos en la terminología de la Unión Europea como autónomos vulnerables por presentar una situación de especial debilidad contractual, todo este régimen puede desembocar en que la empresa cliente decida la normativa nacional aplicable, que, lógicamente, será la que a ella le resulta más favorable; por tanto, la que implica menor tutela para el autónomo.

⁷ Reglamento UE 593/2008, de 17 de junio de 2008 (DOUE 4 de julio), sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

Respecto de los asalariados se presenta una cierta dificultad en la determinación de la regla principal de garantía mínima de protección. A pesar de que también en este caso la regla de partida es la de la libertad de elección por las partes de la normativa nacional aplicable, se establece una garantía mínima de condiciones de trabajo, consistente en que se aseguran los estándares laborales del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual, el trabajador realice su trabajo habitualmente (art. 8.1). A tales efectos, lo más solvente es interpretar que ello significa que al teletrabajador asalariado que resida en España se le garantizan al menos los estándares de protección de la legislación laboral española, dado que es el Estado “a partir del cual” trabaja. En todo caso, aunque ésta sea la interpretación más plausible, no puede asegurarse que esta interpretación resulte plenamente pacífica, sin que hasta el presente tengamos sentencias que lo aclaren. En todo caso, quienes podrían estar en situación de mayor desprotección serían quienes teletrabajen como asalariados para establecimientos radicados en España, residiendo en países donde la legislación laboral sea mucho menos protectora que la nuestra. En definitiva, este panorama está llamando a una revisión del Reglamento de la Unión Europea, en términos tales que tomen en consideración de manera específica esta realidad emergente del teletrabajo transnacional. Por lo demás, si se trata de una persona que teletrabaja temporalmente en otro país no se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país (art. 8.2).

Más allá de lo anterior, cuando se aplique la regulación del trabajo a distancia de nuestro país, se pueden presentar problemas de determinación del convenio colectivo aplicable. El interrogante a estos efectos puede surgir en determinar si el criterio referencial de aplicación ha de ser el lugar de ejecución de la prestación de servicios por parte del trabajador determinado a través del acuerdo de trabajo a distancia, o bien por el lugar donde se encuentre el centro de trabajo de la empresa al que queda adscrito el trabajador a distancia y, donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial. En estos casos se puede considerar absurdo referenciar la aplicación del convenio a la adscripción del trabajador a un centro de trabajo fuera del territorio español. De este modo, la solución más solvente es estar a lo que los propios convenios determinen sobre su ámbito de aplicación para cualquier tipo de teletrabajo. De no contemplarse nada en los convenios colectivos o de producirse un solapamiento convencional, a nuestro juicio, el criterio general debe ser atender al lugar de residencia del trabajador.

5. NORMATIVA DE PROTECCIÓN SOCIAL NACIONAL APLICABLE

Por último, como efecto derivado del asunto precedente, se encuentra la determinación del sistema nacional de protección social en el que se integrarían estos trabajadores. Sin poder entrar en mayores detalles, si nos referimos a su posible integración en nuestro sistema de Seguridad Social, la respuesta es más sencilla si lo referimos a las prestaciones no contributivas, pero más problemática para la Seguridad Social contributiva. Para las prestaciones no contributivas el criterio es el de la residencia: se les reconocen a todos los españoles que residan en el territorio español, así como a los extranjeros que residan legalmente aquí⁸. Respecto del brazo contributivo, la exigencia es que “ejercen su actividad en territorio nacional”, lo que de nuevo introduce algunas dudas acerca de si quien realiza un teletrabajo transnacional residiendo en España lo hace o no en el territorio español.

En todo caso, el punto de referencia resulta también la normativa europea en materia de coordinación de los sistemas de Seguridad Social. La premisa de partida conforme a esta norma es la de considerar que las personas sometidas a la misma estarán sometidas a la legislación de un único Estado miembro, especificando que la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena o como autónomo en un Estado miembro estará sujeta a la legislación de ese Estado miembro (art. 11). Por lo que afecta al caso del teletrabajo transnacional, de nuevo surge la duda interpretativa del lugar donde se ejerce esa actividad, por cuanto que está pensando en una situación de trabajo presencial o bien de trabajo a distancia siempre dentro del territorio nacional, donde no hay dudas del Estado donde se ejerce el trabajo; por contra, en el trabajo transnacional de nuevo surge la duda de si la referencia para determinar en qué Estado se ejerce la actividad profesional es el lugar de residencia o donde radica el establecimiento para el que trabaja. Hay argumentos fundados para decantarse por la primera de las opciones, pero no se puede ocultar que alguna discusión se podría producir.

⁸ Art. 7.2 Ley General de la Seguridad Social, Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (BOE 31 de octubre).

En todo caso, resulta decisivo a estos efectos que expresamente se contempla la posibilidad de establecer excepciones a la regla precedente (art. 16), en términos tales que se ha establecido una excepción específica para el teletrabajo transnacional, a través de un Acuerdo Marco celebrado entre 18 países europeos, entre ellos el Estado español⁹. A estos efectos, la regla que se establece es que, previa solicitud, el teletrabajador asalariado estará sujeto a la legislación de Seguridad Social del Estado en el que el empresario tenga su sede o su domicilio, siempre que el teletrabajo transfronterizo realizado en el Estado de residencia sea inferior al 50 % del tiempo de trabajo total (art. 3). Una comprobación detallada de la regulación contemplada en este Acuerdo Marco nos lleva a deducir que la misma se aplicará excepcionalmente, a la vista de la cantidad de supuestos que se excluyen. En efecto, la aplicación de la legislación del Estado de ubicación del empleador para el que teletrabaja no se aplica a los siguientes supuestos: el teletrabajo autónomo pues sólo se contempla para situaciones de trabajo subordinado, el teletrabajo asalariado que no sea habitual, el teletrabajo asalariado habitual cuando se compatibiliza con el ejercicio habitual en el Estado de residencia de otra actividad de cualquier tipo de trabajo diferente al del teletrabajo transnacional, trabajo asalariado para el que el interesado no solicite la aplicación de la legislación del Estado donde radique la empresa para la que presta servicios en régimen de teletrabajo y, especialmente, el teletrabajo transnacional asalariado que se realice en el Estado de residencia por duración superior al 50 %. Por su propia caracterización, como hemos señalado al inicio de este estudio, el teletrabajo transnacional se realiza en la inmensa mayoría de las ocasiones a tiempo completo en el Estado de residencia del trabajador, de modo que serán marginales los supuestos en los que cabrá aplicar la regla del Acuerdo marco de referencia. En todo caso, la gran virtualidad de este Acuerdo marco reside en el hecho de que, en sentido contrario, está interpretando que en aquellos casos en los que no rige la excepción, es decir, en la inmensa mayoría de las ocasiones, la regla será la aplicación de la legislación de Seguridad Social del Estado de residencia del teletrabajador.

Finalmente, más allá de lo anterior, conviene tener presente también que, conforme a la legislación española, el Gobierno, en el marco de los sistemas de protección social pública, podrá establecer medidas de protección social en favor de los españoles no residentes en España, de

⁹ Acuerdo marco de 30 de junio de 2023 (BOE 4 de agosto), relativo a la aplicación del apartado 1 del artículo 16 del Reglamento (CE) n.º 883/2004 en los casos de teletrabajo transfronterizo habitual.

acuerdo con las características de los países de residencia (art. 7.3 Ley General de la Seguridad Social). Ello permitiría establecer un régimen de mayor protección para los españoles que teletrabajen fuera para empresas radicadas en territorio español respecto de la normativa que derivaría de la regulación descrita previamente.

MUJER Y FUERZAS ARMADAS. UN ÁMBITO PROFESIONAL DE- GENERADO EN LOS ESTADOS UNIDOS

[*WOMEN AND ARMED FORCES. A DEGENERATED PROFESSIONAL
FIELD IN THE UNITED STATES*]

Jesús Martínez Girón

Fecha de recepción: 10 de julio de 2023

Fecha de aceptación: 27 de julio de 2023

Sumario: I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO.- II. LAS FUERZAS ARMADAS, UN ÁMBITO PROFESIONAL CONSTITUCIONALMENTE SEPARADO DE LA SOCIEDAD CIVIL NORTEAMERICANA.- III. EL IMPACTO DEL FEMINISMO DE SEGUNDA OLA EN LAS FUERZAS ARMADAS NORTEAMERICANAS.- IV. LA APERTURA A LAS MUJERES MILITARES NORTEAMERICANAS DE LAS MISIONES DE COMBATE.- V. LAS PRUEBAS NORTEAMERICANAS DE APTITUD FÍSICA PARA MISIONES DE COMBATE, NEUTRALES POR RAZÓN DE GÉNERO.- VI. LA CONVIVENCIA DE-GENERADA DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS NORTEAMERICANAS, ESPECIALMENTE EN MISIONES DE COMBATE.- VII. EPÍLOGO.- BIBLIOGRAFÍA CITADA.

Contents: I. INTRODUCTION AND APPROACH.- II. THE ARMED FORCES, A PROFESSIONAL FIELD CONSTITUTIONALLY SEPARATED FROM THE AMERICAN CIVIL SOCIETY.- III. THE IMPACT OF SECOND WAVE FEMINISM IN THE AMERICAN ARMED FORCES.- IV. THE OPENING TO AMERICAN MILITARY WOMEN OF COMBAT MISSIONS.- V. THE GENDER NEUTRAL AMERICAN PHYSICAL FITNESS TESTS FOR COMBAT MISSIONS.- VI. THE DEGENERATED COMMUNAL LIVING OF THE AMERICAN PERSONNEL OF ARMED FORCES, ESPECIALLY IN COMBAT MISSIONS.- VII. EPILOGUE.- CITED BIBLIOGRAPHY.

Resumen: En los Estados Unidos, existe un feminismo jurídico militar de tercera ola, ya desde los años noventa del siglo pasado. Propugna no tanto la igualdad de género, sino más bien la ceguera de género, en las fuerzas armadas norteamericanas. Su logro más significativo ha sido alcanzar, tras la derrota electoral del Presidente Trump, esa ceguera de género en las misiones de combate en que puedan verse implicadas las fuerzas armadas norteamericanas.

Abstract: In the United States, there is a military legal feminism of third wave, since the nineties of the last century. It advocates not so much gender equality, but gender blindness, in the American armed forces. Its most significant achievement has been getting, after President Trump's electoral defeat, such gender blindness in combat missions in which the American armed forces may be involved.

Palabras clave: Feminismo jurídico militar, Tercera ola, Misiones de combate, Personas transgénero, Pruebas de aptitud física

Keywords: Combat missions, Military legal feminism, Physical fitness tests, Third wave, Transgender individuals

* * *

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

1. En los Estados Unidos, a diferencia de lo que sucede en España (donde, para sorpresa de muchos norteamericanos, hay que calificar como *certus an* el hecho de que una mujer acabará ostentando el «mando supremo de las Fuerzas Armadas»¹, la mujer militar es un tópico más del llamado feminismo jurídico (incluido el feminismo jurídico comparatista)² de tercera ola (*third wave*)³, según el cual la problemática de la igualdad de mujeres y hombres no puede quedar en manos de cierto tipo de mujeres (con las únicas intersecciones relevantes, por ejemplo, de ser a la vez blancas, cisgénero, heterosexuales, bisexuales o lesbianas, y de posición acomodada), a las que califica como feministas (sean o no juristas) de segunda ola (*second wave*)⁴. Evidentemente, el mejor término de comparación para calibrar la radicalidad de dicha concreta especie del feminismo norteamericano es el feminismo jurídico relativo al deporte, dadas las afinidades y concomitancias existentes entre la guerra, por un lado, y las competiciones deportivas (algunas de ellas, por cierto, de combate puro y duro, y no necesariamente incruento), por el otro lado, pero con una paradoja. En efecto, para el feminismo jurídico deportivo de tercera ola, el problema de la igualdad de mujeres y hombres no es cuantitativo (esto es, de número de mujeres practicantes de deporte profesional), sino cualitativo (a día de hoy, no tiene todavía el mismo valor jurídico real el deporte profesional practicado por hombres y el practicado por mujeres)⁵. En cambio, para el feminismo jurídico militar radical, a la inversa, la problemática sigue siendo de paridad en la cantidad

¹ Cfr. artículo 62, letra h), de la Constitución, a propósito de lo que «corresponde al Rey».

² Véase Renee JUST, «GI Jane: A comparison of the legal framework for women's military service in Israel and the United States», *Creighton International and Comparative Law Journal*, volumen 8-2 (2017), págs. 165 y ss.

³ Véase, por ejemplo, Tim BAKKEN, «A woman soldier's right to combat: Equal protection in the military», *William & Mary Journal of Race, Gender, and Social Justice*, volumen 20 (2014), págs. 271 y ss.; y Robert U. NAGEL, Kinsey SPEARS y Julia MAENZA, *Culture, Gender, and Women in the Military: Implications for International Humanitarian Law Compliance*, GIWPS (Washington, DC, 2021), págs. 7 y ss. También, con el carácter de informe elaborado para el Congreso norteamericano, Kristy N. KAMARCK, «Women in Combat: Issues for Congress», localizable en el sitio en Internet del Servicio de Investigación del Congreso, ubicado en www.crs.gov.

⁴ Sobre el tema, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Deporte profesional de-generado. Un estudio sobre feminismo radical*, Atelier (Barcelona, 2017), págs. 97 y ss.

⁵ *Ibidem*, págs. 35 y ss., y 67 y ss.

(sólo «231.741» mujeres militares norteamericanas en activo, en 2021, frente a un total de «1.104.107» hombres militares, en ese mismo año)⁶, pues la plena integración cualitativa de las mujeres en las fuerzas armadas de los Estados Unidos, incluidas las mujeres trans⁷, se logró durante el segundo mandato (2012-2016) del Presidente demócrata Barack H. OBAMA (cfr. *infra*, VI). El largo proceso que llevó a la consecución de este logro —a calificar de logro de-generado (*degendered*)⁸— exige referirse, ante todo, al marco jurídico regulador de las fuerzas armadas norteamericanas, caracterizado por la separación constitucionalmente garantizada entre el mundo militar y la sociedad civil (cfr. *infra*, II). Como cabía prever, todo se inició con la irrupción del movimiento feminista en el ejército, ocurrida durante el segundo mandato (1965-1969) del Presidente demócrata Lyndon B. JOHNSON (cfr. *infra*, III). Ahora bien, no podría hablarse de igualdad real si sólo combatesen los hombres, lo que explica que el siguiente paso a dar fuese la apertura del combate a las mujeres, lo que sólo pudo consumarse —tras un lento y progresivo proceso de eliminación de restricciones, que comenzó durante el primer mandato (1993-1997) del Presidente demócrata Bill CLINTON— durante el mandato del actual Presidente de los Estados Unidos, Sr. Joe BIDEN (cfr. *infra*, IV). Esto despejado, llegar a consumir el desiderátum de la paridad cuantitativa (también, en los rangos más altos de la jerarquía militar) exige poner el foco sobre las pruebas de aptitud física para poder combatir (entre otras razones, porque los méritos de guerra suelen condicionar los ascensos), que el Congreso de los Estados Unidos quiere que sean pruebas neutrales por razón de género (cfr. *infra*, V). En lo demás, según el feminismo jurídico militar de tercera ola, no cabría oponer mayores reparos a las condiciones de trabajo —si comparadas con las de la sociedad civil— de que se benefician las mujeres que sirven en las fuerzas armadas norteamericanas (cfr. *infra*, VII).

⁶ Véase el informe «2021 Demographics Profile», en el sitio oficial en Internet del Ministerio norteamericano de Defensa, ubicado en www.militaryonesource.mil.

⁷ Como se sabe, la legislación española da poco pie para la existencia de un feminismo jurídico militar de tercera ola, pues la Ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, no contiene ninguna referencia a las fuerzas armadas.

⁸ Acerca de esta terminología, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Deporte profesional de-generado. Un estudio sobre feminismo radical*, cit., págs. 20 y ss.

II. LAS FUERZAS ARMADAS, UN ÁMBITO PROFESIONAL CONSTITUCIONALMENTE SEPARADO DE LA SOCIEDAD CIVIL NORTEAMERICANA

2. En asuntos de control de la constitucionalidad de las leyes (*judicial review*), si estas últimas proceden a regular cuestiones militares, la actitud de la Corte Suprema de los Estados Unidos no es en absoluto de creatividad o de activismo judicial (*judicial activism*), sino de autolimitación judicial o riguroso abstencionismo (*judicial restraint*)⁹, dejando que el Congreso de los Estados Unidos ejerza discrecionalmente las competencias que le confiere la Constitución federal de 1787, allí donde afirma que «el Congreso tendrá poder ... para disponer la organización, armamento y disciplina de la milicia, y para regular las partes de la misma que puedan emplearse al servicio de los Estados Unidos»¹⁰. Sobre este tema, el caso decisivo es *Rostker v. Goldberg* (1981)¹¹, relativo a la supuesta inconstitucionalidad de una vieja Ley de 1948 sobre el alistamiento voluntario sólo de hombres (pero no de mujeres) en el ejército, cuya aplicación pretendía activar el Presidente demócrata Jimmy CARTER, tras la invasión en 27 diciembre 1979 de Afganistán por la Unión Soviética. En este caso, el Juez REHNQUIST expresó la opinión de la mayoría de la Corte (un 6 a 3), sosteniendo la constitucionalidad de la Ley en cuestión (a pesar de su aparente carácter discriminatorio por razón de género, si enjuiciada con criterios civiles), con los siguientes argumentos: 1) «este no es ... meramente un caso que se refiera a la tradicional deferencia otorgada a las decisiones del Congreso»¹², sino que «el caso se plantea en el contexto

⁹ Con remisiones a referencias muy concretas y explícitas a dichas distinciones, véase Alberto ARUFE VARELA y JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, Atelier (Barcelona, 2023), pág. 231.

¹⁰ Cfr. artículo I, sección 8, cláusula decimosexta. Textualmente, «*The Congress shall have Power ... To provide for organizing, arming, and disciplining, the Militia, and for governing such Parts of them as may be employed in the Service of the United States*».

¹¹ Referencia oficial 453 U.S. 57. Comentándolo críticamente desde la perspectiva feminista, véase Sara MACDWYER, «*Rostker v. Goldberg: The uneven development of the equal protection doctrine in military affairs*», *Golden Gate University Law Review*, volumen 12 (1982), según la cual este caso «inevitavelmente perpetúa roles masculinos y femeninos anacrónicos y estereotipados» (pág. 662). La crítica feminista continúa, por causa de la falta de enmienda de la norma cuestionada. Al respecto, véase Andrew J. HAILE, «*Redrafting the Selective Service Act: Women and the military draft*», *UCLA Women's Law Journal*, volumen 28-1 (2021), págs. 121 y ss.

¹² Pág. 64. Textualmente, «*This is not ... merely a case involving the customary deference accorded congressional decisions*».

del poder del Congreso sobre la defensa nacional y los asuntos militares, y quizá en ninguna otra área la Corte haya acordado otorgar una mayor deferencia al Congreso»¹³; 2) «nada de esto implica afirmar que el Congreso tiene libertad para ignorar la Constitución cuando actúa en el terreno de los asuntos militares»¹⁴, pero «las pruebas y limitaciones a aplicarse [al control de constitucionalidad de las leyes, en casos “basados en el género [*gender-based*]”, por violación del principio de igualdad ante las leyes federales garantizado por la Quinta Enmienda de la Constitución] pueden ser distintas, por causa del contexto militar»¹⁵; y 3) «el ejército constituye una comunidad especializada, regida por una disciplina separada de la de los civiles»¹⁶, pareciendo obvio que «un gobierno ordenado exige que el poder judicial sea tan escrupuloso no interfiriendo en asuntos legítimos del ejército, como debe ser escrupuloso el ejército no interviniendo en asuntos judiciales»¹⁷.

3. El caso *Rostker* es un punto y seguido, en una línea continua de casos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, anteriores y posteriores a él (y relativos a otros derechos garantizados por la Constitución federal, distintos de la igualdad ante la ley), pero siempre congruentes con su doctrina de la separación existente entre el mundo militar y la sociedad civil norteamericana. Así, entre los casos anteriores, cabe la cita de *Parker v. Levy* (1974)¹⁸, relativo a la condena de un médico militar por intentar persuadir a soldados negros de que se negasen a participar en la guerra de Vietnam (en la que, según dicho médico, se cometían crímenes de guerra), pues —según el citado Juez REHNQUIST, expresando la opinión de la

¹³ Págs. 64-65. Textualmente, «*The case arises in the context of Congress' authority over national defense and military affairs, and perhaps in no other area has the Court accorded Congress greater deference*».

¹⁴ Pág. 67. Textualmente, «*None of this is to say that Congress is free to disregard the Constitution when it acts in the area of military affairs*».

¹⁵ *Ibidem*. Textualmente, «*but the tests and limitations to be applied may differ because of the military context*».

¹⁶ Pág. 71. Textualmente, «*The military constitutes a specialized community governed by a separate discipline from that of the civilian*».

¹⁷ *Ibidem*. Textualmente, «*Orderly government requires that the judiciary be as scrupulous not to interfere with legitimate Army matters as the Army must be scrupulous not to intervene in judicial matters*».

¹⁸ Referencia oficial 417 U.S. 733. Comentándolo, véase James M. KAMMAN, «*Parker v. Levy — Conduct unbecoming an officer and gentleman*», *Pepperdine Law Review*, volumen 2 (1975), págs. 435 y ss.; también, considerándolo una obra maestra de la persuasión jurídica, Robert BATEY, «*Parker v. Levy: A primer in judicial persuasion*», *Journal of Legal Education*, volumen 49-número 1 (1999), págs. 97 y ss.

mayoría de la Corte (un 5 a 3)¹⁹— los preceptos del Código de Justicia Militar que se le aplicaron, al efecto de condenarle a pena privativa de libertad y de separación del ejército, no violaban la libertad de expresión garantizada por la Primera Enmienda de la Constitución federal, dado que «aunque los miembros del ejército no están excluidos de la protección otorgada por la Primera Enmienda, el diferente carácter de la comunidad militar y de la misión militar exige una aplicación diferente de dichas protecciones»²⁰, supuesto que «la necesidad fundamental de obediencia, y la consecuente necesidad de imposición de disciplina, pueden convertir en permisible dentro de lo militar lo que sería constitucionalmente impermisible fuera de él»²¹. Entre los casos posteriores, también merece ser recordado *Goldman v. Weinberger* (1986)²², relativo a un capitán de la fuerza aérea (y judío ortodoxo), a quien se le había prohibido utilizar con su uniforme (por aplicación del reglamento de uniformidad de la fuerza aérea) un bonete o «*jarmulke*», pues —de nuevo según el Juez REHNQUIST, expresando la opinión de la mayoría de la Corte (un 5 a 4)— dicha prohibición no violaba el libre ejercicio de la libertad religiosa (garantizado por la Primera Enmienda de la Constitución federal), supuesto que lo que es o no permisible vistiendo el uniforme «se decide por los oficiales militares apropiados»²³, aunque la doctrina de este caso fue inmediatamente revocada —ejercitando el Congreso su poder constitucional de regulación discrecional de las fuerzas armadas— con la promulgación de la Ley de presupuestos de defensa nacional para el año fiscal 1988²⁴, por la que se estableció (con el *placet* del Presidente republicano Ronald REAGAN, así como del *lobby* judío norteamericano)²⁵ la regla general de que «un

¹⁹ Según se indica en el texto de la decisión (pág. 735), el Juez MARSHALL no intervino en el caso.

²⁰ Pág. 758. Textualmente, «*While the members of the military are not excluded from the protection granted by the First Amendment, the different character of the military community and of the military mission requires a different application of those protections*».

²¹ *Ibidem*. Textualmente, «*The fundamental necessity for obedience, and the consequent necessity for imposition of discipline, may render permissible within the military that which would be constitutionally impermissible outside it*».

²² Referencia oficial 475 U.S. 503. Comentándolo, con todas las intrigas precedentes subsiguientes al caso, véase Samuel J. LEVINE, «Untold stories of Goldman v. Weinberger: Religious freedom confronts military uniformity», *Air Force Law Review*, volumen 60 (2010), págs. 205 y ss.

²³ Pág. 509. Textualmente, «*is decided by the appropriate military officials*».

²⁴ Referencia oficial Pub.L. 100-180, 101 Stat. 1086, de 4 diciembre 1987.

²⁵ El Juez STEVENS, en la nota a pie de página número 3 de su opinión concurrente, después de citar doctrina científica sobre el anti-semitismo norteamericano, recordaba que la Corte Suprema de los Estados Unidos había desautorizado la opinión del

miembro de las fuerzas armadas puede usar un aditamento de vestimenta religiosa mientras use el uniforme de la fuerza armada del propio miembro»²⁶.

4. Dentro de este marco constitucional relativamente laxo, la principal fuente normativa reguladora de las fuerzas armadas norteamericanas es la Ley anual de presupuestos de defensa nacional (*National Defense Authorization Act* o, en su acrónimo en inglés, NDAA), que se promulga para cada año fiscal desde el primer mandato (1961-1963) del Presidente demócrata John F. KENNEDY, en plena guerra fría. Se trata de una Ley que contiene preceptos de vigencia coyuntural, aunque también puede contener preceptos estructurales o de vigencia indefinida, susceptibles de ser codificados. En este último caso, la regla general es que se incorporen al Título 10 (rotulado «Fuerzas Armadas») del Código de los Estados Unidos²⁷, como ocurrió con la norma recién citada sobre aditamentos religiosos del uniforme militar²⁸ o, también, con la relativa a la creación en 2020²⁹ de la fuerza espacial (como sexta rama de las fuerzas armadas norteamericanas, a añadir a las cinco más tradicionales)³⁰. Desde un punto de vista jurídico, resulta especialmente reseñable la sección 867a de dicho Título, en la que se afirma —sobre la base de que la cúspide de la jurisdicción militar es la Corte federal de Apelaciones para las Fuerzas Armadas— que «las decisiones de la Corte de Apelaciones de los Estados

famoso Juez y catedrático STORY, vertida en sus *Commentaries on the Constitution of the United States* (edición de 1851), acerca de que el propósito de la Primera Enmienda fue el de «no consentir, y mucho menos promover, el mahometanismo o el judaísmo, o la infidelidad, postrando a la Cristiandad, sino excluir toda rivalidad entre sectas cristianas». Textualmente, «*not to countenance, much less to advance Mahometanism, or Judaism, or infidelity, by prostrating Christianity, but to exclude all rivalry among Christian sects*».

²⁶ Cfr. la sección 508(a)(2) de su División A. Textualmente, «*a member of the armed forces may wear an item of religious apparel while wearing the uniform of the member's armed force*».

²⁷ Sobre este Código, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., Atelier (Barcelona, 2023), págs. 39-40.

²⁸ Recogida en la sección 774 del Título 10 del Código de los Estados Unidos.

²⁹ Cfr. NDAA para el año fiscal 2020, de 20 diciembre 2019 (referencia oficial Pub.L. 116-92, 133 Stat. 1197).

³⁰ Con carácter general, la sección 101(a)(4) del Título 10 del Código de los Estados Unidos afirma que «la expresión “fuerzas armadas” significa el Ejército de Tierra, la Marina, la Fuerza Aérea, la Infantería de Marina, la Fuerza Espacial y la Guardia Costera». Textualmente, «*the term “armed forces” means the Army, Navy, Air Force, Marine Corps, Space Force, and Coast Guard*».

Unidos para las Fuerzas Armadas están sujetas a revisión por la Corte Suprema, a través de petición de certiorari, en los términos previstos por la sección 1259 del Título 28 [del Código de los Estados Unidos]»³¹. Lógicamente, las normas (coyunturales o no) de cada NDAA se desarrollan por medio de normas reglamentarias. Puede tratarse de Órdenes Ejecutivas (*Executive Orders*) del Presidente de los Estados Unidos³², promulgadas en ejercicio de su posición —constitucionalmente reconocida— como jefe supremo («*Commander in Chief*») de las fuerzas armadas³³. Pero lo más frecuente es que se trate de Reglamentos (*Regulations*) en sentido estricto —recopilados, al igual que el resto de Reglamentos del Gobierno federal, en el Código de Reglamentos Federales³⁴—, promulgados por el Ministerio federal de Defensa (*Secretary of Defense* o, en su acrónimo en inglés, DoD)³⁵, los cuales pueden también desarrollar Órdenes Ejecutivas³⁶, resultando en todo caso susceptibles, a su vez, de ser desarrollados por Directrices (*Directives*)³⁷, Instrucciones (*Instructions*)³⁸ u otro tipo de instrumentos (como informes, memorandos, manuales o guías oficiales) de mucha mayor concreción.

III. EL IMPACTO DEL FEMINISMO DE SEGUNDA OLA EN LAS FUERZAS ARMADAS NORTEAMERICANAS

5. Aunque en los Estados Unidos lo militar y lo civil sean mundos constitucionalmente separados, existen interacciones profundas entre

³¹ Letra (a), inciso primero. Textualmente, «*Decisions of the United States Court of Appeals for the Armed Forces are subject to review by the Supreme Court by writ of certiorari as provided in section 1259 of title 28*».

³² Sobre ellas, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «La primera orden ejecutiva del Presidente Donald Trump sobre Derecho de la Seguridad Social», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 13 (2017), págs. 229 y ss.

³³ Cfr. artículo II, sección 2, párrafo primero, de la Constitución federal.

³⁴ Sobre este Código, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., cit., pág. 40.

³⁵ Cfr. Título 32 (rotulado «Defensa Nacional»), y dentro de él, especialmente, el Subcapítulo D (rotulado «Personal, Militar y Civil [*Personnel, Military and Civilian*]») del Capítulo I de su Subtítulo A.

³⁶ Cfr., por ejemplo, sección 66(b)(8)(vi) de la Parte 66 del Subcapítulo D del Título 32.

³⁷ Cfr., por ejemplo, sección 66.1 de la Parte 66 del Subcapítulo D del Título 32.

³⁸ Cfr., por ejemplo, sección 66.6(b)(3), sección 66.6(b)(5), sección 66.6(b)(6) y 66.6(b)(9), todas de la Parte 66 del Subcapítulo D del Título 32.

ambos, probándolo el hecho de que el pistoletazo de salida «civil» del feminismo jurídico norteamericano de segunda ola también acabase teniendo su reflejo en el mundo militar. Dicho pistoletazo de salida lo dio el Presidente demócrata Lyndon B. JOHNSON, durante su primer mandato, con la promulgación del Título VII de la Ley de Derechos Civiles (*Civil Rights Act*) de 1964, en el que se prohibían las discriminaciones en el empleo, entre otros varios motivos, también por razón de «sexo»³⁹. Dicha norma no comprendía en su ámbito de aplicación las fuerzas armadas⁴⁰, pero sólo tres años después (durante el segundo mandato de dicho Presidente) se promulgó una Ley, literalmente, «para modificar los Títulos 10, 32 y 37 del Código de los Estados Unidos, para eliminar restricciones en las carreras de las mujeres militares del Ejército de Tierra, la Marina, la Fuerza Aérea y la Infantería de Marina, y para otros propósitos», de 8 noviembre 1967⁴¹. Las «restricciones» que eliminaba eran los techos o topes porcentuales de mujeres en el ejército, fijados por una Ley de 1948, de un lado, sobre el número total de oficiales (literalmente, «no excederá el 10 por ciento del total de la fuerza de oficiales»)⁴²; y de otro lado, sobre la cifra total del restante personal militar (literalmente, «no excederá el 2 por ciento de dicho personal [alistado] autorizado del ejército regular»)⁴³. Evidentemente, era un primer paso adelante cargado de simbolismo en el largo camino a recorrer para lograr la igualdad de género en las fuerzas armadas norteamericanas, aunque se tratase de un paso adelante a calificar de modesto, pues la Ley citada de 1967 dejaba incólumes otras «restricciones» que gravitaban sobre las mujeres militares, asimismo legalmente fijadas en 1948. Era el caso, por ejemplo, de la separación jurídica existente entre mujeres y hombres militares, al estar unas y otros

³⁹ Al respecto, véase Alberto ARUFE VARELA y JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, cit., págs. 115-116.

⁴⁰ Véase, con abundante cita de jurisprudencia federal, Lucy V. KATZ, «Free a man to fight: The exclusion of Women from combat positions in the armed forces», *Minnesota Journal of Law & Inequality*, volumen 10 (1992), pág. 4 y nota 12.

⁴¹ Referencia oficial Pub.L. 90-130, 81 Stat. 374. Textualmente, «*An Act to amend titles 10, 32, and 37, United States Code, to remove restrictions on the careers of female officers in the Army, Navy, Air Force, and Marine Corps, and for other purposes*».

⁴² Para el Ejército de Tierra, véase su sección 104(c). Textualmente, «*shall not exceed 10 per centum of the total authorized commissioned strength*». Para la Marina, la Infantería de Marina y la Fuerza Aérea, véanse sus secciones 202, 213(c) y 303(c), respectivamente.

⁴³ Para el Ejército de Tierra, véase su sección 102. Textualmente, «*shall not exceed 2 per centum of such [enlisted] authorized Regular Army strengths*». Para la Marina, la Infantería de Marina y la Fuerza Aérea, véanse sus secciones 202, 213(b) y 302, respectivamente.

integrados en sus respectivos cuerpos y, en consecuencia, jurídicamente segregados por sexos. Las militares seguían adscribiéndose al llamado Cuerpo del Ejército de Mujeres (*Women's Army Corps*), cuya rama autónoma con más tradición era, a su vez, el Cuerpo de Enfermería del Ejército (*Army Nurse Corps*), creado en 1901, tras la guerra hispano-norteamericana de 1898.

6. En lo civil, la década de los años setenta del siglo pasado es la década del florecimiento del feminismo jurídico norteamericano de segunda ola, al comenzar la Corte Suprema de los Estados Unidos a fallar grandes casos sobre el Derecho discriminatorio por razón de sexo, con todas sus sofisticadas distinciones (discriminaciones indirectas, discriminaciones por asociación, carga de la prueba de la discriminación), que muchos años después acabaría haciendo suyas el Derecho de la Unión Europea⁴⁴. En lo militar, de un lado, es la época de aparición de los primeros iconos femeninos, esenciales para visibilizar el papel de la mujer militar en la sociedad civil (por ejemplo, Anna MAE HAYS, primera mujer nombrada general de brigada en 1970, perteneciente al cuerpo de enfermería del ejército; o Elizabeth HOISINGTON, primera mujer nombrada general de brigada del cuerpo de mujeres del ejército de tierra, asimismo en 1970; o Alene DUERK, primera mujer nombrada almirante en 1972, también perteneciente al cuerpo de enfermería del ejército); y de otro lado, es igualmente la década de eliminación de la segregación jurídica de mujeres y hombres militares, con dos grandes hitos. El primero, representado por la NDAA para el año fiscal 1976 (promulgada durante el mandato del Presidente republicano Gerald FORD)⁴⁵ en la que se ordenaba que se abriesen a las mujeres las academias militares (West Point, del Ejército de Tierra; Annapolis, de la Marina e Infantería de Marina; Colorado Springs, de la Fuerza Aérea; y luego, Fort Knox, con historia movida, que acabaría siendo la academia de suboficiales), las cuales pasaron a ser academias mixtas (*coeducational*)⁴⁶. El segundo, por su parte, formalizado (durante el

⁴⁴ Véase Alberto ARUFE VARELA y JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, cit., págs. 148 y ss.

⁴⁵ Referencia oficial Pub.L. 94-106, 89 Stat. 537.

⁴⁶ Cfr. su sección 803(c), ordenando al Ministerio de Defensa establecer «un programa que prevea la ordenada y expeditiva admisión de mujeres en las academias, congruente con las necesidades de los servicios». Textualmente, «*a program providing for the orderly and expeditious admission of women to the academies, consistent with the needs of the services*».

mandato del Presidente demócrata Jimmy CARTER) por la NDAA para el año fiscal 1979⁴⁷, puso fin a la segregación formal entre mujeres y hombres militares, al ordenar la supresión del hasta entonces existente Cuerpo del Ejército de Mujeres⁴⁸, aunque —en el plano de la igualdad real— mantuviese plenamente vigentes los estereotipos tradicionales sobre la inferioridad física de las mujeres, al excluir la posibilidad de que pudiesen participar en acciones de combate (respecto de la Marina, por ejemplo, se clarificaba en dicha NDAA que «las mujeres no pueden ser asignadas al servicio en buques o en aviones que estén implicados en misiones de combate, ni tampoco pueden ser asignadas, salvo con carácter temporal, en buques de la Marina, excepto buques hospital, transportes y buques de características similares, que no se espere que sean asignados a misiones de combate»)⁴⁹.

7. Para supuestamente clarificar las dudas existentes acerca de lo que fuesen o no «misiones de combate», el Ministerio federal de Defensa elaboró durante el segundo mandato (1985-1989) del Presidente republicano Ronald REAGAN un informe, hecho público en enero 1988⁵⁰, con el que pretendía apuntalar definitivamente la prohibición del combate a las mujeres militares. En este informe, no sólo se las excluía de participar en «posiciones y unidades de combate», sino igualmente —por aplicación de la llamada regla del riesgo (*risk rule*)— de intervenir en unidades no combatientes (*noncombat*), las cuales «también pueden cerrarse a las mujeres por motivos de riesgo de exposición al combate directo, al fuego hostil o a su captura, supuesto que el tipo, grado y duración del riesgo sea igual o mayor que el experimentado por unidades de combate asociadas (de tipo terrestre, naval o aéreo similar) en los mismos teatros de operaciones»⁵¹. Las críticas del feminismo jurídico militar norteamericano de la época no se hicieron esperar, de un lado, por causa de la limitación

⁴⁷ Referencia oficial Pub.L. 95-485, 92 Stat. 1623.

⁴⁸ Cfr. su sección 819(c).

⁴⁹ Cfr. sección 808. Textualmente, «*women may not be assigned to duty on vessels or in aircraft that are engaged in combat missions nor may they be assigned to other than temporary duty on vessels of the Navy except hospital ships, transports, and vessels of a similar classification not expected to be assigned combat missions*».

⁵⁰ Su denominación es «Department of Defense Report Task Force on Women in the Military (UNCLAS)», localizable en <https://apps.dtic.mil/sti/tr/pdf/ADA190360.pdf>.

⁵¹ Pág. 19. Textualmente, «*noncombat units can be also closed to women on grounds of risk of exposure to direct combat, hostile fire, or capture, provided that the type, degree, and duration of risk is equal to or greater than that experienced by associated combat units (of similar land, sea, or air type) in the same theaters of operation*».

brutal de acceso a empleos militares que dicha regla implicaba para las mujeres militares, dado que les «cerraba aproximadamente la mitad del total de 2,2 millones de posiciones militares: 675.000 puestos de combate, y 375.000 puestos adicionales de no combate ... para cumplir necesidades de rotación y promoción»⁵²; y de otro lado, por causa de su absoluta y flagrante inutilidad, pues —contradiendo su supuesto objetivo «protector» de las mujeres militares— «la Guerra del Golfo [1991] demostró entonces que en vez de estar protegidas, las mujeres militares se expusieron a riesgos de guerra extremos, incluso en posiciones de “no combate”»⁵³, fundamentalmente porque «el concepto de frente, donde la lucha tiene lugar, es equívoco, dados los aspectos de alta tecnología [como ataques con misiles] de la guerra moderna»⁵⁴, por lo que —en una línea crítica, también con el feminismo estándar de segunda ola de la época («la mayor parte de las mujeres feministas se consideran pacifistas, y muchas creen incluso que considerar la participación en el ejército es capitular ante un sistema de valores masculino que ha sido responsable de los peores abusos contra las mujeres»)»⁵⁵— concluía que las prohibiciones en cuestión no eran más que muestras de «chovinismo machista [*male chauvinism*] y paternalismo romántico [*romantic paternalism*] en lo militar»⁵⁶.

IV. LA APERTURA A LAS MUJERES MILITARES NORTEAMERICANAS DE LAS MISIONES DE COMBATE

8. Reconociendo el papel desempeñado por las mujeres militares en la Guerra del Golfo, la NDAA para el año fiscal 1994, de 30 noviembre

⁵² Véase Lucy V. KATZ, «Free a man to fight: The exclusion of women from combat positions in the armed forces», cit., pág. 7. Textualmente, «*the combat exclusion rules closed approximately half of the 2.2 million total military positions: 675,000 combat jobs and an additional 375,000 noncombat jobs ... to meet rotation and promotion needs*».

⁵³ *Ibidem*, pág. 26. Textualmente, «*The Gulf War demonstrated that rather than being protected, military women are exposed to extreme hazards in wartime, even in “noncombat” positions*».

⁵⁴ *Ibidem*. Textualmente, «*the concept of a front where fighting takes place is misleading given the high technology aspects of modern war*».

⁵⁵ *Ibidem*, pág. 46. Textualmente, «*most feminist women consider themselves pacifists, and may believe that even to consider participating in the military is to capitulate to a male value system that has been responsible for the worst abuses against women*».

⁵⁶ *Ibidem*, pág. 26. Véase, además, Jeffrey S. DIETZ, «Breaking the ground barrier: Equal protection analysis of the U.S. Military’s direct ground combat exclusion of women», *Military Law Review*, volumen 207 (2011), págs. 86 y ss.

1993⁵⁷, promulgada durante el primer mandato del Presidente demócrata Bill CLINTON, derogó los preceptos legales sobre prohibiciones relativas a la participación de las mujeres en misiones de combate, aunque autorizando al Ministerio federal de Defensa para poner en práctica la nueva política permisiva, sólo con el deber de preavisar al Congreso de los Estados Unidos antes de que los cambios se pusiesen en marcha⁵⁸. La nueva política del Ministerio se formalizó en un memorando de 13 enero 1994⁵⁹, en el que se afirmaba lo siguiente: 1) ante todo, que «la regla del riesgo ya no es adecuada»⁶⁰, por lo que «con efectos de 1 octubre 1994, ... se rescinde»⁶¹; 2) ahora bien, que se abrían sólo parcialmente a las mujeres las misiones directas de combate (era la llamada «política de colocación»), pues «las mujeres serán excluidas de ser asignadas a unidades por debajo del nivel de brigada [esto es, batallones y compañías, así como baterías de artillería], cuya misión primaria sea implicarse en el combate directo en tierra»⁶², teniendo en cuenta que este último implicaba «exponerse al fuego hostil y con una probabilidad alta de contacto físico directo con el personal de una fuerza hostil»⁶³; y 3) que «ninguna unidad o posición anteriormente abiertas a las mujeres se cerrarán al amparo de estas instrucciones»⁶⁴. Con ocasión de la guerra de Afganistán, surgió un nuevo icono del feminismo militar, pues la Sra. Ann E. DUNWOODY (que había servido en dicha guerra, así como en la guerra del Golfo) fue la primera mujer nombrada Capitán General (o con terminología norteamericana, una «*four-star general*») del Ejército de Tierra, a propuesta del Presidente republicano George W. BUSH, en 2008⁶⁵. Como reconocimiento del papel desempeñado en

⁵⁷ Referencia oficial Pub.L. 103-160, 107 Stat. 1547.

⁵⁸ Cfr. las secciones 541 y 542 de su División A.

⁵⁹ Su nombre oficial es «*Memorandum*» sobre «*Direct Ground Combat Definition and Assignment Rule*», pudiendo localizarse a texto completo en <https://www.govexec.com/pdfs/031910d1.pdf>.

⁶⁰ Pág. 1. Textualmente, «*the risk rule is no longer appropriate*».

⁶¹ *Ibidem*. Textualmente, «*effective October 1, 1994, ... is rescinded*».

⁶² *Ibidem*. Textualmente, «*women shall be excluded from assignment to units below the brigade level whose primary mission is to engage in direct combat on the ground*»

⁶³ *Ibidem*. Textualmente, «*being exposed to hostile fire and to a high probability of direct physical contact with the hostile force's personnel*».

⁶⁴ Pág. 2. Textualmente, «*No units or positions previously open to women will be closed under these instructions*».

⁶⁵ Muy poco después, la NDAA para el año fiscal 2009, de 14 octubre 2008 (referencia oficial Pub.L. 110-417, 122 Stat. 4356), creó una comisión coyuntural (denominada «*Military Leadership Diversity Commission*»), encargada de realizar un estudio relativo, entre otros extremos, a «existencia y mantenimiento de ascenso, asignación y oportunidades de mando justas, para miembros de etnias específicas y de

Afganistán por las mujeres militares, la NDAA para el año fiscal 2011, de 7 enero de dicho año⁶⁶, promulgada durante el primer mandato del Presidente OBAMA, ordenó revisar de nuevo las restricciones a las mujeres en zonas de combate, todavía existentes, disponiendo que «el Ministerio de Defensa, en coordinación con las secretarías de los departamentos militares, llevará a cabo una revisión de las leyes, políticas y reglamentos, incluida la política de colocación, que puedan restringir el servicio de las mujeres de las Fuerzas Armadas, para determinar si se necesitan cambios en dichas leyes, políticas y reglamentos, para asegurar que las mujeres tengan igualdad de oportunidades para competir y sobresalir en las Fuerzas Armadas»⁶⁷. Pero en esta ocasión, un hecho relevante —protagonizado ahora por el feminismo jurídico «civil» norteamericano— acabó condicionando y acelerando la puesta en práctica de la nueva política revisionista administrativa a ejecutarse por el Ministerio federal de Defensa.

9. Ese protagonista fue la Unión Americana para las Libertades Civiles (*American Civil Liberties Union* o, en su acrónimo en inglés, ACLU), asociación sin ánimo de lucro creada en 1920 (entre otros, por el catedrático de Harvard y luego Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Sr. Felix FRANKFURTER) y que —desde la activación en su seno, en 1971, de un proyecto específicamente orientado a defender los derechos de las mujeres (una de cuyas fundadoras fue la Sra. Ruth Bader GINSBURG, luego Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos e icono del feminismo jurídico contemporáneo norteamericano)— practica la llamada «abogacía de estrategia» respecto de la discriminación por razón de sexo, planteando casos judiciales cuidadosamente seleccionados, desde el punto de vista de su viabilidad, que pudiesen permitir dar pasos adelante

géneros específicos de las Fuerzas Armadas, a niveles de oficial de complemento, oficial jefe de complemento, oficial en los grados de compañía y modernos, oficial de campo y de grados intermedios, y generales y oficiales de bandera» (cfr. sección 506 de su División A). Textualmente, «*existence and maintenance of fair promotion, assignment, and command opportunities for ethnic- and gender-specific members of the Armed Forces at the levels of warrant officer, chief warrant officer, company and junior grade, field and mid-grade, and general and flag officer*».

⁶⁶ Referencia oficial Pub.L. 111-383, 124 Stat. 4137.

⁶⁷ Sección 535(a). Textualmente, «*The Secretary of Defense, in coordination with the Secretaries of the military departments, shall conduct a review of laws, policies, and regulations, including the collocation policy, that may restrict the service of female members of the Armed Forces to determine whether changes in such laws, policies, and regulations are needed to ensure that female members have an equitable opportunity to compete and excel in the Armed Forces*».

seguros en la lucha por la igualdad de la mujer⁶⁸. Pues bien, lo que hizo la ACLU fue lo siguiente: 1) convencer a cuatro mujeres con currículum militar brillante, forjado en las guerras de Iraq y Afganistán (la comandante Mary Jennings HEGAR, la capitán Alexandra Zoe BEDELL, la teniente Colleen FARRELL y la sargento Jennifer HUNT), para que demandasen al Ministerio federal de Defensa; 2) la pretensión de su demanda sería la de que se eliminasen las discriminaciones padecidas por las mujeres militares, al tener vetado el acceso a puestos de combate directo por debajo del nivel de brigada, con repercusión negativa sobre sus posibilidades de ascenso; 3) la argumentación jurídica a esgrimir sería la contenida en la opinión de la mayoría de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *United States v. Virginia* (1996)⁶⁹, redactada por la Juez GINSBURG; 4) la demanda se plantearía ante una Corte federal supuestamente liberal, que era la Corte federal del Distrito Norte de California; y 5) defendería el caso un bufete de la ciudad de San Francisco, contratado al efecto por la ACLU. Esta demanda se planteó en la Corte federal citada, con fecha de registro de entrada de 27 noviembre 2012⁷⁰. Y el escándalo jaleado por la prensa generalista sería de los Estados Unidos fue mayúsculo, al ponerse de relieve ante la sociedad civil norteamericana que el Ejército discriminaba a cuatro mujeres militares en servicio activo, que tenían la condición de militares laureadas (según la demanda, «dos de las demandantes fueron distinguidas con el Corazón de Púrpura, tras haber sido heridas mientras servían en combate»⁷¹; «dos recibieron medallas en reconocimiento de su servicio de combate»⁷², y «una ganó la Cruz de Vuelo Distinguido con Divisa de Valor,

⁶⁸ Véase Alberto ARUFE VARELA y JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, cit., págs. 180-181.

⁶⁹ Referencia oficial 518 U.S. 515. Comentando dicho caso, véase Alberto ARUFE VARELA y JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, cit., págs. 182-183.

⁷⁰ Puede localizarse en el sitio en Internet de la ACLU, ubicado en www.aclu.org, a través del enlace «Service Women's Action Network v. Asper» («Legal documents»). Además de las cuatro mujeres militares citadas, también figuraba como demandante la Red de Acción de Mujeres en Servicio (*Service Women's Action Network* o, en su acrónimo en inglés, SWAN), una asociación que lucha por los derechos de las mujeres militares, incluidas las mujeres veteranas. Sobre ella, véase su sitio en Internet, ubicado en www.servicewomenactionnetwork.org.

⁷¹ Véase pág. 3, marginal 10, de la demanda. Textualmente, «*two of the plaintiffs were awarded the Purple Heart after being wounded while serving in combat*».

⁷² *Ibidem*. Textualmente, «*two received medals in recognition of their combat service*».

por sus logros y heroísmo extraordinarios, tras ser herida cuando su helicóptero fue derribado en Afganistán»⁷³).

10. Ante el escándalo, la reacción del Sr. Leon E. PANETTA, Ministro federal de Defensa del Presidente OBAMA, no se hizo esperar. Redactó con el Presidente de la Junta de Jefes de Estado Mayor Conjunto un memorando, fechado el 24 enero 2013 (menos de dos meses después de presentada la demanda de la ACLU)⁷⁴, de un lado, declarando que el memorando en vigor de 1994, sobre exclusión de las mujeres en determinadas misiones de combate, «se rescinde con efectos inmediatos»⁷⁵; y de otro lado, anunciando que «la integración de las mujeres en las posiciones y unidades recién abiertas ocurrirá tan pronto como sea posible, considerando el buen orden y el uso juicioso de los recursos fiscales, pero debe completarse no después del 1 enero 2016»⁷⁶. A pesar de ello, los tiras y aflojas judiciales entre la ACLU y el Ministerio federal de Defensa continuaron, habiendo registrado la ACLU: 1) una primera ampliación de su demanda originaria, en 31 octubre 2013 (ahora contra el Sr. Chuck HAGEL, nuevo Ministro federal de Defensa del Presidente OBAMA)⁷⁷, para impugnar el memorando recién citado, por causa de su completa falta de eficacia «real» inmediata⁷⁸; 2) una segunda ampliación de su demanda originaria, registrada el 18 diciembre 2017 (ahora contra el Sr. James N. MATTIS, Ministro federal de Defensa del Presidente TRUMP)⁷⁹, impugnando la decisión relativa a que «el Ejército de Tierra y la Infantería de Marina habían adoptado una política de “Primero Líderes”, que exigía que las mujeres alistadas menos antiguas esperasen para entrar en batallones de combate hasta que dos o más “líderes mujeres” se uniesen a esos

⁷³ *Ibidem*. Textualmente, «one earned a Distinguished Flying Cross with a Valor Device for extraordinary achievement and heroism while engaging in direct ground fire with the enemy after being wounded when her helicopter was shot down over Afganistan».

⁷⁴ Su nombre oficial es el de «Memorandum» sobre «Elimination of the 1994 Direct Ground Combat definition and Assignment Rule». Puede localizarse en <https://dod.defense.gov/Portals/1/Documents/WISRJointMemo.pdf>.

⁷⁵ Pág. 1. Textualmente, «is rescinded effective immediately».

⁷⁶ *Ibidem*. Textualmente, «Integration of women into newly opened positions and units will occur as expeditiously as possible, considering good order and judicious use of fiscal resources, but must be completed no later than January 1, 2016».

⁷⁷ Puede localizarse en el sitio en Internet citado de la ACLU, a través del enlace «Service Women’s Action Network v. Asper» («Legal documents»).

⁷⁸ Cfr. págs. 3-4.

⁷⁹ Puede localizarse en el sitio en Internet citado de la ACLU, a través del enlace «Service Women’s Action Network v. Asper» («Legal documents»).

batallones»⁸⁰; y 3) una tercera ampliación de su demanda originaria, registrada el 28 junio 2018 (contra el propio Sr. MATTIS)⁸¹, impugnando el hecho de que «el Cuerpo de Infantería de Marina eligió continuar segregando reclutas, para su entrenamiento básico, en pelotones del mismo género»⁸², siendo «la única rama del servicio que separa el entrenamiento según líneas de género»⁸³. Aparentemente, el tema ha quedado cerrado a día de hoy tras la comparecencia en juicio del Sr. Lloyd AUSTIN, Ministro federal de Defensa del Presidente BIDEN (representado por la teniente coronel Sra. Samantha FRAZIER), ocurrida el 10 marzo 2023, en la que aportó un largo documento de más de treinta páginas, fechado el 22 noviembre 2022⁸⁴, que contiene una guía «para retirar la exigencia de asignar Primero Líderes del Ejército, impugnada en la tercera demanda ampliada de la actora, y ordena la transición del Ejército en su plan de integración de género, desde la Fase 3 (asignación de unidades operativas) a la Fase 4 (Sostener y optimizar)»⁸⁵.

V. LAS PRUEBAS NORTEAMERICANAS DE APTITUD FÍSICA PARA MISIONES DE COMBATE, NEUTRALES POR RAZÓN DE GÉNERO

11. De las diversas pruebas (*tests*) a que debe someterse el personal de las fuerzas armadas norteamericanas, a efectos de poder alistarse, recibir un nombramiento o ascender, las únicas que interesa considerar aquí son las llamadas pruebas de aptitud física para el combate (*combat fitness tests*), por

⁸⁰ Pág. 2. Textualmente, «*the Army and Marines had adopted a “Leaders First” policy that required junior enlisted women to wait to enter combat battalions until two or more “women leaders” joined those battalions*».

⁸¹ Puede localizarse en el sitio en Internet citado de la ACLU, a través del enlace «Service Women’s Action Network v. Asper» («Legal documents»).

⁸² Pág. 3. Textualmente, «*the Marine Corps chose to continue to segregate recruits for basic training into same-gender platoons*».

⁸³ *Ibidem*. Textualmente, «*is the only service branch that separates training along gender lines*».

⁸⁴ El documento y la declaración jurada de dicha teniente coronel pueden consultarse en el citado sitio en Internet de la ACLU, a través del enlace «U.S. Army ends sexist “Leaders First” policy in combat units after challenge by women servicemembers» («Press releases»).

⁸⁵ Pág. 2. Textualmente, «*for lifting the Army Leaders First assignment requirement challenged in Plaintiff’s Third Amendment Complaint and directs the Army’s transition in its gender integration plan from Phase 3 —assignment to operational units to Phase 4 —sustain and optimize*».

haber llamado la atención crítica —como se verá dentro de un momento— del feminismo jurídico militar norteamericano de tercera ola. Respecto de ellas, el Congreso de los Estados Unidos viene exigiendo desde 1994 (recuérdese, cuando se abrieron algunas misiones de combate a las mujeres) que se trate de pruebas de aptitud física neutrales por razón de género (*gender-neutral*), apareciendo reiterada esta exigencia a día de hoy en la NDAA para el año fiscal 2023, de 23 diciembre 2022⁸⁶, cabiendo recordar —de acuerdo con la concepción originaria de la exigencia— que «*gender-neutral*» significa, respecto de la medición de la aptitud física, tres cosas a la vez: 1) que ha de tratarse de pruebas comunes, sin que quepa una evaluación diferenciada por razón de género⁸⁷; 2) que «no pueden usarse cuotas, objetivos o techos de género, salvo autorización expresa por Ley»⁸⁸; y 3) que no caben ni la acción positiva ni la acción negativa, pues «no puede cambiarse una norma de desempeño profesional con el objetivo de aumentar o disminuir el número de mujeres en ese campo de la carrera profesional»⁸⁹. No existe una sola prueba de aptitud física para el combate, pues cada rama de las fuerzas armadas posee la suya, aunque todas están cortadas por el mismo patrón⁹⁰. Centrándome en la del Ejército de Tierra⁹¹, consta de seis eventos (*events*), en cada uno de los cuales se diferencian diez rangos de edades (el primero, entre 17 y 21 años; el décimo, a partir de 62 años). En cinco de estos eventos (levantamiento de peso muerto [*deadlift*], lanzamiento de pelota de 10 libras [*standing power throw*], flexiones con manos sueltas [*hand-release push-ups*], carreras cortas arrastrando un peso [*sprint/grag/carry*] y carrera de dos millas [*two-mile run*]), se exigen a hombres y mujeres resultados distintos dentro de cada rango de edad para

⁸⁶ Referencia oficial Pub.L. 117-263, 136 Stat. 2572. Véase la sección 528 (rotulada «Normas de preparación para la aptitud física, neutrales por razón de género, para especialidades profesionales militares del Ejército de Tierra [*Gender-neutral fitness physical readiness standards for military occupational specialties of the Army*]») de su División A.

⁸⁷ Cfr. sección 543 (rotulada «Normas de desempeño profesional neutrales por razón de género [*Gender-neutral occupational performance standards*]»), letra (a), apartado (1), de la División A de la citada NDAA para el año fiscal 1994.

⁸⁸ *Ibidem*, apartado (2). Textualmente, «*may not use gender quota, goal, or ceiling except as specifically authorized by law*».

⁸⁹ *Ibidem*, apartado (3). Textualmente, «*may not change an occupational performance standard for the purpose of increasing or decreasing the number of women in that occupational career field*».

⁹⁰ Su fundamento normativo reglamentario común es la sección 66.6 de la Parte 32 del Código de Reglamentos Federales.

⁹¹ Toda la normativa reglamentaria sobre el tema, con guías explicativas, puede localizarse en el vínculo «Army combat fitness test» del sitio en Internet del Ejército de Tierra, ubicado en www.army.mil.

obtener el mismo tanteo (*scoring*), mientras que en el evento restante, consistente en mantener la postura en plancha (*plank*), dicha diferenciación por géneros dentro de cada rango de edad no existe (consecuentemente, se trata de un evento «de-generado» en sentido estricto).

12. El feminismo jurídico militar norteamericano de tercera ola ha sometido a crítica este tipo de pruebas «*gender-neutral*», por tratarse a su juicio, en realidad, de pruebas normalizadas por razón de género (esto es, «*gender-norming*»)⁹², pero no de verdaderas pruebas ciegas por razón de género (esto es, «*gender-blind*»), tomando esta última expresión de un famoso y precoz *dictum* judicial de 1896, según el cual —refiriéndose al tratamiento que los negros deberían merecer por aplicación de la Constitución federal— «*our Constitution is color blind*»⁹³. En esta línea, por ejemplo, se propone que el ejército podría «determinar que un cierto tanteo mínimo —el mismo mínimo para hombres y mujeres soldados— se exija para tener derecho a combatir»⁹⁴, pues —trayendo a colación una metáfora deportiva sugerente («ningún equipo de fútbol americano ganaría un partido si tuviese a su jugador “más fuerte” sirviendo como mariscal de campo»)⁹⁵— defiende que «obviamente, la “fuerza” comprende mucho más

⁹² Con muchas dudas terminológicas, pero impecablemente objetiva, véase Kristy N. KAMARCK, «Women in Combat: Issues for Congress», cit., págs. 18 y ss.

⁹³ Al respecto, véase Alberto ARUFE VARELA y Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, cit., págs. 67 y 78.

⁹⁴ Véase Tim BAKKEN, «A woman soldier's right to combat: Equal protection in the military», cit., pág. 285. Textualmente, «*The military could simply determine that a certain minimum score —the same minimum for male and female soldiers— is required to be eligible for combat*».

⁹⁵ *Ibidem*, pág. 286. Textualmente, «*not one football team would win a game having its “strongest” player serve as quarterback*». La metáfora en cuestión se desarrolla, explicando lo siguiente: «en todo equipo norteamericano de fútbol americano, el mariscal de campo, el jugador retribuido más importante y más elevado, es con mucho más débil físicamente que los jugadores de línea, que pesan un ciento de libras más. Los brazos de los jugadores de línea pueden arrojar más peso que los brazos del mariscal de campo. De igual modo, las piernas de los corredores y receptores de pases de la flota del equipo de fútbol americano les permiten correr mucho más rápido que al mariscal de campo» (*ibidem*). Textualmente, «*on every American football team, the quarterback, the most important and highest paid player, is far weaker physically than linemen who weight a hundred pounds more. The linemen's arms can lift more weight than the quarterback's arms. Similarly, the legs of the football team's fleet ball carriers and pass receivers allow them to run much faster than the quarterback*». Sobre el fútbol americano, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, *El profesionalismo deportivo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados*

que los brutos atributos físicos, e incluye la capacidad mental y emocional»⁹⁶. Otros sectores del feminismo jurídico militar de tercera ola (conscientes de que la «experiencia en combate» está ligada a los ascensos y, consecuentemente, a poder alcanzar «posiciones de liderazgo elevadas») ⁹⁷ añaden argumentos ulteriores, como los relativos a la necesidad de potenciar el valor de la «diversidad» en el ejército, a todos los niveles («las mujeres sólo constituyen el 18 por ciento de las fuerzas armadas de los Estados Unidos») ⁹⁸, y en especial, el valor de la «profesionalidad» (ligando capacidades personales y exigencias laborales del puesto a desarrollar), sobre todo teniendo en cuenta que «los campos de batalla y conflictos de hoy plantean desafíos diferentes, destacan papeles diferentes y exigen habilidades diferentes, tales como operar vehículos aéreos no tripulados (UAV) o sistemas de armamento semi-autónomos, que están desconectados de las exigencias de la forma física estándar» ⁹⁹. El Congreso de los Estados Unidos parece mostrar una cierta sensibilidad ante este tipo de críticas doctrinales. Lo prueban los preceptos de la citada NDAA para el año fiscal 2023, ordenando al Ministerio federal de Defensa identificar barreras que dificulten la retención de mujeres en las fuerzas armadas ¹⁰⁰, así como la elaboración de un informe sobre cómo incrementar la incorporación a las fuerzas armadas de mujeres con capacidades «STEM» (acrónimo, en inglés, de «ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas») ¹⁰¹, llegando a ordenar incluso —pero ahora al Ministerio federal de Transportes— elaborar un

Unidos. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español, Atelier (Barcelona, 2014), págs. 51-52.

⁹⁶ Véase Tim BAKKEN, «A woman soldier's right to combat: Equal protection in the military», cit., pág. 285. Textualmente, «*Obviously, "strength" embodies far more than brute physical attributes and includes mental and emotional ability*».

⁹⁷ Véase Robert U. NAGEL, Kinsey SPEARS y Julia MAENZA, *Culture, Gender, and Women in the Military: Implications for International Humanitarian Law Compliance*, cit., pág. 18.

⁹⁸ *Ibidem*, pág. 24 (sobre «Increase the meaningful participation of women»).

⁹⁹ *Ibidem* (sobre «Correct and communicate physical fitness expectations better»). Textualmente, «*today's conflicts and battlefields pose different challenges, feature different roles, and require different skills, such as operating unmanned aerial vehicles (UAV) or semi-autonomous weapons systems, that are disconnected from standard physical fitness requirements*».

¹⁰⁰ Véase sección 537 (rotulada «Mejores prácticas para la retención de ciertas mujeres militares de las Fuerzas Armadas [*Best practices for the retention of certain female members of the Armed Forces*]») de su División A.

¹⁰¹ Véase sección 564 (rotulada «Mujeres miembros de algunas Fuerzas Armadas y trabajadores civiles del Ministerio de Defensa en STEM [*Female members of certain Armed Forces and civilian employees of the Department of Defense in STEM*]») de su División A.

informe, con evidentes repercusiones militares, sobre cómo «mejorar la representación en la siguiente generación de la fuerza laboral marinera de mujeres y comunidades [como las de negros, hispanos y latinos, asiáticos o amerindios] subrepresentadas»¹⁰².

13. Si juzgada la normativa reguladora de este tipo de pruebas de aptitud física para el combate con parámetros de la sociedad civil norteamericana, es claro que nada podría objetarse a su constitucionalidad, al deber ser considerada una normativa rigurosamente neutral por razón de género. El precedente persuasivo que permite llegar a alcanzar esta conclusión es el caso *Bauer v. Lynch* (2016)¹⁰³, fallado por la Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito federal, y relativo al supuesto carácter discriminatorio para los hombres de la normativa reguladora de las pruebas de aptitud física para el ingreso en el FBI (esto es, la policía federal civil norteamericana)¹⁰⁴. El Sr. Jay J. BAUER, un auténtico prodigio intelectual en posesión de múltiples diplomas universitarios, había suspendido dicha prueba de aptitud física exigida a los aprendices de inspectores, «tras quedar una flexión por debajo de las treinta requeridas a los aprendices varones»¹⁰⁵. De ahí que plantease demanda contra la Sra. Loretta E. LYNCH, por aquel entonces Ministra de Justicia los Estados Unidos, al amparo del Título VII de la Ley de Derechos Civiles de 1964, alegando que «el FBI le había discriminado por razón de sexo, dado que a las aprendices mujeres sólo se les exigía completar catorce flexiones»¹⁰⁶. Su pretensión fue, sin embargo, desestimada por la Corte de Apelaciones, que procedió a revocar —a instancia de la Ministra recurrente— la decisión favorable al actor pronunciada por la Corte federal de primera instancia. A este efecto, la Corte se asió a la argumentación contenida en la opinión redactada por la Juez GINSBURG en *United States v. Virginia* (esgrimida, recuérdese, por la

¹⁰² Cfr. sección 3533 de su División C. Textualmente, «*improving the representation in the next generation of the mariner workforce of women and underrepresented communities*».

¹⁰³ Referencia oficial 812 F.3d 340. Comentándolo, véase la detallada nota anónima sobre «Recent cases», *Harvard Law Review*, volumen 129 (2016), págs. 2257 y ss.

¹⁰⁴ Sobre su naturaleza civil, desde la perspectiva de las fuerzas armadas norteamericanas, véase sección 280 del Título 10 del Código de los Estados Unidos, a propósito de la «ampliación de la cooperación con los funcionarios de policía civiles [*enhancement of cooperation with civilian law enforcement officials*]».

¹⁰⁵ Pág. 342. Textualmente, «*after falling a single push-up short of the thirty required of male Trainees*»

¹⁰⁶ *Ibidem*. Textualmente, «*alleging that the FBI had discriminated against him on the basis of sex, in that female Trainees were required to complete only fourteen push-ups*».

ACLU para vencer la resistencia del Ministerio federal de Defensa a abrir a las mujeres todas las misiones de combate)¹⁰⁷, aun reconociendo que dicho caso de la Corte Suprema —relativo a hechos distintos— «no controla el resultado de este recurso»¹⁰⁸. Y esto despejado, falló lo siguiente: 1) «el empresario no contraviene el Título VII cuando utiliza normas de aptitud física que distingan entre hombres y mujeres, sobre la base de sus diferencias fisiológicas»¹⁰⁹; 2) ello es así, siempre y cuando «impongan una carga igual de cumplimiento tanto sobre hombres como sobre mujeres, exigiendo el mismo nivel de aptitud física a cada uno de ellos»¹¹⁰; y 3) «por causa de que el FBI pretende valorar la aptitud física imponiendo la misma carga tanto a hombres como a mujeres, esta regla se aplica a las pretensiones de Bauer relativas al Título VII»¹¹¹.

VI. LA CONVIVENCIA DE-GENERADA DEL PERSONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS NORTEAMERICANAS, ESPECIALMENTE EN MISIONES DE COMBATE

14. La convivencia entre mujeres y hombres en el ejército tiene un ingrediente claro de libidinosidad, sobre el que los políticos civiles y militares norteamericanos callan (en línea con el puritanismo, tan característico del conjunto de la sociedad norteamericana)¹¹², pero que el feminismo jurídico militar ha sabido explicitar, a efectos de justificar la posible convivencia de-generada del personal de las fuerzas armadas. En el plano político, todo han sido bandazos condicionados por la ideología, conservadora o liberal, del Presidente de turno de los Estados Unidos, cabiendo hablar al respecto de cinco hitos principales. En primer lugar y como punto de partida, la Directriz del Ministerio federal de Defensa

¹⁰⁷ Véase *supra*, número 9.

¹⁰⁸ Pág. 350. Textualmente, «does not control the outcome of this appeal».

¹⁰⁹ Pág. 351. Textualmente, «an employer does not contravene Title VII when it utilizes physical fitness standards that distinguish between the sexes on the basis of their physiological differences».

¹¹⁰ *Ibidem*. Textualmente, «impose an equal burden of compliance on both men and women, requiring the same level of physical fitness of each».

¹¹¹ *Ibidem*. Textualmente, «because the FBI purports to assess physical fitness by imposing the same burden on both men and women, this rule applies to Bauer's Title VII claims».

¹¹² Al respecto, véase Alberto ARUFE VARELA y JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, cit., págs. 209 y ss.

1332.14, promulgada durante el primer mandato del Presidente Ronald REAGAN, en 26 enero 1981¹¹³, en la que se afirmaba que «la homosexualidad es incompatible con el servicio militar»¹¹⁴, dado que el personal militar «frecuentemente debe vivir y trabajar en condiciones de cercanía, que permiten una mínima intimidad»¹¹⁵. En segundo lugar, la promulgación durante el primer mandato del Presidente CLINTON de la citada NDAA para el año fiscal 1994, prohibiendo preguntar al personal de las fuerzas armadas acerca de su orientación sexual (era la popularmente llamada regla «*Don't ask, don't tell*»)¹¹⁶, que provocó una gran litigiosidad¹¹⁷, hasta que fue derogada durante el primer mandato del Presidente OBAMA, con la promulgación de una Ley de 22 diciembre 2010¹¹⁸, lo que condicionó, a su vez, que la Corte Suprema de los Estados Unidos acabase reconociendo la licitud en el seno de las fuerzas armadas del matrimonio lésbico¹¹⁹. En tercer lugar, la promulgación de una Directriz-tipo por el Sr. Ash CARTER, Ministro federal de Defensa del Presidente OBAMA, fechada el 30 junio 2016, prohibiendo la discriminación en las

¹¹³ Su denominación es «*Enclosure 8, Homosexuality, DoD Directive 1332.14, Enlisted Administrative Separations (16 January 1981)*». Puede localizarse en Nathan S. LOWREY, *Repealing Don't Ask, Don't Tell. A historical perspective from the Joint Chiefs Staff*, Joint History and Research Office-Office of the Chairman of the Joint Chiefs of Staff (Washington, D.C., 2021), págs. 175 y ss.

¹¹⁴ Apartado A («Policy»), inciso primero. Textualmente, «*homosexuality is incompatible with military service*».

¹¹⁵ *Ibidem*, inciso tercero, medio-inciso cuarto. Textualmente, «*frequently must live and work under close conditions affording minimal privacy*». Críticamente, véase Diane H. MAZUR, «The unknown soldier: A critique of gays in the military scholarship and litigation», *U.C. Davis Law Review*, volumen 29 (1996), págs. 223 y ss.

¹¹⁶ Cfr. sección 571 de su División A, insistiendo en que las condiciones de vida y trabajo en las fuerzas armadas «son a menudo espartanas, primitivas y caracterizadas por intimidad forzada con poca o nula privacidad». Textualmente, «*are often spartan, primitive, and characterized by forced intimacy with little or no privacy*».

¹¹⁷ Véase Nathan S. LOWREY, *Repealing Don't Ask, Don't Tell. A historical perspective from the Joint Chiefs Staff*, cit., págs. 124 y ss.

¹¹⁸ Referencia oficial Pub.L. 111-321, 124 Stat. 3515, cuya denominación oficial breve es «*Don't Ask, Don't Tell Repeal Act of 2010*» (cfr. su sección 1).

¹¹⁹ Cfr. caso *United States v. Windsor* (2013), referencia oficial 570 U.S. 744, aunque se trataba —desde el punto de vista del fondo del asunto— de un caso de Derecho fiscal. Acerca del derecho de los civiles a contraer matrimonio homosexual (*same-sex marriage*), proclamado dos años después por la Corte Suprema de los Estados Unidos, véase Alberto ARUFE VARELA y JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, cit., págs. 208-209.

fuerzas armadas por razón de identidad de género¹²⁰. En cuarto lugar, un Memorando del Presidente TRUMP, de fecha 25 agosto 2017, revocando la política sobre este último tema de la Administración federal inmediatamente precedente¹²¹, lo que —como era previsible— provocó acto seguido litigios orientados a paralizar esa nueva política militar¹²². En quinto lugar, la Orden Ejecutiva número 14004 del Presidente BIDEN, fechada 25 enero 2021, restableciendo el *statu quo* existente durante la Administración OBAMA, «permitiendo a todos los americanos cualificados servir a su país en uniforme»¹²³. Frente a todos estos bandazos políticos, el feminismo jurídico militar siempre tuvo claro que la libidinosidad provocada por la convivencia entre géneros dentro de las fuerzas armadas no podía considerarse un tema tabú. Según él, había que distinguir las relaciones sexuales en misiones de combate, de un lado, y las relaciones sexuales con ocasión del resto de actividades militares, del otro lado.

15. En misiones de combate, el estrés atenúa la libido («ciertamente, hay actividad sexual en las unidades mixtas, pero probablemente menos en guerra que en tiempos de paz»¹²⁴, pues «cuando estás fuera en el desierto, con miedo de los [misiles] SCUDS y de las minas de tierra, y tu última ducha fue hace cuatro días, los seres humanos más normales no tienen mucho espacio que dejar a la libido»)¹²⁵, hasta el punto de provocar alteraciones fisiológicas en la mujer militar («el estrés físico asociado incluso con la guerra de alta tecnología hacen probable la

¹²⁰ Su denominación oficial es «*Directive-type memorandum (DTM) 16-005*», sobre «*Military service of Transgender Service Members*», localizable en el portal en Internet del Ministerio, ubicado en <https://dod.defense.gov> (vía «Features»).

¹²¹ Este Memorando, sobre «Servicio Militar por Personas Transgénero [*Military Service by Transgender Individuals*]» dirigido al Ministro federal de Defensa y al Ministro federal de Seguridad Interior, puede localizarse en el sitio en Internet del Gobierno de los Estados Unidos, ubicado en www.govinfo.gov (vía «Presidential documents»).

¹²² La Corte Suprema de los Estados Unidos llegó incluso a pronunciarse interdictalmente sobre el tema, a través de dos Autos (*Orders*) de 22 enero 2019 (referencias oficiales 18A625 y 18A627).

¹²³ Puede localizarse, como todas las Órdenes presidenciales Ejecutivas, en el sitio en Internet de la Casa Blanca, ubicado en www.whitehouse.gov. Textualmente, «*Enabling All Qualified Americans to Serve their Country in Uniform*».

¹²⁴ Véase Lucy V. KATZ, «Free a man to fight: The exclusion of women from combat positions in the armed forces», cit., pág. 28. Textualmente, «*Certainly, there is sexual activity in mixed units, but probably less in war than in peacetime*».

¹²⁵ *Ibidem*. Textualmente, «*when you're out in the desert, afraid of SCUDS and land mines, and your last shower was four days ago, most normal human beings don't have much of a libido left*».

amenorrea, obviando a la vez el riesgo de la menstruación y el embarazo»¹²⁶. De ahí que en este tipo de misiones no resulte problemática la convivencia entre géneros en instalaciones militares de-generadas, como las reguladas en el Reglamento del Ejército de Tierra número 700-135, de 5 febrero 2009, sobre «logística de apoyo al soldado en campaña»¹²⁷. Según esta norma, cuyo objetivo es disponer de «una “ciudad” altamente desplegable, diseñada y construida para suministrar alojamiento con temperatura controlada, instalaciones para comer, duchas, retretes, lavandería e instalaciones de inyección de moral, bienestar y recreo, en módulos para 550 soldados (más 40 operadores)»¹²⁸, todo es común (por ejemplo, la tienda-dormitorio o «*Tent Extendable Modular Personnel*»¹²⁹, en cuanto que «bloque de construcción básico del sistema»¹³⁰, con «aire caliente y frío, similar a los sistemas de aire acondicionado de los hogares»¹³¹; o los «retretes de campaña [*field latrines*]»¹³², respecto de los que se afirma que se trata de «baños químicos portables»¹³³, que «puedan ser desplegados con un sistema de postura única»¹³⁴; o la sección de «asuntos mortuorios de campaña [*field mortuary affairs*]»¹³⁵, indicándose que «los restos se guardarán amortajados cuando no se tramiten para preservar su dignidad, y serán tratados con el mayor respeto en todo momento»¹³⁶, y añadiendo que «en la medida de lo posible, los efectos personales se recogerán, inventariarán, cuidarán, y se entregarán a la

¹²⁶ *Ibidem*, pág. 25. Textualmente, «*the physical stress associated with even a high-tech war make amenorrhea likely, obviating risk of both menstruation and pregnancy*».

¹²⁷ Su denominación oficial es «*Army Regulation 700-135*» sobre «*Logistics. Soldier Support in the Field*», localizable en el sitio en Internet de almacenamiento de todas las Directrices del Ejército de Tierra (*Army Publishing Directorate*), ubicado en <https://armypubs.army.mil>.

¹²⁸ Pág. 10. Textualmente, «*highly deployable “city” designed and engineered to provide climate-controlled billeting, dining facilities, showers, latrines, laundry, and morale, welfare and recreation facilities in modules for 550 Soldiers (+40 operators)*».

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ *Ibidem*. Textualmente, «*the basic building block for the system*».

¹³¹ *Ibidem*. Textualmente, «*air heating and cooling, similar to home heating ventilation air-conditioning systems*».

¹³² Pág. 3.

¹³³ *Ibidem*. Textualmente, «*portable chemical toilets*».

¹³⁴ *Ibidem*. Textualmente, «*as a stand alone system*».

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ *Ibidem*. Textualmente, «*Remains will be kept shrouded when not being processed to preserve dignity and will be treated with the utmost respect at all times*».

persona con derecho a recibir los efectos tan rápido como sea posible»¹³⁷), efectuándose distinciones sólo en relación con las duchas (*showers*), pero para indicar que tienen que ser individuales (« ducharse con agua tibia y jabón al menos cada 7 días reduce y/o previene las plagas de parásitos corporales, e influye positivamente en la moral»¹³⁸; «se concederá un mínimo de 7 minutos para ducharse por persona»¹³⁹; «las duchas [de 12 cebollas] serán capaces de acomodar separadamente, tanto a hombres como a mujeres»¹⁴⁰).

16. En tiempos de paz, sobre la base de la inexistencia de instalaciones segregadas por géneros (en relación con los soldados trans, la reglamentación militar vigente afirma que «las instalaciones no se diseñarán, modificarán o construirán para crear zonas sólo para transgéneros»¹⁴¹, de manera que «si se hiciesen modificaciones para acomodar el pudor o las preocupaciones de intimidad de un soldado, deberán hacerse accesibles para su uso por todos los soldados»¹⁴²), el problema tradicional es el del acoso y la agresión sexuales («*sexual harassment and assault*»)¹⁴³, denunciando el feminismo jurídico militar norteamericano de tercera ola que «es más probable que el personal militar femenino sea sexualmente agredido por un compañero soldado que su muerte en combate»¹⁴⁴, así como que «los soldados alistados soportan un

¹³⁷ *Ibidem*. Textualmente, «to the extent possible, personal effects will be recovered, inventoried, safeguarded, and returned to the person eligible to receive the effects as rapidly as possible».

¹³⁸ Pág. 2. Textualmente, «Showering with warm water and soap at least every 7 days reduces and/or prevents body lice infestation and positively influences morale».

¹³⁹ *Ibidem*. Textualmente, «A minimum of 7 minutes will be provided for showering per person».

¹⁴⁰ Pág. 3. Textualmente, «The [12-head] showers will be capable of accommodating both males and females separately».

¹⁴¹ Véase «Army Directive 2021-22» sobre «Army Service by Transgender Persons and Persons with Gender Dysphoria», pág. 7, localizable en el sitio en Internet citado de almacenamiento de todas las Directrices del Ejército de Tierra (*Army Publishing Directorate*). Textualmente, «Facilities will not be designated, modified, or constructed to make transgender-only areas».

¹⁴² *Ibidem*. Textualmente, «If modifications are made to accommodate the modesty or privacy concerns of a Soldier, they must be made available for all Soldiers to use».

¹⁴³ Véase Robert U. NAGEL, Kinsey SPEARS y Julia MAENZA, *Culture, Gender, and Women in the Military: Implications for International Humanitarian Law Compliance*, cit., págs. 15 y ss.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pág. 15. Textualmente, «female military personnel are more likely to be sexually assaulted by a fellow soldier than killed in combat».

riesgo más alto de agresión que los oficiales»¹⁴⁵. La política militar sobre este tema ha ido refinándose, hasta desembocar en la promulgación de la citada NDAA para el año fiscal 2022, cuya regulación del tema —orientada a estimular que la víctima denuncie— se articula alrededor de cinco elementos principales: 1) el nombramiento de un instructor independiente («*independent investigator*»), al margen de la «cadena de mando» a que está sujeta la víctima¹⁴⁶; 2) la brevedad del procedimiento, pues el instructor tiene que completar su investigación «no después de los 14 días siguientes a la fecha en que la investigación se comenzó»¹⁴⁷; 3) a efectos de evitar represalias, el seguimiento independiente del procedimiento, responsabilizándose un funcionario del Ministerio federal de Defensa de «documentar y rastrear todas las alegaciones incluidas de represalia»¹⁴⁸; 4) el reforzamiento de los deberes de información al denunciante sobre el estado de tramitación de su denuncia, incluidos «el tipo de acción adoptada en dicho caso, el resultado de la acción (incluyendo el castigo asignado o advertencia de servicio, según lo que proceda) y cualquier otra información que el oficial considere relevante»¹⁴⁹; y 5) la creación de puestos civiles («*civilian positions*») de asesoramiento al denunciante, que incluya «apoyo jurídico, para-jurídico y administrativo»¹⁵⁰. La propia Ley obligaba al Ministerio federal de Defensa a enviar al Congreso de los Estados Unidos un «*brief*», fechado el 2 julio 2021 y titulado «Las duras verdades y el deber de cambiar: Recomendaciones de la Comisión de Revisión Independiente sobre la Agresión Sexual en el Ejército»¹⁵¹, habiendo cumplido el Ministerio su deber de elaborarlo, pudiendo leerse en él (entre otras muchas

¹⁴⁵ *Ibidem*. Textualmente, «*enlisted soldiers are at a higher risk of assault than officers*». Con extraordinario detalle, véase Dina ELIEZER, Aubrey J. HILBERT, Lisa H. DAVIES, Kimberley HILTON, William Xav KLAUBERG, Maia M. HURLEY, Zachary J. GITLIN, Karmon D. DYCHES y Nathan W. GALBREATH, «Sexual assault experiences vary from active duty military women depending on their relationship to the perpetrator», *Journal of Family Violence*, volumen 35-4 (2020), págs. 325 y ss.

¹⁴⁶ Cfr. sección 543(a) de su División A.

¹⁴⁷ *Ibidem*. Textualmente, «*not later than 14 days after the date on which the investigation is commenced*».

¹⁴⁸ Cfr. sección 544(a). Textualmente, «*documenting and tracking all covered allegations of retaliation*».

¹⁴⁹ Cfr. sección 545. Textualmente, «*the type of action taken on such case, the outcome of the action (including any punishments assigned or characterization of service, as applicable), and such other information as the commander determines to be relevant*».

¹⁵⁰ Cfr. sección 546. Textualmente, «*legal, paralegal, and administrative support*».

¹⁵¹ Cfr. sección 539G. Textualmente, «*Hard Truths and the Duty to Change: Recommendations from the Independent Review Commission on Sexual Assault in the Military*».

cosas, pues se extiende a lo largo de más de trescientas páginas)¹⁵² que «las cifras de acoso sexual son más desoladoras, con cerca de una de cada cuatro mujeres en servicio activo declarando experiencias de acoso sexual»¹⁵³, aunque «el M[inisterio] d[e] D[efensa] solamente recibió 1.781 informes de acoso sexual en el A[ño] F[iscal] 2020»¹⁵⁴.

VII. EPÍLOGO

17. La sensibilidad mostrada por el legislativo y el ejecutivo de los Estados Unidos, en relación con las demandas del feminismo jurídico norteamericano de tercera ola, no extraña. Para ambos poderes, tiene la naturaleza de un imperativo categórico satisfacer la necesidad de reclutar y retener personal militar para el servicio activo, sean hombres, mujeres o personas trans. De ahí que las condiciones mínimas de trabajo y empleo del personal militar (sin distinción de género), si comparadas con las existentes en el sector privado de la sociedad civil norteamericana, sean incuestionablemente mejores (haciendo realidad, en consecuencia, el apelativo cariñoso «Tío Sam»)¹⁵⁵. Piénsese, por ejemplo, en que el sueldo mínimo de un soldado raso a tiempo completo de 18 años de edad es de casi 2.000 dólares mensuales¹⁵⁶, exactamente el doble del salario mínimo interprofesional federal aplicable en las empresas cubiertas por la Ley de condiciones mínimas de trabajo de 1938, sin que pueda hablarse —como el feminismo jurídico militar norteamericano viene reconociendo, desde hace mucho tiempo— de la existencia de ninguna brecha salarial de género en las fuerzas armadas¹⁵⁷. Siempre en el plano de las condiciones de empleo

¹⁵² Puede localizarse en el sitio en Internet específico del Ministerio federal de Defensa para la Agresión y la Respuesta Frente a la Agresión Sexual (*Sexual Assault Prevention and Response*), en <https://www.sapr.mil/other-government-reports>.

¹⁵³ Pag. 12. Textualmente, «*the sexual harassment numbers are bleaker, with about one in every four active duty women reporting experiences of sexual harassment*».

¹⁵⁴ *Ibidem*. Textualmente, «*DoD received only 1,781 reports of sexual harassment in FY20*».

¹⁵⁵ Sobre este apelativo, oficializado en 1961, véase Alberto ARUFE VARELA y JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, cit., pág. 106.

¹⁵⁶ Véase el enlace «Active duty pay charts», en www.goarmy.com.

¹⁵⁷ Véase Lucy V. KATZ, «Free a man to fight: The exclusion of women from combat positions in the armed forces», cit., pág. 47, poniendo de relieve que en el ejército siempre hubo «*gender neutral pay structures*». Críticamente, mientras se mantuvieron cerradas a las mujeres algunas misiones de combate, véase Christina M. DIEKMANN,

mínimas, lo mismo cabría afirmar de los permisos militares retribuidos para la conciliación de la vida laboral y familiar¹⁵⁸, incomparables con los que por Ley federal están obligadas a otorgar las empresas privadas norteamericanas. Y la superioridad se mantiene igualmente en el plano del Derecho de la Seguridad Social. En efecto, aparte la regulación legal de subsidios para la atención diaria de los hijos de militares en su propio hogar¹⁵⁹, así como la cobertura integral de las prestaciones de asistencia sanitaria (con cargo al denominado «*TRICARE program*»)¹⁶⁰, baste poner de relieve que la contingencia de Seguridad Social del siglo XXI (esto es, la dependencia) aparece cumplidamente cubierta para el personal militar, desde el año 2001, en exactamente los mismos términos que para el personal civil de la Administración federal («las disposiciones relativas al seguro de dependencia para miembros y algunos antiguos miembros de los servicios uniformados, y sus familias, se establecen en el Capítulo 90 del Título V [del Código de los Estados Unidos]»)¹⁶¹, lo que en absoluto ocurre para el resto de contribuyentes de la sociedad civil norteamericana¹⁶².

BIBLIOGRAFÍA CITADA

— Alberto ARUFE VARELA y Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, Atelier (Barcelona, 2023).

«Equal pay for equal work — The distributional effects of the assignment policy for military women», *Columbia Journal of Gender and Law*, volumen 22-1 (2011), págs. 250 y ss.

¹⁵⁸ Cfr. secciones 701(h) y 704 del Título 10 del Código de los Estados Unidos.

¹⁵⁹ Cfr. sección 1796 del Título 10 del Código de los Estados Unidos.

¹⁶⁰ Cfr. secciones 1971 y ss. del Título 10 del Código de los Estados Unidos.

Respecto del contribuyente privado norteamericano, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «El caso *California v. Texas* (2021) y su formalización de una nueva trilogía norteamericana de casos (la “trilogía ObamaCare”) en materia de Seguridad Social», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, número 32 (2022), págs. 137 y ss.

¹⁶¹ Sección 1074k del Título 10 del Código de los Estados Unidos. Textualmente, «*Provisions regarding long-term care insurance for members and certain former members of the uniformed services and their families are set forth in chapter 90 of title 5*».

¹⁶² Al respecto, véase Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «La protección frente al riesgo de dependencia en los Estados Unidos», en *Estudios sobre seguridad social. Libro homenaje al Profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier (Barcelona, 2017), págs. 171 y ss.

- Tim BAKKEN, «A woman soldier's right to combat: Equal protection in the military», *William & Mary Journal of Race, Gender, and Social Justice*, volumen 20 (2014).
- Robert BATEY, «*Parker v. Levy*: A primer in judicial persuasion», *Journal of Legal Education*, volumen 49-número 1 (1999).
- Christina M. DIEKMANN, «Equal pay for equal work — The distributional effects of the assignment policy for military women», *Columbia Journal of Gender and Law*, volumen 22-1 (2011).
- Jeffrey S. DIETZ, «Breaking the ground barrier: Equal protection analysis of the U.S. Military's direct ground combat exclusion of women», *Military Law Review*, volumen 207 (2011).
- Dina ELIEZER, Aubrey J. HILBERT, Lisa H. DAVIES, Kimberley HILTON, William Xav KLAUBERG, Maia M. HURLEY, Zachary J. GITLIN, Karmon D. DYCHES y Nathan W. GALBREATH, «Sexual assault experiences vary from active duty military women depending on their relationship to the perpetrator», *Journal of Family Violence*, volumen 35-4 (2020).
- Andrew J. HAILE, «Redrafting the Selective Service Act: Women and the military draft», *UCLA Women's Law Journal*, volumen 28-1 (2021).
- Renee JUST, «GI Jane: A comparison of the legal framework for women's military service in Israel and the United States», *Creighton International and Comparative Law Journal*, volumen 8-2 (2017).
- James M. KAMMAN, «*Parker v. Levy* — Conduct unbecoming an officer and gentleman», *Pepperdine Law Review*, volumen 2 (1975).
- Kristy N. KAMARCK, «Women in Combat: Issues for Congress», localizable en el sitio en Internet del Servicio de Investigación del Congreso, ubicado en www.crs.gov.
- Lucy V. KATZ, «Free a man to fight: The exclusion of Women from combat positions in the armed forces», *Minnesota Journal of Law & Inequality*, volumen 10 (1992).

— Nathan S. LOWREY, *Repealing Don't Ask, Don't Tell. A historical perspective from the Joint Chiefs Staff*, Joint History and Research Office-Office of the Chairman of the Joint Chiefs of Staff (Washington, D.C., 2021).

— Sara MACDWYER, «Rostker v. Goldberg: The uneven development of the equal protection doctrine in military affairs», *Golden Gate University Law Review*, volumen 12 (1982).

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, *El profesionalismo deportivo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Un estudio desde la perspectiva del Derecho español*, Atelier (Barcelona, 2014).

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «La protección frente al riesgo de dependencia en los Estados Unidos», en *Estudios sobre seguridad social. Libro homenaje al Profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier (Barcelona, 2017)

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «El caso *California v. Texas* (2021) y su formalización de una nueva trilogía norteamericana de casos (la “trilogía ObamaCare”) en materia de Seguridad Social», *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, número 32 (2022).

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Deporte profesional de-generado. Un estudio sobre feminismo radical*, Atelier (Barcelona, 2017).

— Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, *Fundamentos de Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3ª ed., Atelier (Barcelona, 2023).

— Diane H. MAZUR, «The unknown soldier: A critique of gays in the military scholarship and litigation», *U.C. Davis Law Review*, volumen 29 (1996).

— Robert U. NAGEL, Kinsey SPEARS y Julia MAENZA, *Culture, Gender, and Women in the Military: Implications for International Humanitarian Law Compliance*, GIWPS (Washington, DC, 2021).

— Nota anónima sobre «Recent cases», *Harvard Law Review*, volumen 129 (2016).

TELETRABAJO EN AUSTRIA*

[TELEWORKING IN AUSTRIA]

Nora Melzer

Fecha de recepción: 16 de noviembre de 2022

Fecha de aceptación: 2 de diciembre de 2022

Sumario: I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN PRELIMINAR DE CONCEPTOS.- II. EVOLUCIÓN DEL TELETRABAJO EN AUSTRIA.- III. IRRUPCIÓN DEL TELETRABAJO.- IV. LA DISPOSICIÓN JURÍDICO-LABORAL CENTRAL SOBRE EL TELETRABAJO: EL PARÁGRAFO 2h AVRAG.- 1. Definición de homeoffice.- 2. Los concretos requisitos del trabajo en homeoffice a que se refiere el parágrafo 2h de la AVRAG.- 3. Realización «regular» de prestaciones laborales.- 4. Tipos de prestaciones laborales en homeoffice.- 5. Trabajo en la vivienda del trabajador o trabajadora.- 6. Relación entre el trabajador o trabajadora y la vivienda.- 7. Necesidad de acuerdo en el homeoffice.- 8. Deberes esenciales del empresario o empresaria de facilitación de los medios de teletrabajo, también en caso de homeoffice.- 9. Finalización del acuerdo sobre el trabajo en homeoffice.- 10. Reglas especiales al margen de la nueva regulación.- V. PERSPECTIVA: LA CONEXIÓN CON EL CROWDWORK.

Contents: 1. INTRODUCTION AND PRELIMINARY DELIMITATION OF CONCEPTS.- II. DEVELOPMENT OF TELEWORKING IN AUSTRIA.- III. THE CORE LEGAL PROVISION ON TELEWORKING IN AUSTRIA: PARAGRAPH 2h AVRAG.- 1. Definition of homeoffice.- 2. The specific requirements of work in homeoffice referred to in paragraph 2h AVRAG.- 3. Regular «performance» of labor tasks.- 4. Kinds of labor tasks in homeoffice.- 5. Work at employee's home.- 6. Relationship between employees and home.- 7. Need of agreement in the homeoffice.- 8. Main duties of the employer to facilitate the tools of teleworking, also in case

* Traducción al castellano, desde el alemán original, de Jesús Martínez Girón y Alberto Arufe Varela.

of homeoffice.- 9. Termination of the agreement on the work in homeoffice.- 10. Special rules outside the new regulation.- V. PERSPECTIVE: THE CONNECTION WITH THE CROWDWORK.

Resumen: Análisis de la evolución del teletrabajo en Austria, con énfasis especial en su irrupción, con ocasión de la pandemia del coronavirus. Toma en consideración la legislación europea, sobre la base de que la misma pretende impedir que las nuevas formas de trabajo den lugar a nuevos falsos autónomos. Concluye admitiendo que el homeoffice constituye una buena posibilidad de aprovechar las nuevas tecnologías, favoreciendo el equilibrio entre vida y trabajo.

***Abstract:** Analysis of the evolution of teleworking in Austria, with special emphasis on its sudden appearance, on the occasion of the pandemic of the coronavirus. It takes into consideration the European legislation, on the basis that it intends to prevent that the new forms of work give rise to new false self-employed. It concludes by admitting that the homeoffice constitutes a good possibility to take advantage of the new technologies, favoring the balance between life and work.*

Palabras clave: Austria, Crowdwork, Homeoffice, Pandemia del coronavirus, Teletrabajo

***Keywords:** Austria, Coronavirus pandemic, Crowdwork, Homeoffice, Telework*

* * *

I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN PRELIMINAR DE CONCEPTOS

Partiendo del **uso coloquial de la lengua**, podemos entender bajo las expresiones trabajo a distancia o **teletrabajo** el trabajo fuera del centro de trabajo. Una **forma especial** de teletrabajo, como sugiere el nombre, es el trabajo en homeoffice. La expresión «home office» viene del inglés, y caracteriza allí la «oficina en casa» la «oficina en el domicilio». Por **homeoffice** se entiende en el ámbito de la lengua alemana, desde el punto de vista actual, el trabajo en casa del trabajador/de la trabajadora con utilización de la tecnología de la información; pero no se trata de una forma de trabajo común, ni de un colectivo determinado de trabajadores/trabajadoras, sino del lugar de trabajo o del puesto de trabajo¹.

Se consideran ventajas de este trabajo: la eliminación de desplazamientos al trabajo conduce *de facto* a un tiempo más corto de permanencia en el trabajo. Hay un mejor equilibrio vida-trabajo, lo que interesa especialmente a personas jóvenes, esto es, mejor conciliación de vida familiar y trabajo. Igualmente, la eliminación de desplazamientos al trabajo conduce a menos tráfico y, en consecuencia, a una mayor protección del clima.

Una mirada al ordenamiento jurídico austríaco muestra al menos dos leyes o colectivos profesionales que adoptan a simple vista este tipo de trabajo fuera del centro de trabajo. Y es que el **fenómeno** del trabajo fuera del centro de trabajo no es totalmente nuevo. Por ejemplo, hay que pensar en el trabajo a domicilio, sobre el que hay ya desde los años veinte del siglo pasado una ley propia, así como en el trabajo de los/las representantes (de comercio).

La **Ley del trabajo a domicilio** regula el trabajo en cuyo marco los trabajadores pueden elegir libremente la jornada de trabajo y el lugar de

¹ Véase especialmente *Melzer-Azodanloo*, Tele-Arbeit (2001) 18 y s.; *Risak*, Home-Office I – Arbeitsrecht, ZAS 2016, 204; *Stärker*, Technischer Arbeitnehmerschutz im Home-Office bzw. bei Tele-Heimarbeit, eolex 2019, 658; *Streithofer*, Homeoffice: Vom Anlassfall Corona-Krise zu geregelten Verhältnissen, DRdA-InfAS 2020, 204; *Hitz/Schrenk*, Homeoffice während und nach der Corona-Krise, ASoK 2020, 322; *Trost*, Der Arbeitnehmer in eigener Wohnung, ZAS 191, 181.

trabajo; éste puede ser también su propio domicilio (parágrafo 1 de la Ley de trabajo a domicilio). Porque pueden organizar libremente el trabajo, son personalmente independientes, y no son trabajadores/trabajadoras desde el punto de vista del Derecho del Trabajo.

Sin embargo, sobre la base de la regulación legal expresa, en la Ley del trabajo a domicilio existe para los trabajadores/trabajadoras a domicilio el derecho al pago continuado del salario, a vacaciones y a plazos extintivos; no pueden negociar su salario individualmente, sino que se establece administrativamente por vía de reglamento (tarifa del trabajo a domicilio, en virtud de la Ley de trabajo a domicilio) o negociado por los interlocutores sociales (en virtud del contrato conjunto de trabajo a domicilio). A este respecto, si los trabajadores/trabajadoras a domicilio se asimilan a trabajadores, esto es, no tienen ninguna estructura empresarial propia y trabajan sólo para un cliente, se aplican las mejoras de la Ley de responsabilidad del prestador de servicios en relación con los menoscabos de las herramientas de trabajo; pueden demandar ante los tribunales de trabajo y los tribunales de seguridad social competentes, y pueden recibir un certificado de servicios, esto es, el empresario debe informar por escrito de todas las condiciones de la relación de empleo.

No obstante, el tipo de prestaciones de servicios realizadas se describe con detalle en el trabajo a domicilio; sólo pueden ser objeto del contrato la fabricación, preparación, transformación y envasado de mercancías, esto es, actividades **corporales** o manuales.

Un segundo ámbito jurídico que emplea trabajo fuera del centro de trabajo son las diversas regulaciones sobre **representantes de comercio**. Las actividades que están comprendidas aquí son, ante todo, la **venta** o la transmisión de cosas, los clientes/las clientas son personas privadas y se trata de mercancías vendidas, por ejemplo, electrodomésticos, suscripciones a libros y a revistas o seguros; si los clientes/las clientas son también empresas, se trata del negocio de los representantes/las representantes de comercio, por ejemplo, la venta o la transmisión de productos farmacéuticos, como grandes equipamientos médicos o medicamentos. Si además los representantes de comercio están asimilados a trabajadores, se les otorgan privilegios de responsabilidad (véase arriba) y el acceso simplificado a los tribunales.

El tipo de prestaciones de servicios realizadas se describe de nuevo

con mucho detalle; el objeto del contrato es la venta y la transmisión de mercancías, así como la celebración de negocios jurídicos; esto es, actividades no corporales o actividades intelectuales.

II. EVOLUCIÓN DEL TELETRABAJO EN AUSTRIA

Durante mucho tiempo, el ordenamiento jurídico austríaco consideró suficientes estas normas. A partir de mediados de los **años 80** del siglo pasado, las primeras **innovaciones digitales**, como el e-mail o el fax, así como pequeñas calculadoras portátiles y radioteléfonos, trajeron la posibilidad de conectarse con el centro de trabajo sin que los trabajadores debiesen estar materialmente «en» el centro de trabajo tomado en sentido espacial. A pesar de dicha sencilla conexión virtual, o conexión mediante «comunicación», podían cumplirse los caracteres de la dependencia personal, esto es, había que considerar a los empleados como trabajadores/trabajadoras.

Una concreta normativa legal de esa época, que tenía en cuenta el fenómeno del «teletrabajo», es la Ley de prevención de riesgos laborales de 1994, que representa la transposición de muchas Directivas europeas en el ámbito de la prevención técnica de riesgos laborales. La Ley fue una consecuencia del ingreso de Austria en la UE. Fue la primera ley que tuvo (entonces) un título condicionado por el género, porque se mencionaba expresamente en el título a las trabajadoras mujeres. Pero también fue especial porque previó una regulación específica para los puestos de trabajo con pantallas, y esta protección incluía no sólo el trabajo con pantalla en el centro de trabajo, sino también el trabajo con pantalla en el domicilio y los ordenadores personales mencionados.

Fuera del ordenamiento jurídico, el trabajo fuera del centro de trabajo ya era conocido como **Teletrabajo**, *telework* o *remote work* y home office, y también debatido. No obstante, bien como homeoffice, bien como teletrabajo, se ha tratado durante mucho tiempo —al menos no en el Derecho del Trabajo general— de un concepto **legal-formal definido** por aproximación.

Como consecuencia, a partir del año 2000, también tuvo entrada en el ordenamiento jurídico austriaco la forma de trabajar bajo el concepto de

teletrabajo, al menos en convenios colectivos y acuerdos de empresa propios. En el empleo público, se consiguió a partir de 1.1.2000 su propia regulación por Ley (parágrafo 36a de la BDG de 1979 y parágrafo 5c de la VBG) sobre el también expresamente denominado «Teletrabajo».

Teletrabajo, según esta normativa, existe cuando el funcionario/funcionaria realiza regularmente funciones determinadas en la vivienda (homeoffice) o en un lugar libremente elegido que no pertenezca a las dependencias del servicio, con utilización al efecto de las técnicas de información y comunicación necesarias.

También hay que considerar, en parte, las normas del acuerdo marco entre los interlocutores sociales europeos². El objetivo de este acuerdo sobre el teletrabajo fue ofrecer más seguridad para los trabajadores/las trabajadoras desde el año 2002. Con el acuerdo, debía proporcionarse un marco general para las condiciones de trabajo de los teletrabajadores, y conciliar la necesidad de flexibilidad y seguridad que es común a los empresarios y trabajadores.

En el acuerdo marco, *se define el teletrabajo como una forma de organización y/o realización del trabajo con empleo de tecnologías de la información y en el marco del contrato de trabajo/relación laboral, en el que el trabajo, que también puede realizarse en las instalaciones del empresario, ordinariamente se ejecuta fuera de esas instalaciones.* Aspectos como la voluntariedad del teletrabajo, puesta de disposición de los medios de trabajo por el empresario/la empresaria, así como la protección de datos y la protección de la vida privada de los teletrabajadores/las teletrabajadoras tienen igualmente el correspondiente reflejo.

Como regla, las normas mencionadas se consideraron suficientes en Austria, y no hubo luego grandes modificaciones. Esto se aplicó también a la introducción del hoy omnipresente smartphone el 1.1.2007. Ciertamente, el teletrabajo se aplicó en el plano de los interlocutores sociales en convenio colectivo o también en acuerdo de empresa. No hubo un fuerte aumento del número de empleados que quisieran o pudieran solicitar esta forma de trabajo. Al respecto, algunos convenios colectivos ya

² La Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones Industriales y Empresariales de Europa (UNICE), la Unión Europea de Artesanías y Pequeñas y Medianas Empresas (UEAPME), y el Centro Europeo de Empresas con Participación Pública (CEEP).

habían previsto condiciones marco ya reguladas jurídicamente, por ejemplo, se clarificó la compensación del uso de equipos privados, cuestiones de responsabilidad por daños, etc. Como en décadas anteriores —por ejemplo, en relación con la introducción de la semana de 40 horas—, los convenios colectivos jugaron aquí un papel pionero, ensayando novedades jurídico-laborales en el nivel sectorial, antes de convertirlas en ley.

Sólo más tarde, a partir de la década de 2010, se produjo la aparición y utilización cada vez más frecuente de aparatos como ordenadores personales, Internet móvil y cámaras pequeñas, también dispositivos portátiles, que son potentes y económicos. Esto proporcionó los dispositivos adecuados para videoconferencias, esto es, varios participantes podían verse y oírse. La telemedicina se hizo posible, esto es, diagnósticos médicos a través del vídeo sin visita real a la consulta médica. También en las universidades se utilizan cada vez más herramientas que posibilitan la enseñanza a distancia. En otros sectores, se habló de poder reducir pronto los viajes de trabajo, dado que los empleados podían tener fácilmente un contacto con empleados en otros lugares de trabajo o centros de trabajo, con herramientas de vídeo, en ocasiones también con referencia a medidas contra el cambio climático.

III. IRRUPCIÓN DEL TELETRABAJO

Aunque materialmente no se necesitaba ninguna innovación técnica para que el teletrabajo creciera de golpe, ni ninguna advertencia sobre las ventajas en relación con la protección del clima y mejor equilibrio trabajo-vida, mediante la eliminación de desplazamientos al trabajo, la aparición del COVID-19 en marzo 2020 ayudó a la irrupción del teletrabajo. Se produjeron cierres de centros de trabajo, cuarentenas, confinamientos y prohibiciones de acceso.

El teletrabajo experimentó una primera regulación legal integral en el **Derecho de Seguridad Social**, donde se estableció que los hechos causantes de daños corporales por la prestación de servicios en el domicilio podían dar lugar igualmente a un accidente de trabajo (ASVG, B-KUVG). Esta normativa tenía ante todo una función clarificadora, porque también las lesiones en relación con el trabajo, cuando se producen en el domicilio, ya están incluidas en el concepto general de accidente de trabajo. Sin embargo,

la jurisprudencia anterior era muy estricta, y no consideraba accidentes los ocurridos en ámbitos residenciales de uso mixto.

No obstante, la definición legal central del trabajo en homeoffice se produjo en el **Derecho del Trabajo**, en el parágrafo 2h de la AVRAG, que se introdujo en el marco de la Ley complementaria BGBl 61/2021, y entró en vigor el 1.4.2021.

IV. LA DISPOSICIÓN JURÍDICO-LABORAL CENTRAL SOBRE EL TELETRABAJO: EL PARÁGRAFO 2H AVRAG

Según el tenor literal del parágrafo 2h de la AVRAG, existe trabajo en **homeoffice** cuando una trabajadora o un trabajador realiza regularmente su prestación laboral en el domicilio.

La AVRAG es una ley que se aplica, como regla, a todo tipo de trabajadores/trabajadoras³, tanto a los que desarrollan actividades intelectuales como a los que desarrollan actividades manuales. Sin embargo, fácticamente se restringe a aquellas actividades que reúnen las cualidades necesarias para el trabajo desde casa. También la segunda parte del tenor, «office», que significa oficina, igualmente da una indicación del tipo de actividades que se realizan en homeoffice o teletrabajo, porque son en lo esencial **trasladables a casa**.

- En ese caso, ante todo, se trata de las actividades intelectuales tradicionales⁴, esto es, actividades comerciales y trabajos de despacho (ventas, contabilidad, trabajo de oficina, trato con los clientes/las clientas).

- También se incluyen entre ellas las actividades no comerciales superiores (informar, asesorar, investigar)

Dichos trabajos también pueden desarrollarse ahora —ante todo, con la introducción de las tecnologías de información y de la

³ Sin embargo, en virtud del parágrafo 1 de la AVRAG, están exceptuados en especial los trabajadores/las trabajadoras de cuerpos administrativos locales, así como los trabajadores/las trabajadoras de la agricultura y la silvicultura.

⁴ Con carácter general, *Löschnigg* en *Löschnigg* (Editor), AngG (2016) § 1 marg. 104 y ss., 112 y ss., 117 y ss.

comunicación— desde el lugar de residencia de la trabajadora. Las actividades tradicionales de trabajadores/trabajadoras, esto es, trabajos predominantemente manuales o artesanales en máquinas o con materiales, pero también las actividades que exigen aparatos relevantes, equipos especiales o trabajo directo en contacto con las personas, son ordinariamente menos apropiadas para ser realizadas desde casa.

1. Definición de homeoffice

El homeoffice se ha convertido en un **concepto jurídico** a través de la regulación del parágrafo 2h de la AVRAG, el cual también puede resultar de aplicación a otras leyes sin remisión expresa a esta disposición.

2. Los concretos requisitos del trabajo en homeoffice a que se refiere el parágrafo 2h de la AVRAG

El parágrafo 2h, apartado 1, de la AVRAG entiende por trabajo en homeoffice la realización regular de prestaciones laborales en la vivienda del trabajador o de la trabajadora.

3. Realización «regular» de prestaciones laborales

Regular hay que entenderlo aquí en sentido de siempre o, al menos, que se repite muy a menudo; el trabajo ocasional o excepcional desde el domicilio no está comprendido⁵. Dado que sólo se habla de «regular», no son necesarios una cantidad mínima determinada de tiempo de extensión del trabajo (por ejemplo, la mayoría de la jornada normal de trabajo semanal) ni un ritmo determinado o una cierta frecuencia (por ejemplo, cada lunes, martes y miércoles)⁶. Por eso, basta el trabajo de medio día en homeoffice una vez al mes, para que sea regular. El trabajo en homeoffice que se realiza de forma alterna con el trabajo en el centro de

⁵ IA 1301/A B1gNR 27. GP 5.

⁶ Véase también *Gruber-Risak*, Homeoffice-Maßnahmenpaket 2021 (Stand IA 1301/A). Una primera valoración del contenido jurídico-laboral, CuRe 2021/5.

trabajo, se considera igualmente como trabajo a tiempo parcial que se realiza íntegramente en homeoffice.

La definición legal de «trabajo en homeoffice» a que se refiere el párrafo 2h de la AVRAG se basa en «modelos a largo plazo»⁷. Esto se deriva de un examen conjunto de diversas normas: así, si se trabajase en el domicilio poco tiempo, de manera meramente ocasional, las normas sobre reglas extintivas no tendrían sentido; en caso de trabajos de corta duración, los trabajadores/las trabajadoras no necesitan la posibilidad de extinción con cumplimiento de un plazo. Además, los riesgos que quiere cubrir la prevención técnica de riesgos laborales (por ejemplo, pantallas no ergonómicas, observancia de pausas de trabajo adicionales), como regla, en los trabajos de corta duración con dichos equipos tampoco se hacen realidad en medida suficiente. Sin embargo, los trabajadores/las trabajadoras que realizan teletrabajo, pero no en homeoffice, no están totalmente desprotegidos; a ellos (en especial, al amparo de deber de cuidado) se les aplican los mecanismos de protección generales.

4. Tipos de prestaciones laborales en homeoffice

En virtud del párrafo 2h, apartado 1, de la AVRAG, la trabajadora debe realizar «prestaciones laborales» en la vivienda. Este modismo comprende todas las actividades del género descrito, siempre recurrentes, para otros⁸. Sin embargo, a diferencia del trabajo a domicilio, que comprende igualmente el trabajo en casa, el tipo de actividad —manual o no manual— no juega ningún papel. Como regla general, el trabajo sólo debe ser apropiado, para ser desarrollado también en casa.

Según la definición legal, la utilización de equipos de I[nformación y] T[elecomunicaciones] en el trabajo en homeoffice no constituye requisito para la aplicación de las disposiciones.

5. Trabajo en la vivienda del trabajador o trabajadora

⁷ Resch, *Ausgewählte arbeitsrechtliche Fragen zum Homeoffice*, en *Kietzibl/Resch* (Editores), *COVID-19 – Arbeitsrecht in der Krise* (2021) 77 (86).

⁸ Sobre la distinción contrato de trabajo – contrato de obra, véase especialmente *Marhold/Bramshuber/Friedrich*, *Arbeitsrecht*, 4ª ed. (2021) 41.

En virtud del parágrafo 2h de la AVRAG, el trabajo en homeoffice se realiza «*en la vivienda*» del trabajador o trabajadora. La «vivienda», en el sentido del parágrafo 2h, apartado 1, de la AVRAG, no debe ser ninguna unidad separada en un bloque de viviendas o bloque de casas de varias familias, sino que también puede tratarse de **una casa unifamiliar**⁹ o de una habitación en una comunidad habitacional. También se considera vivienda el lugar orientado a que la persona pase tiempo allí, sola o con otras personas, y realice actividades como preparación de alimentos y recepción de alimentos, dedicación a sus hobbies y, también, **dormir** (cfr., igualmente, parágrafo 1, apartado 1, de la Ley de notificaciones). Al respecto, vivienda es un lugar de privacidad y que sirve para la protección de la esfera de intimidad¹⁰; excluye el acceso al público y, también, el del empresario o empresaria.

De ahí que la nueva regulación del homeoffice no se aplique a lugares que se visitan primariamente (a cambio de un pago) para comer y beber (restaurantes, cafés, tren, invitaciones a comer ordinarias en casa de los padres)¹¹; además, se excluyen consecuentemente los llamados **espacios de coworking** o *shared work places*¹². En relación con estos últimos, se aplican las reglas generales sobre el deber de cuidado y la Ley de prevención de riesgos laborales.

6. Relación entre el trabajador o trabajadora y la vivienda

Según el tenor a que se refiere el parágrafo 2h, apartado 1, de la AVRAG, para que haya trabajo en homeoffice debe existir una **relación entre vivienda y trabajador o trabajadora**. No debe tratarse, sin embargo, de una relación formalizada o jurídica; en especial, la vivienda no debe ser de propiedad del trabajador o trabajadora afectados. Como regla general, es

⁹ IA 1301/A BlgNR 27. GP 4.

¹⁰ Muzak, B-VG, 6ª ed., Art 9 StGG marg. 6 (a fecha de 1.10.2020, rdb.at).

¹¹ Auer-Mayer/Dullinger, en Köck (Editor), Homeoffice § 2h AVRAG marg. 30 (a fecha de 1.6.2021, rdb.at); Gruber-Risak, Homeoffice-Maßnahmenpaket 2021 (Stand IA 1301/A). Una primera valoración del contenido jurídico-laboral, CuRe 2021/5.

¹² Así expresamente en IA 1301/A BlgNR 27. GP 4. No se entra con más detalle en el significado de estos términos en los materiales, y podría tratarse en ese caso tanto de puestos de trabajo que puedan ser utilizados por el público en general, como también de aquéllos que, fuera de la ubicación real de la empresa, son utilizados conjuntamente por uno o más empresarios/empresarias.

suficiente que la vivienda esté a **disposición** directa o indirecta del trabajador o trabajadora, o al menos esté sujeta a ellos (por ejemplo, el alquiler común de una vivienda a través del compañero o compañera sentimental, o el préstamo o disfrute fáctico de la vivienda de vecinos o vecinas).

7. Necesidad de acuerdo en el homeoffice

Si debe realizarse trabajo en homeoffice, hay que **acordarlo** entre **las partes del contrato específico**, en virtud del párrafo 2h, apartado 2, de la AVRAG. No es admisible ni la orden unilateral de trabajar en homeoffice del empresario o empresaria, ni su utilización unilateral por el trabajador: No existe ningún deber del trabajador de trabajar en homeoffice, aunque tampoco tiene ningún derecho al homeoffice.

Ciertamente ya antes de la regulación expresa por el párrafo 2h de la AVRAG era predominante la redacción por escrito¹³. Ya antes del correspondiente mandato legal era necesario, en caso de trabajo en homeoffice, el acuerdo específico de las partes del contrato de trabajo¹⁴. De esto resulta que el trabajo en homeoffice y el teletrabajo afectan a las circunstancias de realización de la prestación laboral, y ciertamente al lugar de la concreta realización de la prestación. El correspondiente **lugar de trabajo** se desprende del **contrato de trabajo** (párrafo 905 del ABGB, párrafo 6 de la AngG, y párrafo 1153 del ABGB). El mandato del párrafo 2h de la AVRAG, de que el trabajo en homeoffice hay que **acordarlo**, tiene una función de **clarificación** y acentúa su carácter individual y acordado.

El trabajo en homeoffice tiene que acordarse por ambas partes del contrato de trabajo de modo **concreto y vinculado a la ocasión**. Por eso, se rechaza cualquier tipo de acuerdos de derechos de organización, que —en caso de necesidad futura— puedan permitir al empresario o empresaria ordenar unilateralmente el trabajo en homeoffice. **No** son admisibles los acuerdos a nivel **colectivo**, incluidos convenios colectivos y acuerdos de empresa, que prevean como lugar de trabajo posible la vivienda del

¹³ Véanse especialmente las justificaciones en *Felten*, Home-Office und Arbeitsrecht, DRdA 2020, 511 (516); *Melzer*, Arbeit im Homeoffice „an“ der Universität, en *Löschnigg* (Editor), Die Universität in der Pandemie (2021) 45 y ss., 53 y s.

¹⁴ Véase IA 1301/A B1gNR 27. GP 4.

trabajador o trabajadora y el **deber** de trabajar allí.

8. Deberes esenciales del empresario o empresaria de facilitación de los medios de trabajo, también en caso de homeoffice

El núcleo de la regulación del homeoffice en el párrafo 2h de la AVRAG es el mandato del apartado 3, inciso 1, de que la empresaria «tiene que facilitar los medios de trabajo digitales para trabajar ordinariamente en homeoffice». ¿Qué son medios de trabajo digitales?

Partiendo del trabajo posible y usual en homeoffice, forman parte de los medios de trabajo digitales, a que se refiere el párrafo 2h de la AVRAG¹⁵, el hardware-I[nformación y] T[elecomunicaciones], con inclusión del ordenador, pantalla e impresora, el software perteneciente a ello, con inclusión, entre otras cosas, de programas para el tratamiento de textos e imágenes¹⁶, y para cálculos, así como hardware y software para los enlaces de comunicación, con inclusión, por ejemplo, de router-WLAN para la conexión a Internet o navegador de Internet, así como aparatos complementarios, según el tipo de actividad, para la comunicación con el centro de trabajo a través de TelKos y videollamadas, esto es, cámaras, auriculares y micrófonos.

El empresario tiene que poner a disposición los mencionados equipos de trabajo digitales. Como alternativa, el trabajador puede poner sus propios medios de trabajo, y el empresario tiene que asumir la reducción de costes. Esta reducción de costes también puede ser acordada en forma de un pago global.

9. Finalización del acuerdo sobre el trabajo en homeoffice

¹⁵ Véase también IA 1301/A BlgNR 27. GP 5.

¹⁶ Véase Tribunal de Justicia de la Unión Europea 6.7.2000, C-11/99 – *Margrit Dietrich*, ZASB 2000, 38 = ZER 2000, 171, sobre actividad de una montadora que debía ver películas en formato analógico o digitalizado en la pantalla, cortarlas, editar su sonido, etc.

Una nueva regulación adicional comprende la finalización del trabajo en homeoffice. El párrafo 2h de la AVRAG también contiene en su apartado 4 reglas especiales sobre la finalización del acuerdo de homeoffice. La novedad esencial del párrafo 2h, apartado 4, de la AVRAG consiste en que no debe extinguirse la totalidad del contrato de trabajo, sino también expresamente sólo una **parte del contrato** —esto es, el acuerdo sobre el lugar de trabajo— puede finalizarse. A diferencia de otras instituciones del Derecho del Trabajo, el acuerdo sobre homeoffice puede finalizarse con independencia y sin repercusiones sobre el resto de la relación laboral.

10. Reglas especiales actuales al margen de la nueva regulación

Según el párrafo 2, apartado 2, de la AZG, el trabajo en homeoffice es también integralmente jornada de trabajo a efectos de la AZG («también es jornada, mientras el trabajador, que no está en el centro de trabajo, está empleado en su propia vivienda o taller, o de cualquier otro modo fuera del centro de trabajo»), lo que significa que debe ser retribuido en consecuencia. La norma existe desde la reforma producida en la Ley de jornada de trabajo en 1969¹⁷. Con ella, el Derecho sobre jornada de trabajo pudo aplicarse sin restricciones hasta el momento presente al homeoffice. Esto significa, además, en caso de trabajo en homeoffice, que los **modelos** empresariales actuales **de jornada de trabajo** se «**aprovechan**»; a los trabajadores y trabajadoras afectados se les aplican consiguientemente las jornadas de trabajo acordadas, ciertamente no en el centro de trabajo, pero deben estar localizables.

Además, hay que tener en cuenta las **modificaciones** relacionadas con los **registros de jornadas de trabajo**, en caso de trabajo predominante en homeoffice, a que se refiere el párrafo 26, apartado 3, de la AZG. Respecto de las trabajadoras que pueden determinar con amplia autonomía la situación de su jornada de trabajo y de su lugar de trabajo, o ejercer predominantemente su actividad en su vivienda, deben ponerse en práctica únicamente registros sobre la **duración** de la jornada diaria, esto es, sin desglose de pausas de trabajo, períodos de descanso, etc. Era ciertamente cómodo, pero también inadmisibles desde el punto de vista del Derecho europeo.

¹⁷ Véase también IA 1301/A B1gNR 27. GP 4.

Según las disposiciones ya mencionadas de los párrafos 67 y siguientes de la ASchG, hay que dotar suficientemente por parte del empresario los puestos con pantalla también en casa, y ciertamente con inclusión de instrumentos de trabajo no digitales como mesa de trabajo, asiento o condiciones luminosas. Al amparo de la Ley de pausas laborales y del Reglamento de puestos con pantalla, se dan **reglas sobre pausas complementarias y propias**: Si se trabaja con una pantalla diariamente más de dos horas ininterrumpidas, entonces el trabajador o trabajadora tienen derecho cada cincuenta minutos a un cambio de actividad sin pantalla o, como regla, a una pausa, esto es, a una interrupción total del trabajo de respectivamente diez minutos. Dichas pausas del trabajo con pantalla —a diferencia de la mayor parte de pausas intermedias— hay que computarlas como jornada de trabajo. Por lo demás, en la definición se considera pantalla la de un smartphone.

V. PERSPECTIVA: LA CONEXIÓN CON EL CROWDWORK

A pesar del lugar de trabajo sin limitaciones fuera del centro de trabajo, puede existir la dependencia personal a que se refiere el párrafo 1151 del ABGB; los empleados son trabajadores/trabajadoras y no simples prestadores/prestadoras de servicios o puros contratistas, cuando el trabajo se desarrolla en casa, en lugar del centro de trabajo. Y de ahí, con la regulación de la forma de trabajar «en homeoffice», que también sea necesario tener esto en cuenta en fenómenos actuales como el trabajo en la *gig economy*, en *crowd work* o en el trabajo en plataformas. La legislación laboral austríaca también quiere proteger a los empleados en el mundo laboral digital. Y si los trabajadores/las trabajadoras tienen un contrato de trabajo, también están analógicamente incluidos en el aseguramiento social.

No sólo las jurisprudencias austríaca y alemana van en esta dirección: el Tribunal Supremo austríaco ha establecido recientemente, con una decisión sobre la condición de trabajador/trabajador de una empleada en medios de comunicación, que el contrato de trabajo a que se refiere el párrafo 1151 del ABGB también puede crearse por inserción organizativa en el centro de trabajo, porque no hay que entender sólo el concepto de

centro de trabajo en sentido espacial¹⁸. La jurisprudencia alemana ha expresado algo parecido en una decisión sobre *crowdworker*¹⁹.

El legislador europeo ha aceptado igualmente las formas de trabajo digitales y, junto a la Directiva sobre de condiciones de trabajo transparentes²⁰, presenta un proyecto de Directiva sobre mejora de las condiciones de trabajo del trabajo en plataformas²¹. En lo esencial, estas normas europeas quieren impedir que las nuevas formas de trabajo se conviertan en **falsos autónomos**, y que sólo los trabajadores deban asumir todo el **riesgo económico**.

El homeoffice —cuando el Derecho del Trabajo resulta aplicable— es realmente una buena posibilidad de aprovechar las nuevas tecnologías, de facilitar simultáneamente a las personas que trabajan un suficiente equilibrio de vida y trabajo, y de proteger el clima.

¹⁸ Tribunal Supremo austríaco 25.11.2020, 9 Ob A 43/20v, JAS 2021, 307 (*Kühtheubl/Diensthuber*) = DRdA 2021, 419 (*Melzer*).

¹⁹ Tribunal Federal alemán de Trabajo 1.12.2020 – 9 AZR 102/20.

²⁰ Directiva 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20.6.2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. Más detalles sobre la transposición austríaca de la Directiva, por ejemplo, en *Melzer-Azodanloo* en *Kietaibl/Resch* (Editores), *Arbeitsrechtlicher Schutz aus unionsrechtlichen Vorgaben* (2021) 17.

²¹ COM(2021) 762 final.

**EL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD EN LO LABORAL:
CONSTRUCCIÓN, NUEVAS DIMENSIONES Y FUTUROS
ESCENARIOS**

[*THE SCRUTINY OF PROPORTIONALITY IN LABOR RELATIONS:
CONSTRUCTION, NEW DIMENSIONS AND FUTURE SCENARIOS*]

Jesús R. Mercader Uguina

Fecha de recepción: 12 de septiembre de 2023

Fecha de aceptación: 19 de septiembre de 2023

Sumario: I. LA RELEVANCIA DEL CRITERIO DE PROPORCIONALIDAD.- II. ANTECEDENTES: LA CONSTRUCCIÓN CONTRACTUALISTA DEL CRITERIO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES.- III. LA EMERGENCIA DEL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU CONSTRUCCIÓN DESDE EL TRIPLE TEST DE CONTROL (ADECUACIÓN, INDISPENSABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO).- IV. LA EXTENSIÓN DEL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD: EL TEST DE “JUSTIFICACIÓN” DE LA MEDIDA EMPRESARIAL.- V. HACIA UN NECESARIO ROBUSTECIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: SU ADAPTACIÓN REFORZADA ANTE EL CAMBIO TECNOLÓGICO.

Contents: I. THE RELEVANCE OF THE SCRUTINY OF PROPORTIONALITY.- II. BACKGROUND: THE CONTRACTUALIST CONSTRUCTION OF THE SCRUTINY FOR RESOLVING CONFLICTS AMONG FUNDAMENTAL RIGHTS.- III. THE RAISING OF THE SCRUTINY OF PROPORTIONALITY AND ITS CONSTRUCTION FROM THE TRIPLE TEST OF SCRUTINY (ADEQUACY, INDISPENSABLE NATURE, AND PROPORTIONALITY IN A NARROW SENSE).- IV. THE SPREADING OF THE SCRUTINY OF PROPORTIONALITY: THE TEST OF “JUSTIFICATION” OF THE EMPLOYER MEASURE.- V. TOWARDS A NECESSARY STRENGTHENING OF THE PRINCIPLE OF

PROPORTIONALITY: ITS REINFORCED ADAPTATION IN THE FACE OF TECHNOLOGICAL CHANGE.

Resumen: Este trabajo analiza el principio de proporcionalidad como límite a los poderes empresariales en las relaciones laborales, ejercidos o no a través de las nuevas tecnologías, incluida la inteligencia artificial.

***Abstract:** This work analyzes the principle of proportionality as a limit to employer powers in labor relations, whether or not exercised through new technologies, including artificial intelligence.*

Palabras clave: Inteligencia artificial, Nuevas tecnologías, Poderes empresariales, Principio de proporcionalidad, Relaciones laborales

***Keywords:** Artificial intelligence, Employer powers, Labor relations, New technologies, Principle of proportionality*

* * *

I. LA RELEVANCIA DEL CRITERIO DE PROPORCIONALIDAD

Las relaciones entre los derechos fundamentales y los poderes empresariales constituyen uno de los temas que más número de aristas presenta en la actual definición del Derecho del Trabajo máxime en un momento en el que el cambio tecnológico y su impacto en las nuevas formas de control empresarial está ganando un creciente protagonismo. La dificultad de enfrentarse a dicho estudio radica en la enorme pluralidad de factores que deben ser tomados en consideración a la hora de proceder a su análisis y, singularmente, en la necesidad de utilizar herramientas conceptuales que trascienden el ámbito laboral para situarse de lleno en el área del Derecho constitucional. Puede afirmarse, por todo ello, que con el reconocimiento de los derechos fundamentales en la empresa el Derecho del Trabajo suministra y, no por accidente, una viga maestra para el puente del Derecho privado al Derecho constitucional. Pieza clave en ese puente es, sin duda, el principio de proporcionalidad.

El concepto de proporcionalidad es principio general de la legislación de la Unión Europea. Conforme al art. 52.1 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “Sólo se podrán introducir 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”. En el núcleo de la noción de proporcionalidad se encuentra el concepto equilibrio. No sorprende por ello que Aristóteles en su *Ética a Nicómaco* [Libro V, 1131 b)] afirmase que: “Lo justo es, pues, una proporción”.

Como es sobradamente conocido, el principio de proporcionalidad viene a resolver conflictos entre principios no entre reglas. Cuando se da un conflicto entre reglas, éste se solventa o bien introduciendo una excepción en una de ellas o bien declarando inválida una en juego. En el supuesto de conflicto entre dos reglas, cuya aplicación conduciría a consecuencias jurídicas distintas para el mismo caso, es necesario admitir o bien que una de las normas es una excepción de la otra, o bien que una de ellas no está vigente (por ejemplo, con criterios como el de *ley posterior derogat legi priori*, *lex specialis derogat legi generali*, u otros). Sin embargo, cuando tiene lugar una colisión entre principios (y los derechos fundamentales

poseen los rasgos caracterizadores de los mismos) ⁽¹⁾, uno de los dos debe ceder, pero la preeminencia de un principio sobre otro variará según los supuestos. Dadas unas determinadas circunstancias, se resolverá la colisión señalando si el principio A o el principio B deben ceder ante una determinada circunstancia. La respuesta a la cuestión de qué principio prevalece y cuál cede requiere de la adecuada ponderación de los derechos en juego.

Se niega, por tanto, que entre los principios exista una jerarquía que confiera una preeminencia absoluta de unos sobre otros. La preeminencia está condicionada a determinadas circunstancias que varían en cada caso ⁽²⁾. Según lo establecido por el TJUE, es esencial señalar que la proporcionalidad es una evaluación en concreto ⁽³⁾. Esto es, está en función de cada situación de hecho, pues es sólo en cada concreto contexto fáctico cuando se puede valorar en qué medida una concreta prohibición es idónea para un concreto fin, no tiene una alternativa menos restrictiva, y contiene un sacrificio justificable por la magnitud del beneficio que produce en otro bien jurídico relevante. En otras palabras, el análisis de proporcionalidad es siempre contextual o circunstanciado.

II. ANTECEDENTES: LA CONSTRUCCIÓN CONTRACTUALISTA DEL CRITERIO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Originariamente el Tribunal Constitucional no acudió al criterio de proporcionalidad como canon de enjuiciamiento de las situaciones de conflicto entre derechos fundamentales. Lo cierto es que, con carácter general, “a lo largo de los años ochenta y todavía entrados los noventa del pasado siglo, el Tribunal aplicó en numerosas ocasiones un juicio “conjunto”, casi intuitivo, de razonabilidad y proporcionalidad en asuntos en los que estaba en juego la garantía de derechos. El control en términos de razonabilidad y proporcionalidad implicaba tomar en consideración “todas las circunstancias” antes de pronunciarse sobre la “fundamentación, racionalidad y proporcionalidad” de la norma o actuación impugnada, lo que

¹ Cuestión de la que nos ocupamos más ampliamente en I. GARCIA-PERROTE ESCARTIN, J.R. MERCADER UGUINA, “*Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio*”, en AA.VV., *El modelo Social en la Constitución Española de 1978*, Madrid, MTAS, 2003, pp. 249 a 272.

² R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 2007, 2ª ed., pp. 70-71.

³ STJUE de 6 de noviembre de 2003, Lindqvist, C-101/01.

tenía la ventaja de que permitía al Tribunal adoptar decisiones ajustadas al caso, pero que también invitaba a entrar en valoraciones de oportunidad, especialmente, en el caso del control de la actuación del legislador, cuando entraba a considerar si la norma era proporcionada atendida su finalidad” (4).

La singularidad de lo laboral invitó al Tribunal Constitucional desde sus comienzos a proyectar la lógica civilista a la solución de estas situaciones y ello hizo resplandecer al criterio de la buena fe como canon interpretativo en esta materia. El principio de buena fe se configuró como una condición objetiva de todo derecho, incluidos los derechos constitucionalizados y, en consecuencia, una condición anterior a la positivación de tales derechos en el texto constitucional. La razón justificativa de la incidencia de la buena fe en las libertades públicas residiría en la vinculación de estas libertades a la categoría de los derechos subjetivos. La buena fe vendría a ser, así, un límite intrínsecamente constitucionalizado en la idea de “derecho”, una limitación consustancial al propio instituto, que regularía el modo de ejercer la libertad, de forma que siempre quedarían constitucionalmente prohibidos aquellos comportamientos que, aun siendo manifestación de una libertad, fueran realizados faltando a las exigencias de la buena fe. En otras palabras, se trataría de afirmar que la Constitución no ha positivizado las libertades con protección extendida a la mala fe (5).

Tal parece ser la idea que subyace en las formulaciones del propio Tribunal Constitucional cuando en la STC 120/1983, de 15 de diciembre, se define la buena fe como la “necesidad general derivada del desenvolvimiento de *todos* los derechos”, o cuando declara que el ejercicio de las libertades no sólo ha de respetar los límites expresamente establecidos en la norma que las regula, sino que “al mismo tiempo dicho ejercicio debe enmarcarse, en cualquier supuesto, en unas determinadas pautas de comportamiento que el art. 7 CC expresa con carácter general al precisar que los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de buena fe” (6). De esta manera, la buena fe se convirtió, en la jurisprudencia

⁴ E. ROCA TRIAS, M.A. AHUMADA, *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española, Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*, Roma, 2013, p. 7.

⁵ A. MORENO GARCIA, *Buena fe y Derechos fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1993, nº 38, pp. 270-271.

⁶ SSTC 88/1985, de 19 de julio; 6/1988, 21 de enero.

constitucional del Tribunal, en *estándar* o modelo de conducta social al que debe sujetarse la persona siempre que pretenda hacer valer su libertad pública y, al mismo tiempo, en criterio valorativo del ejercicio de esa libertad.

III. LA EMERGENCIA DEL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU CONSTRUCCIÓN DESDE EL TRIPLE TEST DE CONTROL (ADECUACIÓN, INDISPENSABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO)

Los criterios de modulación de los derechos de base contractualista se fueron paulatinamente dejando de lado y dieron paso a “otras técnicas expresamente concebidas por la ciencia del Derecho Constitucional”⁽⁷⁾. Es a partir de la segunda mitad de los años noventa del siglo pasado cuando se hace visible en la jurisprudencia constitucional el intento consciente de articular de un modo preciso el control de proporcionalidad. En una serie de decisiones representativas del control de proporcionalidad sobre actuaciones del legislador (STC 55/1996, de 28 de marzo), de jueces (STC 207/1996, de 16 de diciembre) y de la administración (STC 66/1995, de 8 de mayo), el Tribunal procedió en cada caso a un análisis ordenado de la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la intervención cuestionada⁽⁸⁾. El abandono por parte del TC de criterios subjetivistas como la buena fe a la hora de abordar los conflictos que puede plantear el ejercicio por el trabajador de los derechos fundamentales que le corresponden como ciudadano y su sustitución por otros instrumentos de control de los límites de los derechos fundamentales mucho más elaborados, como el principio de proporcionalidad, resultó una consecuencia natural del proceso de maduración de nuestro modelo constitucional y, paralelamente, de un progresivo desplazamiento de los criterios contractualistas. No obstante, tuvieron que pasar muchos años hasta que el Tribunal Constitucional afirmara de manera categórica que no existe un “deber genérico de lealtad con significado omnicomprendivo de sujeción del trabajador al interés empresarial” (entre muchas, desde la STC 56/2008, de 14 de abril hasta la más reciente STC 79/2023, de 3 de julio).

⁷ J. PARDO FALCON, *Los derechos fundamentales como límites de los poderes jurídicos del empresario (Un comentario de las SSTC 99/1994, de 11 de abril, y 6/1995, de 10 de enero)*, Revista Española de Derecho Constitucional, 1997, nº 49, p. 299.

⁸ E. ROCA TRIAS, M.A. AHUMADA, *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española, Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España*, cit., p. 8.

La primera manifestación de ese cambio de rumbo se encuentra en la STC 99/1994, de 11 de abril, cuyo supuesto de hecho puede resumirse del siguiente modo. Con motivo de la muestra de un producto a los medios de comunicación y autoridades autonómicas de la Consejería de Cultura de la Junta de Extremadura para la presentación de la denominación de origen de dicho producto, un trabajador de la empresa que lo fabricaba fue reiteradamente requerido por aquélla para que realizara una demostración de corte y preparación, dada su destreza en el cometido. El trabajador se negó rotundamente, puesto que no deseaba bajo ningún concepto que su imagen fuese captada fotográficamente. Ante la negativa y la consecuente desobediencia, la empresa despidió al trabajador. El Juzgado de lo Social declaró la procedencia del despido, sentencia que fue confirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura. Recurridas en amparo ambas sentencias, el Tribunal Constitucional estima el recurso por los argumentos que seguidamente analizaré, declarando el despido radicalmente nulo.

La sentencia se plantea si la naturaleza del trabajo contratado esto es, las tareas encomendadas al trabajador, implicaban la necesaria restricción de su derecho, de tal suerte que pudiera entenderse que era la propia voluntad del trabajador expresada al celebrar el contrato la que legitimaba que pudiera exigírsele en el futuro la realización de comportamientos como el analizado. Se analiza en este caso si el “déficit” contractual —“no consta que el trabajador (...) tuviera asignada, *explícita ni implícitamente*, tarea alguna de exhibición de su habilidad en la promoción del producto”— en esta materia puede ser salvado a través de una interpretación integradora del conjunto del contrato, pues “el vínculo contractual originario no puede considerarse, por sí solo, y sin otra consideración adicional, cobertura suficiente para la orden dada”.

La sentencia salta desde el plano contractual al de la constitucionalidad de la conducta y busca hallar fundamento a la conducta limitadora del presunto derecho a la imagen que se analiza, señalando que, “descartado que la restricción del derecho fundamental viniera impuesta por la naturaleza misma de las tareas expresamente contratadas, no bastaría con la sola afirmación del interés empresarial, dada la posición prevalente que alcanzan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento”. El Tribunal Constitucional va a aplicar por primera vez en el ámbito laboral, con una relativa ortodoxia, el principio de proporcionalidad como técnica de control

de los límites de los derechos sobre la base de los tres juicios típicos en los que el mismo se articula por la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemana: el juicio de adecuación, el juicio de indispensabilidad y el juicio de ponderación en sentido estricto.

En realidad, el juicio de adecuación de la conducta empresarial al fin per seguido no merece demasiados comentarios por parte del Tribunal Constitucional dado que, “al fin y al cabo se trata de una valoración que inicialmente compete al empresario y sobre la que el TC parece dejar a ésta un cierto margen de apreciación”⁹). Lo que ocurre es que, con ser necesario, dicho requisito no resulta suficiente, como no tarda en poner de manifiesto este último: “*Descartado que la restricción del derecho fundamental viniera impuesta por la naturaleza misma de las tareas expresamente contratadas, no bastaría con la sola afirmación del interés empresarial, dada la posición prevalente que alcanzan los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento*”. De ahí que el juez constitucional no tarde en abordar el segundo requisito exigible a toda restricción practicada en el ámbito constitucionalmente protegible de un derecho fundamental: la indispensabilidad de la medida. A tal efecto señala el referido pronunciamiento que: “*Los requerimientos organizativos de la empresa que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquéllos (al margen de los conectados de forma necesaria con el objeto mismo del contrato) deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar —por parte de quien pretende aquel efecto— que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y de la organización en que se integra*”. Verificado el incumplimiento de este segundo requisito, no resulta procedente el examen del tercero —la proporcionalidad de la medida en sentido estricto—, que conlleva necesariamente la ponderación de todas las circunstancias e intereses concretos en juego; de ahí que el TC omita cualquier referencia al mismo. Quedaba oficialmente inaugurado el juicio de proporcionalidad por la doctrina constitucional.

La confirmación de la doctrina dictada en la STC 99/1994, de 11 de abril, se produjo en la STC 6/1995, de 10 de enero, a propósito de otra de las facultades típicas que ostenta el empresario sobre el trabajador en cualquier

⁹ J. PARDO FALCON, *Los derechos fundamentales como límites de los poderes jurídicos del empresario (Un comentario de las SSTC 99/1994, de 11 de abril, y 6/1995, de 10 de enero)*, cit., p. 304.

relación laboral: el poder disciplinario. La sentencia utiliza, por segunda vez consecutiva en el ámbito laboral, el principio de indispensabilidad como límite de los límites de los derechos. Para ello se remite a la doctrina contenida en la STC 99/1994, reiterando que los requerimientos de la empresa restrictivos de los derechos fundamentales del trabajador han de estar justificados por razones de necesidad “estricta”, subrayando además la insoslayable exigibilidad de este último requisito “cualquiera que sea la cuantía de las compensaciones que el trabajador reciba”. Un matiz éste de no poca importancia, ya que supone privar de toda relevancia jurídica a una circunstancia que había sido expresamente tomada en cuenta por las resoluciones de la jurisdicción laboral a la hora de ponderar la legitimidad de la intromisión empresarial en el ejercicio del derecho fundamental por parte del trabajador.

A los anteriores pronunciamientos seguiría la STC 37/1998, de 17 de febrero, que resolvía una situación en la que durante una huelga general varios coches patrulla de la Ertzaintza y, a una distancia de entre seis y diez metros, varios policías tomaron fotografías y filmaron la acción de un piquete, sin que se atendiera la solicitud de algunos miembros del piquete de que cesara la filmación y la toma de fotografías ni sus intentos de identificarse ante la Ertzaintza (¹⁰). En esta sentencia, el Tribunal vuelve a recurrir al juicio de proporcionalidad, aunque tampoco en la misma completa de manera íntegra el balance de los tres juicios que integran el referido test. En este último pronunciamiento el Tribunal Constitucional comienza a recorrer el test de proporcionalidad, pero, una vez afirmada la adecuación de la medida, lo cierra al considerar que la medida utilizada no cumple el juicio de indispensabilidad.

El último hito del camino en la consolidación de este criterio de ponderación se alcanzó en la, tantas veces referenciada, STC 98/2000, de 10 de abril. El caso en el que encuentra su base el referido pronunciamiento tiene su origen en el Casino de La Toja. Durante el verano del año 1995, la empresa «Casino de La Toja, S. A.», para conseguir un adecuado control de la actividad laboral que se desarrollaba en las instalaciones dedicadas al juego de azar y, en concreto en las dependencias de caja y en donde se

¹⁰ Un comentario a la misma, J. RIVERO LAMAS, *Medidas restrictivas de los derechos fundamentales y principio de proporcionalidad (Sobre la constitucionalidad de la filmación de los piquetes en una huelga general)*, en M. ALONSO OLEA y A. MONTOYA MELGAR, *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, Civitas, 1999, XVI, pp. 100-120.

hallaba ubicada la ruleta francesa, decidió completar uno de los sistemas de seguridad de que disponía, consistente en un circuito cerrado de televisión (existente desde la apertura del casino en 1978), con la instalación de micrófonos que permitieran recoger y grabar las conversaciones que pudieran producirse en las indicadas secciones del casino.

Pues bien, a la vista de la doctrina sentada por este Tribunal, señala el referido pronunciamiento que no puede admitirse que la resolución judicial objeto del presente recurso de amparo haya ponderado adecuadamente si en el presente caso se cumplieron los requisitos derivados del principio de proporcionalidad. De entrada, resulta inaceptable, como ya se dijo, la premisa de la que parte la Sentencia impugnada en el sentido de que los trabajadores no pueden ejercer su derecho a la intimidad en la empresa, con excepción de determinados lugares (vestuarios, servicios y análogos).

Desde esta base, concluye, que:

“la implantación del sistema de audición y grabación no ha sido en este caso conforme con los principios de proporcionalidad e intervención mínima que rigen la modulación de los derechos fundamentales por los requerimientos propios del interés de la organización empresarial, pues la finalidad que se persigue (dar un plus de seguridad, especialmente ante eventuales reclamaciones de los clientes) resulta desproporcionada para el sacrificio que implica del derecho a la intimidad de los trabajadores (e incluso de los clientes del casino). Este sistema permite captar comentarios privados, tanto de los clientes como de los trabajadores del casino, comentarios ajenos por completo al interés empresarial y por tanto irrelevantes desde la perspectiva de control de las obligaciones laborales, pudiendo, sin embargo, tener consecuencias negativas para los trabajadores que, en todo caso, se van a sentir constreñidos de realizar cualquier tipo de comentario personal ante el convencimiento de que van a ser escuchados y grabados por la empresa. Se trata, en suma, de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE, pues no existe argumento definitivo que autorice a la empresa a escuchar y grabar las conversaciones privadas que los trabajadores del casino mantengan entre sí o con los clientes. Lo cual conduce al otorgamiento del amparo con el restablecimiento al demandante en

la integridad de su derecho, tal como le fue reconocido en instancia por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Pontevedra”.

IV. LA EXTENSIÓN DEL JUICIO DE PROPORCIONALIDAD: EL TEST DE “JUSTIFICACIÓN” DE LA MEDIDA EMPRESARIAL

El juicio de justificación de la medida como elemento integrado en el de proporcionalidad aparece, por primera vez, en la STC 186/2000, de 10 de julio (Instalación de un circuito cerrado de televisión que controlaba la zona donde el demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral). En este caso la sentencia citada señala que, en el caso que nos ocupa, la medida de instalación de un circuito cerrado de televisión que controlaba la zona donde el demandante de amparo desempeñaba su actividad laboral era una *medida justificada* (ya que existían razonables sospechas de la comisión por parte del recurrente de graves irregularidades en su puesto de trabajo); idónea para la finalidad pretendida por la empresa (verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes); necesaria (ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades); y equilibrada (pues la grabación de imágenes se limitó a la zona de la caja y a una duración temporal limitada, la suficiente para comprobar que no se trataba de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada), por lo que debe descartarse que se haya producido lesión alguna del derecho a la intimidad personal consagrado en el art. 18.1 CE. Por ello, aunque el voto particular que acompañó a la STC 39/2016, de 3 de marzo, incurría en un error de apreciación al inducir a pensar que la doctrina constitucional inauguraba un nuevo elemento de valoración a la hora de construir el juicio de proporcionalidad [decía el referido voto que: “al triple juicio que anuncia el penúltimo párrafo del fundamento jurídico 5 (idoneidad, necesidad y equilibrio), se antepone de manera anómala un nuevo juicio en el último párrafo (de justificación)”], cuando lo cierto era que, como acabamos señalar, el mismo había sido inaugurado en la citada STC 186/2000.

Este criterio se ha hecho fuerte en la propia doctrina constitucional y en la ordinaria que vienen, desde entonces, iniciando su recorrido argumental desde la necesidad de la justificación de la medida empresarial que es objeto de ponderación en cada caso. El referido criterio, ello es cierto, no ha sido ni presentado ni justificado por los distintos pronunciamientos, sino que lenta y suavemente se ha venido, como decimos, a añadir a los restantes subjuicios de adecuación, indispensabilidad

y proporcionalidad en sentido estricto que clásicamente han sido utilizados. Tampoco ha sido objeto de particular atención por la doctrina, que ha aceptado sin mayor reflexión los efectos que su inclusión misma lleva consigo.

En suma, la limitación de los derechos fundamentales por otros derechos y bienes de relevancia constitucional ha de superar con rigor del test de proporcionalidad, pero su vertebración argumental deberá partir de manera necesaria del carácter justificado de la medida empresarial. De no concurrir el referido criterio deberá entenderse que el sacrificio impuesto a los derechos fundamentales de los trabajadores será injustificado y, por tanto, no proporcionado. Este juicio anexo, como decimos, se ha venido repitiendo en su uso constitucional hasta el punto de que la STC 170/2013, de 7 de octubre, traza un nexo de unión con el primero de los pronunciamientos en el que se hizo valer para incluir de nuevo su uso: “Aplicando similar razonamiento al seguido en nuestra STC 186/2000, de 10 de julio, FJ 7, relativa a la instalación de un circuito cerrado de televisión en el lugar de trabajo, con igual conclusión a la allí alcanzada, ha de afirmarse aquí que el acceso por la empresa a los correos electrónicos del trabajador reunía las exigencias requeridas por el juicio de proporcionalidad. Se trataba en primer lugar de una medida justificada, puesto que, conforme consta en la Sentencia de instancia, su práctica se fundó en la existencia de sospechas de un comportamiento irregular del trabajador”. Una línea doctrinal que alcanza hasta el momento a la STC 119/2022.

Si tuviéramos que aventurar una razón que explica su emergencia, probablemente ésta se encuentra en el propio uso del principio de proporcionalidad en el ámbito de las relaciones laborales. Es lo cierto que el principio de proporcionalidad nació como técnica de control de los poderes discrecionales de la Administración. En principio nacido en Alemania, experimentó “un notable desarrollo en el Derecho prusiano, especialmente, en materia de policía, hasta el punto de considerarse un de los principios fundamentales del Estado de Derecho” ⁽¹¹⁾. Es probablemente esta raíz pública y su lógica, por tanto, asentada en el principio de legalidad, lo que excluía la necesidad de un juicio sobre la justificación de la medida. Como resumía la STC 85/1992, de 8 de junio, “debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho cuya condición de canon de

¹¹ M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, cit., p. 118.

constitucionalidad, reconocida en sentencias del más variado contenido (...) tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan éstas de normas o resoluciones singulares”. El juicio de proporcionalidad parte de la apelación a un determinado bien o derecho constitucionalmente protegido o a un determinado interés público todos ellos, por si mismos, dignos de tutela.

A partir de esta premisa el juicio entraba a ponderar si la actuación del poder público (legítima desde su base) resultaba adecuada, indispensable y si los medios elegidos se mantenían una relación razonable con el resultado perseguido. En resumen, no era necesaria una previa justificación del actuar. Sin embargo, esta premisa se hace necesaria cuando del actuar de un sujeto privado hablamos. El actuar de los sujetos privados no cuenta con esa presunción de legitimidad que sí se aprecia en el caso de los públicos. Esta exigencia reforzada de control, creemos, es la que se construye por la doctrina constitucional de modo que la justificación se configura como un criterio de control “a priori” para poder, de apreciarse, proyectarse sobre el supuesto de hecho el resto de elementos de ponderación que definen el test clásico de ponderación.

Aunque como venimos señalando, la definición de la exigencia de “justificación” no ha sido ni definida ni precisada por el Tribunal Constitucional, de su forma y modo de uso cabe deducir algunos de los elementos que ayudan a construirla. En los pronunciamientos en los que se ha venido utilizando el referido criterio es un elemento común el de requerir que el actuar empresarial obedezca a un móvil que justifique mínimamente su actuar. Los referidos pronunciamientos insisten en la idea de que la acción se funde en “razonables sospechas” que justifiquen las medidas empresariales potencialmente limitativas de los derechos fundamentales del trabajador.

Aunque la exigencia de control se mueve, como no puede ser de otro modo, en un perfil bajo es evidente que tal exigencia deja por completo fuera de ese actuar actuaciones “injustificadas” por acausales o meramente preventivas. De modo que debe existir una razón justificada que explique las razones del referido actuar. Como muy agudamente vino a señalar la SJS nº 33 de Madrid 3 de diciembre de 2015 (revocada STSJ Madrid 691/2016 de 15 julio (Rº 399/2016), “El uso ponderado y equilibrado que se impone al empresario para adoptar medidas de vigilancia y control del cumplimiento

por el trabajador de sus obligaciones y deberes contractuales, impide un patrón de conducta consistente en su utilización acausal y preventiva”.

Un excelente ejemplo de su uso podemos encontrarlo en la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional 251/2021, de 30 de noviembre de 2021 ⁽¹²⁾. La sentencia es terminante al decir que “falta el presupuesto previo para poder aplicar el triple test de constitucionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)”. El juicio de idoneidad debe ponderar si la revisión de los bolsos *con captación de imágenes* es un medio idóneo para conseguir el objetivo propuesto. El juicio de necesidad debe justificar la *videovigilancia* como medio para alcanzar los fines pretendidos ante otros igualmente eficaces y menos intrusivos. El juicio de proporcionalidad justifica la *videovigilancia* cuando otras medidas de control que no requieren la captación de imágenes resulten claramente insuficientes o inaplicables en relación con los legítimos fines empresariales perseguidos de modo que se alcance un equilibrio entre los perjuicios causados (intromisión en la intimidad de las personas) y los beneficios alcanzados (control laboral, patrimonio empresarial, etc.). Pero, “nada de ello se satisface con la alegación por la empresa de un genérico ‘interés legítimo empresarial en proteger su patrimonio y evitar los hurtos’ para efectuar un control como el acordado, sin ninguna justificación específica previa”. Como señala CASAS BAAMONDE, “finalizando su larga fundamentación, la sentencia completará, con una eficacia decisiva, su razón de decidir: no consta siquiera la finalidad perseguida por la empresa, sin que se haya acreditado que concorra causa alguna que justifique *la revisión de las pertenencias de los trabajadores con visibilidad de cámara de videovigilancia, ya que no constan sospechas o conductas previas de los trabajadores que hicieran necesario el control de los bolsos para proteger el patrimonio de la empresa*. Nada prueba la empresa, tratándose en definitiva de controles preventivos, no reactivos y en consecuencia desproporcionados”.

La exigencia de justificación constituye, pues, una nueva pieza que integra el juicio laboral de proporcionalidad que viene, por tanto, a enriquecer la configuración clásica definida por la doctrina alemana hace más de cien años. Una exigencia que se cifra en una valoración de mínimos

¹² Un magnífico comentario a esta sentencia del que se toman las consideraciones que siguen es el realizado por M.E. CASAS BAAMONDE, *Registros empresariales sobre los trabajadores, videovigilancia e intimidad personal: necesidad de sospechas o conductas irregulares previas*. Revista de Jurisprudencia Laboral, número 3/2022.

en relación con los fundamentos del actuar empresarial. Y es que cualquier medida empresarial que choque contra un derecho fundamental debe fundarse en una razón básica que sirva para motivar su acción de control. Si dicha justificación no existe, la medida resultará desproporcionada.

V. HACIA UN NECESARIO ROBUSTECIMIENTO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD: SU ADAPTACIÓN REFORZADA ANTE EL CAMBIO TECNOLÓGICO

La insuficiencia para contener la irresistible transformación que viene de la mano del modelo tecnológico, requiere iniciar una profunda reflexión sobre cómo afectan y afectarán estos sistemas a la dignidad personal y los derechos de la persona. Estas nuevas realidades obligan a un permanente equilibrio entre los derechos fundamentales en juego. De este modo, cuando nos preguntamos por el alcance de los derechos fundamentales en la relación de trabajo, nos estamos refiriendo a una permanente y continua confrontación entre los derechos fundamentales de alcance laboral (intimidación, secreto de las comunicaciones y protección de datos) y el interés empresarial o, en su caso, público en el establecimiento y uso de sistemas algorítmicos o de IA. La anterior idea lleva, descartando jerarquías formales, a buscar, necesariamente, un ajuste material entre los derechos fundamentales y los referidos intereses. La técnica para alcanzar dicho resultado viene de la mano del principio de proporcionalidad.

Puede afirmarse, como venimos señalando, que ha sido, esencialmente, en el terreno de la interpretación y aplicación donde se vienen dirimiendo los problemas vinculados a las nuevas dimensiones de los derechos fundamentales en tanto en cuanto ni el legislador nacional ni el europeo dan respuestas a estas nuevas situaciones. Por ello, en un mundo donde las ponderaciones judiciales se mueven por el sendero de la incertidumbre, surge con fuerza la función normativa a la hora de resolver problemas. El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (RGPD) revela esta vuelta a lo normativo a la hora de urbanizar los nuevos espacios derivados de la transformación tecnológica.

La protección de datos es, probablemente, una de las garantías individuales que mayor desarrollo normativo ha experimentado a nivel

europeo en los últimos años. La construcción de un complejo y sofisticado modelo de tutela de los riesgos frente al uso abusivo de los datos personales viene a representar un salto de paradigma. Un diseño normativo que se enfrenta a problemas esenciales de la transformación digital: la transparencia informativa, la exigencia de responsabilidad en los agentes que intervienen en el sistema, el papel y el alcance del consentimiento en el terreno de los derechos fundamentales o, en fin, la construcción de un complejo sistema de tutela que incorpora la propia técnica en el diseño mismo de la norma y se enfrenta a ella desde su directa contemplación. Mucho se ha escrito y debatido en los últimos años sobre el alcance y contenido de este método de aplicación del derecho. La importancia de esta regulación de desarrollo del derecho a la protección de datos de carácter personal del art. 18.4 CE no puede ser ignorada e impone una reevaluación tanto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la del propio Tribunal Constitucional para establecer el estándar de tutela del derecho.

Desde hace algún tiempo, un cualificado sector de la doctrina viene sosteniendo que la fuente que podría colmar, de forma eficaz, las insuficiencias que presenta el principio de proporcionalidad, estableciendo unos criterios más cuidadosos de enjuiciamiento de los intereses en conflicto, es el de los principios de protección de datos ⁽¹³⁾. Pero queda por definir en qué deba consistir esa actuación. Las reflexiones de este apreciado sector doctrinal han caminado de la mano del significado que pudiera darse al “doble test” que ha realizado el Tribunal Constitucional en relación la garantía de los derechos fundamentales en el terreno del uso de dispositivos digitales a través de cual se efectúa un control de constitucionalidad en relación con el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) y su segundo control que tiene como protagonista el derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE). Los ejemplos de las STC 29/2013, 39/2016 y, más recientemente, STC 119/2022, ponen de manifiesto los usos de ese doble canon de enjuiciamiento.

¹³ J.L. GOÑI SEIN, *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral individual ¿necesidad de una reformulación?*, en AA.VV., *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Pamplona, mayo de 2014 / Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, Cinca, 2014, pp. 17-81.

En dichos pronunciamientos no creemos que se haya producido propiamente un reforzamiento del principio de proporcionalidad en sentido estricto sino, como decimos, un doble juicio de constitucionalidad de la medida en que la tutela de la situación ha requerido ponderar, de un lado, el posible ataque a la intimidad (art. 18.1 CE) articulando, en este caso, el test de control desde el juicio de proporcionalidad ampliado al que nos hemos referido y, por otro lado, la posible vulneración del derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE) en el que el Tribunal se ha venido fijando en el cumplimiento de la obligación de información que, como precisara hace tiempo nuestro Tribunal Constitucional, persigue otorgar a la persona “un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado”; pues “ese poder de disposición sobre los propios datos personales de nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin” (14).

Nuestra reflexión pretende llegar más lejos. Seguramente el paso que deba darse deberá venir de la mano de una propia y redefinida fundamentación del principio de proporcionalidad reforzado con algunos de los elementos que han servido para construir la malla de garantías existente en materia de protección de datos. El propio anclaje normativo de la definición de los derechos fundamentales pudiera ser una necesaria respuesta que podría, incluso, encontrar adecuada localización en ámbito de la normativa comunitaria como ha ocurrido en materia de protección de datos y está próximo a ocurrir, cuando vea la luz, el Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial, una disposición que vendrá a “complementar”, precisamente, la normativa en materia de datos personales (15). La construcción de los derechos fundamentales de la disrupción digital se deberá enfrentar a retos significativos y globales. La compleja realidad a la que nos enfrentamos requerirá de soluciones imaginativas en lo jurídico y, por paradójico que pueda parecer, volver a las soluciones abstractas y generales que proporcionan las normas puede ser una forma revolucionaria de enfrentarnos a estas realidades.

Mientras ello se produce, será necesaria una lectura del juicio de proporcionalidad, como decimos, reforzada con el sustento que proporcionan alguno de los principios esenciales en materia de protección

¹⁴ STC 292/2000, de 30 de noviembre.

¹⁵ Como expresamente reconoce la Exposición de Motivos (1.2) de la Propuesta de Reglamento sobre Ley de Inteligencia Artificial.

de datos. Probablemente, las ideas de transparencia, limitación de la finalidad y minimización deban cobrar fuerza significativa en estos nuevos tiempos (¹⁶).

El principio de transparencia posee una importancia extraordinaria en el conjunto de instrumentos de garantía frente al uso de algoritmos en el mundo laboral. Importancia que queda subrayada por el propio RGPD cuando señala que dentro de “las disposiciones legislativas o de convenios colectivos, que establezcan normas más específicas para garantizar la protección de los derechos y libertades en relación con el tratamiento de datos personales de los trabajadores, se incluirán medidas adecuadas y específicas “prestando especial atención a la transparencia del tratamiento” (art. 88.2 RGPD).

Un segundo principio que puede cobrar peso es la “limitación de la finalidad” en el juego de las controversias entre derechos fundamentales. Esta exigencia se enuncia en el art. 5.1 b) del RGPD. El referido principio se corresponde con la “limitación de propósito” y responde básicamente a la exigencia de que los datos personales no puedan ser tratados para otra finalidad que aquella que expresamente ha sido consentida por parte del titular de los datos para posibilitar legalmente su tratamiento. El RGPD establece que de acuerdo con el art. 89.1 del RGPD, el tratamiento ulterior de los datos personales con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos no se considerará incompatible con los fines iniciales. Los fines para los que son recabados u obtenidos los datos son la pauta de la proporcionalidad en su tratamiento, pues la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de su tratamiento se miden en función del fin para el que se han obtenido, como ha entendido el TJUE reiteradamente, entre otras en la relevante STJUE 24 de noviembre de 2011, ASNEF, C-468/10.

Pero, probablemente, la proporcionalidad debe rodearse de una serie de garantías que refuercen externamente su papel. El establecimiento de un completo sistema de garantías frente al uso de los sistemas de IA es una necesidad de la que se ha hecho eco la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2021 por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de

¹⁶ De estas y otras muchas cuestiones vinculadas con este tema, me he ocupado en J.R. MERCADER UGUINA, *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

Inteligencia Artificial), que propone un conjunto de medidas articulado sobre los niveles de riesgo que la tecnología emergente puede suponer para los derechos de las personas trabajadoras. Asegurar el cumplimiento de la normativa aplicable en materia de protección de datos y la revisión por humanos de decisiones importantes (*human-in-the-loop*, *human-on-the-loop*, o *human-in-comand*) constituyen garantías esenciales en el diseño de los sistemas de IA.

La reflexión sobre las citadas realidades hace imprescindible y deseable una reflexión profunda sobre las finalidades y técnicas de uso del principio de proporcionalidad pues ello contribuiría a reforzar la función compensadora del Derecho del Trabajo sin renunciar a los beneficios de la digitalización para las empresas, sindicatos, trabajadores y el conjunto de la sociedad. En definitiva, debemos avanzar hacia una transición digital que favorezca el desarrollo económico junto con el trabajo digno y la justicia social siempre en un adecuado y ponderado equilibrio entre los derechos en juego.

***CAMINANTE, NO HAY CAMINO, SE HACE CAMINO AL ANDAR:
LA PRESUNCIÓN DE LABORALIDAD EN LAS PLATAFORMAS
DIGITALES Y LA GESTIÓN ALGORÍTMICA EN LAS
RELACIONES LABORALES****

[WALKER, THERE IS NO ROAD, THE ROAD IS MADE BY
WALKING: *THE PRESUMPTION OF EMPLOYMENT CONTRACT IN
DIGITAL PLATFORMS AND ALGORITHMIC MANAGEMENT IN
LABOUR RELATIONS*]

Teresa Coelho Moreira

Fecha de recepción: 4 de abril de 2023

Fecha de aceptación: 3 de mayo de 2023

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL TRABAJO A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES.- III. ARTÍCULO 12-A DEL CÓDIGO DE TRABAJO-PRESUNCIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO EN EL ÁMBITO DE LA PLATAFORMA DIGITAL.- IV. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y GESTIÓN ALGORÍTMICA.- V. CONCLUSIONES.

Contents: I. INTRODUCTION.- II. WORKING THROUGH DIGITAL PLATFORMS.- III. ARTICLE 12-A OF THE LABOUR CODE-PRESUMPTION OF EMPLOYMENT CONTRACT WITHIN THE SCOPE OF A DIGITAL PLATFORM.- IV. ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND ALGORITHMIC MANAGEMENT.- V. CONCLUSIONS.

Resumen: El trabajo en la era digital presenta numerosos desafíos a las formas tradicionales de proporcionar trabajo relacionado, bien con el trabajo en plataformas digitales, bien con el uso creciente de la gestión algorítmica en numerosas situaciones desde la formación del contrato de trabajo hasta su extinción, incluida la ejecución. El ordenamiento jurídico portugués, a raíz de la aprobación de la Ley n.º 13/2023, de 3 de abril, prevé ahora la

* Traducción al castellano, desde el portugués original («*Caminante, no hay camino, se hace camino al andar*: a presunção de laboralidade nas plataformas digitais e a gestão algorítmica nas relações de trabalho»), de Xosé Manuel Carril Vázquez.

existencia de una presunción de contrato de trabajo en el ámbito de las plataformas digitales, así como normas sobre la transparencia de los algoritmos y deberes de información sobre su uso. En este artículo pretendemos analizar algunas cuestiones relacionadas con estos dos cambios, siempre teniendo en cuenta que *el camino se hace andando*.

Abstract: *Working in the digital age presents a number of challenges to traditional forms of providing work related either to work on digital platforms or to the increasing use of algorithmic management in many situations since the formation of the employment contract to its termination, including execution. The Portuguese legal system, following the adoption of Law No. 13/2023 of 3 April, now provides for the existence of a presumption of an employment contract in the field of digital platforms, as well as rules on the transparency of algorithms and duties of information on their use. In this article we intend to analyse some issues related to these two changes, always bearing in mind that the path is made by walking.*

Palabras clave: Gestión algorítmica, Plataformas digitales, Portugal, Presunción de laboralidad

Keywords: *Algorithmic management, Digital platforms, Portugal, Presumption of employment contract*

* * *

I. INTRODUCCIÓN

1.1. El trabajo en la era digital presenta numerosos desafíos para las formas tradicionales de proteger a los trabajadores, que incluyen proporcionar formación y capacitación a lo largo de la vida, preparar a los trabajadores para participar en la economía digital, garantizar que los trabajadores tengan una voz influyente en la toma de decisiones en la fase inicial de la tecnología y sistemas de trabajo y proporcionar transición e ingresos adecuados, así como políticas de apoyo equitativas.

Sin embargo, consideramos que entender las cuestiones en el trabajo en la era digital, y especialmente en las más circunscritas en el ámbito laboral de la economía colaborativa o *gig economy* como una especie de “universo paralelo”, podría resultar un camino engañoso, ya que asumir que la *gig economy* es una especie de dimensión hermética de la economía y el mercado laboral es una equivocación. Tampoco sería correcto dar por sentado que las leyes laborales actuales están totalmente desactualizadas o son inadecuadas para regular y que, por lo tanto, necesariamente tendríamos que abandonarlas e introducir otras nuevas que serían posiblemente más *business friendly*.

De hecho, yo diría que es un poco lo contrario. Necesidad de una nueva regulación en algunos aspectos, pero basada en los principios clásicos y extremadamente actuales que constituyen el ADN del Derecho del Trabajo.

1.2. Por otro lado, en estos cambios tecnológicos, ligados tanto a la digitalización estrictamente considerada como a la automatización, se encuentran innovaciones asociadas a los procesos productivos, como la fabricación aditiva o la producción asistida por ordenador, así como cambios más amplios vinculados a la profundización de los sistemas de robótica. Pero también asistimos al incesante desarrollo de las tecnologías digitales y de la información y la forma en que, por sí mismas o en interacción con los espacios físicos, interactúan con las distintas dimensiones de la economía y la sociedad como, *inter alia*, las plataformas de la *cloud*, el almacenamiento y uso de datos a gran escala, sistemas de gestión en los más diversos niveles, sistemas de sensores, el llamado *Internet de las cosas* (IoT), tecnologías como *machine learning* o las tecnologías inmersivas (*mixed reality*). Este conjunto amplio, y en sí mismo

cambiante, de focos de innovación tecnológica tiene en la Inteligencia Artificial y en los algoritmos dos de los frentes de cambio más estructurantes y activos y, en particular, de cambio con un potencial de alto impacto en el mercado laboral. Aunque con ritmos diferentes, tanto la Inteligencia Artificial, los algoritmos y el uso de datos a gran escala por parte de estos, están hoy cada vez más impregnados en los procesos productivos y de mercado, en la toma de decisiones de los agentes económicos y, en consecuencia, en las propias relaciones laborales sobre los que tienen impactos y riesgos¹.

II. EL TRABAJO A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES

2.1. Actualmente hay una *app* para todo o casi todo, desde actividades más sencillas, como la comida a domicilio, hasta actividades más complejas, como la prestación de servicios jurídicos, y cada día aparecen nuevas plataformas digitales. De hecho, en teoría, cualquier actividad puede ser *plataformizada*.

Por otro lado, incluso aquellas plataformas que están bien establecidas en el mercado se reinventan casi todos los días o varían su aplicación de un país a otro².

Las plataformas de trabajo digital juegan un papel clave en la transición digital de la economía europea y son un fenómeno creciente. Según datos presentados por la Comisión Europea³, “el tamaño de la economía de las plataformas digitales de trabajo en la UE se ha multiplicado casi por cinco, pasando de unos 3.000 millones de euros en 2016 a unos 14.000 millones de euros en 2020. Las plataformas de trabajo digitales aportan innovación, crean empleo y mejoran la competitividad de la UE. Además, proporcionan unos ingresos adicionales a las personas, especialmente a aquellas personas cuyo acceso a los mercados laborales puede ser más difícil. Sin embargo, el trabajo en plataformas digitales

¹ Véase Teresa COELHO MOREIRA y Guilherme DRAY, *Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021*, GEP, 2022, p. 77.

² Véase Agnieszka PIASNA, Wouter ZWYSEN y Jan DRAHOKOUPIL, *The platform economy in Europe- Results from the second ETUI Internet and Platform Work Survey*, ETUI, Brussels, 2022, pp. 14 y ss.

³ *Protección de las personas que trabajan a través de plataformas digitales*, Bruselas, 15 de junio de 2021.

también puede dar lugar a unas condiciones laborales precarias y a un acceso inadecuado a la protección social para muchas personas que trabajan a través de ellas. El principal reto del trabajo por este medio está relacionado con la situación en el empleo. Es un factor determinante clave del acceso de las personas que trabajan a través de plataformas a los derechos y la protección laborales vigentes. Es más, las personas que trabajan a través de plataformas digitales pueden sufrir decisiones automatizadas que se tomen mediante algoritmos sin posibilidad de cuestionar la decisión ni de pedir una reparación. Asimismo, suelen tener un acceso limitado a la representación y la negociación colectivas. Por último, también existen retos relacionados con el carácter transfronterizo del trabajo en plataformas digitales y la posibilidad de rastrear en qué país se realiza el trabajo”.

De hecho, uno de los desafíos iniciales al pensar en este tema es la dificultad para estimar el número de trabajadores de la plataforma. Según la OIT⁴, la dificultad para hacer estimaciones rigurosas sobre el empleo en plataformas está directamente relacionada con la distinción entre trabajadores empleados directamente por plataformas digitales y trabajadores cuya actividad solo está mediada por plataformas (esta última categoría no sólo es la más frecuente, sino también la menos transparente, ya que la mayoría de las plataformas no informa sobre el número de trabajadores registrados en ellas)⁵.

2.2. En el trabajo en las plataformas digitales, podemos hablar de *Crowdwork*, que puede ser tanto *crowdwork online* como *crowdwork offline*, ya que hay actividades que se pueden realizar completamente *online* y ofrecerse de forma global. Así, hay actividades que se pueden *ofrecer* globalmente, y hay otras que requieren ejecución local. En las primeras, cualquier persona puede realizarlas en cualquier parte del mundo, mientras que en las segundas esto ya no es posible. Esta noción es importante porque la presunción de laboralidad que abordaremos se aplica a cualquier tipo de

⁴ *Perspectivas Sociales y del Empleo en el MUNDO 2021. El papel de las plataformas digitales en la transformación del mundo del trabajo*, Ginebra, 2021.

⁵ Sin embargo, en un estudio realizado por ETUI, Agnieszka PIASNA, Wouter ZWYSEN y Jan DRAHOKOUPÍ, *The second ETUI Internet and Platform Work Survey Country tables, 2022*, se ha mostrado que más del 70% de los trabajadores de plataforma que hacían entregas o transportaban personas no tenían un título universitario. Los trabajadores migrantes estaban desproporcionadamente representados entre los trabajadores de este tipo de plataformas en comparación con los que se dedicaban a otros tipos de actividad.

estas plataformas, aunque algunos signos están más presentes en unos que en otros.

En *el crowdwork online*, las actividades prestadas, que son una especie de *lado oscuro de la luna*, porque no se conoce la realidad de muchas personas que trabajan de esta manera, pueden resultar sumamente repetitivas, monótonas sin que, muchas veces, las personas tengan conocimiento de lo que están haciendo en realidad, porque no tienen acceso a los productos finales, lo que puede plantear dudas, desde luego, relacionadas, *inter alia*, con problemas éticos. Por otro lado, algunas de estas plataformas utilizan, en ocasiones, como forma de pago vales de videojuegos de la propia empresa, lo que ya ha planteado la cuestión de un posible trabajo infantil y la prohibición de que se realice una remuneración a través de esta forma, teniendo en cuenta lo dispuesto por el Convenio de la OIT número 95.

En estos casos, la competencia es verdaderamente global, y puede conducir a una *race to the bottom*. Estas actividades, que normalmente se ofrecen a través de la *cloud*, pueden incluir tareas mal pagadas, también llamadas *microtarear*, así como tareas grandes, que son divididas en pequeñas con el fin de que se realicen de forma más sencilla y barata. Con todo, las tareas pueden requerir una alta cualificación, lo que no significa que estén bien remuneradas porque, como la competencia es realmente global, la remuneración puede ser escasa o incluso inexistente, debido a la cláusula de satisfacción del cliente. Además, estas tareas también están muy mal pagadas porque no se tiene en cuenta el tiempo que tienen los trabajadores para estar disponibles *on line*, ni el tiempo que tienen para estar buscando una tarea. También hay otro problema y es el relativo a su disponibilidad permanente en cuanto a tiempo ya que, al trabajar *online* y con husos horarios diferentes de los usuarios, tienen unos plazos muy cortos que cumplir, teniendo que responder de forma inmediata. Así, la aparente flexibilidad de estas formas de prestar trabajo también necesita ser repensada, habiendo, inequívocamente, un enorme control.

También existen otras actividades, tales como la del llamado *crowdwork offline* o *work on demand* via *apps* que requiere una presencia física y, por tanto, la competencia no es global, aunque también se plantean varios problemas e infracciones de las normas del Derecho del Trabajo, ya que el trabajo es realizado a *llamada*, denominado *on demand work*, originando un incremento del trabajo *just-in-time*, cuyo ejemplo más

conocido es el de *Uber* como plataforma digital relacionada con el transporte. Hay, también, plataformas digitales asociadas a servicios domésticos, desde limpieza o mudanza hasta bricolaje. En estos últimos, el trabajador de la plataforma suele entrar en contacto directo con el usuario.

En cualquiera de estas formas de prestar trabajo existen muchos períodos de tiempo no remunerado, como el tiempo de espera, que puede ser largo dependiendo de la plataforma.

En las dos situaciones referidas, también hay horarios completamente irregulares, con permanencia constante del trabajador *online*, además de estar permanentemente disponible, con épocas de *zero hours* y otras de *rush hours*.

Las condiciones de trabajo son, en la mayoría de los casos, extremadamente precarias, ya que se les paga muy poco y bajo la fórmula de *pay as you go, just in time*, son despedidos cuando ya no sirven, y víctimas de una feroz competencia entre los *demandantes* de empleo⁶.

2.3. Ante esta situación, uno de los temas que cobra enorme importancia es la calificación de las relaciones existentes entre quienes prestan la actividad en las plataformas digitales, con numerosos casos ya juzgados en todo el mundo. Solo en Europa, datos a junio de 2022 indicaban que se habían decidido más de 220 casos sobre la calificación del contrato, correspondiendo la mayor parte de ellos con las plataformas de transporte y entrega. Las decisiones más recientes y/o tribunales de última instancia evidencian que en la mayoría de los países se han clasificado como trabajadores a quienes realizan actividades para las plataformas⁷.

De hecho, estas decisiones supusieron que las plataformas tuviesen que pagar millones de euros en impuestos y cotizaciones a la seguridad social, indemnizaciones a los trabajadores, que ascendían en parte a cantidades de seis cifras, en algunos casos, reincorporación, y, en ocasiones, condenas en aplicación del Derecho Penal.

⁶ Para mayor desarrollo, véase Teresa COELHO MOREIRA, *Direito do Trabalho na Era Digital*, 2ª edición, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 48 y ss.

⁷ Véase, para mayor información, Christina HIEBL, “The legal status of platform workers: regulator approach and prospects of a European solution”, en *Italian Labour Law e-Journal Issue 1*, Vol. 15, 2022, pp. 9-10.

Sin embargo, al igual que Christina HIEBL, creemos que el tema de las consecuencias a largo plazo para las futuras relaciones laborales con las empresas de plataformas digitales es mucho más complejo. Hasta el momento, a pesar de los cientos de sentencias que se han dictado a favor de la existencia de un contrato de trabajo, no ha habido ningún cambio de gran envergadura por parte de las mismas en la contratación como trabajadores de quienes realizan actividades para ellas⁸.

De hecho, lo que hemos visto es que, en general, la gran mayoría de las plataformas ha estado rechazando la contratación laboral. La reacción estándar de las principales plataformas a las decisiones judiciales que deciden que se trata de un contrato de trabajo ha sido una combinación de decisiones de recurso hasta la última instancia y alteración reiterada de sus términos y condiciones para cambiar las circunstancias de las situaciones.

En particular, las plataformas de transporte, que normalmente se han enfrentado a procesos judiciales, han desarrollado enfoques específicos en cada país y, como resultado, trabajan en parte o incluso exclusivamente con subcontratistas que contratan a sus conductores (según los requisitos de la legislación nacional). Y este recurso a la subcontratación también ha ganado popularidad para otro tipo de plataformas⁹.

III. ARTÍCULO 12-A DEL CÓDIGO DE TRABAJO-PRESUNCIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO EN EL ÁMBITO DE LA PLATAFORMA DIGITAL¹⁰

3.1. El tema de la calificación cobra una enorme importancia cuando se trabaja en las propias plataformas digitales porque ellas mismas tratan de evitar estar comprendidas por las normas del Derecho Laboral, alegando, muchas veces, que son meras *intermediarias tecnológicas* y, en muchas de ellas, en los contratos celebrados se establece esta naturaleza,

⁸ Aunque, según un Informe presentado por ESADE y por *Just Eat, Ley Rider, un año después*, de octubre de 2022, se ponga de manifiesto que se ha producido un aumento de las contrataciones a través de contratos de trabajo.

⁹ Véase Christina HIEBL, *op. cit.*, pág. 24

¹⁰ Este artículo está contenido en la Ley N° 13/2023, de 3 de abril, por la que se modifica el Código del Trabajo y la legislación conexas, en el ámbito de la agenda del trabajo decente (*Altera o Código do Trabalho e legislação conexas, no âmbito da agenda do trabalho digno*).

incluso imponiendo una terminología propia e inventada, disfrazando la realidad de la situación, utilizando un lenguaje propio para tratar de huir de este régimen. Se recurre a expresiones como, *inter alia*, *turks*, *riders*, *slashers*, *coworkers*, colaboradores y emprendedores, para disfrazar situaciones de verdadero trabajo subordinado en muchas situaciones¹¹.

3.2. Eso sí, se reconoce la dificultad, en muchas situaciones, de determinar la naturaleza de trabajo o no de algunas actividades ya que, como regla general, de acuerdo con el art. 342 del CC, la carga de la prueba de la existencia del contrato de trabajo recaería en el trabajador, quien debía probar la existencia de remuneración, prestación de una actividad y hechos que permitieran al tribunal concluir que hubo subordinación jurídica. Y, en casos de duda, era muy frecuente el recurso jurisprudencial al llamado *método indiciario* para poder decidir sobre la (in)existencia de un contrato de trabajo. Para ello, el tribunal recurría a diversos elementos indiciarios como forma de probar la existencia de una situación de autonomía o subordinación en la prestación del trabajo. En un intento de facilitar la prueba, y siguiendo la Recomendación núm. 198 de la OIT, el legislador portugués estableció en el art. 12 del Código del Trabajo una presunción de existencia de contrato de trabajo, una *presunción de laboralidad*. Esta presunción tiene por objeto combatir el encubrimiento ilícito de relaciones laborales, teniendo en cuenta la noción jurídica de presunción prevista en el art. 349 del CC.

¹¹ A menudo, el lenguaje que utilizan estas plataformas para captar clientes es extremadamente atractivo. Ejemplos de lenguaje: *Sea su propio empleador; Sea dueño de su tiempo; Hacer ejercicio mientras se trabaja* (en el caso de los riders); *Trabaja solo cuando quieras; Sin oficina y sin empleador*. Otra máxima muy extendida que cautiva a mucha gente referida a Uber, por ejemplo, se basa en garantizar la seguridad, tanto de pasajeros como de conductores, utilizando lemas como *Uber: un viaje en el que puedes confiar; garantizamos tu seguridad a través de nuestro GPS*; o *Uber: Conduce Seguro*. En el caso de Foodora, puede verse “¿Alguna vez te has preguntado por qué tantos ‘motociclistas rosas’ circulan por Berlín? Bueno, ¡sabemos por qué! A todos les encanta tener un trabajo súper flexible, ganar un buen dinero y ser su propio jefe, justamente por eso ya se unieron a la red Foodora [*Did you ever wonder why so many ‘pink bikers’ are riding around Berlin? Well, we know why! They all love to have a super flexible job, earn good money and be their own boss, which is exactly why they already joined the Foodora network*]”; o, en el caso de Deliveroo, “Tú decides cuándo trabajar. Trabajar con Deliveroo te brinda flexibilidad e independencia. Y siendo autónomo, disfrutas de las ventajas de trabajar a tu disposición [*You decide when to work. Working with Deliveroo gives you flexibility and independence. And by being self-employed, you enjoy the advantages of working to your own availability*]”.

Según el art. 12 del Código del Trabajo, basta que se cumplan dos de los requisitos allí señalados para que se presuma la existencia de un contrato de trabajo, correspondiendo a la contraparte la prueba en sentido contrario. Como puede verse, se trata de una presunción *iuris tantum*, en los términos del art. 350 del CC, por lo que nada impide que el beneficiario de la actividad pueda probar que no se trata de un contrato de trabajo.

Sin embargo, esta presunción, a pesar de ser positiva, estaba pensada para las relaciones laborales típicas, para las relaciones laborales en la era predigital. Para nuevas formas de prestar trabajo, para el trabajo en plataformas digitales, para el trabajo en la era digital, han surgido nuevos desafíos y para los cuales, quizás, la presunción de este artículo no pueda dar una respuesta satisfactoria.

Por ello, el legislador reconoció, y con razón a nuestro juicio, la inadecuación de la presunción de laboralidad, en la forma establecida por el Código del Trabajo, para hacer frente a los problemas emergentes de las nuevas formas de trabajo a través de las plataformas digitales. Factores como, *inter alia*, la propiedad de los equipos e instrumentos de trabajo, la existencia de un horario de trabajo determinado por el beneficiario de la actividad y el pago de una determinada remuneración, son indicios clásicos de subordinación jurídica, pero apenas son indicios operativos para enfrentar las nuevas formas de dependencia derivadas de la prestación de servicios a una determinada empresa, a través de plataformas¹².

3.3. En este nivel, es importante hacer referencia a lo contenido en el *Libro Verde sobre el Futuro del Trabajo 2021 (Livro Verde sobre o Futuro do Trabalho 2021)*¹³.

¹² Sobre el tema de la presunción de laboralidad, véase Teresa COELHO MOREIRA, última *op. cit.*, pp. 85 y ss.; y Teresa COELHO MOREIRA y João LEAL AMADO, “A lei sobre o TVDE e o contrato de trabalho: sujeitos, relações e presunções”, en *PDT*, 2019 – I, y “La loi sur les plateformes de transport et le contrat de travail au Portugal: sujets, relations et présomptions”, en *Regards interdisciplinaires sur le travail de plateforme*, en coautoría con João LEAL AMADO, Editions Teseo, Francia, 2022.

¹³ No podemos dejar de mencionar la Propuesta de Directiva sobre la mejora de las condiciones de trabajo en las plataformas digitales, que aún está en discusión y que consagra una presunción de laboralidad en el art. 4, así como en el ordenamiento jurídico español, la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas a compartir en el ámbito de las plataformas digitales, que convirtió en ley el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, estableciendo una presunción legal sobre las plataformas de entrega

ACDCT, VOL. XIV (2022), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 177-209

Este traza un rumbo con el que nos identificamos y que creemos que debe seguirse incluso en cumplimiento de la Directiva 2019/1152, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, Directiva que consagra en su considerando (8) 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”, que ya se encontraba en la Recomendación n° 198 de la OIT que abordaba la cuestión de la primacía de los hechos. En efecto, el *Libro Verde sobre el Futuro del Trabajo 2021* establece que una de las líneas de reflexión para las políticas públicas sobre plataformas digitales deber ser la relativa a “crear una presunción de laboralidad adaptada al trabajo en plataformas digitales, para hacer más clara y efectiva la distinción entre trabajador por cuenta ajena y trabajador por cuenta propia, destacando que el hecho de que el prestador de servicios utilice sus propias herramientas de trabajo, así como el hecho de que esté exento del cumplimiento de los deberes de asistencia, puntualidad y no concurrencia, no es incompatible con la existencia de una relación laboral dependiente entre el prestador y la plataforma digital”.

Creemos que estos puntos deben ser registrados, subrayados y aplaudidos: crear una presunción de laboralidad, adaptada a las nuevas formas de prestar trabajo a través de *apps*; subrayar que el hecho de que el prestador de servicios utilice sus propios instrumentos de trabajo o no esté

digital (pero no sobre las plataformas de transporte, ni sobre las que trabajen en el *crowdwork* en línea), según la cual “Por aplicación de lo establecido en el artículo 8.1, se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital”. Este art. 8.1 del ET se refiere a la existencia de una presunción legal de laboralidad del contrato, estableciendo que “1. El contrato de trabajo puede celebrarse por escrito o de palabra. Se presumirá que existe entre todo el que presta un servicio por cuenta y en el ámbito de organización y dirección del otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquél”. Ahora bien, si por un lado puede parecer difícil probar todos estos elementos en las plataformas digitales, existe jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo español sobre los mismos, en especial la sentencia de casación de unificación de doctrina de 25 de septiembre de 2020, que consideraba como verdaderos contratos de trabajo todos los contratos de trabajo de los repartidores de Glovo. Sobre esta sentencia, véase Teresa COELHO MOREIRA y João LEAL AMADO, “A Glovo, os Riders/Estafetas e o Supremo Tribunal de Espanha: Another Brick in the wall?”, en *Prontuário de Direito do Trabalho*, 2020/2.

sujeto a determinados deberes inherentes a la relación laboral tradicional no impide, por sí solo, la existencia de trabajo subordinado; y, *last but not least*, señalar que puede existir una relación de trabajo dependiente entre el prestador y la plataforma digital, sin la presencia de un tercero, en el sentido de cualquier “operador de TVDE [Transporte individual de pasajeros en Vehículo ‘Descaracterizado’]”. Todo esto nos parece que corresponde a supuestos muy acertados y prometedores en el abordaje de estos temas.

3.4. En Portugal, tras varias versiones de este artículo, la Ley n.º 13/2023, de 3 de abril, aprobó el artículo 12-A con el epígrafe *Presunción de contrato de trabajo en el ámbito de una plataforma digital*.

De hecho, en la versión inicial aprobada con carácter general a través del Proyecto de Ley n.º 15/XV, este artículo tenía una redacción que, a nuestro juicio, no era la mejor porque se establecía la presunción en igualdad de condiciones entre la plataforma digital y quien realiza la actividad en la misma y entre este y el intermediario —no sólo entre los dos primeros, creando aquí una tercera entidad—, lo cual no estaba de acuerdo con lo que se había defendido en las Líneas de Reflexión para las Políticas Públicas del Libro Verde *sobre el Futuro del Trabajo 2021*. Sin embargo, el 20 de octubre de 2022 se presentó una propuesta de modificación de este artículo, que mejoró sustancialmente su redacción, que luego fue modificada el 15 de diciembre para conseguir una versión aún mejor y que es la que se encuentra en la versión final aprobada. Se reconoce que es un artículo muy largo —12 apartados— y complejo, pero mucho mejor que las dos versiones anteriores presentadas y con un balance final que parece claramente positivo, por varios motivos.

La presunción del art. 12-A es una presunción legal que produce la inversión de la carga de la prueba en los términos del art. 344.º del CC, pero es refutable y, por tanto, admite prueba en contrario.

Antes de analizar el contenido de este art. 12-A, que suscita varias cuestiones, conviene llamar la atención sobre algunos aspectos generales de esta presunción.

Artículo 12-A
Presunción de contrato de trabajo en el ámbito de una plataforma digital

1 - Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, se presumirá la existencia de contrato de trabajo cuando, en la relación entre el prestador de la actividad y la plataforma digital, se verifique alguna de las siguientes características:

- (a) Que la plataforma digital fije la retribución del trabajo realizado en la plataforma o establezca límites máximos y mínimos para la misma;*
- (b) la plataforma digital ejerce el poder de dirección y determina normas específicas, en particular en lo que se refiere a la forma en que el proveedor de la actividad se presenta, su comportamiento hacia el usuario del servicio o la prestación de la actividad;*
- (c) la plataforma digital controla y supervisa la prestación de la actividad, incluso en tiempo real, o verifica la calidad de la actividad prestada, incluso por medios electrónicos o gestión algorítmica;*
- (d) la plataforma digital restringe la autonomía del prestador de la actividad en lo que se refiere a la organización del trabajo, en particular en lo que se refiere a la elección del horario de trabajo o los períodos de ausencia, la posibilidad de aceptar o rechazar tareas, el recurso a subcontratistas o sustitutos, mediante la aplicación de sanciones, la elección de los clientes o la prestación de la actividad a terceros a través de la plataforma;*
- (e) La plataforma digital ejerce poderes laborales sobre el proveedor de actividad, incluido el poder disciplinario, incluida la exclusión de futuras actividades en la plataforma mediante la desactivación de la cuenta;*
- (f) Los equipos y herramientas de trabajo utilizados pertenecen a la plataforma digital o son explotados por ésta mediante un contrato de arrendamiento.*

2 - A los efectos del apartado anterior, se entenderá por plataforma digital la persona jurídica que preste o ponga a disposición servicios a distancia, por medios electrónicos, tales como un sitio web o una aplicación informática, a petición de los usuarios y que impliquen, como componente necesario y esencial, la organización de trabajo prestado por particulares a cambio de una remuneración, con independencia de que dicho trabajo se preste en línea o en un lugar concreto, en los términos y condiciones de un modelo de negocio y una marca propios.

3 - El apartado 1 se aplicará con independencia de la denominación que las partes den a la relación jurídica.

4 - La presunción prevista en el apartado 1 podrá ser desvirtuada con carácter general, en particular si la plataforma digital prueba que el prestador de la actividad trabaja con autonomía efectiva, sin estar sometido al control, poder de dirección y poder disciplinario de la persona que lo contrata.

5 - *La plataforma digital también podrá alegar que la actividad se presta ante una persona física o jurídica que actúa como intermediaria de la plataforma digital para poner a disposición los servicios a través de sus empleados.*

6 - *En el supuesto previsto en el apartado anterior, o si el prestador de la actividad alega ser un trabajador subordinado del intermediario a que se refiere el apartado anterior, se aplicará también, con las adaptaciones necesarias, la presunción a que se refiere el apartado 1, así como lo dispuesto en el apartado 3, y corresponderá al tribunal determinar quién es el empleador.*

7 - *La plataforma digital no podrá establecer condiciones de acceso a la prestación de actividad en una plataforma digital, incluida la gestión algorítmica, que tengan un carácter más desfavorable o discriminatorio para los prestadores de actividad que establezcan una relación directa con la plataforma, en comparación con las normas y condiciones definidas para las personas físicas o jurídicas que actúen como intermediarios de la plataforma digital para la puesta a disposición de servicios a través de sus empleados.*

8 - *La plataforma digital y la persona física o jurídica que actúe como intermediario de la plataforma digital para poner a disposición los servicios a través de los respectivos empleados, así como los respectivos gerentes, administradores o directores, así como las empresas con las que están en una relación de participación recíproca, control o grupo, responden solidariamente de las reclamaciones del trabajador derivadas del contrato de trabajo, o de su incumplimiento o extinción, celebrado entre el trabajador y la persona física o jurídica intermediaria de la plataforma digital, así como de las cargas sociales correspondientes y del pago de las multas impuestas por la práctica de infracciones laborales de los tres últimos años.*

9 - *En los casos en que se considere que existe un contrato de trabajo, se aplicarán las normas previstas en este Código que sean compatibles con la naturaleza de la actividad desarrollada, es decir, las disposiciones sobre accidentes de trabajo, extinción del contrato, prohibición de despido sin justa causa, remuneración mínima, vacaciones, límites a la jornada ordinaria de trabajo, igualdad y no discriminación.*

10 - *Constituye infracción muy grave imputable al empresario, ya sea la plataforma digital o una persona física o jurídica que actúe como intermediaria de la plataforma digital para la puesta a disposición de servicios a través de los respectivos trabajadores que operan en ella, la contratación de la prestación de actividad, de forma aparentemente autónoma, en condiciones propias de un contrato de trabajo, que pueda causar perjuicios al trabajador o al Estado.*

11 - En caso de reincidencia, se aplicarán también al empleador las siguientes sanciones accesorias

a) Privación del derecho a ayuda, subvención o prestación concedida por entidad o servicio público, señaladamente de carácter fiscal o contributivo o con cargo a fondos europeos, por un período de hasta dos años;

b) Privación del derecho a participar en licitaciones o concursos públicos, por un período de hasta dos años.

12 - La presunción prevista en el apartado 1 se aplicará a las actividades de las plataformas digitales, a saber, las reguladas por la legislación específica sobre transporte individual y remunerado de viajeros en vehículos no caracterizados desde una plataforma electrónica.

Y ésta es la primera. Que es una presunción. La ley no establece ninguna obligación de que todas las personas que trabajan en plataformas digitales deban tener sus contratos convertidos en contratos laborales. Por supuesto, nada impide que las plataformas, dada la presunción, miren su modelo de negocio y la evolución del Derecho del Trabajo y celebren voluntariamente contratos de trabajo, como ha ocurrido en España con algunas plataformas digitales. Pero esto es de forma voluntaria. No es lo que dice la ley.

Lo que está en la ley es una presunción *iuris tantum* que pretende facilitar y clarificar la distinción entre quién es un verdadero autónomo y quién es un falso autónomo ante estas nuevas formas de dar trabajo. No significa que todo el que trabaje en las plataformas sea un trabajador. Los que son verdaderos autónomos lo seguirán siendo.

3.4.1. En primer lugar, celebramos que la presunción se establezca entre la plataforma digital y el prestador de la actividad que opera en ella. La figura del intermediario desaparece de la presunción del apartado 1. Este es un punto muy positivo, en línea con la propuesta de Directiva europea sobre la mejora de las condiciones de trabajo en las plataformas digitales, ya que la existencia de este intermediario reflejaba un cambio en la visión del legislador y del propio modelo de negocio de la economía colaborativa.

Por supuesto, la figura del intermediario no desaparece por completo al aparecer en el apartado 5 de este artículo, sino sólo de forma subsidiaria y como vía para que la plataforma intente rebatir la presunción.

Sin embargo, incluso en esta situación, la ley aclara en el apartado 6 que corresponde al tribunal determinar quién es el empleador.

3.4.2. Por otro lado, otro aspecto que nos parece muy positivo es la prohibición de discriminación del apartado 7, así como la consagración de la responsabilidad solidaria prevista en el apartado 8 entre la plataforma digital y el intermediario “por las reclamaciones del trabajador derivadas de un contrato de trabajo, o de su incumplimiento o extinción, celebrado entre el trabajador y la persona física o jurídica que actúe como intermediario de la plataforma digital, así como por las cargas sociales correspondientes y por el pago de la multa impuesta por la práctica de una infracción administrativa laboral durante los tres últimos años”.

Destacamos la importancia de este apartado porque, si formalmente el trabajador puede tener como empleador al intermediario, sustancialmente puede tener a otro que es la plataforma digital.

Y la importancia de esta responsabilidad solidaria está precisamente en el hecho de tener en cuenta casos ocurridos en otros ordenamientos jurídicos, donde los intermediarios aparecen como una especie de subcontratistas, pudiendo organizar su mano de obra. De hecho, el impresionante número de casos franceses contra el patrimonio de empresas en liquidación ilustra en particular cómo las plataformas de transporte tienden a utilizar como intermediarios a empresas insostenibles y financieramente inviables; en Italia, una empresa subcontratada por *Ubereats* utilizaba prácticas de explotación que desencadenaron investigaciones penales. En ese caso, una Sentencia —Trib. Torino, sez. lav., 18 de noviembre de 2021— consideró en última instancia que existe una relación laboral directa entre los mensajeros y la plataforma —como había considerado la Inspección de Trabajo española en los casos *Cabify* y *Uber*— e ignoró la existencia de un empleo formal con las empresas subcontratistas.

Por ello, consideramos positivo que la nueva redacción haya establecido la responsabilidad solidaria entre las plataformas y el intermediario.

3.4.3. Sin embargo, no podemos dejar de considerar que el legislador podría haber sido más cuidadoso en la redacción de las características previstas en el apartado 1 de este artículo. Si leemos los

distintos apartados de este párrafo, nos parece que el legislador ha utilizado una terminología propia de la existencia de un contrato de trabajo cuando todavía estamos en la presunción de su existencia.

Así, ¿la existencia de un poder de dirección no es característica de la existencia de un contrato de trabajo? Sin embargo, el legislador utilizó esta misma terminología en el inciso b) del apartado 1.

¿O la redacción del apartado c) —controlar y supervisar en tiempo real, en particular, mediante la gestión algorítmica— no bastaría por sí sola para que operara la presunción?

Y qué decir del apartado e), referido a la posibilidad de ejercer la potestad disciplinaria, ¿no estamos ya ante un contrato de trabajo?

Creemos que el legislador debería haber sido más cuidadoso al redactar estos indicios —llamados características—, porque, tal y como están enunciados, incluso si se completa uno de estos apartados, no es suficiente porque se deben completar al menos 2 características.

También entendemos que aquí falta un indicio/característica muy importante, y es que el prestador de la actividad no tenga una actividad empresarial propia, sino que se inserte en la de otro, porque ha sido un criterio valorado por la jurisprudencia, bastando recordar la sentencia del Tribunal Supremo español de 25 de septiembre de 2020, y otros casos resueltos sobre esta materia, así como la redacción del art. 11 del Código del Trabajo.

3.4.4. Al aprobar esta enmienda y crear esta presunción, el legislador ha convertido a Portugal en el primer ordenamiento jurídico que cuenta con una presunción tan amplia, ya que se aplica a las plataformas de *crowdwork online* y a las plataformas de *crowdwork offline*, como se indica en la definición de plataforma digital del apartado 2. Y esto es muy positivo porque estamos seguros de una cosa. Ciertamente no tenemos un trabajador del siglo XIX en las plataformas digitales, ni siquiera un trabajador del siglo XX, pero ciertamente tenemos un trabajador del siglo XXI en muchas situaciones. Tenemos un nuevo tipo de trabajador subordinado, con contornos diferentes a los tradicionales, pero que, en definitiva, sigue siendo dependiente y subordinado en la forma en que desarrolla su actividad.

3.4.5. En esta presunción, otro aspecto que nos parece positivo es la referencia que se hace en el apartado 9, relativa a que sólo se aplicarán las normas previstas “en este Código que sean compatibles con la naturaleza de la actividad desarrollada, a saber, las disposiciones sobre accidentes de trabajo, extinción del contrato, prohibición del despido improcedente, remuneración mínima, vacaciones, límites de la duración normal del trabajo, igualdad y no discriminación”. Esto es muy importante, porque llama la atención sobre un aspecto que las plataformas suelen señalar como impedimento para la aplicación de las normas del Derecho del Trabajo, y que es la inaplicabilidad de varios aspectos de las llamadas relaciones laborales clásicas a estas nuevas formas de prestación de trabajo¹⁴. Como hemos visto en la evolución del Derecho del Trabajo, éste tiene la suficiente maleabilidad y flexibilidad para responder a estas situaciones y no aplicar determinados aspectos y crear otros, y adaptarse a estas nuevas formas de prestación de trabajo por muy disruptivas que sean.

Y éste nos parece el gran desafío. La regulación laboral de este tipo de actividades a través de la legislación y/o la negociación colectiva.

3.4.6. Sin embargo, no podemos terminar sin reclamar que, tras esta primera parte, se siga avanzando en la regulación de este tipo de trabajo. No cabe duda de que muchas de estas situaciones entran dentro del ámbito del auténtico trabajo por cuenta ajena, pero entonces hay una cuestión de indudable importancia que no se ha abordado. ¿Qué régimen se les aplicará? ¿No sería más lógico considerarlos como una modalidad de contrato de trabajo con sus propias especificidades en materia de jornada, retribución y no competencia? Porque creemos que éste es, sin duda, el verdadero reto de trabajar en plataformas digitales. Es un contrato de trabajo. Pero ¿qué normas vamos a aplicar? Evidentemente, las ya expuestas en el apartado 9 de este artículo. Sin embargo, en otros muchos aspectos, se hace necesaria una reflexión y una regulación propias, *inter alia*, en temas de flexibilidad horaria y libertad de gestión del tiempo de trabajo.

¹⁴ Véase el estudio realizado por COPENHAGEN ECONOMICS, *The value of flexible work*, realizado a petición de *Delivery Platforms Europe*, en el que se afirma, una vez más, que con la aplicabilidad de los regímenes del Derecho del trabajo, hasta unos 250000 riders dejarían de tener acceso a este trabajo porque dejaría de ser flexible, o la *Carta Aberta do Movimento dos Estafetas* al Gobierno de 27 de octubre de 2022, en la que argumentaban que querían seguir siendo autónomos, oponiéndose a cualquier cambio legislativo a este nivel. Véase también la respuesta a esta carta abierta de João LEAL AMADO, “De olhos bem fechados”, en *Público*, 3 de noviembre de 2022, que suscribimos plenamente.

IV. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y GESTIÓN ALGORÍTMICA¹⁵

4.1. En la actualidad, la Inteligencia Artificial ha llegado para quedarse y afecta a numerosos aspectos de la vida de las personas en general y de los trabajadores en particular, desde el momento de la formación del contrato de trabajo, pasando por su ejecución —implicando, entre otras cosas, un nuevo tipo de formación permanente, un nuevo control, control electrónico/digital, un nuevo horario de trabajo, o un nuevo tipo de Derecho Colectivo— y terminando con su extinción.

Aunque no existe una definición común de Inteligencia Artificial, la de la Comisión Europea es la siguiente: “La IA es una combinación de tecnologías que agrupa datos, algoritmos y capacidad informática”¹⁶. También se toma como referencia la definición de sistema de IA del grupo de expertos en IA de la OCDE-AIGO: “sistema basado en máquinas que puede, para un conjunto determinado de objetivos, hacer predicciones, recomendaciones o decisiones que influyen en lo real o lo virtual. Utiliza entradas de máquinas y/o humanos para percibir entornos reales o virtuales; para extraer dicha información en modelos (de forma automatizada, por ejemplo, con aprendizaje automático o manualmente); y utilizar el modelo de inferencia para formular opciones de información o acción. Los sistemas de IA están diseñados para operar con varios niveles de autonomía”¹⁷.

4.2. Como defiende Cathy O’NEIL¹⁸, vivimos en la era del algoritmo. Cada vez más, las decisiones que afectan a la vida de las personas no las toman seres humanos, sino modelos matemáticos. En teoría, esto debería conducir a una mayor equidad y transparencia, porque todos serían juzgados de acuerdo con las mismas reglas y se eliminaría la

¹⁵ Para tener más información al respecto, véase Teresa COELHO MOREIRA, *Direito do Trabalho ...*, cit.

¹⁶ COM (2020), Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial - Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza, COM/2020/65 final.

¹⁷ OCDE, *Scoping the OECD AI Principles: Deliberations of the Expert Group on Artificial Intelligence at the OECD (AIGO)*, OECD Publishing, París, 2019.

¹⁸ *Weapons of Math Destruction - How Big Data Increases Inequality and Threatens Democracy*, Crown/Archetype, 2017. La autora argumenta que “los algoritmos prometen eficacia e imparcialidad, pero a veces distorsionan la educación superior, aumentan la deuda, fomentan el encarcelamiento masivo y discriminan a los pobres en diversas situaciones y pueden poner en peligro la democracia misma”.

discriminación. Pero en realidad, esto no es así. Los modelos utilizados hoy en día son opacos, no están regulados y muchos los consideran incuestionables, incluso cuando están equivocados. Y, lo que es más problemático, refuerzan la discriminación¹⁹.

En teoría, parece que el concepto de eliminar a los humanos del proceso de toma de decisiones también eliminará la discriminación. La paradoja, sin embargo, es que, en algunos casos, la toma de decisiones automatizada ha servido para reproducir y ampliar incluso la discriminación²⁰.

El uso de algoritmos promete objetividad. La gente asume que los resultados del algoritmo son *neutrales*. Esta neutralidad es, sin embargo, una ilusión. Los algoritmos no son tan imparciales como pensamos y aumenta el riesgo de discriminación.

La elaboración de perfiles del comportamiento humano y los datos resultantes permiten a la dirección emitir juicios sobre quiénes son las personas, así como predecir su comportamiento futuro. De hecho, se espera que los datos generados por ordenador sean fiables y neutrales y ayuden a predecir.

Los algoritmos no son en absoluto infalibles. Las decisiones que toman pueden ser tan sesgadas como las de cualquier ser humano y no pueden considerarse “superiores” o más objetivas que las de cualquier persona²¹. Dotar a estas herramientas computacionales de capacidades

¹⁹ Coincidimos con lo defendido por Valerio DE STEFANO y Simon TAES, “Algorithmic management and collective bargaining”, ETUI, 2022, p. 2, “La gestión basada en algoritmos también puede conducir a formas insidiosas de discriminación al ocultar los sesgos explícitos e implícitos de los programadores detrás de una fachada tecnológicamente ‘objetiva’ [*Algorithm based management can also lead to insidious forms of discrimination by hiding the programmers ‘explicit and implicit biases behind a technologically ‘objective’ façade*]”.

²⁰ Véase Ifeoma AJUNWA, “The paradox of automation as anti-bias intervention”, en 41 CARDOZO. L. REV., vol. 41, n.º 5; y Carl FREY y Michael A. OSBORNE, *The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?*, Oxford, Oxford Martin School, 2013,

https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf.

²¹ Véase lo que figura en la Recommendation CM/Rec(2020)1 of the Committee of Ministers to member States on the human rights impacts of algorithmic systems, de 8 de abril de 2020, “la mayoría de los sistemas algorítmicos se basan en modelos estadísticos en los que los errores forman parte inevitable, a veces con bucles de retroalimentación que

superiores a las de las personas que las entrenan y programan es un error manifiesto que la ciencia repudia. Si un humano no sabe resolver un problema que requiere un criterio justo, una Inteligencia Artificial no podrá resolverlo por él. Y una aplicación masiva de estas tecnologías algorítmicas multiplicaría, solaparía y amplificaría exponencialmente tanto sus efectos como el número de trabajadores afectados, logrando lo que el Consejo de Europa califica como una “interferencia adicional en el ejercicio de los derechos humanos de múltiples maneras”.

En efecto, “los algoritmos no son empáticos: no descifran, ni comprenderán a corto plazo, los conceptos de humanidad o probidad. No olvidan, no perdonan, no poseen conciencia de su propia falibilidad. No poseen escala de valores, ni distinguen las diferencias culturales o sociales intrínsecas a los mismos. Y por si esto no fuese suficiente, no se autocorrigen bajo criterios de comprensión, equilibrio, justicia, ética, moralidad o alteridad. Hoy por hoy, la comprensión humana sigue, y seguirá siéndolo a largo plazo, imprescindible para tomar decisiones bajo criterios justos y equitativos”²².

Hay que tener en cuenta que la IA y los algoritmos tienen un alto potencial de transformación disruptiva en los entornos laborales, cambiando el contenido del desempeño de las tareas, las formas de interacción entre empresarios y trabajadores, entre los propios trabajadores y entre los trabajadores y las máquinas, y también en las metodologías de medición y seguimiento del esfuerzo, la eficiencia y la productividad de los trabajadores y del propio trabajo en la vida cotidiana. Por otro lado, puede jugar un papel importante, e igualmente arriesgado, en los procesos de selección de candidatos a puestos de trabajo y en el contexto de los denominados *background employment checks*, a través de los cuales empresas especializadas se dedican a seleccionar y excluir candidatos a puestos de trabajo en función de distintos factores distintivos, que no están directamente relacionados con el tipo de actividad a prestar y que se relacionan con aspectos de la vida privada del candidato o con sus características personales, sociales y culturales, tales como domicilio, etnia,

mantienen, replican y refuerzan sesgos, errores y suposiciones preexistentes [*most algorithmic systems are based on statistical models in which errors form an inevitable part, sometimes with feedback loops that maintain, replicate and reinforce pre-existing biases, errors and assumptions*]

²² Véase UGT, *Las decisiones algorítmicas en las Relaciones Laborales*, Servicios de Estudios de la Confederación. Análisis y contextos, número 20 (8 febrero de 2021), p. 3.

gustos, perfil situación económica, religión, antecedentes penales u orientación sexual²³.

4.3. El uso de la gestión algorítmica ha ido en aumento y se ha visto fuertemente impulsado por la pandemia del COVID-19 mediante el uso de programas informáticos de trabajo a distancia que permiten recopilar y controlar datos de la *performance* laboral. Aunque este tipo de gestión algorítmica ha surgido principalmente en la economía colaborativa del trabajo en plataformas digitales, ahora es habitual en varios sectores de actividad, apoyando a la dirección en la recopilación de información, el tratamiento de la información y el control del trabajador en función de esa información recopilada, muchas veces de forma poco transparente.

Las decisiones se basan cada vez más en algoritmos, planteando un nuevo problema para la sociedad, que es el desarrollo de una sociedad basada en un nuevo tipo de *black box* —a *black box society*—, dada la opacidad y falta de transparencia de los algoritmos. En este escenario, es fundamental recordar que todo tipo de control debe cumplir con el principio de transparencia, que es el conocimiento por parte de los trabajadores de cómo, cuándo y dónde se realiza el control. Este principio es fundamental para el correcto tratamiento de los datos personales de las personas en general, y de los trabajadores en particular. Además, este derecho se refuerza en el Reglamento General de Protección de Datos y debe aplicarse al control que realizan los algoritmos, pasando de una *black box society* a una especie de *transparent box society*.

4.4. Mediante el uso de algoritmos, los empresarios pueden procesar grandes cantidades de datos para obtener información relevante, que puede utilizarse para la toma de decisiones automatizada. Por ejemplo, los algoritmos pueden acelerar el proceso de contratación eliminando un gran número de currículos o analizando entrevistas en vídeo, por ejemplo, y seleccionando los candidatos más adecuados. Los empresarios también pueden utilizar algoritmos para evaluar el rendimiento de los trabajadores o determinar qué trabajador debe ascender.

Además, las empresas utilizan algoritmos para distribuir actividades, recompensas o despedir a personas. El uso de algoritmos puede optimizar estos procesos y reducir costes, ya que se necesitan menos personas para contratar y evaluar a los trabajadores o candidatos. Sin

²³ Véase Teresa COELHO MOREIRA e GUILHERME DRAY, *Libro Verde...*, cit., p. 79.
ACDCT, VOL. XIV (2022), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 177-209

embargo, el uso de estos algoritmos no está exento de riesgos, ya que pueden discriminar a las personas como ha ocurrido en varios casos²⁴.

De hecho, como señala Valerio DE STEFANO²⁵, la inteligencia artificial puede utilizarse para controlar la productividad de los trabajadores, identificar la innovación y los comportamientos desviados, y la gestión basada en algoritmos puede dar lugar a formas de discriminación, incluida la discriminación en el acceso al empleo. Así, la falta de transparencia y de explicaciones sobre el funcionamiento de los algoritmos en la toma de decisiones y la predicción puede llevar a la exclusión de demandantes de empleo por factores ajenos al perfil del puesto a cubrir, así como a la inseguridad de los trabajadores. En este último caso, al permitir la supervisión de la *performance* de los trabajadores, esta inteligencia artificial puede aumentar la presión sobre los trabajadores e incrementar su *stress*.

También el Parlamento Europeo, en su Resolución de 5 de julio de 2022 sobre la salud mental en el mundo laboral digital (2021/2098(INI)), argumenta en su apartado 13 que “la IA también suscita preocupación en relación con la intimidad y la seguridad y la salud en el trabajo, como el derecho a la desconexión, y puede dar lugar a una vigilancia y un seguimiento desproporcionados e ilegales de los trabajadores, vulnerando su dignidad e intimidad, así como a un trato discriminatorio en los procesos de contratación y otros ámbitos debido a **algoritmos sesgados**, también por motivos de género, raza y origen étnico”²⁶, y nos parece muy importante que haya instado a la Comisión y a los Estados miembros a que “elaboren una propuesta legislativa en materia de inteligencia artificial en el ámbito laboral para garantizar la protección adecuada de los derechos y el bienestar de los trabajadores, incluidos la salud mental y derechos fundamentales como la no discriminación, la intimidad y la dignidad humana, en un lugar de trabajo cada vez más digitalizado”, que haya defendido, como señala en el apartado 15, que es necesario proteger a los trabajadores “frente a la explotación por parte de los empleadores en el uso de gestión por IA o algorítmica, también mediante herramientas de predicción y de marcado para predecir el comportamiento de los empleados y detectar o desalentar la infracción de las normas o el fraude por parte de los empleados, el seguimiento en tiempo real de los avances y del rendimiento, software de

²⁴ Véase Teresa COELHO MOREIRA, “Discriminación algorítmica”, en *QL*, n.º 58, 2021.

²⁵ “Introduction: Automation, Artificial Intelligence, and Labour Protection”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 41, No. 1, 2019.

²⁶ La negrita es nuestra.

control del tiempo y sugerencias indirectas de comportamiento automatizadas; pide la prohibición de la vigilancia de los trabajadores”.

Debemos tener en cuenta que la inteligencia artificial y los algoritmos se basan en la información que se les proporciona, incluyendo comportamientos que pueden ser discriminatorios, por lo que no debemos olvidar que la tecnología es en sí misma neutral, pero no puede decirse lo mismo de quienes la utilizan, cuyo *leitmotiv* puede ser la posible discriminación de las personas. A través del lenguaje que se transmite al algoritmo, es posible, consciente o inconscientemente, discriminar a grupos de personas que ya se enfrentan a problemas de desigualdad, entre otros, por motivos de género²⁷, raza, edad y discapacidad²⁸.

Los algoritmos son, en última instancia, construcciones humanas: los crean, programan y entrenan los humanos. Las decisiones que toman durante la programación de un algoritmo afectan a todo su funcionamiento y a sus resultados. Así pues, los algoritmos no están libres de la inspiración humana. Además, los algoritmos se entrenan con datos históricos. Si estos datos están sesgados en contra de ciertos individuos o grupos, el algoritmo replicará el sesgo humano y aprenderá a discriminarlos.

El proceso de selección de datos para introducir y entrenar el algoritmo también es importante. Unos datos obsoletos, incorrectos o incompletos pueden conducir a un aprendizaje erróneo de los datos y a una interpretación equivocada. Al final, los algoritmos son tan buenos como los datos con los que se entrenan. Esto es lo que comúnmente se conoce como *garbage in, garbage out* o *discrimination in, discrimination out*²⁹.

²⁷ Véase OIT, *Final Report – Meeting of Experts on Violence against Women and Men in the World of Work*, 2016, pp. 40-41.

²⁸ Un estudio del sistema judicial estadounidense ha demostrado que los conductores más elegidos no pertenecen a minorías religiosas o raciales. Véase Yanbo GE, Christopher R. KNITTEL, Don MACKENZIE y Stephen ZOEPF, “Racial and Gender Discrimination in Transportation Network Companies”, *NBER Working Paper* n.º. 22776, 2016.

²⁹ Véase Teresa COELHO MOREIRA, “Algoritmos, discriminación y negociación colectiva”, en *Negociación Colectiva y economía de plataformas – una herramienta tradicional para nuevos modelos de negocio*, (Directores, José María MIRANDA BOTO y Elisabeth BRAMESHUBER; y coordinadores Guillermo BARRIOS BAUDOR, Yolanda MANEIRO VÁZQUEZ y Daniel PÉREZ DEL PRADO), Ediciones Cinca, Madrid, 2022. Como defiende el informe FRA *Report about AI*, “a la hora de decidir la concesión de un préstamo, el historial crediticio puede utilizarse para diferenciar entre individuos, pero no en función de atributos protegidos, como el sexo o la religión. Sin embargo, muchos atributos personales o experiencias vitales suelen estar fuertemente correlacionados con

Sin embargo, detectar la discriminación por algoritmos no es fácil, sobre todo porque cada vez son más complejos. En la *black box* de los algoritmos, los datos que se introducen a la entrada, como, *inter alia*, el currículum de los candidatos o el rendimiento de un empleado, o a la salida, por ejemplo, qué candidato será convocado a una entrevista de trabajo o qué empleado será ascendido, están claros. Sin embargo, cómo ha llegado el algoritmo a esa conclusión es un proceso bastante opaco.

Por eso se defiende que los algoritmos sean transparentes e incluyan el principio de igualdad de trato desde el principio del proceso de construcción del algoritmo³⁰.

Por otra parte, se considera que las decisiones tomadas de forma automatizada deben ser auditables, y aquí el Reglamento General de Protección de Datos prohíbe el establecimiento de decisiones totalmente automatizados y el *profiling*, teniendo en cuenta su Considerando (71), que establece que el “interesado debe tener derecho a no ser objeto de una decisión, que puede incluir una medida, que evalúe aspectos personales relativos a él, y que se base **únicamente** en el tratamiento automatizado y produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar, como la denegación automática de una solicitud de crédito en línea o los **servicios de contratación en red en los que no medie intervención humana alguna**. Este tipo de tratamiento incluye la elaboración de perfiles consistente en cualquier forma de tratamiento de los **datos personales que evalúe aspectos personales relativos a una persona física**, en particular para analizar o predecir **aspectos relacionados con el rendimiento en el trabajo**, la situación económica, la salud, las preferencias o intereses personales, la fiabilidad o el comportamiento, la situación o los movimientos del interesado, en la medida en que produzca efectos jurídicos

atributos protegidos. El historial crediticio puede ser sistemáticamente diferente para hombres y mujeres debido a diferencias en los ingresos y en el historial laboral [*when deciding to grant a loan, credit history can be used to differentiate between individuals, but not on the basis of protected attributes, such as gender or religion. However, many personal attributes or life experiences are often strongly correlated with protected attributes. The credit history might be systematically different for men and women due to differences in earnings and job histories*].”

³⁰ Véase Teresa COELHO MOREIRA, “Revolução 4.0”, en *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15.ª região*, n.º 56, 2020, pp. 23 y ss. Y también, Teresa COELHO MOREIRA y Guilherme DRAY, *Livro Verde ...*, cit.

en él o le afecte significativamente de modo similar”³¹, así como el art. 22.º, titulado *Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles*.

También es importante señalar que la gente suele creer que cuando el algoritmo no conoce variables como el sexo, la edad o la raza, es incapaz de discriminar por esos motivos. Sin embargo, incluso excluyendo atributos específicos como variable de entrada, nada impide que el algoritmo produzca resultados sesgados. En este caso, la denominada *información de proxy* puede provocar un algoritmo sesgado. Muchos ejemplos muestran que el idioma utilizado por alguien puede indicar indirectamente el sexo o la raza. Un código postal puede indicar indirectamente la raza, el origen étnico o social de alguien. En consecuencia, puede haber discriminación³².

A la vista de todo ello, nos parece también muy importante lo defendido por el Grupo de Trabajo del art. 29³³: “El responsable del tratamiento no puede obviar las disposiciones del artículo 22 inventándose una participación humana. Por ejemplo, si alguien aplica de forma rutinaria perfiles generados automáticamente a personas sin que ello tenga influencia real alguna en el resultado, esto seguiría siendo una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado”.

³¹ La negrita es nuestra.

³² Como indica Ifeoma AJUNWA, “Automated employment discrimination”, en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3437631&download=yes, “una segregación racial de la vivienda ha dado lugar a una concentración de escuelas con mejores recursos en barrios de mayoría blanca, donde los alumnos que acuden a ellas reciben una mejor preparación para realizar pruebas estandarizadas. Así pues, aunque el rendimiento en los exámenes estandarizados puede considerarse probatorio de la aptitud para el trabajo, el uso de ese criterio podría dar lugar a un impacto dispar. En reconocimiento de la mancha histórica del sesgo estructural en los datos que de otro modo podrían ser probatorios, algunos estudiosos han pedido una ‘acción afirmativa algorítmica’, que se centra en la transparencia sobre los sesgos codificados en los datos y la corrección de los datos que utilizan los algoritmos en lugar de simplemente en el diseño de algoritmos [a racial housing segregation has resulted in a concentration of better-resourced schools in majority-white neighbourhoods where students who attend receive better preparation for taking standardized tests. Thus, although performance on standardized tests may be considered probative of job fitness, the use of such criterion could result in disparate impact. In recognition of the historical taint of structural bias on data that could otherwise be probative, some scholars have called for ‘algorithmic affirmative action’, which focuses on transparency about the biases encoded in the data and the correction of the data the algorithms use rather than merely in the design of algorithms]”.

³³ *Orientações sobre as decisões individuais automatizadas e a definição de perfis para efeitos do Regulamento (UE) 2016/679*, p. 23.

Para ser considerada como participación humana, el responsable del tratamiento debe garantizar que cualquier supervisión de la decisión sea significativa, en vez de ser únicamente un gesto simbólico. Debe llevarse a cabo por parte de una persona autorizada y competente para modificar la decisión y que, en el ámbito del análisis, debe tener en cuenta todos los datos pertinentes³⁴.

Esta idea nos parece de fundamental importancia en estos casos.

4.5. La Comisión Europea ha establecido que uno de los requisitos para que la Inteligencia Artificial sea fiable es la supervisión humana, argumentando que la “supervisión humana ayuda a garantizar que un sistema de IA no socave la autonomía humana ni cause otros efectos adversos”³⁵ y que esta “debe lograrse a través de mecanismos de gobernanza, tales como el enfoque de la participación humana (*human-in-the-loop*), la supervisión humana (*human-on-the-loop*), o el control humano (*human-in-command*)”³⁶.

Otro requisito muy importante que destaca la Comisión Europea³⁷ es el relativo a que deben “garantizarse la privacidad y la protección de datos en todas las fases del ciclo vital del sistema de IA”³⁸.

También es importante señalar el principio de transparencia que, tal y como establece la Comisión Europea, está relacionado con el principio de

³⁴ Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679.

³⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano, Bruselas, 8.4.2019, COM (2019) 168 final, p. 4.

³⁶ *Ibidem*, p. 5

³⁷ *Ibidem*, p. 5.

³⁸ También en el *Libro Blanco sobre Inteligencia Artificial - Un enfoque europeo hacia la excelencia y la confianza*, la Comisión Europea defendía que “existe el riesgo potencial de que, incumpliendo las normas de la UE en materia de protección de datos u otras normas, las autoridades estatales y otros organismos recurran a la IA para la vigilancia masiva, o las empresas la utilicen para observar cómo se comportan sus empleados” (pp. 13 y 14). Sin embargo, consideramos que este Documento ha hecho poco hincapié en la importancia de la Inteligencia Artificial en la relación laboral.

explicabilidad y cubre la transparencia de los elementos relevantes para un sistema de IA: los datos, el sistema y los modelos de negocio³⁹.

Cabe señalar que la propia Comisión Europea considera que otro requisito esencial es el de la diversidad, la no discriminación y la equidad. Tal y como argumenta, la inclusión y la diversidad deben estar presentes en todo el ciclo de vida del sistema de IA para que la IA de confianza se convierta en una realidad. Además de la consideración y participación de todas las partes interesadas a lo largo del proceso, esto implica también que se garantice la igualdad de acceso mediante procesos de diseño inclusivos y la igualdad de trato. Este requisito está estrechamente relacionado con el principio de equidad. También es importante señalar que los conjuntos de datos utilizados por los sistemas de IA (tanto para el entrenamiento como para el funcionamiento) pueden verse afectados por la inclusión de sesgos históricos inadvertidos, así como por lagunas y modelos de gobernanza deficientes. El mantenimiento de tales sesgos puede dar lugar a discriminación (in)directa no intencionada y a prejuicios contra determinados grupos o personas, exacerbando los prejuicios y la marginación.

Finalmente, otro requisito que defienden, y que consideramos fundamental, es el principio de rendición de cuentas, en especial el subprincipio de auditabilidad, ya que supone defender la evaluación de algoritmos, datos y procesos de diseño. Por supuesto, ciertos derechos como el secreto de ciertos negocios deben ser salvaguardados y, por lo tanto, la información sobre modelos de negocios y propiedad intelectual relacionada con el sistema de IA no siempre tiene que estar disponible públicamente. Sin embargo, la evaluación por parte de auditores internos y externos, así como la disponibilidad de informes de evaluación, pueden contribuir a la confiabilidad de la tecnología.

La propia OIT también ha defendido lo mismo, indicando “que se adopte un enfoque de la inteligencia artificial “bajo control humano” que garantice que las decisiones definitivas que afectan al trabajo sean tomadas por personas. Debería establecerse un sistema de gobernanza internacional de las plataformas digitales del trabajo que exija a estas plataformas (y a sus clientes) que respeten determinados derechos y protecciones mínimas. Los

³⁹ Véase Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano, cit., pág. 6.

avances tecnológicos requieren también de la reglamentación del uso de datos y de la responsabilidad sobre el control de los algoritmos en el mundo del trabajo”⁴⁰. Y de igual modo, manifiesta que el “ejercicio de la gestión, vigilancia y control a través de algoritmos, mediante sensores, dispositivos corporales y otras formas de control, debe ser regulado para proteger la dignidad de los trabajadores. El trabajo no es una mercancía; así como tampoco el trabajador es un robot”⁴¹.

Los trabajadores deben tener derecho a exigir transparencia en las decisiones y resultados de los sistemas de IA, así como en los algoritmos subyacentes, estableciendo el derecho a recurrir las decisiones tomadas y a que sean revisadas por seres humanos.

En la misma línea, la OCDE, en mayo de 2019, estableció cinco principios para que la Inteligencia Artificial sea innovadora, digna de confianza y respete los derechos humanos y los valores democráticos⁴².

Asimismo, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas sobre inteligencia artificial (Reglamento IA) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, de 21 de abril de 2021, llama la atención sobre esta situación en el considerando (36), según el cual también “deben considerarse de alto riesgo los sistemas de IA que se utilizan en el empleo, la gestión de los trabajadores y el acceso al autoempleo, sobre todo para la contratación y la selección de personal; para la toma de decisiones relativas a la promoción y la rescisión de contratos; y para la asignación de tareas y el seguimiento o la evaluación de personas en relaciones contractuales de índole laboral, dado que pueden afectar de un modo considerable a las futuras perspectivas laborales y los medios de subsistencia de dichas personas. Las relaciones contractuales de índole laboral deben implicar a los empleados y las personas que prestan servicios a través de plataformas, como indica el Programa de trabajo de la Comisión para 2021. En principio, esas personas no deben ser consideradas usuarios en el sentido del presente Reglamento. Dichos sistemas pueden perpetuar patrones históricos de discriminación, por ejemplo, contra las mujeres, ciertos grupos de edad, personas con discapacidad o personas de orígenes raciales o étnicos concretos o con una

⁴⁰ *Trabajar para un futuro más prometedor*, Ginebra, 2019, p. 13.

⁴¹ *Ibidem*, p. 45.

⁴² OCDE (2019) *Recommendation of the Council on Artificial Intelligence*, OECD/LEGAL/0449.

orientación sexual determinada, durante todo el proceso de contratación y en la evaluación, la promoción o la retención de personas en relaciones contractuales de índole laboral. Los sistemas de IA empleados para controlar el rendimiento y el comportamiento de estas personas también pueden afectar a sus derechos a la protección de los datos personales y a la privacidad”. Y todo ello, entendiéndolo que constituyen un alto riesgo de tratamiento en el sentido del art. 6, y a continuación del Anexo III.

4.6. El *Libro Verde sobre el Futuro del Trabajo 2021* también establece algunas líneas de reflexión para las políticas públicas en esta materia, señalando que es necesario **“Regular el uso de algoritmos, concretamente en la distribución de tareas, la organización del trabajo, la evaluación del desempeño y la progresión**, en particular en el contexto del trabajo prestado a través de plataformas, lo que representa una distancia redoblada entre empleador y empleado, tanto física como a través de la intermediación tecnológica de la relación, evitando así posibles sesgos y discriminaciones”, así como **“Regular el uso de algoritmos** en sus diferentes dimensiones, con el fin de promover la transparencia y la responsabilidad en su uso, concretamente en el contexto de las relaciones laborales; **Fomentar, en particular, la regulación del uso de algoritmos en la negociación colectiva, implicando a los interlocutores sociales** y garantizando el tratamiento de la cuestión en el ámbito de los convenios colectivos de trabajo, con el fin de garantizar la adecuada adecuación de la IA y reflejar las necesidades específicas de cada sector; **Introducir disposiciones en la legislación que minimicen los nuevos riesgos asociados al comportamiento autónomo de la IA**, estableciendo requisitos que garanticen la protección de la privacidad y los datos personales, la igualdad y la no discriminación, la ética, la transparencia y la explicabilidad de los sistemas basados en algoritmos, tanto a nivel de selección de los demandantes de empleo como en la ejecución del contrato de trabajo y el seguimiento de la actividad profesional del trabajador”, y también **“Prevenir mecanismos y prácticas discriminatorias en el uso de la inteligencia artificial y los algoritmos** en el marco de las relaciones laborales, contemplando la creación de un sistema que responsabilice a los usuarios o creadores en caso de comportamientos ilícitos”⁴³.

4.7. En la misma línea, el Código de Trabajo portugués fue modificado recientemente por la Ley 13/2023, de 3 de abril, y estableció

⁴³ Las negritas son nuestras.

algunas normas sobre esta materia desde la fase de formación del contrato de trabajo, pasando por su ejecución, hasta su extinción.

Así, añadió un nuevo párrafo en el apartado 3 del artículo 3, relativo al uso de o) "Uso de algoritmos, inteligencia artificial y materias conexas, especialmente, en el ámbito del trabajo en plataformas digitales".

El apartado 3 del artículo 24 contiene también una primera parte que establece que las "disposiciones de los apartados anteriores se aplicarán también en caso de toma de decisiones basada en algoritmos u otros sistemas de inteligencia artificial".

En el art. 106, relativo al deber de información, se añade una nueva letra s) con el siguiente contenido: "los parámetros, criterios, reglas e instrucciones en que se basan los algoritmos u otros sistemas de inteligencia artificial que afecten a la toma de decisiones sobre el acceso al empleo y el mantenimiento en el mismo, así como a las condiciones de trabajo, incluida la elaboración de perfiles y el control de la actividad laboral", que es lo mismo que se añade en el art. 424.1 relativo al contenido del deber de información a los comités de empresa en la nueva letra j).

4.8. También en la Propuesta de Directiva sobre la mejora de las condiciones de trabajo en las plataformas digitales tiene su propio capítulo sobre la gestión algorítmica, defendiendo la idea de *human in command* y también el principio de transparencia que creo que puede marcar el camino para diversas situaciones y no solo en el trabajo en plataformas digitales.

V. CONCLUSIONES

1. La valoración final que hacemos del artículo 12-A, sin ser perfecta (pero dudamos mucho que lo sea), es bastante positiva porque permite al Derecho del Trabajo acoger en su seno a estos nuevos prestadores de servicios a través de plataformas, realizando la necesaria adaptación normativa, es decir, construyendo un régimen laboral propio y ajustado a las características de estas nuevas formas de prestación de servicios. Pero, insistimos, un régimen laboral.

2. Si estas nuevas formas de prestación de trabajo, creadas por la fantástica evolución de la tecnología, pueden constituir, como a veces se dice, una *tierra de grandes oportunidades*, no creemos que tal tierra deba ser una tierra sin derecho, especialmente sin derecho laboral. Sería incluso una traición a la misión histórica del Derecho del Trabajo si éste construyera —o permitiera que se construyera— un muro conceptual y mantuviera a quienes trabajan a través de plataformas fuera, al otro lado del muro. Y establecer una presunción de laboralidad es un paso clave para crear esa tierra sin muros.

3. No adoptar una presunción legal de laboralidad supondría decir a las personas que se consideran verdaderos trabajadores que tendrían que acudir a los tribunales y probar todos los hechos cuando estamos ante una relación de desequilibrio de poder y con total opacidad sobre cómo funcionan, cómo funciona el algoritmo, sin cumplimiento de deberes de información. Iniciar un procedimiento judicial ya es difícil de por sí. Demostrar que eres un trabajador, sin tener acceso al algoritmo o a documentos oficiales sobre cómo funciona la plataforma, es casi imposible. Significaría, diría yo, permitir que las plataformas sigan *explotando* a los trabajadores.

4. Evidentemente, esta presunción no acabará con el trabajo autónomo ¡Con el trabajo autónomo de verdad! Al contrario, acabará con la impunidad de las plataformas. Exigir a las plataformas que refuten la presunción cuando funcione las obligará por fin a ser transparentes y a responsabilizarse de la forma en que organizan el trabajo y, por tanto, a hacer frente a sus obligaciones legales y sociales.

5. Se defiende que el uso de la gestión algorítmica debe regularse siempre sobre la base de la idea del “humano al mando” —con *eyes wide open*—, garantizando que las decisiones finales sean tomadas por humanos y no por máquinas.

6. Al desarrollar y utilizar algoritmos, los empresarios deben ser conscientes de los principios jurídicos fundamentales sobre privacidad y no discriminación. Por esta razón, los empresarios deben introducir un sistema de control humano y siempre deben poder explicar cómo se ha tomado una decisión.

7. Además, deben garantizar que el uso de algoritmos no se produce a expensas del principio de igualdad. Al fin y al cabo, el uso de algoritmos en la toma de decisiones supone un riesgo para el derecho a la igualdad de los trabajadores.

8. Es evidente que la inteligencia artificial y los algoritmos ejercen cada vez más influencia en la forma de pensar y de organizarse en la sociedad y, en consecuencia, el avance científico y jurídico no puede desvincularse de las cuestiones éticas y jurídicas que plantea este nuevo escenario.

LA COMPARACIÓN JURÍDICA EN LA FACULTAD DE DERECHO DE TRENTO (1987-2012), ENTRE LOS RECUERDOS DEL ESTUDIANTE Y LA ACTIVIDAD DEL DOCENTE*

[*THE LEGAL COMPARISON AT THE LAW SCHOOL OF TRENTO (1987-2012), BETWEEN THE STUDENT'S MEMORY AND THE PROFESSOR'S ACTIVITY*]

Luca Nogler

Fecha de recepción: 8 de abril de 2022
Fecha de aceptación: 22 de abril de 2022

Sumario: I. LA COMPARACIÓN JURÍDICA EN LA ÉPOCA DE LA PUESTA EN MARCHA DE LA LICENCIATURA EN DERECHO EN LA UNIVERSIDAD DE TRENTO.- II. LA ESTRUCTURA INICIAL DE LA LICENCIATURA EN DERECHO Y SU ASUNCIÓN POR PARTE DE LA FACULTAD DE DERECHO, Y DESPUÉS, POR EL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS.- III. EL DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO.

Contents: I. THE LEGAL COMPARISON AT THE TIME OF THE LAUNCH OF THE LAW DEGREE AT THE UNIVERSITY OF TRENTO.- II. THE INITIAL STRUCTURE OF THE LAW DEGREE AN ITS ASSUMPTION BY THE LAW SCHOOL, AND LATER, BY THE DEPARTMENT OF LEGAL SCIENCES .- III. COMPARATIVE LABOUR LAW.

Resumen: Este es un estudio decisivo y pionero sobre la progresiva estructuración de la enseñanza y la investigación del Derecho comparado en la Universidad de Trento, que incluye un apartado epilodal sobre el Derecho comparado del Trabajo en ella.

* Traducción al castellano, desde el italiano original («*La comparazione giuridica alla Facoltà di giurisprudenza di Trento (1987-2012) tra ricordi dello studente e attività del docente*»), de Alberto Arufe Varela.

Abstract: This is a decisive and pioneering study about the progressive organization of Comparative Law teaching and researching at Trento University, which includes a final section about Comparative Labor Law at it.

Palabras clave: Comparación jurídica, Derecho comparado del Trabajo, Facultad de Derecho de la Universidad de Trento, Italia, Licenciatura en Derecho

Keywords: *Comparative labor law, Italy, Law Degree, Legal comparison, School of Law of the Trento University*

* * *

I. LA COMPARACIÓN JURÍDICA EN LA ÉPOCA DE LA PUESTA EN MARCHA DE LA LICENCIATURA EN DERECHO EN LA UNIVERSIDAD DE TRENTO

Desde la perspectiva del paso del tiempo que acompaña a las instituciones, la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento sigue siendo hoy una «criatura» decididamente joven. Ciertamente, la propia «Universidad de Trento» fue creada sólo en el «transcurso del año académico 1982-1983» (artículo 40 de la Ley de 14 agosto 1982, núm. 590)¹, a partir del cual se suprimió el *Instituto superior de ciencias sociales* de Trento, que había sido reconocido por la Ley de 8 junio 1966, núm. 432, y que se transformó después en la Universidad de Trento, por el Decreto del Presidente de la República de 31 octubre 1972, núm. 974.

El artículo 42 de la citada Ley preveía que la universidad tridentina tuviese que incluir tanto la Facultad como la Licenciatura en Derecho, lo que se activó a partir de 1 noviembre 1984. En ausencia de un número suficiente de profesores adscritos, la Licenciatura fue gestionada los primeros años por un «Comité Técnico Organizador de la Facultad de Derecho» (CTOFD), formado por los profesores Fabio Roversi Monaco (Derecho Administrativo; Universidad de Bolonia), Rodolfo Sacco (Derecho Privado Comparado; Universidad de Turín) y Giorgio Gregori (Universidad de Trieste). Los dos primeros habían sido elegidos por un cuerpo electoral que incluía a todos los profesores adscritos a materias

¹ Sobre la historia de la Universidad de Trento, cfr. F. Cambi, D. Quaglioni, M. Egidi (al cuidado de), *L'Università a Trento. 1962-2002*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2004; L. Blanco, A. Giorgi, L. Mineo (al cuidado de), *Costruire un'Università*, Bologna, Il Mulino, 2011. Para la historia de la Facultad de Derecho, el lector puede, ante todo, leer todo lo que se dijo en el seminario *La voce dei Presidi - La Facoltà di Giurisprudenza trenta anni dopo - Trento, 10 junio 2015* (<https://webmagazine.unitn.it/evento/giurisprudenza/5368/la-facolt-di-giurisprudenza-trenta-anni-dopo>) por dos de los principales componentes del Comité organizador y por todos los Decanos que se fueron sucediendo en las funciones hasta 2015; Rodolfo Sacco leyó en aquella ocasión cuanto había escrito, con entonación idealista, en *Il pensiero sapiente, il tentativo sapiente, il successo (storia di un'idea)*, en *Riv. dir. civ.*, 2011, págs. 675 ss. Las citas sin autor se refieren a obras del arriba firmante. Agradezco, en fin, al Dr. Thomas Cammilleri, Responsable del Servicio de Archivo, Protocolo y Servicio Postal de la Universidad de Trento, gracias al cual he podido consultar las actas del Comité técnico-organizativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Trento.

jurídicas en Italia, mientras que el tercero fue designado por el Ministerio². En la primera reunión del CTOFD, que tuvo lugar el 5 septiembre 1983, la presidencia del Comité se confirió al más antiguo, esto es, Sacco, a quien también se reconoció como padre de la idea —*ex post* decididamente triunfante— de instituir en Trento la primera Licenciatura en Derecho que no estuviese anclada, como era tradicional, en un alma pandectística, sino que tuviese una estructura comparatista. En el apartado II, me detendré *ex professo* en las tensiones técnicas que hicieron posible la consecución en concreto de este objetivo. Pero, antes de detenerme en los «formadores» y en las «reglas operativas» de la Licenciatura tridentina, resulta conveniente que proporcione al lector algunos datos mínimos, que le permitan enmarcar la acción tridentina de Sacco y Roversi Monaco en la lógica de su tiempo.

Ciertamente, en el área del Derecho Civil, de la cual había formado parte el propio Sacco hasta 1971, existía un candidato trentino muy influyente para uno de los dos puestos en el seno del Comité organizador: Luigi Mengoni. Su amigo Sacco, en una de las visitas que regularmente me hacía en el período (2009-2012), porque «yo era su Decano», ya que tenía a su cargo la asignatura de Antropología Jurídica, me contó que, por su respeto a Mengoni, le anticipó su voluntad de postularse para formar parte del Comité organizador³. Los dos tenían casi la misma edad, y Mengoni probablemente se alegró de poder esquivar la carga en favor de un amigo que, habiendo nacido en 1923, era sólo un año más joven⁴. No es casualidad que el propio Sacco señalara a Mengoni como uno de los tres —el otro habría sido Pietro Rescigno— puntos de referencia generacionales del

² R. Sacco, *Come è nata giurisprudenza a Trento*, en F. Cambi, D. Quaglioni, M. Egidi (Editores), *L'Università a Trento. 1962-2002*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2004, págs. 199 ss.

³ El vínculo de estima se confirmó con ocasión del congreso que nuestro Departamento de Ciencias Jurídicas, con motivo del vigésimo aniversario de la Facultad de Derecho (v. las actas en L. Nogler, A. Nicolussi (al cuidado de), *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, Padua, Cedam, 2007). En aquel momento, desempeñaba las funciones de Director del Departamento, y Sacco me escribió una carta, datada el 12 noviembre 2007, en la que alababa «la feliz idea y la feliz realización».

⁴ R. Sacco, en G. Ajani, M. Graziadei (al cuidado de), *Intervista a Rodolfo Sacco*, en *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, núm. 1 (2000), afirma en la pág. 32 que «Mengoni, después de la experiencia de la adquisición *a non domino*, trabajó después sin dogmas y sin trabas positivistas, iluminado por un profundo conocimiento de otros ordenamientos (...) Los dos más grandes civilistas italianos nacidos en la década de mi nacimiento, esto es, en los años veinte (Luigi Mengoni y Pietro Rescigno), han elegido la comparación como sendero de su conocimiento (¡no sólo eso, por supuesto!). Y en ese momento, eran autodidactas».

movimiento al que se refería como «anti-dogmático»⁵. Un exceso provocador que Mengoni no habría suscrito, por estar demasiado relacionado con lo «anti-conceptual».

De hecho, fue durante los años en los que aspiraba a formar parte de esta camarilla civilista, cuando Sacco maduró su giro comparatista. Recuerdo que hacia 2009, junto a Claudio Consolo, le preguntamos de cuál de sus libros se sentía más orgulloso. Respondió que era el de 1959 sobre el enriquecimiento obtenido mediante el hecho injusto, porque allí logró demostrar «que una única regla operativa: la atribución del enriquecimiento al empobrecido es uniformemente aceptada en Italia, Francia y Alemania, pero se presenta con esquemas constructivos y definatorios diferentes: aparece ya aquí la utilización del método comparatista y casuístico, para captar las reglas reales, a veces latentes y, por lo tanto, los famosos criptotipos y las disociaciones entre reglas y definiciones; en 1959 comienza a escribir la obra sobre el contrato, que vería la luz en cuatro ediciones, aumentadas gradualmente, en 1975, en 1993, en 2003 y en 2016, las tres últimas con la colaboración de Giorgio de Nova»⁶. En el trabajo de investigación para el libro de 1959, anidan los orígenes del proyecto científico comparatista de Sacco, que —supongo— fue también el fruto de un (auto)análisis sobre los límites del enfoque de su maestro Mario Allara, a su vez discípulo —permítaseme la digresión— de uno de los civilistas más estimados entre los iuslaboralistas: Giuseppe Messina. Estamos en los años en que Mengoni asignó a Sacco el encargo de desarrollar su primera asignatura de Derecho comparado en la Universidad Católica⁷. En efecto, Mengoni era ayudante de Domenico Barbero y Francesco Messineo, pero se había licenciado con un discípulo de Piero Sraffa, Mario Rotondi⁸. Este último había abandonado su cátedra de Pavía para evitar jurar fidelidad al régimen, refugiándose en la recién fundada Universidad Católica del

⁵ R. Sacco, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, en *Riv. dir. civ.*, 2005, pág. 421.

⁶ R. Sacco (al cuidado de), *Che cos'è il diritto comparato*, Milán: Giuffrè, 1992.

⁷ A. Guarneri, *Ricordo di Rodolfo Sacco*, en <https://www.sirdcomp.it/wp-content/uploads/2022/05/Ricordo-di-Rodolfo-Sacco-AG-2022.pdf>.

⁸ Que tuvo gran parte en el hacer de la Facultad de Derecho de Pavía, una excepción en el panorama de las Facultades jurídicas a principios de la segunda posguerra mundial, ya que allí «se enseñaba el Derecho privado comparado, el Derecho público comparado y también el Derecho suizo, destinado, en su mayoría, a los estudiantes itálofonos del Cantón del Tesino» (A. Guarneri, *Ricordo di Rodolfo Sacco*, cit.).

Sagrado Corazón⁹. Así pues, Rotondi regresó a Pavía en 1946 a la cátedra de Derecho Mercantil, fundando allí el *Instituto de Derecho Mercantil* comparado, cuya biblioteca fue posteriormente transferida al Instituto de Derecho comparado que Sraffa había fundado en la Universidad Bocconi de Milán. Como inciso en el inciso, cabe precisar que precisamente la Facultad de Derecho de Pavía fue durante muchos años una excepción en el panorama jurídico italiano. Entre otras cosas, a partir de 1966 tuvo como Decano de la Facultad al propio Sacco, que retuvo «para sí la enseñanza del Derecho privado comparado, hasta entonces desarrollado por Rodolfo De Nova, quien» pasó «a enseñar Derecho angloamericano». El Decano también dispuso que se activasen «las enseñanzas del Derecho Constitucional comparado por Nanni Bognetti, del Derecho de los países socialistas por Gabriele Crespi Reghizzi», que se había licenciado con Rotondi, y «del Derecho comunitario por Angelo Grisoli»¹⁰. En conclusión, no parece impropio afirmar que, en Trento, Sacco tuvo la oportunidad, que no dejó escapar, de continuar un diseño que ya había empezado a esbozar en otro lugar y que —como hemos visto— llevaba tiempo latente en su mente de indudable innovador de la organización de la didáctica de la Licenciatura.

Sin embargo, el marco del estado del Derecho comparado en Italia en el momento de la creación de la licenciatura tridentina, debe integrarse situándolo en la realidad italiana más amplia de la *investigación* jurídica comparada. A este respecto, es indudable que, aparte de la actividad pionera de unos pocos estudiosos del Derecho Mercantil, entre ellos Rotondi y Tullio Ascarelli, los dos estudiosos italianos que más repercusión tuvieron en el ámbito del Derecho comparado después, de la segunda posguerra, fueron Gino —aunque registrado como Luigi— Gorla (1906-1992)¹¹ y el tridentino Mauro Cappelletti (1927-2004). El primero, tras un viaje de un año entero (1949) a los Estados Unidos, maduró un fructífero «interés por el estudio del Derecho inglés y su comparación con el *civil law*»¹². Se le puede considerar el iniciador de la comparación sistemática entre el *civil* y el *common law*¹³. Un fundamental estudio suyo sobre el contrato de 1954,

⁹ A. Monti, *Un giurista «internazionale». Mario Rotondi (1900-1984) attraverso le sue carte*, Le Carte e la Storia, 2017, págs. 132 ss.

¹⁰ A. Guarneri, *Ricordo di Rodolfo Sacco*, cit.

¹¹ Del cual, v. la voz *Diritto comparato e straniero*, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. 11 (1989), Roma.

¹² M. Mantello, *Gorla, Luigi* en *Dizionario Biografico degli Italiani*, v. 58 (2002).

¹³ Cfr., en particular, la voz *Diritto comparato*, en *Enc. del diritto*, XII, Milán, 1963, págs. 928 ss.; *Studio storico comparativo della common law e scienza del diritto*, en *Riv. di ACDCT*, VOL. XIV (2022), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 211-248

lleva el significativo subtítulo de «problemas fundamentales tratados con el método comparativo y casuístico». Gorla participó también como supervisor en los seminarios de Cornell (1960-1967), organizados por Rudolf Schlesinger, sobre cuya importancia, también en lo que se refiere a la investigación comparatista tridentina, volveré más adelante¹⁴.

El segundo¹⁵, que gustaba definirse como «procesalista-comparatista»¹⁶, fundó el Instituto de Derecho Comparado de la Universidad de Florencia, y en 1976 se trasladó al Instituto Universitario Europeo, donde permaneció hasta 1987. Tuvo, entre otros, el mérito de teorizar sobre la incrustación estructural del Derecho comparado en la formación del jurista¹⁷. En efecto, Cappelletti se inspiró en la tradición comparatista alemana¹⁸, que se remonta en última instancia a Ernst Rabel, quien siempre situó un problema social en la base de la comparación¹⁹. Maduró así, como ningún otro iuscomparatista lo había hecho antes que él, la conciencia de la opción valorativa que está siempre implícita en la elección de comparar las soluciones que los diferentes ordenamientos garantizan al mismo (o equivalente) problema. Una opción que él denominó «transnacionalismo»²⁰. Como observó un discípulo suyo, «Cappelletti se muestra sensible a la necesidad de recuperar, a través de la comparación, la universalidad del fenómeno jurídico (la noción se subraya ya agudamente en la recensión que Alessandro Pizzorusso escribió para la *Riv. trim. dir. proc. civ.* de 1968, sobre el volumen acerca del *Control judicial*), una universalidad que se había ido perdiendo con la nacionalización del

diritto proced. civ., LX (1962), págs. 25 ss., y *Formazione e strutture fondamentali della common law*, *ibid.*, LXIII (1965), págs. 1647 ss.

¹⁴ Sin embargo, véase ahora mismo el papel primordial asignado al *factual approach*, R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Turín, 1980, págs. 38 ss.

¹⁵ Para su perfil académico, cfr. V. Varano, Mauro Cappelletti (Folgaria, Trento, 14 diciembre 1927–Fiesole, Florencia, 1 noviembre 2004), en <http://www.dpce.it/mauro-cappelletti.html>.

¹⁶ *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*, 1994, pág. 157.

¹⁷ *L'educazione del giurista e la riforma dell'Università*, 1974, donde también se encuentra reimpresso el volumen de 1957, su *Studio del diritto e tirocinio professionale in Italia e in Germania*.

¹⁸ Cfr., en particular, M. Rhenstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, Múnich, Beck, 1987, 2ª ed.

¹⁹ «Lo que interesa cada vez más a Cappelletti es la identificación del problema social, con la finalidad de buscar respuestas en una variedad ilimitada de experiencias jurídicas y culturales» (V. Varano, *Mauro Cappelletti*, cit.).

²⁰ *Il villaggio e il mondo: riflessioni di un Trentino emigrato nel diritto comparato*, en Folgaria notizie, Comunità di Folgaria, 1985.

Derecho, pero que la realidad actual, inquieta ante las fronteras nacionales, contribuye a recuperar»²¹. Se trata —repito— de una opción implícita en el sentido de estar necesariamente presente en la elección de adoptar el método comparado, que se opone a la actitud positivista que llevó al jurista a abandonar la concepción universalista del Derecho, para adoptar «una concepción del Derecho encerrada en un único ordenamiento territorial, cada vez menos abierto a las influencias exteriores y cada vez más cerrado, en una especie de espléndido aislamiento, a un Derecho a veces exaltado como el mejor de los Derechos posibles más allá del espacio y del tiempo»²².

Ahora bien, como se verá más adelante, el enfoque comparatista de Sacco eliminó sustancialmente este perfil de política del Derecho de la comparación, porque le movía la ilusión de poder concebir la comparación jurídica como una ciencia natural de leyes (reglas) operativas. Como afirmaba un intérprete todavía demasiado escolástico de la expresión «sacchiana»²³, el problema abordado por el maestro de Cuneo no coincide con el del afortunadísimo ensayo de Mengoni²⁴ sobre *Problema y sistema en la polémica sobre el método jurídico*²⁵, sino que consiste —la expresión elegida ya es reveladora— en «ver empírica e históricamente la influencia que el método efectivamente adoptado ha podido tener en problemas como la divergencia entre fórmula amplia y reglas operativas»²⁶. Conviene precisar a este respecto que Sacco y, por tanto, el citado Monateri, atribuyen sólo un valor negativo al lema «categorías dogmáticas», que consideran compuesto por un adjetivo que lleva el peso opresivo de la metafísica (y del

²¹ V. Varano, *Mauro Cappelletti*, cit.

²² A. Guarnieri, *Ricordo di Rodolfo Sacco*, cit.

²³ Del conjunto —v., por ejemplo, P. G. Monateri, Griffyndor, *Un comparatista alla scuola di Hogwarts*, en V. Bertorello (al cuidado de), *Io comparo, tu compari egli compara: che cosa, come, perché?*, Milán, Giuffré, 2003; G. Crespi Reghizzi, *Introduzione. Diritto privato comparato in Italia ieri e oggi*, in *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, núm. 1, 2010, pág. 4—, preferido al más ortodoxo «saccoiano».

²⁴ A la importancia de los estudios metodológicos de este último, he dedicado *El Itinerario metodológico de Luigi Mengoni*, *Revista española de Derecho del Trabajo*, 2009, págs. 143 ss.

²⁵ JUS, 1976, págs. 34 ss.

²⁶ P.G. Monateri, *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, Milán, Giuffré, 1984, págs. 421-422. El texto, publicado en la colección *Studi di diritto comparato*, dirigida en la editorial Giuffré por M. Cappelletti, cita hasta 66 veces a Sacco, el cual en la introducción afirma, en la pág. VII, que «quien lee la obra ve un análisis realizado con métodos científicos, que destruye una pluralidad de lugares comunes precientíficos creados intuitivamente».

Derecho natural, que Barbero consideraba como una de las fuentes existentes del Derecho). Sin embargo, si su método se acomoda a la necesidad del jurista, tanto del *civil* como del *common law*, de limpiar su discurso de postulados metafísicos, no asume en positivo la finalidad de la actividad jurídica de concebir o comprender la realidad interpersonal con vistas a la formulación de una regla de juicio. Los conceptos indican precisamente el resultado de tal actividad, en cuanto que contrapuesta a la mera pasividad del sentido que se limita a constatar la presencia de entidades observadas. Hay que reconocer, en fin, que el esfuerzo positivo de síntesis necesario para encuadrar jurídicamente la realidad se hace ciertamente más arduo por las tendencias perniciosas, y a menudo instintivas, que atribuyen al lenguaje una función que excede de la de mero *medium* significante de sus términos constitutivos, o que imputan a estos últimos implicaciones metafísicas o sustanciales. La lengua alemana distingue entre los términos *Konzept* y *Begriff*, atribuyendo al segundo un significado que expresa el resultado de un esfuerzo más profundo, por concebir la realidad, aislando sus características y factores constitutivos, de tal modo que pueda calificarse. Para el jurista, sin embargo, las definiciones son peligrosas, porque corren el riesgo de inducirle a la creencia errónea de que las nociones jurídicas expresan la esencia (o sustancia) de la realidad sometida a su juicio.

Sea como fuere, la comparación entendida como ciencia natural de las leyes (reglas) operativas le confiere una finalidad descriptiva que elimina cualquier finalidad prescriptiva. Este enfoque se sitúa, pues, en el extremo opuesto al de los filósofos del Derecho de orientación analítica, y que Guastini (auto)clasifica como juristas-teóricos puros²⁷. Si, para estos últimos, el carácter *juris* de una norma depende únicamente del hecho de que esté dotada de autoridad²⁸, para los primeros cuenta exclusivamente su eficacia u «operatividad». Las reglas operativas desempeñarían el mismo papel que los fósiles para la anatomía comparada (Sacco era Licenciado en Paleografía). Son estudios indudablemente útiles, porque la argumentación de las reglas jurídicas es una actividad compleja en la que conviene disponer de técnicas deconstructivas, así como de hipótesis alternativas a ellas. Hay

²⁷ *Teorie dell'interpretazione. Lo stato dell'arte*, en *Lav. dir.*, 2014, pág. 246.

²⁸ De aquí, la pretensión errónea de Sacco de evocar el supuesto absurdo del positivismo evocando «la hipótesis de un zoólogo, de un botánico o de un experto en ciencias naturales, que restringe el objeto de su conocimiento a los animales, a los árboles y a los minerales existentes más allá del Paso del Brennero, del [Parque] Sempione y del mar Mediterráneo» (A. Guarnieri, *Ricordo di Rodolfo Sacco*, cit.).

que reconocer, sin embargo, que no agotan el bagaje del que debe disponer el jurista que, en las tradiciones del *civil* y del *common law*, debe transponer, de la manera más convincente posible, un hecho relacional en una regla de juicio que, en cuanto tal, se sirve de conceptos. Estos últimos, en el discurso comparativo de Sacco, se transforman, de instrumentos de argumentación de la regla de juicio, en meras fórmulas declamatorias que se extienden como un velo —o una máscara— sobre reglas de juicio (*pardon*: operativas) que pueden reconstruirse o identificarse mejor, analíticamente, prescindiendo de ellas. La «categoría dogmática (...) no es utilizable, sin filtros visibles y concedores, como categoría operativa»²⁹. Es aquí donde acecha el *busillis*. Sin categorías de pensamiento que nos ayuden a expresar y justificar las reglas de juicio con signos, dotados ciertamente de diferentes grados de abstracción, pero que marcan siempre el paso de lo concreto a lo abstracto, que es típico del razonamiento humano de valoración de lo real. No se trata de reconocer filosóficamente la esencia de lo real, la supuesta *substantia rei*. Tampoco es cierto que todo fenómeno natural o social «posea un nombre intrínseco que le sea propio» (el llamado realismo nominal)³⁰. Se trata de aislar, y en este sentido abstraer, sus perfiles relevantes construyendo (formulando con el lenguaje) una regla de juicio de los comportamientos recíprocos mantenidos por las partes de la relación humana objeto de valoración jurídica. En efecto, la constitucionalización de *principios* unilaterales orientados al individuo singular, y no a las relaciones interpersonales, ha resucitado lo que Orestano llamó el «prejuicio ontológico»³¹, que a menudo hace perder de vista el carácter instrumental de la abstracción de los intereses (o valores) en juego que, en cualquier caso, deben conciliarse en el nivel más bajo de la formulación de la *regla* de juicio, por así decirlo, mediante la cual se indica la toma de posición jurídica con respecto a la realidad interpersonal en cuestión. Ahora bien, tal actividad jurídica resultaría demasiado compleja para responder a las exigencias de eficacia y celeridad, impuestas ante todo por los imperativos procesales, pero también requeridas luego por las necesidades de gobierno de la convivencia civil, cuando no de la soberanía territorial. En este sentido, como he dicho mejor en otro lugar³², el ser jurídico está ligado a la argumentación —dogmática sólo— conceptual (lingüística), porque esta

²⁹ R. Sacco, *Presentazione*, en P.G. Monateri, *La sineddoche. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti*, cit., IX.

³⁰ Cfr., en sentido crítico, R. Orestano, *Introduzione allo studio de diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987, pág. 386 y nota 3.

³¹ R. Orestano, *Introduzione allo studio de diritto romano*, cit., pág. 387.

³² *L'interpretazione giudiziale del diritto del lavoro*, en *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, pág. 125.

última contribuye de la manera más eficaz posible a acelerar la verificación del respeto del principio kantiano de universalización («la exigencia de justicia, que quiere un trato igual de casos objetivamente iguales»: principio de igualdad según el artículo 3 de la Constitución), que debe caracterizar todo *ius dicere* que represente el sentido último del *rule of law*.

La identificación de reglas operativas o de juicio efectivo impulsadas por la mera emotividad presenta en grado máximo el riesgo de validar la opinión de Mengoni, según el cual los valores «son en sí mismos guías peligrosas, que pueden conducir a la tiranía de una justicia politizada», si su uso «no está garantizado por una disciplina dogmática de la que el juez pueda extraer criterios racionales de solución», de las antinomias que se crean por su formulación en términos de principios³³. El verdadero punto crítico no reside entonces en el *an* del uso de las categorías dogmáticas o conceptos jurídicos, sino en el *quomodo* del recurso a ellos. Una cosa es ser consciente de vez en cuando de las pre-concepciones, en términos de calificación de la realidad, que esta última induce en el —aquí evocado en oposición al jurista teórico de Guastini— jurista-operador que recurre a ellos. Éste debe, de vez en cuando, interrogarlos a la luz de las cuestiones que atañen a la controversia interpersonal. Resulta desacreditada, en cambio, la aproximación metodológica de quien se somete pasivamente a las pre-concepciones, porque no recurre al intelecto, sino a la otra fuente que Kant califica como «de representaciones», esto es, la «sensibilidad»³⁴, a la que antes me referí como las emociones. Con el sentido, «los objetos nos son dados», con el intelecto, «son pensados»³⁵. Sobre esta premisa, el propio Kant injerta su distinción fundamental entre juicios analíticos, que sirven para hacer inteligible el concepto que ya poseo: «el predicado B pertenece al sujeto A como algo que está contenido (implícitamente) en este concepto A», y juicios sintéticos mediante los cuales llego a atribuir al concepto un predicado que no le pertenece: en este caso el predicado B está enteramente fuera del concepto A³⁶. Sólo adoptando un enfoque sintético es

³³ L. Mengoni, Recensión de F. Wiacker, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania* (Milán, Giuffrè, 1980), *Quad. fior.*, 1981, pág. 318.

³⁴ I. Kant, *Critica della ragion pura*, Bari, Laterza, 1993, pág. 53.

³⁵ I. Kant, *Critica della ragion pura*, cit., pág. 50. También conviene precisar que según Kant, sin embargo, existen formas puras de la sensibilidad —espacio y tiempo— que son objeto de la estética trascendental: «la representación originaria de espacio es una intuición *a priori*, y no un concepto» (*ivi*, pág. 57).

³⁶ I. Kant, *Critica della ragion pura*, cit., pág. 39. Aunque sobre esto es necesario formular una aclaración: es necesario, sin embargo, precisar que también son posibles los juicios sintéticos *a priori*: esto sucede cuando el objeto de la reflexión es el propio intelecto

ACDCT, VOL. XIV (2022), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 211-248

posible cuestionar, si el caso lo requiere, las categorías dogmáticas que, de otro modo, si se utilizan sólo con el sentido, esto es, por la vía de la inmediatez emocional, acaban representando una configuración cada vez más singular y, por tanto, inadecuada de la realidad interpersonal. La apertura sintética también puede exigir el esfuerzo extremo de «abandonar módulos teóricos ya adquiridos para seguir nuevas vías de conceptualización»³⁷. Y es aquí donde se esconde la gran riqueza que puede aportar una preparación centrada en la comparación jurídica, que no es necesariamente hermana de un enfoque meramente deconstructivo y nihilista³⁸, que constituye, en el despliegue de la delicadísima fase de la *inventio*, una «herramienta», a menudo de inigualable utilidad, para llegar a formular nuevas y convincentes hipótesis normativas.

Estas aclaraciones llevan a concluir que la aproximación sacchiana al Derecho comparado tiene una naturaleza descriptiva que, lejos de representar *La ciencia* del Derecho comparado o el *Método* para identificar el hecho de la regla operativa³⁹, no es más que una de las formas de ordenar

y su capacidad especulativa, «ya que todo lo que es práctico, en cuanto contiene motivos, se refiere a sentimientos que pertenecen a las fuentes empíricas del conocimiento» (I. Kant, *Critica della ragion pura*, cit., pág. 50).

³⁷ L. Mengoni, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, en *JUS*, 1976, págs. 3 ss. Debo a Mario Napoli el honor de haber podido releer este ensayo fundamental en la propia Universidad Católica: *Rilettura giuslavoristica di «problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico»*, en *JUS*, 2012, págs. 59 ss.

³⁸ Esta orientación nihilista fue estigmatizada por otro docente tridentino, G. Santucci, *La scienza Gaia e la strana idea del diritto romano non romano*, en *Europa e diritto privato*, 2007, págs. 1057 ss., lo que indujo a Sacco a escribir una carta de protesta al entonces Decano de la Facultad tridentina. Santucci se hizo amigo de Beduschi, por el hecho de haber sido identificado como docente tridentino por Alberto Burdese, con quien Sacco había sido amigo de joven, en el Instituto Jurídico de la Universidad de Turín.

³⁹ La Facultad fue, entre otras cosas, el lugar en que un grupo de iuscomparatistas de fe sacchiana (F. Castro, P. Cendon, A. Frignani, A. Gambaro, M. Guadagni, A. Guarnieri, P. G. Monateri, R. Sacco), pero no todos los que enseñaron en Trento, elaboró desde 1992 el manifiesto cultural sobre la ciencia de la comparación jurídica que, en la jerga comparatista, adoptó el nombre de Tesis de Trento, que merecen ser recordadas aquí: **1ª Tesis:** La comparación jurídica, entendida como ciencia, apunta necesariamente al mejor conocimiento de los datos jurídicos. Otras funciones —por ejemplo, la promoción del mejor modelo legal o interpretativo— merecen la mayor consideración, pero representan sólo un objetivo eventual de la investigación comparatista. **2ª Tesis:** no hay ciencia comparatista sin medir las diferencias y las identidades que existen entre los distintos sistemas jurídicos. No se hace ciencia comparatista mientras que uno se limite a los intercambios culturales o a la exposición paralela de las soluciones explicitadas en las diversas áreas. **3ª Tesis:** el comparatista dirige su atención a los diversos fenómenos de la vida jurídica realizados en el pasado o en el presente, considera las mismas proposiciones

el ser jurídico del que el jurista puede servirse en el momento en que, de una manera nada mecánica, tiene que ponerse en acción. Esto se teorizó por primera vez en las *Lecciones* que un grupo de estudiantes de Sacco, entre los que se encontraban Silvia Ferreri y Pier Giuseppe Monateri, habían recopilado en Turín y que fueron publicadas en 1979, e inmediatamente después, en una segunda edición en 1980, por la editorial Giappichelli⁴⁰. El libro desarrollaba «un instrumental analítico bastante sofisticado» y presentaba la comparación como una ciencia histórica y, más concretamente, como una «historiografía estructuralista»⁴¹. Como todas las demás corrientes del estructuralismo, la terminología con la que Sacco designa su nueva ciencia iuscomparatista es a menudo hermética y esotérica, pero más allá de esto, es su pretensión básica de reducir las reglas jurídicas a hechos identificados por las categorías antes mencionadas, adscribibles al estructuralismo francés, lo que hace que el enfoque sacchiano trascienda al campo de la sociología⁴². Un observador agudo de la larga y estrecha trayectoria de este enfoque ya vislumbró desde el principio que el conjunto desembocaría en la antropología jurídica⁴³.

Sea como fuere, sólo en relación con la primera fase de la Facultad tridentina de Derecho, que a los ojos de Crespi Reghizzi parecía nada menos

jurídicas (incluyendo los actos del legislador y del juez, y las definiciones doctrinales) como hechos históricos, y tiende a determinar lo que realmente sucedió. En este sentido, la comparación es una ciencia histórica. **4ª Tesis:** el conocimiento de los sistemas jurídicos de forma comparatista tiene el mérito específico de comprobar tanto la coherencia de los formantes presentes en cada sistema jurídico, como los elementos que componen y determinan los formantes singulares contrapuestos. En particular, verifica la coherencia entre las reglas operativas presentes en el sistema y las proposiciones teóricas elaboradas para representar las reglas operativas. **5ª Tesis:** el conocimiento de un sistema jurídico no es monopolio del jurista perteneciente al sistema. Por el contrario, el jurista perteneciente al sistema dado, si por un lado se ve favorecido por la abundancia de información, sin embargo, se sentirá particularmente obstaculizado por la suposición de que los enunciados teóricos presentes en el sistema son totalmente coherentes con las reglas operativas del sistema considerado.

⁴⁰ Luego, el autor cambiará de editor, publicando varias versiones del trabajo en Utet, la última de las cuales junto con P. Rossi, *Introduzione al diritto comparato*, Turín, Utet, 2019. Junto con A. Gambaro, R. Sacco publicó después varias ediciones de *Sistemi giuridici comparati*, también en Turín, Utet, la última en 2018.

⁴¹ Así, en la recensión a la segunda edición de la Introducción de Sacco, G. Tarello, en *Materiali per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1980, pág. 235.

⁴² Así, R. Weigmann, *Il buon giurista conosce i diritti degli altri*, en *Il domenicale* de 6 diciembre 1992.

⁴³ Así, R. Weigmann, *Il buon giurista conosce i diritti degli altri*, cit. Obviamente, la referencia se hace a R. Sacco, *Antropologia giuridica*, Bolonia, Il Mulino, 2007.

que «revolucionaria»⁴⁴, la forma específica de entender la comparación jurídica de Sacco podía considerarse que connotaba la enseñanza del Derecho comparado, mientras que con el paso del tiempo acabó connotando esencialmente una única enseñanza, esto es, la de los obligatorios *Sistemas jurídicos comparados* que se imparten en el primer año, que todavía adopta hoy la última edición, escrita con P. Rossi, de su *Introducción al Derecho comparado*.

II. LA ESTRUCTURA INICIAL DE LA LICENCIATURA EN DERECHO Y SU ASUNCIÓN POR PARTE DE LA FACULTAD DE DERECHO, Y DESPUÉS, POR EL DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS

Desarrolladas estas necesarias consideraciones sobre el planteamiento de Sacco, que tanto influyó en la construcción de la Licenciatura en Derecho de Trento, vuelvo ahora a considerar las actividades del CTOFD. En su segunda reunión, el Comité aprobó las «proposiciones de incluir en los Estatutos de la Universidad de Trento, con vistas a la creación de la Facultad de Derecho», acompañadas de un informe introductorio de cuatro páginas en el que se exponían las particularidades de la Facultad tridentina. Este último comenzaba citando el deseo de Jhering: «la ciencia jurídica del futuro será comparatista», pero también el hecho de que en aquel momento en Italia seguía vigente «la norma de 1938, que bloquea la lista de las llamadas materias fundamentales, parametrizándolas en un ordenamiento estatal italiano autárquico», añadiendo que «¡la lista no fue revisada ni siquiera cuando Italia se adhirió a la CECA y a la CEE!». Tras recordar el compromiso del Consejo de Europa de promover la enseñanza del Derecho comunitario y comparado, el propio informe señalaba a continuación las opciones adoptadas en este sentido en «Pavía, Florencia y Turín», no sin comentar que «en Trento, el problema de la adaptación de la enseñanza jurídica a las necesidades actuales se combina con la necesidad de considerar el dato jurídico como un instrumento de intercambio transnacional y la ambición de honrar la posición geográfica y cultural que privilegia a la región, situándola en el corazón de Europa. Los instrumentos para concretar esta vocación tridentina, y más genéricamente

⁴⁴ G. Crespi Reghizzi, *Introduzione. Diritto privato comparato in Italia ieri e oggi*, cit., págs. 14-15, quien luego agrega que «es inevitable que las revoluciones pierdan impulso con el paso del tiempo».

moderna, pueden ser: - la activación de enseñanzas orientadas al Derecho comunitario, extranjero y comparado; - una equiparación parcial del valor del estudio de estas disciplinas con las puramente domésticas; - el reconocimiento de las iniciativas que los estudiantes pueden adoptar para completar su formación universitaria con experiencias en el extranjero».

En su tercera reunión, el 12 diciembre 1983, el CTOFD introdujo pequeñas modificaciones en la resolución fundamental de la sesión anterior. A continuación —en una salita del Instituto jurídico de la Facultad de Derecho de Turín—, se celebró la siguiente reunión, el 23 enero 1984, en la que se aprobó un dictamen favorable sobre el proyecto de Estatutos de la Universidad de Trento. Siempre en la misma sede, se celebró la reunión de 2 febrero 1984, en cuyo orden del día figuraba el dictamen sobre la resolución del Consejo de Administración de aprobar las normas de organización de los estudios de las distintas Facultades. El dictamen fue negativo, pero «sólo» en cuanto a «la inclusión en los Estatutos de la Facultad de Derecho de las tres disciplinas siguientes: Derecho de la Cooperación, Derecho de las Minorías Étnicas, Derecho Sindical Comparado». El sábado 11 febrero 1984, el CTOFD reiteró entonces, en relación con la Circular del Rector de 27 enero 1984, las solicitudes de puestos ya expresadas en la resolución de 29 septiembre. El 21 febrero 1984, el CTOFD se reunió de nuevo en el Rectorado de la Universidad de Trento, y revocó la inclusión de Historia de las Codificaciones Modernas en la lista de asignación de cátedras de primer nivel, por considerar que «las otras enseñanzas histórico-modernas que se activarán pueden cubrir adecuadamente el área de la Historia de las Codificaciones. El 15 marzo 1984, en cambio, el CTOFD se reúne en Roma, en el despacho del Prof. Gregori (calle Clementi 4), con el único fin de emitir un dictamen favorable sobre la adaptación de los Estatutos de la Universidad de Trento. El 5 abril 1984, el Comité regresó a Turín tras una convocatoria de urgencia. Se decidió lo siguiente: «dado que el CUN ha expresado una opinión contraria al concurso, el CTO revoca la convocatoria de concurso para una cátedra (1º nivel) de Derecho Romano, y asigna la cátedra a Derecho de la Comunidad Europea (público)», disponiendo al mismo tiempo que se cubriría mediante concurso de cátedra. Pero esta sesión, así como la posterior de 11 mayo 1984, celebrada en Turín, fueron dedicadas por el CTOFD, sobre todo, a contra-argumentar la decisión del CUN, que había expresado una opinión contraria a la convocatoria de concurso en *Derecho de los Países Africanos y Asiáticos*, «porque la disciplina tendría un contenido heterogéneo, y porque pertenece al grupo 3,

al que pertenecen otras dos disciplinas sacadas a concurso». Es fácil imaginar hasta qué punto esta última decisión provocó las iras de Sacco.

El 9 junio 1984, el CTOFD se reunió en el Instituto de Derecho Comparado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Florencia (Giorgio Gregori estuvo ausente con justificación). El Consejo de Administración de la Universidad de Trento había pedido al Ministerio que ordenara el inicio de las actividades docentes de la Licenciatura en Derecho el 1 noviembre 1984, y el CTOFD debía «disponer las asignaturas correspondientes a este inicio». Se determinaron las siguientes asignaturas: Instituciones de Derecho Privado, Instituciones de Derecho Romano, Historia del Derecho Romano, Instituciones de Derecho Público (se había anunciado su traslado), Sistemas Jurídicos Comparados, Economía Política (prestada por la Facultad de Económicas) y Derecho de la Comunidad Europea (público). A excepción de las dos mencionadas, se convocaron sustituciones para las demás. También se convocaron dos concursos para investigadores en Derecho Constitucional y Derecho Administrativo. El CTOFD también se preparó para la situación que se produciría con el segundo año, cuando presumiblemente se activarían las siguientes asignaturas: Historia del Derecho Romano, Economía Política, Ciencias Financieras, Derecho Eclesiástico, Derecho del Trabajo, Derecho Romano, Derecho Privado de las Comunidades Europeas, Derecho Internacional Privado y Derecho Administrativo Comparado.

Puede decirse que la labor pionera del Comité organizador se inspiró en la propuesta que había lanzado en 1976, en la Cuarta Conferencia Europea de Facultades de Derecho, de incluir en el primer curso de la *Licenciatura en Derecho* una asignatura obligatoria «de introducción al Derecho comparado (...) que tenga por objeto una panorámica de los grandes sistemas jurídicos y una iniciación a los métodos de comparación»⁴⁵. La segunda novedad consistió en una interpretación muy innovadora de la tabla ministerial de asignaturas que los estudiantes deben cursar obligatoriamente en cualquier Licenciatura en Derecho italiana. Una tabla que se remontaba a 1938 (R.D. de 30 septiembre 1938, núm. 1652, modificado por el R.D.L. de 27 enero 1944, núm. 58) y que, «redactada bajo un régimen de proclamada autarquía económica y cultural, e inspirada en una visión nacionalista del Derecho y, por tanto, estatalista y legalista»⁴⁶,

⁴⁵ R. Sacco, *Il pensiero sapiente, il tentativo sapiente, il successo (storia di un'idea)*, cit., pág. 678.

⁴⁶ R. Sacco, *Come è nata Giurisprudenza a Trento*, cit., pág. 199.

«negaba la hipótesis del intercambio transnacional (cultural y económico) y del enfoque no municipalista. Como único correctivo cultural al positivismo, mantuvo abierta la puerta al Derecho romano»⁴⁷. Pues bien, se preveía que tres de las seis asignaturas obligatorias bienales (Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Administrativo) se desdoblaron en dos anualidades y que a los estudiantes, tanto entre las quince asignaturas obligatorias como en el contexto de los planes de estudio, dentro de los cuales el estudiante elegiría las once asignaturas ulteriores, se les ofrecieran tanto asignaturas de Derecho italiano (o, como decía Sacco, de Derecho Municipal) como, además, asignaturas de Derecho comparado (civil, penal o administrativo). La asignatura de dos años —que en la tabla ministerial se denominaba como— *Historia del Derecho Italiano* se duplicó, en cambio, previéndose una asignatura anual denominada *Historia del Pensamiento Jurídico Moderno*. El *Derecho romano*, en cambio, «sólo» se dividía en *Derecho Romano I* y *II*. Una tercera novedad fue la previsión de que las asignaturas anuales de *Derecho del Trabajo* y de *Derecho Constitucional* pudieran sustituirse también por asignaturas de *Derecho del Trabajo Comparado* y de *Derecho Constitucional Comparado*, así como la de *Derecho Internacional* por la de *Derecho Internacional Privado* o de *Derecho Mercantil Internacional y Uniforme*. Por último, dentro de la gama de asignaturas que componían los planes de estudios, se preveía el *Derecho Angloamericano*, el *Derecho de los Países Afroasiáticos* y el *Derecho de los Países Socialistas*.

El primer curso académico de la Licenciatura tridentina en Derecho (1984-85) llevaba esta impronta, obviamente, por el mero hecho de incluir entre las asignaturas obligatorias la ya mencionada asignatura anual sobre *Sistemas Jurídicos Comparados*, que se confió, para gran beneficio de los estudiantes, a un abogado que se ocupaba de litigios transnacionales: Mario Colombatto. Las otras cuatro asignaturas fueron impartidas por dos juristas tradicionales, a saber, Carlo Beduschi (*Instituciones de Derecho Romano*) y Fulvio Zuelli (*Derecho Público*), que fue el primer profesor llamado a Trento (como profesor titular), gracias a un traslado, y que adoptó el texto de un autor de marcado (demasiado escolásticamente) marxismo (Ugo Rescigno). Desgraciadamente, las *Instituciones de Derecho Privado* fueron confiadas a un joven recién licenciado que se limitaba a repetir el texto de estudio, de por sí ya demasiado árido, de Trimarchi (Gianantonio Benacchio). Por último, al más exitoso —en estudios de Derecho europeo— del equipo (Giorgio Conetti), se le encomendó la enseñanza del *Derecho*

⁴⁷ R. Sacco, *La riforma delle facoltà giuridiche*, en *Foro it.*, 1986, IV, pág. 254.

Público de la Comunidad Europea, con bienvenidos tonos spinellianos. También se inició durante ese año la asignatura de *Historia del Derecho Romano*, impartida por Maria Bianchi Fossati Vanzetti.

La asignatura impartida por Colombatto tuvo un gran éxito entre el centenar de estudiantes, casi todos tridentinos y por tanto asistentes, que se habían matriculado en la nueva Licenciatura. Recogía la indicación del maestro según la cual, en el plano de la historia de las ideas, «el siglo XX ha pasado la aduana de la comparación, y tres juristas nacidos a principios de ese siglo sentaron las primeras bases del método de esta ciencia: René David, Gino Gorla y Rudolf Schlesinger»⁴⁸. Del primero se adoptó la tercera edición italiana del manual sobre *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, que tuvo el mérito de no perderse en disquisiciones clasificatorias, que hoy a menudo agotan (secan) todo el discurso comparatista, mientras que en ese libro aparecen en sólo dos pequeñas páginas, que componen el § 16 de la *Introducción*, para concentrarse en la familia romano-germánica, en el Derecho de los países socialistas y en el *common law*, mientras que se perdonaba a los estudiantes el estudio de la categoría residual de «otras concepciones del orden social y del Derecho». Los escritos de Gorla enseñaron a los estudiantes la importancia primordial de la jurisprudencia y, en particular, la de la búsqueda de la *ratio decidendi* de los precedentes judiciales⁴⁹. Fueron los únicos fragmentos de la historia del Derecho que estudié en Trento, porque la primera asignatura de Historia del Pensamiento Jurídico Moderno la impartía un profesor (Orrù, que había sido sugerido por *Lombardi Vallauri*) invadido por los estudios metodológicos alemanes, que resumía en el lema del *Richterrecht*, que pronunciaba con un sorprendente *ricerrecht*. En repetidas ocasiones se evocaron las investigaciones pioneras de *Schlesinger* sobre la *Formation of contracts*. En él se inspiró, sobre todo, Ugo Mattei, que llegó a Trento como investigador en 1985 y se convirtió en catedrático en 1990, alternando con

⁴⁸ R. Sacco en G. Ajani, M. Graziadei (al cuidado de), *Intervista a Rodolfo Sacco*, cit., pág. 38.

⁴⁹ Se aconsejaba la lectura de G. Gorla, *Lo studio interno e comparativo della giurisprudenza e i suoi presupposti: le raccolte e le tecniche per la interpretazione delle sentenze*, en *Foro it.*, 1964, págs. 73 ss., que luego se convirtió en mi guía para muchas de las notas a sentencias que se me encargaron, entre 1990 y 2000, para la Riv. it. dir. lav. e Giust. Civ., por Giuseppe Pera. Además, me cautivó de inmediato su tesis expuesta en G. Gorla, *I precedenti storici dell'art. 12 disposizioni preliminari del codice civile del 1942 (un problema di diritto costituzionale?)*, en *Foro it.*, V, 1969, págs. 112 ss., según la cual el propio artículo 12, más que a la interpretación exacta de la ley, atañe a la delimitación del espacio de acción de la jurisprudencia.

la Universidad de California, donde desde 1994 ocupaba la cátedra de Derecho Internacional y Comparado en el *Hastings College of the Law*, lo que le permitió suceder a su ídolo Schlesinger, a quien la Facultad de Derecho tridentina confirió en el primer decenio (8 de marzo de 1995) el doctorado *honoris causa*, recompensado con el elocuente título de «*distinguished Comparative Law Faculty*»⁵⁰.

Pero volvamos a la Licenciatura tridentina, que en el segundo curso desde su creación (1985-86) se enriqueció considerablemente con las enseñanzas impartidas, entre otros, por discípulos de la escuela de Sacco. Dos de ellos eran investigadores: el tímido, pero también por ello, más sólido estudioso, Michele Graziadei, que enseñaba *Derecho Angloamericano*, y el ya mencionado Mattei, que se hizo cargo de las asignaturas de *Derecho Civil*, en las que adoptó dos volúmenes del Tratado Rescigno, el del Contrato de Sacco y De Nova, así como el volumen sobre la propiedad de su maestro Gambaro⁵¹; además, también formaba parte del grupo un jovencísimo catedrático, Piergiuseppe Monateri, que impartía la docencia del *Derecho Privado Comparado*. En el tercer curso académico (1986-87), se sumó también por el mismo flanco otro catedrático, Marco Guadagni, que impartió la asignatura de *Derecho de los Países Africanos*, y un profesor titular, Gianmaria Ajani, al que se confió la asignatura de *Derecho de los Países Socialistas* y, por último, una investigadora: Elisabetta Grande, que impartió la docencia del *Derecho Penal I y II*, y que fue la primera en seguir en los años noventa su vocación de antropóloga del Derecho.

A la finalización del segundo año de vida de la Licenciatura, por invitación de los discípulos de Sacco, Mauro Cappelletti impartió una bella *lectio*, que concluía afirmando que «la nueva escuela jurídica tridentina, con su particular apertura al método comparatista que permite apreciar la belleza

⁵⁰ Facultad de Derecho, *Rudolf Schlesinger Reinhard Elze*, Universidad de Trento, 1995, pág. 9. Schlesinger, que murió al año siguiente, sin embargo, no vino en persona; el título fue retirado en su representación por Edward Wise. A propuesta de Diego Quaglioni, el título también fue conferido a Reinhard Elze.

⁵¹ En el que plasmó magistralmente un recorrido que comenzó con su primera monografía, aparecida en la célebre colección, dirigida por Arturo Dalmartello y por Luigi Mengoni, titulada *Ius aedificandi e nozione civilistica della proprietà*, de 1975, e incluso antes, en su tesis de licenciatura, de idéntico contenido, que le encomendó el maestro Rodolfo Sacco en 1968.

de lo “local” y de lo “diverso” sin perder de vista lo “universal”, se está moviendo en la dirección correcta»⁵².

El número mínimo de profesores adscritos a la Universidad de Trento necesario para crear la Facultad de Derecho no se alcanzó hasta el tercero de los cuatro años de la Licenciatura⁵³, en el que empezaron a enseñar en Trento una serie de nuevos catedráticos, de los cuales sólo Marcello Pedrazzoli (*Derecho del Trabajo*) era discípulo de un iuscomparatista (Federico Mancini)⁵⁴. Todos los demás eran profesores que, en el transcurso de sus futuras carreras, se situarían en los primeros puestos de sus disciplinas, formando un conjunto coral que, en términos de calidad, nunca se volvió a alcanzar en la Facultad tridentina: Paolo Montalenti (*Derecho Mercantil*), Giustino D’Orazio (*Derecho Constitucional*), Claudio Consolo (*Derecho Procesal Civil*), Giovanni Fiaschi (*Filosofía del Derecho*), Franco Mastragostino (*Contabilidad del Estado y de los Entes Públicos*), Ernesto Ugo Savona (*Criminología*) y, más tarde, Luigi Stortoni (*Derecho Penal*) y Giandomenico Falcon (*Derecho Administrativo*). El iusromanista Carlo Beduschi fue elegido entonces primer Decano. Roversi Monaco, que poco o nada había incidido sobre los contenidos, había traído de todos modos a Trento a la persona —Fulvio Zuelli— que se encargó durante mucho tiempo de gestionar la designación de los cargos de gobierno. Y así fue desde el principio. Beduschi fue el primero de tres Decanos que tuvieron, entre otras cosas, la tarea de mitigar la impetuosidad, a menudo también verbal, de Monateri, y luego, sobre todo, de Mattei, que (merecidamente) ganó el concurso para catedrático en el área de Derecho comparado, el cual, al menos formalmente, había sido promovido por Massimo Santaroni, que nunca se recuperaría de ese golpe, encabezando las filas de los inoperantes que hoy tienen muchos seguidores, pero a los que el Departamento no desincentiva lo suficiente. Desde el punto de vista

⁵² La *lectio* fue publicada con el título *Il villaggio e il mondo: riflessioni di un Trentino emigrato nel diritto comparato*, en Folgaria notizie, Comunidad de Folgaria, 1985.

⁵³ Por Decreto del Rector, de 16 abril 1987, fueron nombrados también los cinco representantes de los estudiantes, a partir de dos listas de asistentes: Luciano Bocchi, Riccardo Dies y el arriba firmante, de la lista L’ago, y Walter Andriolo e Giacomo Bernardi, de la lista Damocle. El acto de constitución del grupo L’ago data de 21 febrero 1986, y el 1 marzo se envió al Rector Ferrari la primera petición, con más de doscientas firmas, con la que se pedía ampliar el horario de apertura de la Biblioteca ubicada en el antiguo Santa Chiara, que acogió las clases de la Licenciatura en Derecho; la sede de Via Rosmini no se inauguró hasta el 26 noviembre 1987. Durante la campaña electoral, fuimos acusados de «ánimo proletario».

⁵⁴ Ya no se recuerda que fue el autor de los *Appunti di diritto comparato del lavoro*, Bologna, Patron, 1954, 2ª ed.

didáctico, Beduschi impartía una asignatura de *Introduzione al Derecho Romano*, que era en realidad el verdadero curso de introducción al Derecho privado. Una asignatura que no era nada fácil, porque el titular adoptó el Manual de Burdese, que incluía pasajes en latín en notas a pie de página. Sus propias asignaturas de *Derecho Romano I y II* estaban sustancialmente orientadas hacia un discurso sobre el método, que abría a los ojos de los estudiantes más valientes la orientación sociológica de los comparatistas. Las diferencias entre su enfoque y el de Sacco emergen muy bien en un ensayo que apareció en 1986, en la *Rivista di diritto civile*⁵⁵. La narración unilateral *ex post* de Rodolfo Sacco ha asignado todos los méritos del éxito de la Facultad tridentina al componente de sus estudiantes, pero se trata de una mistificación que puede rebatirse fácilmente.

A la finalización de cuarto año, el 30 noviembre 1988, en consecuencia, llegó el primero de una larguísima serie de licenciados (Luciano Bocchi)⁵⁶, al cual en marzo del año siguiente le sucedieron otros dieciséis licenciados, incluyendo también al arriba firmante, que había elegido como tutor a Marcello Pedrazzoli⁵⁷.

Cuando Beduschi fue sucedido, por muy poco tiempo, por Zuelli (Derecho público), el nuevo Decano subrayó que «hay varios problemas que

⁵⁵ *A proposito di tipicità e atipicità dei contratti*, en *Riv. dir. civ.*, 1986, págs. 351 ss, republicado en *Id.*, Scritti scelti, al cuidado de L. Nogler, G. Santucci, Nápoles, Editoriale scientifica, 2017, págs. 59 ss.

⁵⁶ El segundo licenciado, Osvaldo Puntel, ya de 54 años, que en aquella época era trabajador de la Trento-Malè, fue atacado por una enfermedad repentina y, por lo tanto, tuvo que posponer su graduación para marzo. V. centodiceci e lode, en *L'Adige* de 1 dicembre 1988, pág. 10, y *Prime lauree in legge e qualche contrattempo*, en *Alto Adige* de 1 dicembre 1988, pág. 16, en el que se aclara que «ni siquiera el Rector de la Universidad, Fabio Ferrari, pudo asistir a la ceremonia, hospitalizado por la mañana en S. Chiara para exámenes, a la espera de una pequeña intervención quirúrgica para mañana».

⁵⁷ La tesis, como había considerado la comisión de graduación, fue publicada en dos entregas en las dos principales revistas laboristas de la época: con el título *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1989, I, págs. 182-224 y como *Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro*, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1990, págs. 107 ss. Más detalles en L. Nogler, *Un liber amicorum per Marcello Pedrazzoli*, en L. Nogler, L. Corazza, *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Milán, Franco Angeli, 2012, págs. 17 ss. Volví sobre el tema en *Ancora su «tipo» e rapporto di lavoro subordinato nell'impresa*, en *Argomenti di diritto del lavoro*, 2002, págs. 109 ss., que fue el fruto de un congreso organizado en Roma por Edoardo Ghera, el 12 octubre 2001, durante el cual acompañé a Franco Liso y Wolfgang Däubler a visitar a su amigo Gino Giugni a su casa.

resolver. La situación no es la mejor. Falta espacio, y cuando hablo de espacio no me refiero sólo a las aulas. Una universidad sería también necesita servicios, bibliotecas accesibles, comedores menos abarrotados. (...) No es posible tener una proporción de 1/10 entre estudiantes y habitantes de Trento y descuidar esa realidad. Pido una reflexión seria por parte de las fuerzas políticas y económicas. Derecho representa el 25-30% de los matriculados en la Universidad. Hay que tomar decisiones y desplegar recursos». El de Zuelli era ya su programa rectoral, y no fue casualidad que el mismo día de su elección —el 24 octubre 1989— el Rector Fabio Ferrari había dimitido. Sea como fuere, Zuelli cerraba la entrevista evocando la que iba a ser su firma personal durante su largo periplo institucional: «mi verdadero deseo es poder resolver estos problemas que preocupan a los estudiantes. Sí, quiero dar un buen servicio a los estudiantes»⁵⁸. En aquella época, yo era un recién Licenciado que se movía entre Verona y Bolzano ganando su dinero en los tribunales, con los llamados casos de cadáveres, que me hacía pasar un conocido abogado penalista, poco familiarizado con los casos civiles. Volví a la Facultad como investigador el 4 febrero 1992, bajo el mandato del ius-procesalista Claudio Consolo, quien me saludó el día de mi toma de posesión con un sibilino «parece que todo ha ido muy rápido». Consolo se trasladó muy pronto a Milán, a la Católica, pero nos cruzarnos nuevamente cuando me pidió que actuara como *expert* ante la *High Court of Justice – Queen’s Bench Division – Commercial Court* en el caso *WPP Holdings Italy SRL, WPP 2005 Limited and Berkeley Square Holding BV v. Marco Benatti*. Corría ya 2006. Fue una aventura apasionante durante la cual discutí a menudo con Luisa Antonioli, y en la que fue inestimable la ayuda de una de mis doctorandas, Valentina Beghini, que más tarde recibiría el premio Santoro Passarelli de la Asociación Italiana de Derecho del Trabajo, al final de la cual Claudio me regaló un ejemplar de la reedición de una colección de escritos de Francesco Carnelutti, con la dedicatoria «con gran estima y gratitud por la ayuda recibida “*in tempore belli*”». Esto agrió mi relación con el ambicioso Riccardo Del Punta, con quien había organizado anteriormente algunas bonitas iniciativas entre Florencia y Trento, en torno al tema del debut de la intrigante Ilaria Pagni⁵⁹. En la florentina de 10 junio 2005, me había atrevido a sostener la tesis de la infungibilidad jurídica del *onere*, o más bien obligación, *di facere*,

⁵⁸ P. Giovanetti, *Fulvio Zuelli, il nuovo preside: «Così i miei programmi futuri»*, en *L’Adige* del 25 ottobre 1989, pág. 8.

⁵⁹ I. Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milán, Giuffrè, 2004.

provocando la reacción estupefacta de Andrea Proto Pisani en *Foro italiano*⁶⁰.

Volviendo a las cuestiones tridentinas, el ius-administrativista Franco Mastragostino fue quien más tenazmente se opuso a los comparatistas y, en particular, al habitual Mattei que, entretanto, había acogido bajo sus alas protectoras a Mauro Bussani, y que finalmente tuvo que emigrar a Trieste, porque Trento no quiso llamarle. Fueron tres mandatos en los que se trató esencialmente de evitar que la Facultad fuera demasiado lejos en su enfoque comparatista, no sin correr el riesgo, sobre todo en el último, de encauzar una serie de conferencias de Derecho comparado hacia juristas de Derecho interno, sobre todo de la escuela boloñesa, lo que sin duda habría desvirtuado irremediablemente el diseño básico de la Facultad. Todavía bajo el mandato de Mastragostino, se consiguió sólo por muy pocos votos —recuerdo el *engagement* que Mattei, Toniatti y el arriba firmante, como representante de los investigadores, pusimos en sacar adelante la norma del reconocimiento mutuo de las asignaturas cursadas en el extranjero gracias al programa Erasmus de movilidad de estudiantes, que había sido adoptado formalmente por la UE el 15 junio 1987, y en el que los comparatistas tridentinos tuvieron el mérito de orientar a la Facultad hacia un paso *magnis itineribus*. En retrospectiva todo resulta obvio, pero conviene recordar que durante mucho tiempo la Licenciatura en Derecho de la Universidad de Trento fue la carrera de Italia que, en términos absolutos, esto es, de todas las carreras posibles, contaba con el mayor número de alumnos y alumnas en porcentaje de matriculados que habían realizado un período de estudios en el extranjero. La norma de reconocimiento mutuo, que surgió gracias a la acción de una minoría, actuó como incentivo para este notable logro.

Por último, fue una suerte que los dos trienios siguientes (1994-2000) tuvieran lugar bajo la dirección de Roberto Toniatti⁶¹, que había sido

⁶⁰ *Le ragioni di un distacco*, en *FI*, 2006, págs. 146 ss. Mi ponencia con la provocación, en L. Nogler, *La deriva «risarcitoria» della tutela dei diritti inviolabili della persona del lavoratore dipendente*, en *QDLRI*, 2006, 29, págs. 63 ss.

⁶¹ El propio R. Toniatti proporciona una descripción general de las muchas iniciativas de internacionalización emprendidas por la Facultad durante sus dos primeros años como Decano, *Come è cresciuta Giurisprudenza a Trento*, en *L'Università a Trento*, cit., págs. 203 ss., de donde L. Antonioli toma muchas de sus consideraciones, *Of ducklings and deans: Comparative law at the Faculty of Law of Trento and the deanship of Roberto Toniatti*,

https://assets.websitefiles.com/5f5e5f3d2518140051aa3343/5f5e55e959bb1046a59bee8e_0

llamado a Trento como profesor titular de Derecho Constitucional Comparado en 1988, como primer ius-comparatista de escuela no socchiana y, por tanto, de Derecho público comparado. Es necesario en este punto hacer algunas aclaraciones *ex post*. Si inicialmente la identificación entre Trento y la comparación allí de Sacco había sido casi total, en estos años se vino a Trento un discípulo de Pardolesi, Giovanni Pascuzzi, que confirmará la teoría de los efectos no intencionados de las elecciones institucionales. También en el transcurso de los años noventa, empezó a quedar claro que existía una barrera invisible, pero sólida, entre los comparatistas de mentalidad privatista y los de mentalidad publicista⁶². Sea como fuere, el mandato de Toniatti, que comenzó el mismo año en que la tabla ministerial de la Licenciatura en Derecho incluía como obligatoria una asignatura de Derecho comparado, contribuyó a romper, por así decirlo, el monopolio, incluso metodológico, que hasta entonces había caracterizado la comparación en Trento. Dos fueron las líneas básicas de su mandato que más influyeron en la forma de hacer Derecho comparado en Trento: como publicista, se convenció de la inadecuación del método teorizado por Sacco⁶³ para su campo de investigación y, en segundo lugar, con su mandato se empezó a tomar conciencia de que la Licenciatura debía orientarse constitutivamente a la formación de un jurista europeo⁶⁴. Puede decirse que en la segunda mitad de los años noventa del siglo pasado, Trento empezó a tomar conciencia de la orientación de política del Derecho implícita en la opción comparatista. Gracias, ante todo, al compromiso directo del Decano, la Facultad estableció una red más operativa con Estados Unidos, obteniendo en 1994 una *Fulbright Distinguished Chair in Law*, que luego se renovó constantemente; una cátedra que sigue siendo la única en el ámbito jurídico en Italia. A continuación, la Facultad de Trento fue aceptada como miembro de la *American Society for Comparative Law*, cuyo *Past President*, el profesor David S. Clark, ha sido docente Fulbright nuestro. Cuando la *American Association of Law Schools* constituyó la *International Association of Law Schools*, la Facultad se convirtió inmediatamente en miembro, y en 2008, gracias también a la labor de Elena Ioriatti, se incorporó a un importante programa para la formación de juristas

[4%20Antoniolli%20BLOG%2070%20ANNI%20TONIATTI%20rev%209%20agosto%202020.pdf](#).

⁶² G. Crespi Reghizzi, *Introduzione. Diritto privato comparato in Italia ieri e oggi*, cit., págs. 6-7.

⁶³ *Il diritto pubblico comparato*, en R. Sacco (al cuidado de), *Che cos'è il diritto comparato*, Milán: Giuffrè, 1992.

⁶⁴ R. Toniatti, *The European Lawyer: Phantom and Reality?*, en *International Journal of the Legal Profession*, 2002, págs. 17 ss.

con competencias transnacionales, el *Transnational Law Programme*, formado por una red de universidades americanas y europeas (Washington University, Utrecht University, Queen's University de Belfast, Universidad Católica de Lisboa) que ha puesto en marcha itinerarios especiales de estudios en Derecho comparado, a través de los cuales algunos de sus estudiantes reciben una formación específica de preparación para las profesiones jurídicas que operan a escala internacional.

Con los dos mandatos de Toniatti finalizó un primer ciclo de la Facultad de Derecho en el que ningún «producto» interno había conseguido ganar una oposición a cátedra. A partir de entonces, la Facultad tridentina fue cada vez más de Derecho comparado, porque sus profesores se habían formado en Trento. Sea como fuere, bajo el mandato del primer no jurista, Diego Quaglioni, que había tenido el mérito de hacer despegar los estudios de historia del Derecho público y de adoptar para ello la magnífica *Introduzione allo studio del diritto romano* de Riccardo Orestano, que yo, por mi parte, había tenido la suerte de descubrir en el marco de los estudios *a latere* de la asignatura *Derecho Romano II*. Posteriormente, siguiendo las sugerencias de Gerhard Dilcher en el contexto de sus investigaciones sobre *Gli inizi del diritto pubblico*, me enamoré de la periodificación defendida por Harold Berman (del cual, me encargué de la traducción al italiano del 2º volumen de *Diritto e rivoluzione*): «la historia del Derecho en Occidente contradice la periodificación convencional de la historia occidental en medieval y moderna. (...) Los sistemas jurídicos “modernos” inglés, alemán, francés, italiano, sueco, holandés, polaco y de otras naciones europeas se formaron a principios de los siglos XII y XIII (...)». Como recuerda Dilcher, en la introducción al tercer volumen⁶⁵, el primer volumen surgió precisamente de la conciencia de los autores acerca de la insuficiente atención que se había prestado a la dieta que Federico Barbarroja convocó en Roncaglia, una pequeña ciudad cerca de Piacenza, en noviembre de 1158, tras la sumisión de Milán. Orientándose hacia el siglo XII, Dilcher y Quaglioni retrotraen, como afirma el primero, los inicios del Derecho público más atrás de lo que lo hace Michael Stolleis en su *Geschichte des*

⁶⁵ Los tres volúmenes de la investigación, todos editados por Il Mulino, se titulan, respectivamente, *L'età di Federico Barbarossa: legislazione e scienza del diritto*; el segundo, trata del período *Da Federico I a Federico II*; y el tercero se proyecta, diré más en general, *Verso la costruzione del diritto pubblico tra medioevo e modernità*. Volúmenes que siguieron a tres congresos que se desarrollaron en Trento, en el Instituto de Estudios Históricos Italo-germánicos, en colaboración con el Departamento de Ciencias Jurídicas, respectivamente, en junio de 2006, en septiembre de 2007 y, de nuevo, en septiembre de 2009.

öffentlichen Rechts in Deutschland, quien, en su *Wissenschaftsgeschichte*, se remonta a 1600 y al establecimiento de la disciplina universitaria del Derecho público. Sin embargo, resulta común la suposición —y cito la pág. 47 de la Introducción al primer volumen de la *Geschichte* de Stolleis— de que «todos los rasgos que tradicionalmente se considera que constituyen el Estado moderno se remontan a períodos del medievo: la soberanía, la ideología moderna de la ley y su concepto jurídico voluntarista, el funcionariado (*das Berufsbeamtentum*) con sus raíces en la administración eclesiástica y feudal, el dominio territorial ejercido por las cancillerías estacionarias y el comienzo de la imposición periódica de impuestos».

En 2005, se introdujo el sistema nacional quinquenal de los estudios jurídicos y, el día de su aprobación, el Consejo de la Facultad aprobó, por pocos votos en contra y con la abstención del Decano, dividir la Licenciatura en Derecho en dos itinerarios: uno de Derecho «europeo y transnacional», destinado al aprendizaje del Derecho interno italiano como sistema integrado con el Derecho de otros ordenamientos (en particular, el Derecho de la Unión Europea y el Derecho Internacional, con especial énfasis en el método histórico-comparatista), y otro de Derecho «interno». Giandomenico Falcon, bajo la atónita mirada de Fulvio Zuelli, mucho más consciente del esfuerzo que había supuesto construir la marca de la Facultad, capitaneó con inusitado empeño el bando que sólo quería el itinerario de Derecho interno.

Sea como fuere, a partir del curso académico 2011-2012, en cumplimiento de la prohibición de diversificación de los itinerarios didácticos (D.M. núm. 17 de 2010), la Facultad de Derecho de Trento activó —esta vez por unanimidad, pero con la deliberada ausencia de Roberto Toniatti, y con Diego Quaglioni, que inicialmente había manifestado su voto en contra, para luego revisar su postura, tras darse cuenta de que estaban totalmente aislados— la licenciatura quinquenal (maestría) en Derecho, centrada en un itinerario unitario comparatista, europeo y transnacional. Sacco escribió en la *Rivista di diritto civile* que de este modo su idea se había hecho realidad. Sin embargo, si se prescinde de la asignatura troncal de Sistemas Jurídicos Comparados, en la gran mayoría de las restantes asignaturas que componen la licenciatura unitaria quinquenal en *Derecho Europeo y Transnacional*, puede decirse que se ha confirmado más bien el planteamiento que se remonta a Cappelletti. No en su versión, hija de una precisa época histórica dominada por una concepción positivista de los enunciados constitucionales, de las *legal reforms*, los cuales se despoblarían

en la época neoliberal de la numeración del Derecho, sino más bien como importación y adaptación de las soluciones más avanzadas. Esto es lo que se desprende del seminario interno sobre didáctica del Derecho comparado, europeo y transnacional, que se celebró el 16 febrero 2011, en el que todas las áreas de enseñanza expusieron sus opciones docentes. Todo se preparó en otro seminario de la Facultad, que tuvo lugar el 13 abril 2011, en el que el *visiting professor* David Lametti desarrolló con rigor *Una riflessione su dieci anni di insegnamento integrato a McGill*.

Ahora debo retroceder en el tiempo, para añadir el dato de que ya en enero de 1987 se había creado el Departamento de Ciencias Jurídicas, anterior a la Facultad de Derecho (D.R. de 8 enero 1987, núm. 72), que agrupó a los profesores de la Licenciatura en Derecho con los profesores juristas de otras Licenciaturas de la Universidad de Trento, la mayoría de los cuales participaban en la docencia ofrecida en la Facultad de Economía⁶⁶. Debido a la llegada de otros nombramientos incompatibles, los tres primeros Directores —Giovanni Fiaschi (1987), Fulvio Zuelli (enero 1988-noviembre 1989) y Claudio Consolo (enero 1990-noviembre 1990)— ocuparon el cargo durante un tiempo claramente corto, de modo que sólo con la elección de Gianmaria Ajani (noviembre 1990-noviembre 1996) la estructura de investigación despegó y, de hecho, bajo el impulso del Director se caracterizó por un particular apoyo a la investigación financiada con fondos externos a la Universidad de Trento, conquistando una posición de absoluto protagonismo dentro de las ciencias humanas y sociales de la Universidad de Trento. Muy diferente fue después el estilo de gobierno de Diego Quaglioni (noviembre 1996-noviembre 2000), fuertemente defendido por Fulvio Zuelli, que nos obligaba a escuchar la lectura de todas las justificaciones de las ausencias, llegando en un primer momento a suspender el Consejo durante la pausa para el almuerzo y reanudándolo por la tarde, cuando, a gran distancia del comienzo, finalmente se llegaba a los puntos más controvertidos. Es un hecho que Gregorio Arena y Fabrizio Cafaggi, llegados a Trento en 1999, situaron al grupo de juristas de Economía en posiciones críticas, que se vieron sustancialmente quebradas por el mero

⁶⁶ Su primera composición fue la siguiente. Catedráticos ordinarios y extraordinarios: Giovanni Fiaschi, Pier Giuseppe Monateri, Marco Guadagni, Claudio Consolo, Franco Mastragostino, Carlo Beduschi, Ernesto Ugo Savona, Achille Meloncelli, Umberto Salvestroni; profesores titulares: Maria Bianchi Fossati, Paolo Silli, Silvio Busti, Giovanni Orrù, Mauro Politi, Fulvio Zuelli, Gregorio Arena, Gianfranco Bronzetti, Giuseppe Di Chio, Marco Tremolada; investigadores: Gianmaria Ajani, Daria de Pretis, Andreas De Guttry, Franco Pellizzer, Michele Graziadei, Mauro Bussani, Umberto Vincenti, Daniela Frigo, Elena Merlin, Massimo Montanari, Giorgio Pelagatti.

hecho de que este último pidiera la excedencia para trasladarse al *Instituto Universitario Europeo* de Fiesole. Mientras tanto, las funciones de Director fueron asumidas por Giovanni Pascuzzi (noviembre 2000) quien, sin embargo, dimitió *ante tempus*, en febrero 2003, debido a desacuerdos irreconciliables —invasión de competencias— con su predecesor que, como ya se ha dicho, había pasado entretanto a ser Decano de la Facultad. De hecho, sólo tres personas podían ser elegidas para desempeñar el cargo: Gianantonio Benacchio que, afortunadamente para las estructuras, rehuyó toda responsabilidad institucional; Giovanni Guzzetta, que enseñaba en la Facultad de Sociología, y por este motivo tampoco pudo obtener el apoyo de los demás publicistas. El habitual Zuelli —¡ahí está otra vez!— condujo, por lo tanto, al arriba firmante a un largo túnel institucional, que terminó sólo con la elección de la Rectora Daria De Pretis, a la que, agotado, transferí el consenso que el grupo jurídico había madurado en la Universidad; un patrimonio que, en verdad, quedó después, sin culpa de la Rectora, que pronto fue investida con cargos más altos, disperso por nuestra estructura institucional.

En 2008, me sucedió en la Dirección del Departamento Gianni Santucci, con quien siempre trabajé con una buena, y para todos fructífera, sinergia como —éste fue el motivo de la alternancia— Decano. Un período de cuatro años, de 2008 a 2012, durante el cual fui involuntariamente víctima de una prórroga *ex lege*. Luego, durante cierto tiempo, seguí siendo un miembro de peso del claustro académico en el que, debido a la reforma, ya no pudo estar presente mi sucesor como Decano, Giuseppe Nesi, al que sucedió en 2018 Fulvio Cortese, que dimitió en septiembre de 2022, cuando fue elegido Paolo Carta. Ninguno de los tres volvió a involucrarme en funciones institucionales.

De mi etapa como Director, recuerdo como muy desafiante la elección hecha por el entonces Rector Massimo Egidi de trasladar el peso institucional de las Facultades a las estructuras departamentales de la Universidad, que por esta misma razón fueron sometidas en 2003 a una compleja actividad de *peer review*. Fue especialmente significativa la valoración efectuada por la *comisión*, compuesta por autorizados colegas como Martijn Hesselink, de Ámsterdam (área: Derecho privado y Derecho comparado); Alfredo Mordechai Rabello, de Jerusalén (área: Derecho público y Derecho comparado); Manfred Maiwald, de Gotinga (área: Derecho Penal); Miguel Ayuso, de Madrid (área: Filosofía); Maximilian Fuchs, de Eichstätt (área: Derecho Civil y Laboral), relativo a que «*Es un*

departamento muy vivo, muy armonioso y muy ambicioso en un sentido positivo. Han elegido temáticas y las han llevado a cabo, lo que no es poco para una universidad joven. Tienen su propio enfoque estratégico de la realidad jurídica, su propio posicionamiento en la materia a nivel nacional e internacional. Son comparatistas, interesados por las relaciones internacionales, pero también honran la tradición clásica del Derecho italiano. Esto es, han tomado decisiones de orientación, lo que indica la presencia de una estrategia clara y coherente. Todas las áreas son de óptima calidad, incluso excelentes. Consideramos importante la investigación individual, y aquí hay académicos individuales que realizan una investigación óptima. Equilibrio adecuado entre grupos y personas». El DSG se situó en la categoría más alta, al obtener una calificación de 5 en el RAE (*Research Assessment Exercise*).

El 29 octubre 2012 es una fecha que, en la microhistoria que evoco, marcó un antes y un después: la estructura departamental absorbió a la docente, asumiendo el nombre de Departamento «Facultad de Derecho». En aquella época, el 75% de los estudiantes de la Licenciatura quinquenal en Derecho procedían de fuera de la provincia. La especial relevancia de esta cifra queda demostrada por el hecho de que la media de la propia Universidad de Trento, que sitúa a la Universidad en los primeros puestos del contexto nacional, era del 48,5%. Hoy en día, las cifras no han cambiado mucho, pero la institución que la rige ha adquirido rasgos en cierto modo elefantiásicos, con un peso que se ve amplificado por el hecho de que todas las demás carreras que abarcan temas jurídicos son más frágiles.

Dotado de un envidiable espíritu de iniciativa, el propio Mattei organizó con Mauro Bussani el proyecto de investigación denominado *Common Core of European Private Law*, que en la jerga comparatista se conoce como *Trento Project*⁶⁷. El primer congreso se celebró en Trento el 6 junio 1995, y se inauguró con la observación de que «la monumental obra de Schlesinger sobre la formación del contrato, publicada hace veintisiete años, fue la coronación de un proyecto de diez años. La ambición del trabajo que estamos llevando a cabo aquí, en Trento, es una notable ampliación del alcance del proyecto de Cornell. Estamos buscando el núcleo común de la mayor parte del Derecho privado europeo, dividido en las categorías

⁶⁷ Todavía hoy recordado establemente en los estudios de meta-contenido de Derecho comparado como Trento-Project. Últimamente, cfr. B. Fekete, *Paradigms in Modern European Comparative Law. A History*, Oxford, Hart, 2021, págs. 134-136.

generales de contrato, responsabilidad extracontractual y propiedad»⁶⁸. En la colección *Common Core of European Private Law* de Cambridge University Press se han publicado entretanto diez volúmenes⁶⁹, que tuvieron una gran resonancia internacional. Se trataba, obviamente, de un enfoque muy estático del Derecho comparado, ya que, por ejemplo, en el ámbito del Derecho contractual y de las obligaciones contractuales comparaba las partes generales del Derecho contractual y de las obligaciones, notoriamente construido sobre el molde del contrato de compraventa. Sabemos, sin embargo, que la evolución de esta parte general, y por tanto su dinámica, anida siempre en la disciplina de los contratos especiales de los que surgen las innovaciones que, generalmente en tiempos de crisis económicas, sirven de protección jurídica y después se generalizan. Este defecto fue común⁷⁰ a todo el gigantesco cúmulo de materiales que se produjo en el contexto del debate sobre el *European Contract Law*⁷¹. En el extremo opuesto de entonación sustancialmente política se encuentra, en cambio, el *Manifesto Group*, que denunció un genérico déficit social del movimiento del Derecho contractual europeo.

III. EL DERECHO COMPARADO DEL TRABAJO

Añado ahora algunos recuerdos dedicados específicamente a la comparación jurídica en el ámbito de las normas de las relaciones laborales. A este respecto, debo precisar, ante todo, que ya el 2 febrero 1985, el Comité técnico-organizador llamó a la cátedra de Derecho del Trabajo al Prof. Francesco Traversa, que formaba parte del personal de Sociología

⁶⁸ Así M. Bussani, U. Mattei, *The Common Core Approach to European Private Law*, (1997-1998) *Columbia Journal of European Law*, pág. 339.

⁶⁹ Para el desarrollo de la iniciativa, cfr. M. Bussani, U. Mattei, *Making European Law. Essays on the «Common Core» Project*, Trento, Dipartimento di scienze giuridiche, 2000, con escritos de R. Sacco, U. Drobnig, M.A. Eisenberg, J.R. Gordley, A. Hartkamp, E. Hondius, C. Joerges, H. Kötz y M. Shapiro. Los volúmenes del proyecto fueron publicados por la Cambridge University Press.

⁷⁰ Así, en L. Nogler, U. Reifner, *Social contracts in the light of the Draft Common Frame of Reference for a future EU Contract Code*, en L. Antonioli, F. Fiorentini (Editores), *A Factual Assessment of the Draft Common Frame of reference*, Sellier, págs. 365 ss.

⁷¹ Cfr. la síntesis razonada de L. Antonioli, *The evolution of the European Contract Law: A brand new code, a handy toolbox or a Jack-in-the-box?*, en L. Nogler, U. Reifner (Editores), *Life Time Contracts. Social Longterm Contracts in labour, tenancy and consumer credit law*, págs. 57 ss.

desde 1969, y que se había estabilizado a partir de 1 noviembre 1973, al vencer el concurso reservado para titular. Sin embargo, Traversa sólo impartió unas pocas clases iniciales de la asignatura de Derecho del Trabajo, porque, desgraciadamente, falleció poco después en un accidente de tráfico. Cuando se cerró el concurso de primer nivel, Federico Mancini indicó a Rodolfo Sacco la posibilidad de llamar a Trento a Marcello Pedrazzoli, mientras que Carlo Zoli ganó el puesto de investigador, de nuevo en Derecho del Trabajo.

Desde el principio, Pedrazzoli⁷² impartió la asignatura de Derecho comparado del Trabajo, finalizándolo en el primer año, además de la discusión de su desafiante texto sobre *Democracia industrial y subordinación*, con la preparación de un congreso de gran éxito, y probablemente inigualable. Esto no sólo en Trento, sino también en otras universidades. Dado que la Facultad de Derecho aún no disponía de aula magna, el congreso se celebró en el aula magna de Sociología, en 1988⁷³. Por último, también fue invitado a Trento Luigi Mengoni, a quien Pedrazzoli me presentó durante el almuerzo del sábado por la mañana.

La primera asignatura de Derecho del Trabajo, tras la muerte de Francesco Traversa, fue impartida por Marco Tremolada, que ya se encargaba de la asignatura en la carrera de Economía. Haber cursado la asignatura en ese primer año me permitió estudiarla con el excelente manual de Giuseppe Pera, así como con el magistral y, hasta hoy, inigualable *Derecho sindical* de Gino Giugni, a quien conocí más tarde en persona participando en ese extraordinario campo de formación de Derecho comparado del Trabajo que eran los seminarios semanales de Pontignano, organizados por Gian Guido Balandi en nombre de la *Asociación Italiana de Derecho del Trabajo*. Allí me reencontré, tras el congreso tridentino de 1988, con Bill Wedderburn y Simon Deakin, Antoine Jeammaud y Martine Le Friant, y conocí a Ulrich Zachert, Wolfgang Däubler, Ninon Colneric,

⁷² A él dediqué el escrito, *Un liber amicorum per Marcello Pedrazzoli*, cit., págs. 17 ss.

⁷³ M. Pedrazzoli (al cuidado de), *Lavoro subordinato e dintorni: comparazioni e prospettive*, Bologna, Il Mulino, 1989; en la introducción se citan los estudiantes de la asignatura Derecho comparado del Trabajo. Catoce años después, otro congreso comparatista celebrado de nuevo en Trento, el 4 abril 2003, se tituló significativamente *Lavoro subordinato, lavoro coordinato e dintorni*, el cual se puede volver a escuchar en <http://www.jus.unitn.it/dsg/convegni/2003/lavoro/home.html>, mientras que las ponencias de L. Zoppoli, C. Palomeque y M. Le Friant se pueden leer en <http://www.jus.unitn.it/dsg/convegni/2003/lavoro/materiali.html>, y la de U. Runggaldier, en *Il diritto del mercato del lavoro*, de 2004.

Antoine Lyon Caen, Fernando Valdés y muchos otros afamados iuslaboralistas, pero también jóvenes promesas, entre los que recuerdo a Fausta Guarriello, Emmanuel Dockes y Francisco Pérez de los Cobos Orihuel.

Zachert y Däubler hicieron muy agradable mi posterior estancia de estudios en Bremen, de agosto de 1994 a febrero del año siguiente⁷⁴, en la que me sumergí *toto corde* en la doctrina weimariana, regresando a Italia con cajas de fotocopias y libros que aún no he terminado de leer en su totalidad. También organicé un seminario para presentar a Gianmaria Ajani a Norbert Reich, a quien veneraba por su libro sobre el Derecho Civil ruso. En Alemania, volvería en 1998 como *Assistent für rechtsvergleichendes Recht* en la cátedra de Axel Flessner, comparatista directamente relacionado con la escuela de Rabel⁷⁵. En septiembre de 1998, Zachert me asoció al círculo *Arbeitskreis Recht und gewerkschaftliche Praxis*, un *think tank* del sindicato alemán *IG Medien*, que me permitió conocer de cerca a Rudolf Hickel, Bernhard Schlink, Peter Derleder, Klaus Lörcher y Ulrike Wendeling Schröder, entre otros.

Volviendo a la cátedra de Derecho del Trabajo, cuando Pedrazzoli se trasladó a la Universidad de Bolonia le sucedió Carlo Zoli⁷⁶ que, sin embargo, ganó, por así decirlo, *ante tempus* el concurso de catedrático sin que fuese solicitado un profesor de dicho nivel para Trento, que le concedió la sustitución con el acuerdo tácito de que cada dos semanas yo le sustituiría en las clases de los dos asignaturas de Derecho del Trabajo y Derecho comparado del Trabajo. El Rector Zuelli me explicó que lo importante era no recitar (he aquí el criptotipo). Recuerdo como alumno de la carrera a *Filip Dorssemont*, que ahora enseña en la *Université Catholique* de Lovaina. Por último, desde el curso académico 1996-1997 hasta la actualidad, la asignatura de Derecho comparado del Trabajo también fue impartida formalmente por el arriba firmante, a menudo junto con un *visiting professor*. Como en el caso, ante todo, de Ulrich Zachert, mi mentor en el

⁷⁴ *Koalitionsfreiheit und nationale Minderheiten am Beispiel Südtirols*, en Festschrift für Wolfgang Däubler, Frankfurt a.M., Bund Verlag, 1999, págs. 560 ss.

⁷⁵ Datan del período berlinés: *Interpretazione del contratto collettivo e litigation: il punto di vista comparato*, en Flammia R. (al cuidado de), *L'interpretazione dei contratti collettivi*, Roma, Bancaria editrice, 1999, págs. 105 ss., y *Lücken im Tarifvertrag und litigation: eine rechtsvergleichende Skizze*, en R. Schulze, G. Ajani (Editores), *Common Principles of European Private Law*, Baden-Baden, Nomos, 2003, págs. 327 ss.

⁷⁶ Del cual, v. Il periodo trentino e la sua eredità, en L. Nogler, L. Corazza, *Risistemare il diritto del lavoro*, Liber amicorum *Marcello Pedrazzoli*, cit., págs. 69 ss.

ámbito internacional⁷⁷ que, entre otras cosas, facilitó el primer acuerdo de doble titulación en la historia de la Facultad de Derecho de Trento, con la *Hamburger Universität für Wirtschaft und Politik*, y que favoreció mi colaboración con la laboriosísima *Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*, gestionada por Jesús Martínez Girón y sus discípulos Alberto Arufe Varela, Xosé Manuel Carril Vázquez e Iván Vizcaíno Ramos⁷⁸. Desde 2009, la *Asociación* publica el *Anuario Coruñés de Derecho Comparado del Trabajo*⁷⁹.

Luego vinieron a enseñar a Trento Antonio Ojeda, que me puso en contacto con Carlos Palomeque y Wilfredo Sanguineti, de la Universidad de Salamanca⁸⁰, Alan Neal, Maximilian Fuchs, Yasuo Suwa, Antoine Jeammaud, Katsutoshi Kezuka, Quanxing Wang, que facilitó el convenio de doble doctorado con la *Finance and Economics Law School dell'University of Shanghai*, António Monteiro Fernandes⁸¹, Kristina M. Campbell y Charles Szymanski, que ha desarrollado estas funciones durante los últimos

⁷⁷ V. mi recuerdo, *Ulrich Zachert (1943-2009): il paladino dell'autonomia collettiva*, en *Lav. dir.*, 2009, págs. 487 ss., donde aproveché el trabajo ya realizado a instancias de una revista alemana (Ulrich Zachert (1943-2009), *Verfechter der Kollektivautonomie*, en *Arbeit und Recht*, 2009, 4, págs. 4 ss.) y de una española (en *Relaciones Laborales*, 2009, 23/24, págs. 1 ss.), en cuanto discípulo suyo. Junto a Thomas Dieterich, Martine Le Friant, Katsutoshi Kezuka y Heide Pfarr, me encargué de un libro en recuerdo: *Individuelle und Kollektive Freiheit im Arbeitsrecht, Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert*, Nomos, Baden-Baden, 2009.

⁷⁸ Debo a la maestría traductora de Alberto Arufe Varela, la salida del texto *La regulación de los despidos individuales en la época del equilibrio entre los «principios» constitucionales*, La Coruña, Netbiblo, 2010, pág. 1, que constituye sustancialmente la traducción de *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, en *DLRI*, 2007, págs. 593-694, también en *AIDLASS, Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro*, Milán, Giuffrè, 2008, págs. 5 ss.

⁷⁹ <https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=23574>.

⁸⁰ Huellas de mis estancias en Salamanca son: *Viejas y nuevas tendencias del Derecho del Trabajo italiano*, en *Responsa iurisperitorum digesta*, IV, Ediciones Universidad Salamanca, Salamanca, 2004, págs. 267 ss.; *Cooperativas y relaciones de trabajo: las recientes reformas italianas*, en P. Morgado Panadero (Director), *Economía social y cooperativismo*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2006, págs. 351 ss.; *El trabajo asociado: delimitación y características*, en P. Morgado Panadero (Coordinador), *Empleo, trabajo autónomo y economía social*, Ministerio del Trabajo, Comares, 2010, págs. 11 ss.; Prólogo, en W. Sanguineti Raymond, *Redes empresariales y derecho del trabajo*, Granada, Editorial Comares, 2016.

⁸¹ Philipp Lotmar y el descubrimiento del sistema de contratos de trabajo («cuantas más libertades reconozca el Derecho, mayor es el contenido de la libertad» del individuo), en *Estudios de Direito do Trabalho. Em Homenagem ao Professor António Monteiro Fernandes*, Parte 2, Nova Causa, 2017, págs. 45 ss.

diez años⁸². Un año vino también Günther Löschnigg, que me había incluido en el grupo que organiza el *Internationales und vergleichendes Arbeits- und Sozialrecht*⁸³, que desde 2006 tiene su sede en la Universidad Karl-Franzens de Graz⁸⁴, y gracias al cual pude conocer también a varios colegas de Europa del Este.

En la comparación iuslaboralista realizada en Trento siempre ha prevalecido el enfoque funcional, que se remonta al que puede considerarse el maestro de Federico Mancini durante su período de estudio en los Estados Unidos: Max Rheinstein (1899-1977)⁸⁵. Este último se doctoró con Ernst Rabel en 1924, y luego fue su asistente en el *Kaiser Wilhelm Institute for Foreign and International Private Law*, afiliándose al SPD en 1928. Sus orígenes judíos le obligaron después a buscar refugio en los Estados Unidos, donde trabajó primero en la *Columbia Law School*, y luego ocupó el cargo de *Max Pam Professor of American and Foreign Law and Professor of Political Science* en la *University of Chicago Law School*. En su búsqueda del papel que juegan los institutos en el contexto social y, por lo tanto, del

⁸² A partir de esta docencia han nacido algunas herramientas de estudio: U. Zachert, *Lezioni di diritto del lavoro tedesco*, Trento, Dipartimento di scienze giuridiche, 1995; L. Nogler, *The «Subordination» in European and Comparative Law*, Trento, Dipartimento di scienze giuridiche, 2009; A. Monteiro Fernandes, *Lezioni di diritto del lavoro portoghese*, Trento, Dipartimento di scienze giuridiche, 2012.

⁸³ Del cual, aquí los dos escritos: *Das italienische Gesetz über agile Arbeitsmethoden*, en *Festschrift für Günther Löschnigg. Arbeiten in Würde*, Wien, ÖGB Verlag, 2019, págs. 578 ss.; *A Lesson from the Italian e Unfair Dismissal Reform: It is not Enough to Formulate a Political Goal, you also have to Know how to Translate it into Legal Terms*, en A. Hekimler (Editor), *Festschrift für Otto Kaufmann*, Istanbul, Legal Yayincilik A.S., 2022, págs. 205 ss.

⁸⁴ De esta colaboración ha nacido una larga serie de escritos en lengua alemana: *Die Mitwirkung der Belegschaftsvertretung in Unternehmensorganen in Italien*, en G. Löschnigg (Editor), *Die Mitwirkung der Belegschaftsvertretung in Unternehmensorganen*, Viena, Verlag des ÖGB, págs. 127 ss.; *Staatliche Eingriffe in das System der Mindestentgelte in Italien*, en G. Löschnigg (Editor), *Staatliche Eingriffe in das System der Mindestentgelte*, Viena, Verlag des ÖGB, 2014, págs. 182 ss.; *Arbeitszeitregelung in Italien*, en T. Geiser, R. Müller (Editores), *Arbeitszeiten in Europa – Working Time in Europe*, Zürich-St. Gallen, Dike, 2016, págs. 101 ss. La curatela del libro con G. Löschnigg, *Lifelong Learning berufliche Weiterbildung*, OGB Verlag, Viena, 2017; *Entgeltfortzahlung bei Krankheit und Arbeitsunfall: Bericht über Italien*, en G. Löschnigg, N. Melzer (Editores), *Entgeltfortzahlung aufgrund von Krankheiten und Arbeitsunfällen. Rechtliche Rahmenbedingungen im internationalen Vergleich*, OGB Verlag, Viena, 2020, págs. 147 ss.; *Universitätspersonalrecht in Italien*, en G. Löschnigg (Editor), *Universitätspersonalrecht*, Viena, Verlag des ÖGB, 2011, págs. 107 ss.

⁸⁵ O. Lepsius: *Rheinstein, Max*, en *Neue Deutsche Biographie*, B. 21, Duncker & Humblot, Berlín 2003, págs. 493 ss.

problema que contribuyen a resolver, este enfoque tenía el mérito de abandonar el método sociológico marxista, que había sido practicado por Hugo Sinzheimer⁸⁶. El enfoque comparatista funcional, en fin, es el que distingue desde siempre el *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, que no por casualidad se concibe como revista interdisciplinar. Gino Giugni cultivó intensamente la relación con [Sir Otto Kahn-Freund, Professor of Comparative Law](#) en la Universidad de Oxford, de 1964 a 1971⁸⁷, que supo ir más allá del funcionalismo marxista de su maestro Sinzheimer⁸⁸.

De los numerosos proyectos de investigación promovidos por la cátedra de Derecho comparado del Trabajo, quisiera mencionar aquí sobre todo aquellos —porque es una forma de estar en el Departamento a la que tengo especial cariño— de carácter interdisciplinar, entendiendo por disciplinas, ante todo, las jurídicas. Por ejemplo, mi programa de investigación de interés nacional cofinanciado en 2004 por el MIUR sobre *The Supervisory System of the International Labour Organization and Child Labour* que logré publicar en un volumen a cargo conjuntamente con G. Nesi y M. Pertile, *Child Labour in a Globalized World. A Legal Analysis of ILO Action*, Ashgate, Aldershot. Gracias a Silvana Sciarra, conseguimos incluir un epílogo de Bob Hepple. En años más recientes, basándome en un *Itinerario de investigación* que edité junto con Fausta Guarriello para *Il Giornale*⁸⁹, he seguido un enfoque que fusiona, por así decirlo, el Derecho

⁸⁶ Me centré en este perfil en *Insegnare la dimensione sociale del diritto del lavoro: spunti storici*, en Rosselli O. (al cuidado de), *La dimensione sociale del fenomeno giuridico. Storia, lavoro, economia, mobilità e formazione*, ESI, Nápoles, 2007, págs. 131 ss. También el mismo Sinzheimer cambió en parte su propio enfoque durante el período holandés: cfr. lo escrito en *La svolta antropologica di Hugo Sinzheimer*, en DLRI, 2016, págs. 773 ss.

⁸⁷ Kahn-Freund O. (1974), *On uses and Misuses of Comparative Law*, en *The Modern Law Review*, págs. 1 ss., traducción italiana de Bruno Veneziani, *Sull'uso ed abuso del diritto comparato*, en RTDPC, 1975, pág. 811.

⁸⁸ A cuya enseñanza cabe reconducir la elección de cuidar la edición traducida al inglés de su mujer, Elizabeth, del texto anotado de K. Renner, *The institutions of private law and their social functions*, Routledge and Kegan Paul, London, 1949.

⁸⁹ Cfr. nuestro ensayo introductorio *Violazioni extraterritoriali dei diritti umani sul lavoro: un itinerario di ricerca tra rimedi nazionali e contrattazione collettiva transnazionale*, en DLRI, 2020, núm. 3, págs. 173 ss., al que se reconoce el mérito de haber localizado un nuevo problema, consistente en la «violación extraterritorial», en DLRI, 2022, núm. 1, págs. 1 ss. Después, he escrito un largo ensayo sobre la *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*, que se puede leer también en traducción española en W. Sanguineti Raymond, J. B. Vivero Serrano (Director), *Diligencia debida y trabajo decente en las cadenas globales de valor*, Editorial Aranzadi, 2023, págs. 141 ss.

comparado y el Derecho Internacional, tanto público como privado. No es casualidad que la asignatura tridentina asumiera la denominación de *Derecho comparado y transnacional del Trabajo*.

Por ello, he copatrocinado varias iniciativas sobre la historia del pensamiento jurídico europeo. Por ejemplo, con Diego Quaglioni, la mesa redonda de presentación del primer volumen de la *opera omnia* de Max Weber, celebrada en la Universidad de Trento el 12 marzo 2010⁹⁰, en la que participaron como ponentes Realino Marra, Aldo Mazzacane, Joachim Rückert, Pierangelo Schiera, Gerhard Dilcher y Susanne Lepsius. Después apoyé a mi colega Marino Marinelli, que organizó un espléndido congreso sobre las reformas de F. Klein, los días 13-14 mayo 2011⁹¹. Junto con Santucci, volví después a ocuparme del Weber jurista, organizando un *Seminario bifásico para presentar el volumen: Max Weber - Sobre la historia de las sociedades comerciales en el medievo*, los días 24-25 octubre 2019. La iniciativa más reciente tuvo lugar los días 6 y 7 octubre 2022, y estuvo dedicada a *Los juristas clásicos de origen judío en la ciencia jurídica alemana del siglo XIX y primera mitad del siglo XX*. El coorganizador fue Fulvio Cortese.

A partir de 2005, el MIUR me financió un proyecto denominado Interlink, con el título *Hacia la parte General de un Código europeo de Derecho contractual para las obligaciones de plazo largo en materia de créditos al consumo, de trabajo y de arrendamiento*, que fue el inicio de una actividad de investigación coordinada junto con Udo Reifner, que finalmente llevó a un grupo de estudiosos a proclamar en Trento los *Principles on life time contracts*, que también dio lugar a un libro titulado *Social Longterm Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*⁹², que ha sido objeto de numerosos seminarios de presentación, así

⁹⁰ Max Weber «giurista» del lavoro, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2012, págs. 1 ss., y en *Studi in onore di Gianni Garofalo*, Bari, Cacucci, 2015, págs. 645 ss., asimismo traducido al español, Max Weber “jurista” del trabajo, en *Revista general del trabajo y seguridad social*, 2013, págs. 1 ss.

⁹¹ *Franz Klein und Hugo Sinzheimer: an den Ursprüngen des legislativen Reformismus*, en M. Marinelli, E. M. Bayons (Editores), *Die Aktualität der Prozess- und Sozialreform Franz Kleins*, Vienna, Verlag Österreich, 2015.

⁹² La Haya, Eleven, 2014. Para la traducción japonesa, v. *新たな契約類型としての「ライフ・タイム契約* (A New Category of Contracts: Life Time Contracts), en *Kikan-Roudouhou* (Quarterly Labor Law), Tokyo, 2019, págs. 197 ss. Para la portuguesa, v. N.M. Pinto, B. Macrone (coordinadores), *Pessoa, Direito e direitos*, ACDCT, VOL. XIV (2022), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 211-248

como de una serie de recensiones⁹³. Del grupo⁹⁴ ha formado parte Luisa Antonioli. La investigación sobre este tema ha creado un vínculo científico de larguísima duración ya con Udo Reifner⁹⁵.

Durante la larga época neoliberal⁹⁶, mi colega de Facultad Riccardo Salomone habló, no sin razón, del declive del Derecho comparado del Trabajo⁹⁷. Es cierto que el Derecho del Trabajo regula un contrato tan importante que su contenido está ligado a las políticas económicas. De ello hablé en 2013, cuando fui invitado a pronunciar la *Sinzheimer Vorlesung* anual en la *Goethe-Universität Frankfurt am Main*, el 1 julio 2013⁹⁸. Es un hecho que en las elecciones de política económica también desempeñan un papel los modelos económicos que permiten formular hipótesis sobre sus repercusiones futuras. El jurista debe tener en cuenta estas dinámicas decisorias, pero, como ha puesto de manifiesto Lorenzo Luisetto, debe hacerlo participando en la elaboración de las premisas de programación de

Univesidad do Minho, 2017. V. también Ratti L. (editor), *Embedding the Principles of Life Time Contracts*, La Haya, Eleven, 2018.

⁹³ D. Hiez, *À propos des Life Time Contracts*, en *Revue trimestrelle de droit civil*, 2014 (4), págs. 817-827; J. Arias Varona, Recensión en *RPC*, 21, 2014, págs. 389-393; M. Tamm, Buchbesprechung in *Verbraucher und Recht*, 2015 (1) p. 39-40; P. G. Ortega Lozano, *Recension in Revista española de derecho del trabajo*, 174, 2015, págs. 287-291; E. Hondius, Review in *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 37, 2014 (8), págs. 308-309; H. Collins, Review in *European Review of Contract law*, 10, 2014 (3), págs. 466-472; H.-W.o Micklitz, en *Journal of Consum Policy* (2015) 38, pág. 108; M. Graziadei, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2014; C. Mark, en *European Journal of Comparative Law and Governance*, 2015, a imprimir.

⁹⁴ <https://www.eusoco.eu/?p=1012>.

⁹⁵ Junto con G. Howells, E. Kocher, D. Neuberger, hemos preparado *Sozialer Verbraucherschutz. Festschrift für Udo Reifner*, Baden Baden, Nomos, 2023.

⁹⁶ Para una lectura histórica más completa, respecto de la muy estereotipada que se ha elaborado hasta hoy, cfr. A. Leendertz, *Der Erschöpfte Staat: eine andere Geschichte des Neoliberalismus*, Hambur Edition, 2022, que acuñó la categoría del «*progressiver Neoliberalismus*».

⁹⁷ *Metodo comparato e misurazione del diritto*, en U. Golzio, F. Basenghi (al cuidado de), *Regole, politiche e metodo. L'eredità di Marco Biagi nelle relazioni del lavoro oggi*, Torino, Giappichelli, 2013. Sobre la manipulación del Derecho comparado del Trabajo, v. *In nome del diritto comparato del lavoro*, in *Nuvole*, 2005, núm. 26, págs. 75 ss.; *Problema e comparazione nella controversia sulla riforma del diritto del lavoro*, en *Pol. dir.*, 2012, págs. 43 ss. Considero bien conseguido, desde el punto de vista de la comparación, el ensayo *La nueva regulación italiana del despido injustificado puesta a prueba por el derecho comparado*, en *Civitas*, 2013, págs. 17-51.

⁹⁸ *Das italienische Arbeitsrecht im Kontext der Krise*, en *Arbeit und Recht*, 2014, núm. 2, págs. 58 ss. y núm. 3, págs. 93 ss.

los propios modelos, e invocando una continua verificación empírica⁹⁹. De ahí la necesidad de lo que él llama un enfoque de *law & empirical labour economics*.

⁹⁹ Para una ejemplificación, v. L. G. Luisetto, L. Nogler (al cuidado de), *Una nuova agenda statunitense di contrasto al monopsonio nei mercati del lavoro*, Fondazione Brodolini, Roma, en https://www.fondazionebrodolini.it/sites/default/files/pubblicazioni/file/Q63_WEB.pdf. ACDCT, VOL. XIV (2022), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 211-248

**LA DIRECTIVA 2019/1158, DE 20 DE JUNIO, RELATIVA A LA
CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR Y PROFESIONAL DE
LOS PROGENITORES Y CUIDADORES. SU TRANSPOSICIÓN AL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL**

*[DIRECTIVE 2019/1158, OF 20 JUNE 2019, ON WORK-LIFE BALANCE
FOR PARENTS AND CARERS. ITS IMPLEMENTATION INTO SPANISH
LAW]*

Susana Rodríguez Escanciano

Fecha de recepción: 23 de marzo de 2023

Fecha de aceptación: 11 de abril de 2023

Sumario: I. LA ECUACIÓN TRABAJO Y FAMILIA. SESGOS DE GÉNERO.- II. DE LA CONCILIACIÓN A LA CORRESPONSABILIDAD.- 1. La evolución en el Derecho europeo.- 2. Avances en el sistema normativo interno. Repaso de los hitos principales.- III. LOS PERMISOS EN LA DIRECTIVA 2019/1158. RECEPCIÓN EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.- 1. Permiso parental.- 2. Cuidado de hijo a disfrutar por el segundo progenitor.- 3. Atención de necesidades familiares urgentes.- A) La sensibilidad del legislador con las circunstancias familiares sobrevenidas.- B) El Real Decreto Ley 2/2023.- C) La proyectada Ley de Familias.- 4. Permiso por cuidados.- A) Trabajadores/as y cuidadores/as. Confluencia de roles.- B) El olvido de las/os cuidadoras/es no profesionales.- IV. TRABAJO FLEXIBLE.- 1. La redacción de la norma europea.- 2. Contenido del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores.- 3. Solicitud, reconocimiento y denegación.- V. CONCLUSIONES.- VI. BIBLIOGRAFÍA.

Contents: I. THE WORK-FAMILY EQUATION. GENDER BIASES.- II. FROM RECONCILIATION TO CO-RESPONSIBILITY.- 1. Developments in European law.- 2. Advances in the domestic legal order. Review of the main milestones.- III. LEAVES IN DIRECTIVE 2019/1158. RECEPTION IN THE WORKERS' STATUTE.- 1. Parental leave.- 2. Care of a child to be taken by the second parents. 3.-

Care of urgent family needs.- A) The legislator's sensitivity to the family circumstances that have arisen.- B) Royal Decree-act 2/2023.- C) The projected Families Act.- 4.- Leave for caregiving.- A) Employees and caregivers. Confluence of roles.- B) The oblivion of non-professional caregivers.- IV. FLEXIBLE WORK.- 1. The wording of the European provision.- 2. Content of article 34.8 of the Workers' Estatute.- 3. Application, recognition and refusal.- V. CONCLUSIONS.- VI. BIBLIOGRAPHY.

Resumen: La transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2019/1158 va a exigir profundizar en el diseño de medidas que apuesten por el reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, facilitando a ambos sexos, en igualdad de oportunidades, conciliar la vida familiar y laboral. Además, va a requerir que se establezcan mecanismos para que las personas que ejercen sus derechos de conciliación no sufran perjuicio alguno ni trato discriminatorio. Asimismo, teniendo en cuenta que la norma comunitaria formula un reconocimiento más amplio de las necesidades de conciliación, que no se circunscriben ya únicamente a las tareas de crianza y educación de los hijos e hijas, sino que incluyen el cuidado de mayores, enfermos y dependientes convivientes, es necesario formular nuevos permisos con un ámbito de aplicación más amplio, sin olvidar facilitar fórmulas flexibles en la prestación de la actividad laboral que no resten dedicación a los quehaceres profesionales.

***Abstract:** The incorporation of Directive 2019/1158 into the Spanish legal system will require the design of measures that are committed to the balanced distribution of family responsibilities, making it easier for both sexes, with equal opportunities, to combine work and family life. In addition, it will require the establishment of mechanisms to guarantee that people who exercise their rights to work-life balance do not suffer any prejudice or discriminatory treatment. Also, taking into account the fact that Community legislation provides for a broader recognition of work-life balance needs, which are no longer limited to child-rearing and education tasks, but also include the care of elderly, sick and dependent people living with them, it is necessary to formulate new permits with a more extensive field of application, without forgetting to facilitate*

flexible ways of providing work activities that do not take away from professional duties.

Palabras clave: Conciliación, Convivientes, Corresponsabilidad, Cuidados, Hijos/as, Ley de Familias, Mujer, Personas dependientes

Keywords: Care, Children, Cohabitants, Co-responsibility, Dependents, Family Law, Women, Work-life balance

* * *

I. LA ECUACIÓN TRABAJO Y FAMILIA. SESGOS DE GÉNERO

La coexistencia de obligaciones profesionales y familiares en la vida de quienes trabajan no siempre ha tenido natural acomodo, lo que ha generado frecuentemente un ámbito de conflicto capaz de reclamar la intervención de los poderes públicos. La respuesta, tanto de la Unión Europea como de los Estados miembros, ha sido desde hace décadas la articulación de medidas de conciliación de la vida laboral y privada de las personas trabajadoras. El objetivo de tales instrumentos consistió, fundamentalmente, en prever soluciones para que aquellas puedan atender tanto su trabajo como su vida personal restando dedicación a la primera de las variables enunciadas.

Así, la vertebración legal tradicional se ha concentrado en la búsqueda de espacios temporales, generalmente arrancados al trabajo, con la finalidad de que el afectado pueda, de un lado, atender sus necesidades biológicas o sociales y, de otro, cumplir con sus obligaciones profesionales, contemplando, explícita o implícitamente, la situación de las mujeres trabajadoras y su habitual sometimiento a doble jornada: trabajo y familia. Es más, inicialmente la mayor parte de estas intervenciones presentaba un carácter femenino, lo que enfatizaba su rol de cuidadoras familiares¹. En otros casos, su formulación neutra no impedía que fueran mayoritariamente las mujeres sus destinatarias² debido a la consideración “inferior” del trabajo de estas últimas, “subordinado” al de los hombres³. Esta visión clásica de las medidas de conciliación ahondaba en los estereotipos de género, al pivotar sobre la posibilidad de otorgar tiempo (ausencias al

¹ CASAS BAAMONDE, M.E.: “¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 1, 2017, p. 7.

² MARTÍNEZ MORENO, C.: “Vida privada y relación de trabajo. A propósito de la posibilidad de pactar individualmente las condiciones de ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral”, *Tribuna Social*, nº 97, 2007, pp. 20 y 22, o BALLESTER PASTOR, M.A.: *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de sexo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, p. 100.

³ CASAS BAAMONDE, M.E.: “Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 3, 2019, p. 236, o CABEZA PEREIRO, J.: “Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre hombres y mujeres”, en VV.AA.: *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos* (CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., Dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 85.

trabajo), de forma remunerada o no, para que la trabajadora, cuidadora clásica y tradicional de los menores, de los mayores, de los enfermos y de las personas con discapacidad, pudiera atender sus responsabilidades domésticas, minorando el período dedicado a sus actividades laborales⁴.

Denominador común de las disposiciones comunitarias y españolas primigenias destinadas a facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar es su inclusión en el entramado más extenso de una política antidiscriminatoria, amparada en un hecho incuestionable: la causa última de la situación de preterición de la mujer en el mercado de trabajo es el “género”, es decir, la asignación de los roles sociales de cuidados en función del sexo de las personas y la desigual valoración en un sistema económico de mercado. En el fondo, el vínculo entre la conciliación de la vida familiar y laboral y la desigualdad de la mujer estriba en que esta última se convierte en una segregación hacia la madre o más bien hacia la cuidadora. Con ser cierto lo anterior, no cabe ocultar tampoco que si la discriminación de la mujer es consecuencia de factores económicos y jurídicos, pero también sociales, la normativa sobre igualdad, aunque constituye el presupuesto necesario, no es suficiente.

Ante tal panorama comenzó a asumirse que, para conseguir un buen encaje entre las obligaciones laborales y familiares, no bastaba con facilitar a las mujeres la concesión de momentos de asueto en el trabajo para destinarlos al cuidado de los hijos o personas dependientes, pues ello provocaba la desvinculación de su entorno laboral, su dedicación a tiempo parcial, menores posibilidades en su progresión retributiva o para retomar tardíamente su carrera, con el inherente descenso en la atención por el sistema de Seguridad Social⁵, todo ello enarbolado con un denostado efecto *boomerang* al considerar muchos empresarios que se trataba de una mano de obra más cara. Se requiere ahora más bien el diseño de medidas, no sólo neutras, sino personales e intransferibles, capaces de permitir la asunción de responsabilidades familiares tanto por hombres como por mujeres, así como la adopción de políticas tendentes a equiparar tales quehaceres entre los dos sexos, para que las disposiciones adoptadas puedan ser solicitadas en igual

⁴ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “La necesaria reorientación de la conciliación de la vida profesional y familiar y la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, nº 19, 2011, p. 23.

⁵ CES: “Conciliación del trabajo y vida familiar: licencias parentales”, *Panorama sociolaboral de la mujer en España. Boletín elaborado por el Area de Estudios y Análisis*, nº 38, 2004, p. 1.

medida por ambos, admitiendo, en paralelo, fórmulas flexibles en la prestación de la actividad laboral sin restar dedicación⁶.

Habrà que operar, en consecuencia, teniendo en cuenta la dimensión social del problema, pues sólo una redistribución del trabajo doméstico y de las responsabilidades familiares permitirá a las mujeres competir con los hombres en condiciones de igualdad en el mercado de trabajo, no en vano la conciliación de la vida familiar y laboral no debe ser un problema exclusivamente femenino, de suerte que una de las claves del éxito de las nuevas políticas destinadas a favorecer la armonización de tiempos vitales entre el ámbito familiar y el laboral reside en conseguir que los derechos orientados a ese objetivo sean ejercitados indistintamente y en las mismas condiciones por trabajadores y trabajadoras, apostando por el reparto equilibrado de las ocupaciones de cuidado de los hijos y de otros familiares física o mentalmente dependientes⁷.

Estas son las premisas de las que parte la Directiva 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores, que no sólo aboga por el mencionado reparto equilibrado, adoptando una perspectiva individualizada para lograr una distribución ecuánime de la titularidad de los derechos⁸, sino que establece la obligación de que los Estados miembros configuren mecanismos para que no sufran perjuicio alguno ni trato discriminatorio las personas que ejerzan sus derechos de conciliación. Esta formulación es consecuente con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁹, en la que se ha establecido que, sobre la base de una mayor afectación femenina, la discriminación por ejercicio de derechos de conciliación puede ser constitutiva de discriminación indirecta por razón de sexo.

II. DE LA CONCILIACIÓN A LA CORRESPONSABILIDAD

⁶ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”, *Lex Social*, Vol. 11, nº 1, 2021, p. 40.

⁷ RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: “Tiempo de trabajo y conciliación. Premisas para un reparto equilibrado bajo el principio de corresponsabilidad”, *Trabajo y Derecho*, nº 13, 2021.

⁸ NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: “Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en cuidado del lactante y adaptación de jornada por motivos familiares”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 55, 2020, p. 110.

⁹ STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/18, asunto Praxair.

Aun cuando “las labores de cuidado no tienen rostro; sin embargo, su tradicional vinculación al femenino ha supuesto un lastre para la plena integración de las mujeres en el mundo laboral”, razón por la cual uno de los ejes fundamentales de actuación en aras a conseguir un “trabajo decente y sostenible” ha de ser, en la línea marcada por la “Agenda Global de la ONU 2030”, sustentar un reparto igualitario de los tiempos de cuidado y de los tiempos profesionales¹⁰. Como con acierto ha sentado la doctrina, hay una forma simple de conceptualizar la corresponsabilidad, cual es la igualdad de género, de oportunidades, en la conciliación; es decir, la toma de conciencia de que la conciliación debe ser necesariamente una expresión del derecho a la no discriminación por razón de sexo¹¹.

Esta formulación, sobre la que pivota la Directiva 2019/1158, ha ido precedida de una serie de hitos, tanto en el Derecho Comunitario como en el sistema jurídico español.

1. La evolución en el Derecho Europeo

En la Unión Europea, el balance familia-trabajo ha sido un tema central y consustancial a su propia evolución normativa, convirtiéndose en la punta de lanza del derecho a la paridad de género, al igual que ha sucedido en otros foros internacionales, debiendo reconocer, en este último marco, la singular importancia de la actuación de la OIT, emprendida a partir de la Recomendación 123 sobre el empleo de “mujeres con responsabilidades familiares” de 1965 y seguida por el Convenio núm. 156 de 1981 y la Recomendación número 165 del mismo año sobre “trabajadores –no sólo mujeres—con responsabilidades familiares”¹².

¹⁰ RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma imprescindible para conseguir el trabajo decente”, *Lex Social*, Vol. 11, nº 1, 2021, p. 40.

¹¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la Unión Europea. De la maternidad a la corresponsabilidad”, *Femeris*, Vol. 7, nº 2, 2022, p. 14.

¹² SACRISTAN ROMERO, F.: “Reflexiones sobre algunas Directivas de la UE relevantes en materia de conciliación de la vida familiar y laboral”, *Justicia Laboral*, nº 300, 2007, pp. 47 y ss.

El término conciliación de la vida laboral y familiar se cita por primera vez en el Plan de Acción Social de la CEE del año 1974, donde la Comunidad se compromete a asegurar que las responsabilidades de todos los afectados puedan ser conciliadas con sus aspiraciones laborales¹³. A partir de este instrumento, la conciliación corresponsable y, en directa relación con ella, la mencionada igualdad de género, se han convertido, después de un largo periplo con avances y retrocesos, en principios sociales de primer orden. Así lo ponen de manifiesto numerosos documentos jurídicos entre los que puede mencionarse la Carta Social Europea revisada, hecha en Estrasburgo en 1996, que afirma que los trabajadores con cargas familiares no pueden ser sometidos a discriminación alguna y deben ser protegidos, procurándose, en la medida de lo posible, evitar el conflicto entre el empleo y las responsabilidades familiares (parte 1 apartado 27)¹⁴. Buena muestra también del progresivo cambio de modelo en el planteamiento de la conciliación en aras a superar su visión inicial de exclusivo rostro femenino, puede encontrarse en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, que, después de referirse a la prohibición de discriminación por razón de sexo y de la orientación sexual (art. 21), a la igualdad de género (art. 23) y a la protección de la familia, trae a colación la necesidad de proteger a los trabajadores contra los despidos por causas relacionadas con la maternidad, así como la oportunidad de establecer un permiso pagado por maternidad y un permiso parental vinculado al nacimiento y la adopción (art. 33)¹⁵.

Descendiendo de lo general a lo más particular, cabe hacer referencia al siguiente elenco de Directivas como canales normativos más significativos: la Directiva 92/85, de 19 de octubre de 1992, 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 derogada Directiva 96/34, de 3 de junio, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, a la que sustituyó la actualmente derogada Directiva 2010/18, de 8 de marzo, por la que se aplica el Acuerdo marco

¹³ DE JESÚS SILVANO, S.M.: “Breve síntesis del alcance del nuevo derecho de los trabajadores a la adaptación de la jornada para compatibilizar la vida laboral y familiar”, *Diario La Ley*, nº 9581, 2020, p. 3.

¹⁴ MORENO SERRANO, M.: “El permiso para el cuidado del lactante tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 6/2019”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 10, 2020, p. 1312.

¹⁵ RODRÍGUEZ RUÍZ, B.: “La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral o de la dimensión doméstica de la ciudadanía”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 103, 2015, pp. 355 y ss.

revisado, a su vez sustituida por la nueva Directiva 2019/1158, de 20 de junio, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores; la Directiva 96/97, de 20 de diciembre, por la que se modifica la Directiva 86/378, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social; la Directiva 2006/54, de 5 de julio, relativa a la igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que protege la maternidad y el embarazo desde un punto de vista general antidiscriminatorio que aboga por la expresa asimilación de la discriminación por embarazo y maternidad a la discriminación por razón de sexo; la Directiva 2010/41, de 7 de julio, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, por la que se deroga la Directiva 86/613¹⁶; así como la Directiva 79/7, de 19 de noviembre de 1978, por la que quedó tutelada la prohibición de la discriminación sexista en materia de Seguridad Social, configurando una serie de excepciones que son las únicas que pueden justificar diferencias de trato entre hombres y mujeres.

Ello sin olvidar hacer mención a la proyectada reforma de la Directiva de maternidad (la actual 92/85)¹⁷, pues a finales de 2008 la Comisión Europea se planteó reforzar la protección de las trabajadoras en situación de maternidad formulando la ampliación de la duración del permiso a 18 semanas. El Parlamento Europeo rechazó esta modificación poniendo de manifestó su inviabilidad, con el argumento de un posible efecto *boomerang* que podría causar un mayor perjuicio que beneficio a las mujeres, al desincentivar su contratación. Además, la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento Europeo, consideró la iniciativa como una modificación bastante modesta, apostando por una ampliación del permiso de maternidad a 20 semanas, idea que fue rechazada al contar con la oposición de algunos Estados¹⁸.

¹⁶ NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: “La maternidad y paternidad en el Derecho de la Unión Europea”, *Actualidad Laboral*, nº 14, 2011, pp. 1652 y ss.

¹⁷ CABEZA PEREIRO, J.: “Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre hombres y mujeres”, en VV.AA.: *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos* (CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., Dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011, p. 85.

¹⁸ RECHE TELLO, N.: “La nueva Directiva de conciliación de los progenitores y los cuidadores: ¿otra oportunidad perdida?”, *Revista de Derecho Social*, nº 89, 2020, p. 70.

Pese a este fracaso, la línea general de progresión en la tutela es indudable en las citadas normas de Derecho derivado, que también se deja ver en otros documentos de gran calado social promulgados en el seno de la Unión Europea, pudiendo mencionar como más destacados el principio 9 del Pilar Europeo de Derechos Sociales proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017, que refuerza el objetivo de la corresponsabilidad y sugiere el derecho a la adaptación de la jornada con el siguiente tenor: "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 de acceso a permisos especiales para cumplir con sus responsabilidades asistenciales y debe animárseles a utilizarlos de forma equilibrada"¹⁹. Igualmente, es menester aludir a la nueva Estrategia para la Igualdad de Género 2020-2025, en la que, después de hacer un diagnóstico de la situación laboral de las mujeres, se aboga por acabar con la violencia y los estereotipos de género, garantizar la igualdad de participación y de oportunidades en el mercado laboral y alcanzar el equilibrio de género en la toma de decisiones y en la política.

En fin –como último hito digno de mención--, la nueva Directiva 2019/1158, que deroga la Directiva 2010/18, marca un camino de avance en una materia en la que existen todavía divergencias muy significativas entre los Estados miembros, con muy diferentes “velocidades” en su regulación²⁰. Persigue la asunción igualitaria, por hombres y por mujeres, de las responsabilidades familiares, facilitando a ambos sexos, en igualdad de oportunidades, conciliar la vida personal, familiar y laboral. Además, formula un reconocimiento más amplio de las necesidades de conciliación, que no se circunscriben ya únicamente a las tareas de crianza y educación de los hijos e hijas, sino que incluyen el cuidado de mayores, enfermos y dependientes, teniendo en cuenta los cambios demográficos asociados al envejecimiento de la población. A tales fines, las principales medidas y estándares mínimos a cumplir por todos los Estados miembros consisten en la implementación o la existencia de: 1) Un permiso de paternidad de al menos diez días laborables remunerado como mínimo al nivel de la prestación por incapacidad temporal. 2) Un permiso parental de al menos

¹⁹ RAMOS QUINTANA, M.: “El Pilar Europeo de Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea”, *Revista de Derecho Social*, nº 77, 2017, pp. 19 y ss.

²⁰ LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J.: “La adaptación de la Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento jurídico español”, *Femeris*, Vol. 7, nº 2, 2022, p. 70.

cuatro meses, aunque solo dos deben ser remunerados e intransferibles. 3) Un permiso para cuidar de una persona de la unidad familiar de un mínimo de cinco días al año. 4) El derecho a solicitar una reducción de la jornada laboral así como medidas de flexibilidad en el tiempo y el lugar de trabajo en favor de las personas trabajadoras con hijas e hijos de hasta al menos ocho años y de las personas cuidadoras²¹.

2. Avances en el sistema normativo interno. Repaso de los hitos principales

El ordenamiento jurídico español también ha dado algunas muestras de una evolución, todavía incipiente, tendente a superar la inicial finalidad protectora de las normas dirigidas a la maternidad y al cuidado de los menores y mayores cuyo destinatario era la mujer trabajadora en exclusiva, para transitar tímidamente hacia el reconocimiento de derechos de corresponsabilidad familiar a los trabajadores, hombres y mujeres, de forma indeterminada e individualizada²². Así, los derechos legales de conciliación han pasado, en algunas iniciativas recientes, a encontrar su razón de ser en el reparto ecuánime de los tiempos de trabajo y vida (personal y, sobre todo, familiar) de las personas trabajadoras y en la lógica de la corresponsabilidad entre los sexos para terminar con el denostado papel tradicional de la mujer y del hombre en la sociedad y en la familia. Se trata de que varones y féminas compartan su tiempo de trabajo con su tiempo de cuidados familiares y de necesidades vitales, rompiendo la tradicional separación del “mundo remunerado masculino” frente al “mundo no productivo femenino”, en el que la organización social patriarcal ha situado las tareas reproductivas y de cuidados familiares y domésticos²³. De ahí que se vaya avanzando en la consecución de la efectiva igualdad, implantando derechos de titularidad indistinta y compartida por mujeres y

²¹ JURADO GUERRERO, T.: “Presentación”, *Revista IgualdadES*, nº 7, 2022, p. 577.

²² BALLESTER PASTOR, M.E.: “Del trabajo al trabajo de calidad: los nuevos retos de las políticas de empleo femeninos”, en VV.AA.: *Estudios sobre diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer* (MOYA AMADOR, R., Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2016, p. 52.

²³ CASAS BAAMONDE, M.E.: “Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 3, 2019, p. 236, o GONZÁLEZ DE PATTO, M.R.: “Cuestiones básicas sobre las políticas de empleo y contratación de la mujer”, en VV.AA., *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer* (MOYA AMADOR, R., Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2016, p. 82.

hombres, a excepción –lógicamente-- de aquellos relacionados con el embarazo y la maternidad biológica amparados bajo un claro hecho biológico diferencial²⁴.

Algunos han sido los pasos avanzados en esta senda desde el ordenamiento jurídico español, pudiendo mencionar sin necesidad de remontarnos a antecedentes más lejanos: la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida laboral y familiar²⁵; la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Protección Integral contra la violencia de género; la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva entre mujeres y hombres; la Ley 15/2005, de 8 de julio, que ha modificado el art. 68 del Código Civil para establecer que los cónyuges deberán “compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”; el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación; el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, por el que se aprueba el Plan Mecuida, cuyo objetivo se centra en la atención de las necesidades familiares surgidas con motivo de la expansión de la pandemia por la covid-19; o la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y no discriminación²⁶, que pretende conseguir una auténtica igualdad capaz de superar, dentro de la discriminación genérica de la mujer un fenómeno más específico y más grave, el de la mujer con responsabilidades familiares, que es objeto de una doble discriminación por su condición femenina y por su posición familiar, lo cual significa una carga real de actividad, acompañada de una “pobreza de tiempo disponible” y, cómo no, de una precariedad laboral y de una minoración salarial, que derivan de la competencia desigual entre hombres y féminas en el mercado laboral²⁷.

²⁴ LANTARÓN BARQUÍN, D.: “Transparencia salarial y otras reflexiones a propósito de la discriminación por razón de género”, en VV.AA.: *Género y no discriminación* (MONSALVE CUÉLLAR, M.E., Coord.), Madrid, Alderabán, 2019, p. 118.

²⁵ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La familia en el ámbito jurídico-laboral. Situación y protección*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 20.

²⁶ LÓPEZ CUMBRE, L.: “Una Ley integral para la igualdad de trato y una ley orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres. ¿Concurrencia o necesidad?”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 64, 2003.

²⁷ FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: “La doble jornada femenina”, en VV.AA.: *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades* (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2006, p. 120.

Importante ha sido también la labor del Máximo Intérprete de la Norma Fundamental, pues ha dejado clara “la dimensión constitucional... de todas aquellas medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), como desde el mandato de la protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), perspectiva que ha de prevalecer y servir de orientación para cualquier duda interpretativa”²⁸.

Pese a todos estos avances, como seguidamente se tratará de explicar, la transposición de la nueva Directiva 2019/1158, de 20 de junio, a través de la proyectada Ley de Familias, actualmente en fase de tramitación parlamentaria, va a abrir nuevas posibilidades más incisivas en relación con la configuración neutra en el diseño de facilidades intransferibles para el cumplimiento de las responsabilidades familiares²⁹, máxime cuando introduce una reforma en el art. 4.2 Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET), referente a los derechos de las personas trabajadoras en la relación laboral, especificando que el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral será constitutivo de discriminación por razón de sexo.

III. LOS PERMISOS EN LA DIRECTIVA 2019/1158. RECEPCIÓN EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

La Directiva de 2019 introduce varios contenidos básicos en la senda de la corresponsabilidad³⁰, pues incorpora medidas individualizadas dirigidas a fomentar el ejercicio por varones, atribuyendo un derecho específico a cada progenitor sin posibilidad de transferencia, creando derechos de titularidad masculina o reservando al padre un período del

²⁸ SSTCo 3/2007, de 15 de enero y 108/2019, de 30 de septiembre.

²⁹ MARTÍNEZ MORENO, C.: “Vida privada y relación de trabajo. A propósito de la posibilidad de pactar individualmente las condiciones de ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral”, *Tribuna Social*, nº 97, 2007, pp. 20 y 22.

³⁰ BALLESTER PASTOR, M.A.: “De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 11, 2019, p. 1120, autora a quien se sigue en esta exposición.

permiso parental indistinto³¹. Algunos de sus pasajes ya han sido incorporados (e incluso superados) por el ordenamiento jurídico español y otros lo serán en un breve espacio de tiempo con la aprobación de la Ley de Familias.

1. Permiso parental

Contando con el precedente de la Directiva 2010/18, que recogía un permiso parental mínimo de cuatro meses, de los cuales al menos uno debía tener carácter intransferible y podía disfrutarse a tiempo completo o parcial, dejando, no obstante, libertad a los Estados para tomar en consideración en su regulación “el papel que desempeñan los ingresos – entre otros factores—en la utilización de tal permiso”³², la actual Directiva 2019/1158 mantiene la extensión temporal del permiso y la formulación de los destinatarios (ambos progenitores), varones y féminas, por el motivo del nacimiento o de la adopción de un hijo, para poder cuidarlo³³.

Pese a estas coincidencias, la Directiva 2019/1158 incorpora una serie de novedades, pudiendo mencionar como más significativas las siguientes: reconoce la posibilidad de disfrute hasta que el hijo cumpla ocho años; aumenta de uno a dos meses la duración del permiso parental que no puede ser transferido; pergeña la necesidad de justificación por escrito por parte del empleador en caso de aplazamiento del permiso parental fundado en “la alteración del buen funcionamiento de la empresa”, debiendo ofrecer formas flexibles de disfrute; y atribuye la naturaleza jurídica de permiso (de

³¹ LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La construcción de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como derechos fundamentales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 8, 2019, p. 785.

³² RECHE TELLO, N.: “La nueva Directiva de conciliación de los progenitores y los cuidadores: ¿otra oportunidad perdida?”, *Revista de Derecho Social*, nº 89, 2020, p. 72.

³³ CABEZA PEREIRO, J.: “Tiempo de trabajo, racionalización de horarios y conciliación en España”, en VV.AA.: *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado* (MELLA MÉNDEZ, L., Dir.), Madrid, Delta, 2015, p. 114, o RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Los permisos parentales: Avances y retrocesos tras las últimas reformas*, Albacete, Bomarzo, 2013, pp. 23 y ss.

ausencia), lo cual deja fuera, en principio, las interrupciones o reducciones de jornada³⁴.

Bajo el nuevo enunciado de la Directiva 2019/1158, el Estado miembro o los interlocutores sociales definirán la remuneración o prestación económica inherente, y lo harán de manera que se facilite que ambos progenitores puedan disfrutar el permiso parental. Esta última afirmación está sugiriendo que debe acercarse a la cuantía recibida en activo pero resulta claro que la Directiva 2019/1158 no lo establece de modo obligatorio ni fija un mínimo a respetar³⁵. Precisamente al no precisar un estándar mínimo para su remuneración se incurre en lo que se quería evitar, que el uso de las políticas de conciliación no tenga un sesgo de género para no agudizar la brecha salarial y en la pensión de jubilación entre hombres y mujeres³⁶. Este es el principal escollo³⁷, pues la inexistencia de recursos pecuniarios durante el disfrute del permiso parental aboca a su no utilización en caso de unidades familiares con escasos recursos económicos, circunstancia que puede afectar de forma desproporcionada a las familias monoparentales. Por otro lado, y a causa de los patrones tradicionales socialmente aceptados, la percepción de ingresos está estrechamente vinculada a un deseable incremento de los porcentajes de utilización masculina de estos derechos, pues normalmente quienes se han venido acogiendo a este tipo de permisos son las mujeres, pues sus retribuciones son más bajas y, por tanto, más fácilmente prescindibles para la economía familiar. Como con acierto se ha dicho, “solo con una remuneración similar al salario recibido y con la intransferibilidad se puede conseguir la participación de los varones en el cuidado”³⁸.

El ordenamiento español, desde hace ya cuatro años, respeta (e incluso mejora) el contenido de la Directiva, pues el Real Decreto Ley 6/2019 unifica la licencia por maternidad biológica y el permiso por

³⁴ BALLESTER PASTOR, M.E.: “De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 11, 2019, p. 1120.

³⁵ BALLESTER PASTOR, M.E.: “De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”, cit., p. 1122.

³⁶ JURADO GUERRERO, T.: “Presentación”, *Revista IgualdadES*, nº 7, 2022, p.575.

³⁷ DE LA CORTE RODRÍGUEZ, M.: “El permiso parental en la Unión Europea”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 28, 2012, p. 55.

³⁸ RECHE TELLO, N.: “La nueva Directiva de conciliación de los progenitores y los cuidadores: ¿otra oportunidad perdida?”, *Revista de Derecho Social*, nº 89, 2020, p. 77.

paternidad en una sola institución denominada permiso por nacimiento y cuidado de menor (art. 48.4 ET), ajustando su contenido, con anticipación, a los criterios establecidos por la Directiva Europea, pues cumple con las cuatro claves para un ejercicio compartido de los derechos de conciliación: titularidad individual, ejercicio intransferible, duración igual y remuneración íntegra³⁹. Según el actual art. 48.4 ET, “el nacimiento suspenderá el contrato de trabajo del progenitor distinto de la madre biológica durante 16 semanas”. Este derecho, de aplicación gradual ya consumada⁴⁰, es individual de la persona trabajadora sin que pueda transferirse, entendiendo el Tribunal Supremo que las familias monoparentales no tienen derecho a acumular el permiso de maternidad y paternidad⁴¹. La suspensión del contrato de trabajo, transcurridas las primeras seis semanas inmediatamente posteriores al parto, podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o parcial (lo que posibilita que se mantenga el contacto con la empresa y viene a suponer en la práctica una reducción de jornada retribuida sin perjuicio económico al complementarse el salario parcial con la prestación de Seguridad Social parcial), si bien esta segunda posibilidad no constituye un derecho de padre/madre sino que está condicionada al acuerdo con el empresario⁴².

El proyecto de Ley de Familias permite no solo el anticipo por la madre biológica del ejercicio de la suspensión hasta cuatro semanas antes de la fecha previsible del parto, sino, como novedad, que la persona progenitora distinta de la madre biológica pueda anticipar su ejercicio hasta diez días antes de dicha fecha.

Además, en los supuestos de concesión de dos semanas adicionales a cada uno de los progenitores en los supuestos de discapacidad del hijo/a o de parto múltiple, el proyecto de Ley de Familias añade que “en caso de haber una única persona progenitora, esta podrá disfrutar de las

³⁹ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Trabajo y corresponsabilidad familiar: análisis a la luz de la Directiva 2019/1158”, *Diario La Ley*, nº 9600, 2020.

⁴⁰ Dos semanas ininterrumpidas después del nacimiento en 2019, cuatro semanas en 2020 y seis semanas ininterrumpidas tras el parto de las dieciséis semanas en 2012. Disposición transitoria 3ª ET.

⁴¹ STS 2 febrero 2023 (rec. 3972/2020).

⁴² PASTOR MARTÍNEZ, A.: “Las medidas laborales del Real Decreto Ley 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 educación: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad”, *IusLabor*, nº 1, 2019, p. 201.

ampliaciones completas previstas en este apartado para el caso de familias con dos personas progenitoras”.

En paralelo, el nacimiento y cuidado del menor irá acompañado de una prestación económica, tanto para la maternidad como para la paternidad, del 100 por 100 de la base reguladora que se toma en cuenta para el cálculo de la incapacidad temporal por contingencias comunes con los mismos requisitos de cotización para ambos progenitores⁴³. En este sentido, aun cuando el subsidio especial de 42 días se reserva para aquellas trabajadoras que no cumplan el período mínimo de carencia en los supuestos de nacimiento, cabe felicitar por la doble ampliación operada en la formulación legal: por una parte, de los sujetos beneficiarios que supone la inclusión del otro progenitor distinto a la madre biológica y la otra persona adoptante, guardadora o acogedora de la pareja que no hubiera disfrutado en su totalidad de la suspensión por maternidad; por otra, de la duración de la prestación y la forma de disfrute, permitiendo que una parte de esta se pueda desarrollar a lo largo del primer año del nacimiento o de la obtención de la resolución judicial o administrativa⁴⁴.

Ahora bien, aun cuando el permiso por nacimiento de hijo de dieciséis semanas que el art. 48.4 ET reconoce al otro progenitor pudiera utilizarse a efectos de cumplir con la exigencia de un permiso parental retribuido de una duración mínima de dos meses reconocido en la Directiva, lo cierto es que este trasvase provocaría una asimetría en la regulación de los derechos de conciliación de hombres y mujeres, muy poco recomendable desde una perspectiva de corresponsabilidad⁴⁵. De ahí el acierto del proyecto de Ley de Familias que opta por mantener la atribución al otro progenitor del permiso por nacimiento y cuidado del menor e incorporar un nuevo permiso parental específico en el art. 48 bis ET, destinado al “cuidado de hijo, hija o menor acogido por tiempo superior a un año, hasta el momento en que el menor cumpla ocho años. Este permiso, de duración no superior a ocho semanas, continuas o discontinuas, podrá disfrutarse a

⁴³ ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La prestación por nacimiento y cuidado del menor, fruto de la reforma introducida por el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantizar la igualdad de trato entre mujeres y hombres”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 219, 2019, pp. 229 y ss.

⁴⁴ ROMERO BURILLO, A.M.: “De la prestación por maternidad a la prestación por nacimiento y cuidado de menores: una aproximación a la regulación contenida en el Real Decreto Ley 6/2019”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 224, 2019, pp. 83-85.

⁴⁵ LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J.: “La adaptación de la Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento jurídico español”, *Femeris*, Vol. 7, nº 2, 2022, p. 75.

tiempo completo, o en régimen de jornada a tiempo parcial”. Constituye un derecho individual de las personas trabajadoras, hombres o mujeres, sin que pueda transferirse su ejercicio y “corresponderá a la persona trabajadora especificar la fecha de inicio y fin del disfrute o, en su caso, de los períodos de disfrute, debiendo comunicarlo a la empresa con una antelación de diez días o la concretada por los convenios colectivos, salvo fuerza mayor, teniendo en cuenta la situación de aquella y las necesidades organizativas de la empresa”. Además, “en caso de que dos o más personas trabajadoras generasen este derecho por el mismo sujeto causante o en otros supuestos definidos por los convenios colectivos en los que el disfrute del permiso parental en el período solicitado altere seriamente el correcto funcionamiento de la empresa, ésta podrá aplazar la concesión del permiso por un período razonable, justificándolo por escrito y después de haber ofrecido una alternativa de disfrute más flexible.

La duración de este permiso “se incrementará de forma progresiva, de tal forma que: a) En 2023, será de seis semanas. b) En 2024, será de ocho semanas” (disposición transitoria 15ª ET).

2. Cuidado de hijo a disfrutar por el segundo progenitor

La Directiva 2019/1158 reconoce el derecho a “la ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los padres o, cuando y en la medida en que esté reconocido por la legislación nacional, un segundo progenitor equivalente con ocasión del nacimiento de un hijo a fin de facilitarle cuidados” (art. 4). La palabra padres y segundo progenitor no tiene el mismo sentido. La primera se refiere exclusivamente al sexo masculino y la segunda a ambos sexos. En todo caso, la referencia al segundo progenitor equivalente cubre las diversas fórmulas familiares entre personas del mismo sexo.

Este permiso, cuya duración mínima deberá alcanzar al menos 10 días, está dirigido, pues, al progenitor que no es la madre biológica. Permite, por tanto –y dicho en sentido contrario–, el acceso de féminas únicamente en el caso de unidades familiares no heterosexuales. Se concede, además, con independencia del estado civil o familiar del trabajador, lo cual es un considerable avance en sociedades más tradicionales que la española. Queda, no obstante, a la decisión de los Estados determinar si el asueto

puede disfrutarse antes del nacimiento, después o con fórmulas flexibles y si se extiende o no a los supuestos de adopción. Sin embargo, los ordenamientos internos no podrán condicionar este beneficio a requisitos de períodos de trabajo anteriores o antigüedad del trabajador.

Además, de acuerdo con el art. 8 de la Directiva 2019/1158, las legislaciones nacionales (o la autonomía colectiva) garantizarán la percepción de una remuneración (a cargo del empleador, se entiende) o una prestación (a cargo de la Seguridad Social), que como mínimo será equivalente a la que correspondería por una interrupción del trabajo por motivos de salud. Esta compensación puede condicionarse a un período de trabajo previo, que no puede ser superior a seis meses.

Aun cuando no hay una recepción expresa en nuestro sistema jurídico del permiso de 10 días totalmente coincidente con lo previsto en el Derecho Comunitario, lo cierto es, como ya consta, que queda subsumido y superado por lo previsto en el art. 48.4 ET anteriormente analizado en relación con el conocido tradicionalmente como “permiso de paternidad” (ahora permiso por nacimiento y cuidado del menor). En realidad no estamos ante una medida inspirada en la necesidad de corregir una “injusta” discriminación por razón de sexo que perjudica a los hombres; al contrario, se trata de una medida dirigida a favorecer la igualdad de oportunidades de la mujer; pues lo que se persigue es el reparto equilibrado de responsabilidades familiares entre hombres y mujeres superando las tradicionales medidas de conciliación feminizada⁴⁶.

Procede, además, dar noticia del permiso para el cuidado de lactante previsto en la legislación española de la mano del Real Decreto 6/2019, que ha modificado el art. 37.4 ET en relación con la ausencia o reducción de jornada por lactancia para declarar su carácter individual e intransferible⁴⁷ así como para permitir el ejercicio compartido por ambos progenitores, susceptible de limitación por razones justificadas de funcionamiento de la empresa si ambos trabajan en la misma.

⁴⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la Unión Europea. De la maternidad a la corresponsabilidad”, *Femeris*, Vol. 7, nº 2, 2022, p. 20.

⁴⁷ No en vano el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en Sentencia C-104/09, de 30 de septiembre de 2010, asunto *Roca Álvarez*, había corregido al legislador español que atribuía la titularidad del permiso por lactancia únicamente a la madre trabajadora y de forma secundaria y condicionada al padre.

Esta regulación, de posible mejora por convenio colectivo o acuerdo individual⁴⁸, sigue ofreciendo a sus titulares (“progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores”) las tres opciones tradicionales: la hora de ausencia al trabajo, que se podrá dividir en dos fracciones, la reducción de la jornada en media hora o la acumulación en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo al que se llegue con el empresario. Continúa dependiendo de la voluntad de los interesados, como no podría ser de otra forma, acogerse a una u otra modalidad de ejercicio, todas ellas retribuidas de manera íntegra hasta los nueve meses del menor, debiendo preavisarse al empresario “con una antelación de quince días a la fecha en que se iniciará y finalizará el permiso” (art. 37.7 ET)⁴⁹.

Surge, además, una nueva situación protegida por la Seguridad Social que da derecho a la correspondiente prestación, cuyo objeto es únicamente la reducción de la jornada en media hora de los dos progenitores para cuidar al menor desde que éste cumple los nueve meses hasta los doce, quedando excluidas la opción por la hora de ausencia o la acumulación. Tal prestación, que consiste en un “subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes”, pretende paliar durante esos tres meses el detrimento salarial sufrido (art. 185 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social –LGSS--), pero solamente va a ser reconocida a uno de los progenitores cuando en ambos concurren las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios (art. 184.2 LGSS)⁵⁰.

3. Atención de necesidades familiares urgentes

⁴⁸ STS 19 abril 2018 (núm. 419/2018).

⁴⁹ GARCÍA CAMPÁ, S.: “Criar sin parir. Sexo y género como categorías de análisis jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, nº 433, 2019, p. 171.

⁵⁰ BLASCO JOVER, C.: “La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”, *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo. Adapt*, Vol. 7, nº 2, 2019, p. 63.

A) La sensibilidad del legislador con las circunstancias familiares sobrevenidas

El art. 7 de la Directiva 2019/1158 regula el derecho a ausentarse del trabajo por “motivos familiares urgentes” en caso de enfermedad o accidente, que hagan indispensable la inmediata presencia del trabajador. Los Estados miembros podrán limitar el derecho a ausentarse del trabajo por fuerza mayor a un tiempo determinado por año o por caso o por año y por caso. Su objetivo último es la atención de circunstancias sobrevenidas tan frecuentes en edades tempranas de los descendientes o en edades avanzadas de los ascendientes.

Cierto es que tangencialmente el ordenamiento español protege algunas situaciones especiales directamente relacionadas con el supuesto de hecho generador del permiso aquí analizado, tal y como sucede en las siguientes circunstancias: en el art. 37.3 b) ET que atribuye un asueto de “dos días por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad; cuando con tal motivo la persona trabajadora necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo será de cuatro días”; en el art. 37.5 ET que reconoce a “las personas trabajadoras el derecho a ausentarse del trabajo durante una hora en el caso de nacimiento prematuro de hijo o hija, o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto”, a los que se atribuye también el “derecho a reducir su jornada de trabajo hasta un máximo de dos horas, con la disminución proporcional del salario”; en el art. 37.6 ET que concede “al progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente” el derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquella, acompañada de un subsidio de Seguridad Social, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, “que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente”; en el art. 37.6 ET que atribuye por razones de guarda legal de un menor de doce años o cuidado de familiar “el derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un

máximo de la mitad de la duración de aquella”⁵¹, unido a un incremento ficticio de las cotizaciones hasta un 100 por 100, esto es, como si no se hubiera producido tal reducción; en el art. 37.2 f) ET que recoge el derecho a ausentarse del trabajo, por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban llevarse a cabo dentro de la jornada de trabajo e igualmente el tiempo indispensable en los casos de adopción, acogimiento o guarda con fines de adopción, para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad⁵²; o en el art. 46.3 ET, en virtud del cual “tendrán derecho a un periodo de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida”; si el disfrute de la excedencia se destinara al cuidado de hijo la duración máxima podría alcanzar tres años.

B) El Real Decreto Ley 2/2023

Recientemente, el Real Decreto-Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de los derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones, se ha anticipado a la proyectada Ley de Familias, modificando el art. 37.6 ET para aclarar que el mero cumplimiento de los dieciocho años por el hijo o el menor sujeto a acogimiento permanente o a guarda con fines de adopción no será causa de extinción de la reducción de la jornada si se mantiene la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente, de manera que “cumplidos los 18 años, se podrá reconocer el derecho a la reducción de jornada hasta que el causante cumpla 23 años en los supuestos en que el padecimiento de cáncer o enfermedad grave haya sido diagnosticado antes de alcanzar la mayoría de

⁵¹ Que no puede conllevar un menoscabo en la asignación del descanso retribuido derivado de la realización de unas guardias que, aun menores en su número, son de la misma duración que para el resto de los trabajadores. STCo 79/2020, de 2 de julio.

⁵² PERÁN QUESADA, S.: “La configuración jurídica del principio de corresponsabilidad y su necesaria aplicación efectiva”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 53, 2019, p. 194.

edad, siempre que en el momento de la solicitud se acrediten los requisitos establecidos en los párrafos anteriores, salvo la edad”. Asimismo, “se mantendrá el derecho a esta reducción hasta que la persona cumpla 26 años si antes de alcanzar 23 años acreditara, además, un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento”.

Este Real Decreto Ley 2/2023 amplía, también, a tres años (antes dos si se trataba de atender a hijo/as o uno si se destinaba al cuidado de familiares) el tiempo en virtud del cual el período considerado como cotizado a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, nacimiento y cuidado de menor, respecto de los períodos de excedencia por cuidado de familiares, así como los períodos de reducción de jornada que dan lugar a elevar al 100 por cien las cotizaciones computables (arts. 237. 2 y 3 LGSS).

Asimismo, teniendo en cuenta que el 36,78 por 100 de las mujeres alegan como motivación para desarrollar su trabajo a jornada parcial la asunción de tareas de cuidado y responsabilidades familiares, procede valorar de forma positiva la reforma introducida por el Real Decreto Ley 2/2023 en el art. 247 LGSS para señalar que “a efectos de acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor, se tendrán en cuenta los distintos períodos durante los cuales el trabajador haya permanecido en alta con un contrato a tiempo parcial, cualquiera que sea la duración de la jornada realizada en cada uno de ellos”.

C) La proyectada Ley de Familias

La proyectada Ley de Familias modifica el elenco de sujetos que pueden acogerse a la reducción de jornada por cuidado de familiar, pues ya no solo se atribuye a quienes actúen como guardadores legales o precisen encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, sino que “tendrá el mismo derecho (además de los guardadores legales) quien precise encargarse del cuidado directo del cónyuge o pareja de hecho, o un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida. También

tendrá derecho a la reducción de jornada en atención a las mismas circunstancias y con el mismo alcance quien precise encargarse del cuidado directo de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad del cónyuge o pareja de hecho siempre que no existieran familiares por consanguinidad directa hasta el segundo grado que pudieran acceder a la reducción descrita en el inciso anterior”. Este ámbito de aplicación se incorpora también por el proyecto de Ley de Familias a la regulación de la excedencia por cuidado de familiares.

Igualmente, el proyecto de Ley de Familias pone coto en el supuesto de que “dos o más personas trabajadoras de la misma empresa” generasen el derecho a la reducción de jornada por el mismo sujeto causante, pues el ejercicio del derecho simultáneo solo podrá limitarse por razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la empresa” (antes solo fundadas), añadiendo el siguiente condicionante: “debidamente motivadas por escrito, debiendo en tal caso la empresa ofrecer un plan alternativo que asegure el disfrute de ambas personas trabajadoras y que posibilite el ejercicio de los derechos de conciliación”. Estas mismas cautelas se introducen también en la regulación de las excedencias.

El proyecto de Ley de Familias incorpora, además, un nuevo párrafo 9 en el art. 37 para reconocer, en la línea de la Directiva 2019/1158, el derecho de la persona trabajadora “a ausentarse del trabajo por causa de fuerza mayor cuando sea necesario por motivos familiares urgentes e imprevisibles, en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable su presencia inmediata. Las personas trabajadoras tendrán derecho a que sean retribuidas las horas de ausencia por las causas previstas en el presente apartado equivalentes a cuatro días al año, conforme a lo establecido en convenio colectivo o, en su defecto, en acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras aportando estas, en su caso, acreditación del motivo de ausencia”.

Con este tenor se da cabida, por ejemplo, a ciertas circunstancias sobrevenidas que pueden sufrir, sobre todo, personas mayores como caídas leves, percances domésticos, recidivas no graves de dolencias previas..., no en vano la longevidad guarda un paralelismo exacto con una mayor probabilidad de desarrollar dificultades de movilidad y enfermedades crónicas que exigen atenciones: hipertensión, afectaciones coronarias, deficiencias auditivas, diabetes, tumores, artritis, reumatismo, artrosis, colesterol, cataratas, demencia, parkinson, incontinencias esfinterianas,

osteoporosis, enfisema, fatiga, depresión o ansiedad, entre otras⁵³. Dicho en otros términos, la existencia de “una correspondencia biunívoca (unívoca y recíproca) entre mayor edad y dependencia”⁵⁴ provoca demandas de atención (aunque sea puntual) de terceras personas, pues a nivel biológico, el envejecimiento está asociado con la acumulación de una gran variedad de daños moleculares y celulares, los cuales, con el transcurso del tiempo, reducen de forma gradual las reservas fisiológicas, aumentan el riesgo de enfermedades y disminuyen en general la capacidad física e intelectual del individuo⁵⁵.

4. Permiso por cuidados

A) Trabajadores/as y cuidadores/as. Confluencia de roles

El art. 6 de la Directiva 2019/1158 regula un asueto de cinco días laborales al año por cuidados, introduciendo dos conceptos básicos: por un lado, el de “cuidador”, que comprende a aquel sujeto que “dispensa cuidados o presta ayuda en caso de enfermedad grave o dependencia a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro”; por otro, el de “familiar”, que incluye al “hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador o pareja de hecho de este cuando las uniones de hecho están contempladas en el derecho nacional”⁵⁶. En definitiva, serán cuidadores quienes dispensan cuidados o presten ayuda a alguno de los familiares anteriormente

⁵³ RUBIO RUBIO, L. y DUMITRACHE, C.: “Salud y tercera edad”, en VV.AA.: *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar* (MONEREO PÉREZ, J.L.; MALDONADO MOLINA, J.A. y RUBIO HERRERA, R., Dirs.), Granada, Comares, 2014, pp. 103 y ss.

⁵⁴ RUÍZ SANTAMARÍA, J.L.: “Edad y dependencia. Aspectos fundamentales y factores relacionales”, en VV.AA.: *La protección de la Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa* (PERÁN QUESADA, S. y VILA TIERNO, F.), Albacete, Bomarzo, 2022, p. 378.

⁵⁵ RÍOS MESTRE, J.M.: “La protección social de las personas cuidadoras de dependientes, tanto profesionales como no profesionales”, en VV.AA.: *Protección social del trabajo de cuidados* (GARCÍA ROMERO, B. Y LÓPEZ ANIORTE, C., Dirs.), Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 206.

⁵⁶ LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La construcción de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como derechos fundamentales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 9, 2019, pp. 783 y ss.

mencionados, aunque no convivan con ellos, o a un conviviente, aunque no sea familiar. A pesar de que la definición no concluye con ninguna cláusula abierta, este catálogo de familiares podrá ampliarse por los Estados miembros para incluir parientes adicionales, como los abuelos o los hermanos⁵⁷.

Nada dice el art. 8 de la Directiva sobre la remuneración durante el disfrute de este lapso, al contrario de lo que se reconocía en la propuesta inicial de la Comisión, dejando libertad a los Estados miembros en tal sentido al calor del texto definitivo.

La principal crítica a la regulación comunitaria es que deja en manos de los Estados la configuración real de este derecho, pues son éstos quienes han de concretar cuestiones esenciales, como el ámbito de aplicación o conjunto de causantes de este permiso (grado de vinculación familiar o delimitación del conviviente), el motivo determinante del derecho (“motivo médico grave”), qué haya de considerarse por prestar ayuda personal, los requisitos o condiciones para la concesión del derecho o, como ya consta, la atribución de compensación económica⁵⁸.

El proyecto de Ley de Familias modifica el apartado b) del párrafo 3 del art. 37 para establecer un permiso de “cinco días por accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, así como de cualquier otra persona distinta de las anteriores, que conviva con la persona trabajadora en el mismo domicilio y que requiera el cuidado efectivo de aquella”. Añade, además, un párrafo b) bis para mantener el anterior permiso de “dos días por el fallecimiento del cónyuge, pareja de hecho o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Cuando con tal motivo la persona trabajadora necesite hacer un desplazamiento al efecto, el plazo se ampliará en dos días”.

⁵⁷ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “Cuidados para quienes cuidan: la adaptación del art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social a la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, nº 3, 3002, p. 65.

⁵⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la Unión Europea. De la maternidad a la corresponsabilidad”, *Femeris*, Vol. 7, nº 2, 2022, p. 30.

B) El olvido de las/os cuidadoras/es no profesionales

Importancia capital en materia de cuidados tiene el canal público actualmente existente de protección de las circunstancias que conforman la situación de dependencia (discapacidad, enfermedad o edad), que se lleva a cabo mediante la concurrencia de tres bloques distintos⁵⁹: el Sistema Nacional de Salud, a través de los auxilios sanitarios; el Sistema de Seguridad Social, cuya principal manifestación son las pensiones económicas de jubilación o incapacidad en sus distintas modalidades; y el Sistema para la Autonomía y atención a la Dependencia (Ley 39/2006, de 14 de diciembre –LD–), que diseña servicios (teleasistencia, ayuda a domicilio, centros de día, centros de noche o residencias), adecuados al grado y nivel de detrimentos padecidos y, subsidiariamente, prestaciones económicas, vinculadas a un servicio que deba ser adquirido en el mercado privado por no ser posible ofrecerlo desde la red pública, bien como una ayuda económica asociada al mentado servicio, bien como un subsidio monetario para cuidadores familiares o bien, a la postre, como un auxilio para la contratación de un asistente personal durante un número de horas⁶⁰.

Ahora bien, falto de solución, pues el proyecto de la Ley de Familias no hace referencia alguna y tampoco la realiza el proyecto de Ley de Reforma de la Ley de Dependencia, queda el panorama jurídico de los denominados “cuidadores no profesionales”. La LD define esta herramienta como la atención dispensada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas “de su familia o de su entorno” con una característica principal que marca todo el régimen jurídico: la carencia de profesionalidad en su desarrollo, si bien se exige que la persona cuidadora cuente con capacidad física, mental e intelectual suficiente para llevar a cabo adecuadamente por sí misma las funciones de atención y cuidado, así como que no tenga reconocida la situación de dependencia⁶¹.

⁵⁹ ALONSO-OLEA GARCÍA, B. y MEDINA GONZÁLEZ, S.: *Derecho de los servicios públicos sociales*, 3ª edición, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2014, p. 132.

⁶⁰ Por todos, MOLERO MARAÑÓN, M.L.: *Bases, evolución y retos de la Ley de Dependencia a los diez años de su aprobación*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 23.

⁶¹ RÍOS MESTRE, J.M.: “La protección social de las personas cuidadoras de dependientes, tanto profesionales como no profesionales”, en VV.AA.: *Protección social del trabajo de cuidados* (GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, M.C., Dirs.), Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 218.

Evidentemente maneja el legislador unas nociones ambiguas que han sido acotadas por la normativa reglamentaria de desarrollo, dando cabida tanto al cónyuge y parientes “por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco” y a “las parejas de hecho, tutores y personas designadas, administrativa o judicialmente, con funciones de acogimiento” (art. 12.2 Real Decreto 1051/2013), siempre que convivan en el mismo domicilio de la persona dependiente, esta esté siendo atendida por ellos y lo hayan hecho durante el período previo de un año a la fecha de presentación de la solicitud. Es más, se amplía el concepto de cuidador a personas que no sean familiares hasta el tercer grado, cuando la persona en situación de dependencia reconocida tenga su domicilio en un entorno caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, despoblación, o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención (incluida la atención mediante servicios a través de la prestación vinculada), en cuyo caso la Administración competente podrá excepcionalmente permitir la existencia de cuidados no profesionales por parte de una persona del entorno que, aun no teniendo el grado de parentesco señalado, resida en el municipio de la persona dependiente o en uno vecino, y lo haya hecho durante el periodo previo de un año a la fecha de presentación de la solicitud. Cuando el beneficiario tenga reconocida la situación de dependencia en grados III o II será necesaria la convivencia con la persona de su entorno, dada la necesidad de atención permanente y apoyo indispensable y continuo que requiere. Únicamente, si tiene reconocida la situación de dependencia en grado I, no será necesaria la convivencia en el domicilio de la persona dependiente⁶².

Tales exigencias confieren un rostro eminentemente femenino a quienes dispensan estos cuidados⁶³, máxime cuando no se toman en consideración necesidades de formación de las propias cuidadoras, pese a la enorme responsabilidad asumida, pues deben controlar la ingesta de fármacos en usuarios polimedicados, actuar en situaciones de emergencia, manipular cargas o llevar a cabo prácticas rehabilitadoras a menudo

⁶² MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “La atención a la dependencia en el mundo rural”, en VV.AA.: *La economía social como palanca para la sostenibilidad de los territorios rurales* (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y ÁLVAREZ CUESTA, H., Dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 227 y ss.

⁶³ FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a.B.: “Los cuidados en el entorno familiar más de una década después: los vaivenes en su regulación, su aplicación por la doctrina judicial y sus efectos en materia de igualdad”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 210, 2018, p. 12.

indispensables para el bienestar real de la persona en situación de dependencia⁶⁴.

Así, las mujeres que prestan cuidados no profesionales con cargo a la LD representan el 89% (3 de cada cuatro casos)⁶⁵ siendo las hijas quienes se encargan mayoritariamente⁶⁶, si bien cabe dar noticia de una tendencia que se manifiesta también levemente al alza: progresivamente se va elevando el porcentaje de personas cuidadoras de ambos sexos respecto de la pareja en edades avanzadas, coexistiendo en un mismo hogar cuidándose entre ellos⁶⁷.

Sin dejar de reconocer esta última variable, no procede soslayar el rostro femenino de los cuidados en el hogar familiar asociados a la LD, realizados en unas condiciones de exigencia extremas, pues, según los datos de la Asociación Estatal de Directoras y Gerentes de Servicios Sociales, estas mujeres se ocupan en un porcentaje muy elevado de grandes dependientes (3 de cada 10) o dependientes severos (4 de cada 10). Por edades, un 45,7 por 100 tiene entre 50 y 66 años y sólo un 28,8 por 100 es más joven⁶⁸. Un 25,5 por 100 de los cuidadores supera los 65 años e incluso en un 7,5 por 100 de los casos sobrepasa los 80 años⁶⁹. En suma, el perfil más frecuente del cuidador familiar sería el de una mujer entre los 50 y los 65 años que cuida a su padre o a su madre (57,2 por 100), a su pareja (16,8

⁶⁴ MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “La atención a la dependencia en el mundo rural”, en VV.AA.: *La economía social como palanca para la sostenibilidad de los territorios rurales* (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y ÁLVAREZ CUESTA, H., Dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 227 y ss.

⁶⁵ IMSERSO: Datos sobre cuidadores no profesionales a 31 de diciembre de 2020, 2020, recuperado de https://www.imserso.es/imserso_01/documentacion/estadisticas/info_d/estadisticas/est_inf_datos_estadisticos_saad/index.htm (15-01-2021).

⁶⁶ OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DEPENDENCIA: XX *Dictamen del Observatorio, Asociación Estatal de Directoras y Gerentes en Servicios Sociales*, Madrid, 2020, p. 31.

⁶⁷ CES: *Informe 3/2020. El sistema de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, cit., p. 49.

⁶⁸ <https://directoressociales.com/wp-content/ccaa2021/INFO%20GLOBAL%20XXI%20DICTAMEN%202022%20Def%20%283%29.pdf>.

⁶⁹ MARTÍNEZ LÓPEZ, R. y ROLDÁN AYUSO, S.: “Estudio estadístico de los tiempos de vida: tiempo de actividad laboral y trabajo de cuidados”, en VV.AA.: *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos* (MOLERO MARAÑÓN, M.L., Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 287.

por 100) o a su suegro (10,1 por 100)⁷⁰. Así pues, las mujeres mayores se han convertido en un elemento provisor clave del bienestar de sus familias ante la falta de recursos sociales públicos orientados a la atención de personas ancianas en sus hogares, lo cual expresa no sólo la continuación de un rol femenino naturalizado sino un desgaste físico y emocional difícil de soportar ante la dureza de la actividad desarrollada⁷¹.

En cuanto a la dinámica objetiva de esta prestación, cabe señalar que se reconoce legalmente a favor de la persona dependiente en una escasa cuantía⁷², y no del cuidador familiar, de manera que el receptor es libre para proporcionar el destino que le parezca más oportuno al montante económico: contratar a personas que complementen la asistencia o cuidado del hogar, ahorrarlo o entregárselo al cuidador. En este último caso, el cuidador no profesional se convertiría en beneficiario indirecto o reflejo, si bien el auxilio monetario no puede servir como retribución a dicho sujeto, puesto que la vinculación entre dependiente y cuidador tiene carácter familiar sin que pueda mercantilizarse⁷³. Como con acierto ha precisado la doctrina, la inexistente relación contractual entre el cuidador informal y la persona dependiente provoca que quien desempeña dicha tarea lo haga de manera “altruista por razón del vínculo de parentesco y afectivo”⁷⁴, razón por la cual es menester parar la atención también, siquiera brevemente, en el problema particular que ha venido planteando la situación en que se encontraban estos cuidadores (normalmente, como ya consta, mujeres

⁷⁰ ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La protección social del cuidado en el entorno familiar”, en VV.AA.: *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos* (MOLERO MARAÑÓN, M.L., Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 675.

⁷¹ RAMOS TORO, M.: “El trabajo de cuidadas de las personas mayores en el hogar”, en VV.AA.: *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos* (Molero Marañón, M.L., Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 540.

⁷² Las prestaciones económicas por cuidados familiares tienen un importe medio mensual de 236,49 euros (percibidas actualmente por 480.000 personas). Por grados, estas cuantías son, de promedio, 138,36 €/mes para los Grado I; 240,59 €/mes para los Grado II y 333,73 €/mes para los Grado III. Todo ello, de nuevo, con importantes diferencias entre territorios. <https://directoressociales.com/wp-content/ccaa2021/INFO%20GLOBAL%20XXI%20DICTAMEN%202022%20Def%20%283%29.pdf>.

⁷³ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “El espacio de las prestaciones económicas en la protección social de las personas dependientes: una reflexión sobre el sistema de cuidados deseable”, *Documentación Laboral*, nº 102, vol. III, 2014, p. 168.

⁷⁴ CRISTOBAL RONCERO, R.: “Los cuidadores familiares y su visualización”, en VV.AA.: *Protección a la familia y Seguridad Social: Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral, II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Vol. 1, Murcia, Laborum 2018, p. 95.

vinculadas con el dependiente por lazos de parentesco o, excepcionalmente, del entorno), que se dedican en exclusiva a las tareas de cuidado⁷⁵, pues, en situaciones extremas, después de muchos años dedicados a atender a una persona dependiente, al cesar en esta tarea, se podían encontrar sin la posibilidad de ingresar en un trabajo, fuera por cuenta ajena o autónomo, o con tan corto período de cotizaciones que resultara imposible obtener pensiones de jubilación o de invalidez en su nivel contributivo por falta del período de carencia, e incluso en el nivel no contributivo si tenían algunas rentas o ingresos propios que superaran los mínimos establecidos⁷⁶.

En el ordenamiento español, es sabido que, de conformidad con lo previsto en el art. 2.1 d) Real Decreto 1620/2011, quedan excluidos del marco de la relación laboral de carácter especial de empleados de hogar los cuidadores informales o del entorno de la persona dependiente que le prestan atención domiciliaria, pues la configuración no profesional de esta dispensa excluye la retribución (habida cuenta el destinatario del auxilio económico es el dependiente), no considerándose, por lo tanto, de carácter laboral ni, en consecuencia, dando lugar a relación de trabajo formal⁷⁷, pese a que hasta el 15 de julio de 2012 –fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley 20/2012--, quedaba incluida, de forma obligatoria, en el régimen general de la Seguridad Social mediante un convenio especial⁷⁸. En efecto, el Real Decreto 615/2007 dispuso la inclusión de los cuidadores no profesionales en el campo de aplicación del régimen general de la Seguridad Social y en situación asimilada al alta, mediante la suscripción de un convenio especial sin necesidad de acreditar cotización previa. Las cuotas eran pagadas con cargo a fondos públicos, en concreto, por el IMSERSO que firmaba al efecto el oportuno convenio con la Tesorería (art. 2.1)⁷⁹. Con este modelo, ni los cuidadores, ni tampoco las personas dependientes, tenían

⁷⁵ SELMA PENALVA, A.: “La (des)protección social de los cuidadores no profesionales”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, nº 10, 2019, p. 116.

⁷⁶ SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M.: “En las fronteras del contrato de trabajo: el cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro Estudios Financieros)*, nº 70, 2008, p. 38.

⁷⁷ FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales”, *Revista Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 74, 2008, p. 97.

⁷⁸ MIÑARRO YANINI, M.: *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*, Madrid, Reus, 2013, p. 19.

⁷⁹ GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia de los mayores en la Ley 39/2006”, *Temas Laborales*, nº 89, 2007, pp. 297 y ss.

que participar económicamente en dichas cotizaciones⁸⁰. Una medida que resulta, sin duda, plausible si tenemos en cuenta que el 73 por 100 de los cuidadores informales no realizan actividad retribuida⁸¹. Únicamente en aquellos casos en los que el cuidador decidiera elevar o mantener la base por encima de lo establecido con carácter ordinario (tope mínimo del régimen general), asumiría personalmente la diferencia⁸².

El descrito entramado de protección de Seguridad Social de los cuidadores no profesionales instaurado por el Real Decreto 615/2007 representó un indudable avance en la dignificación y reconocimiento de los cuidados al permitir el tránsito de una “situación de invisibilidad” a la definición de un “estatuto ocupacional mínimo”⁸³. Sin embargo, el Real Decreto Ley 20/2012 dio un golpe de timón a la protección social de los cuidadores no profesionales desde el momento en que puso fin al pago por la Administración General del Estado de las cuotas del convenio especial con la Seguridad Social de tal colectivo y pasó a convertirlo en una posibilidad voluntaria para los referidos cuidadores, recayendo, en su caso y de modo exclusivo, el coste del mismo sobre ellos (disposición adicional 8ª)⁸⁴. Desde este momento, el mecanismo del convenio especial pasa a ser de utilización opcional, debiendo ingresar el cuidador las cotizaciones a su exclusiva costa como si fuera un trabajador autónomo. Como era de esperar, el número de convenios especiales de cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia descendió drásticamente y de forma inmediata a la luz de esta previsión⁸⁵. Afortunadamente, en virtud del Real Decreto Ley 6/2019, la Administración General del Estado se ha vuelto a

⁸⁰ ROQUETA BUJ, R.: “Las prestaciones económicas”, en VV.AA.: *La protección de la dependencia* (ROQUETA BUJ, R., Coord.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 461.

⁸¹ ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La protección social del cuidado en el entorno familiar”, en VV.AA.: *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos* (MOLERO MARAÑÓN, M.L., Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2022, p. 678.

⁸² BARCELÓN COBEDO, S.: “Seguridad Social y prestaciones en favor de cuidadores no profesionales”, en VV.AA.: *La aplicación de la Ley de Dependencia en España* (GONZÁLEZ ORTEGA, S., Dir.), Madrid, CES, 2013, pp. 387 y ss.

⁸³ MOLINA NAVARRETE, C.: “El régimen cuasi-profesional de cuidados de las personas dependientes”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro Estudios Financieros)*, nº 297, 2007, pp. 397 y ss.

⁸⁴ BARCELÓN COBEDO, S.: “Seguridad Social y prestaciones en favor de cuidadores no profesionales”, en VV.AA.: *La aplicación de la Ley de Dependencia en España* (GONZÁLEZ ORTEGA, S., Dir.), Madrid, CES, 2013, pp. 387 y ss.

⁸⁵ DURÁN BERNARDINO, M.: “La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y su carácter excepcional a la luz de las últimas reformas”, *Temas Laborales*, nº 124, 2014, pp. 172-173.

hacer cargo de la cuota correspondiente a los convenios especiales en la Seguridad Social para estos cuidadores no profesionales, recuperando el régimen anterior a la reforma de 2012, lo cual resulta de interés para las mujeres, aunque no soluciona del todo el problema.

El convenio especial se liga de forma inexorable con el reconocimiento y pago al dependiente de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar, que implica la designación como persona cuidadora, con el fin de que esta última pueda acceder en un futuro a las prestaciones por muerte y supervivencia, jubilación e incapacidad permanente, derivadas tanto de contingencias comunes como profesionales. No obstante, quedan extramuros de protección, tanto el desempleo como la incapacidad temporal, pese a que los problemas de salud son relativamente habituales⁸⁶. Asimismo, quedan desprotegidas otras frecuentes situaciones, en las que también se necesitan cuidados, pero no se presenta una merma en las facultades psíquicas, físicas o sensoriales previsiblemente definitivas, sino meramente temporales, tal y como sucede, por ejemplo, ante convalecencias tras un accidente o enfermedad con perspectivas de recuperación a medio plazo o ante reducciones de capacidades que no han merecido la calificación ni siquiera de dependencia moderada⁸⁷.

Lamentablemente, ni las rentas mínimas autonómicas, ni tampoco la nueva prestación social aprobada por el Real Decreto Ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital, se ocupan de atender específicamente el déficit de ingresos de estas cuidadoras, pues se trata de prestaciones asistenciales condicionadas a la demostración del estado de necesidad y a una ineludible obligación de inserción laboral que difícilmente van a poder cumplir unas mujeres que han sido excluidas del mercado de trabajo precisamente por tener que dedicarse a los cuidados⁸⁸.

A la vista de tal regulación, la conclusión se presenta obvia: no se puede seguir admitiendo un cuidado de 24 horas los 7 días de la semana, sin remuneración alguna, deviniendo necesario modificar la LD para crear una

⁸⁶ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “Las trabajadoras del cuidado: por un futuro de trabajo decente”, *Revista de Derecho Social*, nº 89, 2020, p. 52.

⁸⁷ SELMA PENALVA, A.: “La feminización del trabajo de cuidados. Inconvenientes y soluciones”, en VV.AA.: *Envejecimiento, cuidados y dependencia: hacia una protección social con perspectiva de género*, (LÓPEZ ANIORTE, C. Y GARCÍA ROMERO, B., Dirs.), Pamplona, Aranzadi, 2020, p. 36.

⁸⁸ LOZANO LARES, F.: “Los déficits de protección social del trabajo femenino”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 58, 2021, p. 122.

nueva categoría de “cuidadora asalariada” capaz de incluir a estas mujeres⁸⁹, asociada al disfrute de una renta básica de carácter individual dotada de un importe digno, condicionada a la demostración de la imposibilidad de acceder al mercado de trabajo o de hacerlo en condiciones muy precarias, a consecuencia, precisamente, de la dedicación en exclusiva o de forma prioritaria al trabajo de cuidados no remunerados⁹⁰. Muy importante es, asimismo, proporcionar a estas mujeres formación, apoyo psicológico y mecanismos de respiro, con el fin de que puedan contar con el tiempo de descanso necesario para reponer fuerzas físicas y mentales en una actividad harto extenuante.

El legislador debe de intervenir, por tanto, de inmediato, máxime cuando la Recomendación del Consejo de Europa de 8 de diciembre de 2022 sobre acceso a cuidados de larga duración asequibles, encarga a los Estados miembros “establecer procedimientos claros para identificar a los cuidadores no profesionales y apoyarles en sus actividades asistenciales; facilitar su cooperación con los trabajadores de cuidados de larga duración; respaldar su acceso a la formación necesaria, también sobre salud y seguridad en el trabajo, así como a asesoramiento, asistencia sanitaria, apoyo psicológico y servicios de respiro, y ayudándolos a compaginar las responsabilidades laborales con las asistenciales; proporcionar acceso a protección social o a apoyo financiero adecuado, velando al mismo tiempo por que tales medidas de apoyo no disuadan de participar en el mercado laboral”.

IV. TRABAJO FLEXIBLE

1. La redacción de la norma europea

Asumiendo que en la actualidad las labores de conciliación no se concentran en etapas puntuales, sino que tienden a ocupar buena parte del ciclo vital de la persona trabajadora, resulta pertinente buscar alternativas que favorezcan la atención a las responsabilidades familiares de forma estable y regular, como un elemento más del entramado que conforma la

⁸⁹ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “Las trabajadoras del cuidado: por un futuro de trabajo decente”, *Revista de Derecho Social*, nº 89, 2020, p. 56.

⁹⁰ LOZANO LARES, F.: “Los déficits de protección social del trabajo femenino”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 58, 2021, p. 122.

relación jurídico-laboral, transitando desde un modelo en el que primaba la idea de trabajar menos para conciliar a otro en el que se facilita trabajar diferente, ofreciendo mayores márgenes de flexibilidad (art. 9 Directiva 2019/1158)⁹¹.

Así, la norma comunitaria establece que los Estados miembros han de reconocer el derecho de los padres y madres y de los cuidadores, hasta que el menor tenga una edad que no podrá ser inferior a los ocho años, a solicitar formas de trabajo flexible (a distancia, calendarios laborales con épocas más o menos intensas o reducción de horas de trabajo) con una extensión que puede estar sometida a límites razonables. Se deja libertad en la transposición para establecer períodos mínimos de antigüedad no superiores a seis meses como requisito previo de acceso. Asimismo, se enuncia el derecho de los trabajadores/as a volver a sus modelos originarios una vez cambien las circunstancias. La denegación y el aplazamiento empresarial deberán estar justificados teniendo en cuenta tanto las propias necesidades de la empresa como las de los trabajadores.

Bajo este tenor, la Directiva de 2019 apuesta por la adaptación en las condiciones de trabajo a instancia de la persona trabajadora pero va a exigir ponderar las circunstancias obrantes *in casu* aplicando un juicio doble, relativo a la necesidad, idoneidad y razonabilidad, tanto de la petición como de la denegación con el fin de alcanzar un justo equilibrio entre ambas argumentaciones⁹². Es más, la exigencia de razonabilidad doble, esto es, en las posiciones de trabajador y de empresario y el hecho de que este último sólo pueda articular la negativa a la adaptación en virtud de motivos objetivos, tiene consecuencias positivas sobre la disponibilidad del tiempo destinado a los quehaceres familiares sin mermar la implicación del trabajador en sus cometidos profesionales⁹³. Con ello se pretende evitar las perniciosas consecuencias (el denominado efecto *boomerang*) de las anteriores medidas tuitivas fundadas en las ausencias al trabajo, esto es, la desprofesionalización y postergación de las personas (en la mayoría de las ocasiones mujeres) que se acogen a ellas con el fin último de eliminar el

⁹¹ LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J.: “La adaptación de la Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento jurídico español”, *Femeris*, Vol. 7, nº 2, 2022, p. 77.

⁹² MOLINA NAVARRETE, C.: “Autodeterminación (soberanía) sobre el tiempo y adaptación de la jornada a la carta por razones conciliatorias: entre utopías”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, nº 441, 2019, 15.

⁹³ SSTCo 3/2007 y 26/2011.

riesgo de generar un gueto de empleos atípicos y de escaso reconocimiento social⁹⁴.

Como garantía adicional, según el art. 12 de la Directiva 2019/1158, habrá de prohibirse “el despido y cualquier preparación para el despido de un trabajador por haber solicitado o disfrutado” cualquiera de las fórmulas de trabajo flexible que el art. 9 de la Directiva ofrece. Esta protección frente al despido se beneficia, además, de las reglas sobre inversión de la carga de la prueba (apartados 3 y 4), así como de una sanción “efectiva, proporcionada y disuasoria” para la empresa⁹⁵.

En fin, dado cuantioso volumen existente de empresas medianas y pequeñas e incluso microempresas, que encontrarán mayores dificultades organizativas, es interesante resaltar que la Directiva 2019/1158 (considerando 48) anima a los Estados miembros a proporcionar incentivos, orientación y asesoramiento a las pymes a fin de cumplir sus obligaciones de conformidad con la Directiva, evitando que supongan una carga desproporcionada.

2. Contenido del artículo 34.8 del Estatuto de los Trabajadores

Aun cuando es loable que el art. 34.8 ET, reformado por el Real Decreto Ley 6/2019, mejore los términos de la Directiva 2019/1158 en cuanto a la edad del menor (12 años en el primero, 8 en la segunda), no exigencia de períodos de trabajo anterior o compatibilidad con todos los permisos reconocidos en el art. 37 ET, lo cierto es que, al igual que la norma europea, solo reconoce, utilizando fórmulas timoratas, el derecho de las personas trabajadoras a “solicitar” las “adaptaciones”⁹⁶, tanto en la ordenación del tiempo de trabajo como en la forma de prestación del mismo.

⁹⁴ CABEZA PEREIRO, J.: “Conciliación de vida privada y laboral”, *Temas Laborales*, nº 103, 2010, 64.

⁹⁵ MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “Cuidados para quienes cuidan: la adaptación del art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social a la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, nº 3, 3002, p. 70.

⁹⁶ CASAS BAAMONDE, M.E.: “Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 3, 2019, p. 238.

Las posibilidades de formulación de la petición son variadas: jornadas continuadas, supresión de viajes y desplazamientos aprovechando las nuevas tecnologías, limitación en la franja horaria para celebrar reuniones de trabajo, horas de libre disposición, bolsas de horas, semana comprimida, acumulación de las horas de trabajo en determinadas épocas del año, amplias franjas de entrada y salida, no someterse a un régimen de turnos incompatible con los deberes de cuidado, o adscripciones a un turno fijo que haga factible estos deberes, cambio de jornada continuada a jornada partida o viceversa, posibilidad de trabajar a distancia⁹⁷, así como, a la luz de la doctrina judicial, “cambiar de centro de trabajo”⁹⁸. Dadas las amplias alternativas abiertas que desbordan sobradamente el parámetro de la jornada, la naturaleza jurídica de este precepto, como seguidamente se tratará de explicar, puede asimilarse a una modificación sustancial a la inversa⁹⁹ sin pérdida de la retribución.

Descartado el perjuicio salarial, desaparece uno de los motivos, no exclusivo lógicamente, para el ejercicio mayoritariamente femenino de los derechos de conciliación, debido a la menor merma retributiva para la unidad familiar que supone el ejercicio de los derechos de ausencia por parte de las féminas atendiendo a la pervivencia de brechas salariales de género. Además –permítase la reiteración--, el mantenimiento del empleo perjudica menos la carrera profesional de las mujeres, con un desarrollo más lineal, contribuyendo a su mejor promoción profesional¹⁰⁰.

La finalidad de la medida solicitada ha de ser únicamente la de hacer efectivo su derecho a la conciliación, que queda limitado, si se trata de cuidado de hijo, hasta que el menor cumpla los 12 años¹⁰¹. El ámbito objetivo del art. 34.8 ET es concluyente: van a quedar extramuros propósitos distintos de la conciliación como pudiera ser el ocio, la formación, enfermedad, necesidad de seguir un determinado tratamiento

⁹⁷ Incluso ampara a un conductor la posibilidad de hacer rutas de corta distancia para conciliar su vida familiar. STSJ Galicia 13 octubre 2020 (rec. 2309/2020).

⁹⁸ STSJ Madrid 22 enero 2023 (núm. 64/2023).

⁹⁹ MORALES ORTEGA, J.M.: “Tiempo de trabajo y crisis sanitaria: adaptación y reducción de jornada y permiso obligatorio recuperable”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, nº 1, 2020, p. 24.

¹⁰⁰ IGARTUA MIRÓ, M.T.: “La promoción de la igualdad de género a través de fórmulas de trabajo flexible. Reflexiones y propuestas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1158”, *Femeris*, Vol. 7, nº 2, p. 95.

¹⁰¹ MARTÍNEZ MORENO, C.: *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*, Albacete, Bomarzo, 2019, p. 125.

médico o cualquier otro interés personal¹⁰². Ahora bien, no tan claro es el marco subjetivo, pues pese a los estrictos términos del precepto que, como ya consta, hace mención expresa de los hijos menores de 12 años, ello no implica la desprotección de otras necesidades de atención de familiares, bien descendientes de mayor edad, bien ascendientes¹⁰³.

Pese a su indudable inclusión indirecta, se echa de menos, empero, en el tenor del art. 34.8 ET una referencia expresa a las personas dependientes que quedan relegadas en su visibilidad pese a que las estadísticas poblacionales demuestran un incremento significativo de las personas de mayor edad (octogenarias), que componen uno de los colectivos más vulnerables tal y como se ha podido comprobar con la expansión de la pandemia¹⁰⁴. A medida que las personas cumplen años, cada vez es más probable que comiencen a tener limitaciones, en mayor o menor grado, para gestionar su propia vida cotidiana en los aspectos más básicos y habituales. Se sabe, igualmente, que la edad avanzada está asociada, con un paralelismo exacto, a una mayor probabilidad de desarrollar enfermedades crónicas: hipertensión, afectaciones coronarias, diabetes, tumores, artritis, reumatismo, artrosis, colesterol, cataratas, demencia, parkinson, incontinencias esfinterianas, osteoporosis, enfisema, fatiga, depresión o

¹⁰² IGARTUA MIRÓ, M.T.: “Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho de adaptación de jornada *ex art.* 34.8 ET”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 53, 2019, p. 81.

¹⁰³ NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: *Novedades en relación con la jornada de trabajo y los derechos de conciliación (tras la aprobación del RD 6/2019, de 1 de marzo)*, Madrid, Dykinson, 2019, p. 103. Como señala la SJS núm. 1 de Valladolid de 22 de noviembre de 2019 (núm. 426/2019), los hijos mayores de 12 años también posibilitan la adaptación del horario laboral.

¹⁰⁴ Según los datos estadísticos definitivos del Padrón Continuo (INE), publicados el 27 de diciembre de 2019, hay en España 9.057.193 personas mayores de 65 años, un 19,3 % sobre el total de una población de 47.026.208 personas. La misma fuente destaca que sigue aumentando la proporción de octogenarios, que ya suponen el 6,1 % de toda la población, y de centenarios que ascienden a 16.303. Una cifra harto elocuente de la magnitud del problema es que, a 1 de enero de 2020, el número de personas dentro de nuestras fronteras con 80 o más años excedía de los dos millones y las proyecciones poblacionales apuntan a que en el año 2065 las personas mayores de esta edad van a representar el 18,1 por 100 de la población mayor. DE VICENTE PACHÉS, F.: “Servicios sociales, envejecimiento activo y aprendizaje a lo largo de la vida”, en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible, Tomo II. III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2019, p. 308.

ansiedad, entre otras¹⁰⁵. Desde la óptica que aúna la senescencia con esta serie ejemplificativa de alteraciones orgánicas, funcionales o metabólicas¹⁰⁶, no se puede desconocer, a la postre, la interrelación existente entre la edad y las situaciones de discapacidad, aumentando estas últimas en clara correspondencia con el incremento del primer presupuesto, no en vano más del 32 por 100 de las personas mayores de 65 años tienen alguna restricción física, psíquica o sensorial (frente al 11,1 por 100 de los menores de esa edad), elevándose a casi el 58 por 100 cuando se superan los 85 años¹⁰⁷. De ahí la conveniencia de que el legislador laboral manifieste su sensibilidad con esta necesidad social de cuidados de larga duración de las personas mayores.

Esta carencia queda cubierta en la futura Ley de Familias, que aclara que “asimismo, tendrán ese derecho (de solicitar la adaptación de las condiciones de trabajo) aquellas (personas) que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, debiendo justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición”.

3. Solicitud, reconocimiento y denegación

El disfrute de la adaptación de las condiciones de trabajo requiere de la previa formulación de una solicitud por la persona trabajadora, que debe contener tanto el contenido de la adaptación propuesta, como sus necesidades de conciliación¹⁰⁸.

¹⁰⁵ RUBIO RUBIO, L. y DUMITRACHE, C.G.: “Salud y tercera edad”, en VV.AA.: *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar*, Granada, Comares, 2014, pp. 103 y ss.

¹⁰⁶ VADILLO RUÍZ, J.J.: “Respuestas a los nuevos retos de envejecimiento, protección a la salud y cuidados: la perspectiva médica”, en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible, III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2019, p. 64.

¹⁰⁷ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: *Bases, evolución y retos de la Ley de Dependencia a los diez años de su aprobación*, Albacete, Bomarzo, 2017, pp. 12-13.

¹⁰⁸ La STSJ Cataluña 21 marzo 2022 (rec. 6785/2021) reprocha a la empresa que denegara la solicitud, sin alegar razones concretas, organizativas o productivas, que le impidiesen

Además de supeditar el ejercicio del derecho a una previa petición por parte del trabajador a modo de mera expectativa¹⁰⁹, el art. 34.8 ET sigue condicionando dicha adaptación de las condiciones de trabajo: primero, a que se trate de cambios “razonables” y proporcionados a las necesidades de las personas y a las demandas organizativas o productivas, quedando incólume la facultad de oposición empresarial; segundo, la solicitud se realizará conforme a lo que haya dispuesto al efecto el convenio colectivo, al que se le hace un llamamiento para que, de modo obligatorio, establezca “los términos de ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre las personas trabajadoras de uno otro sexo”, sin que tal exigencia se considere contenido mínimo del convenio colectivo, quedando sólo vinculada tangencialmente al plan de igualdad¹¹⁰; tercero, ante el silencio convencional, habrá de abrirse un procedimiento de negociación individualizada (sin intervención de terceros que intenten mediar o conciliar las posturas enfrentadas, ni posibilidad de resolución arbitral), durante un período máximo de 30 días (quince días en la nueva ley de Familias), concluido el cual la empresa es quien habrá de comunicar si acepta la posición, plantea una alternativa o deniega el ejercicio del derecho indicando las “razones objetivas” en que se sustenta su postura¹¹¹.

Siendo lógicas, en un proceso de intercambio de pareceres, la primera y la tercera opción, no puede decirse lo mismo de la segunda, pues, tras un mes de negociación (quince días tras la futura aprobación de la Ley de Familias) cruzando ofertas y contraofertas de una parte y de la otra, es difícil que tenga virtualidad alguna otra propuesta final que realice el

adoptar tal medida, sin que para justificar su negativa fuera suficiente la alegación del reducido número de trabajadores por turno.

¹⁰⁹ Como se ha encargado de aclarar la doctrina judicial, no se trata de un derecho automático, es decir, no por tener un hijo en edad escolar procede sin más la adaptación de la jornada en función de los intereses del solicitante. STSJ Galicia 5 octubre 2020 (rec. 2173/2020).

¹¹⁰ IGARTUA MIRÓ, M.A.: “Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho a la adaptación de jornada ex art. 34.8 ET”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 53, 2019, p. 83.

¹¹¹ MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: “El derecho a solicitar la adaptación de la jornada: una aproximación legal y judicial”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, LVI, 2023, p. 100.

empresario¹¹². Con buen criterio, la proyectada Ley de Familias aclara además que se presumirá su concesión “si no concurre oposición motivada expresa” en el plazo indicado.

En todo caso, conviene sentar que este proceso de negociación de carácter individual va a operar en defecto de previsión convencional, de suerte que el deseo del legislador ha sido convertir a la negociación colectiva en la vía principal para articular el derecho y dotarla de preferencia para regular esta materia en detrimento del pacto individual que sólo podrá jugar en un único supuesto, esto es, ausencia de cláusula convencional¹¹³.

No es, por tanto, una “adaptación a la carta”. Antes al contrario, ha de cumplir, como ya consta, los criterios de razonabilidad y proporcionalidad en relación con las necesidades del trabajador (es decir, debe servir a la finalidad de conciliación y estar limitada temporalmente mientras ella subsista) y también respetar las necesidades organizativas o productivas de la empresa. Dicho en otros términos, no se le puede exigir a la empresa aquello que sea irrazonable o desproporcionado valorado conforme a criterios empresariales de carácter económico, técnico, organizativo o de producción¹¹⁴. No basta la mera conveniencia conciliatoria, ni existe obligación empresarial de aceptar la propuesta (que, además, debe ser proporcionada), sólo de negociarla individualmente de buena fe, alejado de cualquier ánimo caprichoso o abusivo, debiendo plantear una oferta alternativa que posibilite, de forma razonable, las pretensiones de conciliación o justificar suficientemente por escrito la negativa fundada en la necesidad de llevar a cabo un esfuerzo empresarial especialmente gravoso¹¹⁵.

¹¹² GORELLI HERNÁNDEZ, J. “La nueva regulación de la adaptación de la jornada: de la melancolía a una esperanza contenida”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, 2020, p. 118.

¹¹³ BLASCO JOVER, C.: “La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de la jornada tras el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, Adapt*, vol. 7, nº 2, 2019, p. 70.

¹¹⁴ MOLÍNS GARCÍA-ATANCE, J.: “El nuevo marco jurídico de la Directiva (UE) 2019/1158 en relación con la adaptación del tiempo de trabajo a las circunstancias personales y familiares de las personas trabajadoras”, *Documentación Laboral*, nº 122, 2021, Vol. 1, p. 27.

¹¹⁵ SSTSJ Andalucía 21 noviembre 2019 (rec. 2860/2019) o Galicia 30 diciembre 2019 (rec. 4836/2019).

En consecuencia, serán los jueces, ante la negativa motivada del empresario a conceder la adaptación solicitada por el trabajador, y tras la interposición de la correspondiente demanda, los que valorarán la razonabilidad y proporcionalidad de la adaptación solicitada. De este modo, es difícil establecer pautas generales acerca de qué adaptaciones se consideran razonables y proporcionadas¹¹⁶. Así, el órgano judicial que ventile *a posteriori* el asunto a través del cauce habilitado por el art. 139 Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), debe realizar un juicio de proporcionalidad doble, relativo a la necesidad, idoneidad y razonabilidad, tanto de la petición como de la denegación con el fin de alcanzar un justo equilibrio entre ambas argumentaciones considerando *in casu* las circunstancias concurrentes y buscando un equilibrio de posiciones o intereses¹¹⁷, papel que en alguna medida excede de la función jurisdiccional en sentido estricto, pues, por una parte, impone un escrutinio de la vida personal de la persona que reclama el derecho y, por otra, una consideración de razones organizativas empresariales¹¹⁸.

Una de las cuestiones más controvertidas, y todavía no resuelta, radica en si es posible denegar la solicitud de adaptación formulada por la persona trabajadora cuando haya familiares que puedan atender las necesidades de conciliación. La doctrina se encuentra dividida en dos posturas diferentes¹¹⁹. Algunos autores entienden que, en caso de discrepancia entre las partes, el criterio decisivo es de la corresponsabilidad que prevé el art. 44 Ley Orgánica 3/2007 a fin de fomentar que ambos progenitores asuman de forma equilibrada, las responsabilidades familiares¹²⁰. Otro sector doctrinal, por el contrario, considera que el hecho de tener en cuenta las posibilidades de atención a las responsabilidades

¹¹⁶ AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Adaptación de la jornada por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral: razonabilidad y proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 257, 2022.

¹¹⁷ MOLINA NAVARRETE, C.: “Autodeterminación (soberanía) sobre el tiempo y adaptación de la jornada a la carta por razones conciliatorias: entre utopías”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, nº 441, 2019, p. 15.

¹¹⁸ AGUSTÍ MARAGALL, J.: “El derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET después del Real Decreto Ley 6/2019. La cuestión de la corresponsabilidad en su reconocimiento”, *Revista Jurisdicción Social*, nº 199, 2019, pp. 30 y ss.

¹¹⁹ MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: “El derecho a solicitar la adaptación de la jornada: una aproximación legal y judicial”, *Anuario Jurídico y Económico Escuarialense*, LVI, 2023, p. 100.

¹²⁰ AGUSTÍ MARAGALL, J.: “El derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET después del Real Decreto-Ley 6/2019. La cuestión de la corresponsabilidad en su reconocimiento”, *Revista Jurisdicción Social*, nº 199, 2019, p. 35.

familiares de otros parientes, produciría una alteración en los derechos de conciliación, en la medida en que estos dejarían de ser derechos de cada trabajador y quedarían condicionados en su ejercicio ante la concurrencia de otras circunstancias que no prevé el ET¹²¹.

La Ley de Familias, en sintonía con la Directiva 2019/1158, facilita el reingreso a la situación anterior, pues ya no se recoge solo el derecho “a solicitar” tal extremo “una vez concluido el periodo acordado o cuando el cambio de las circunstancias así lo justifique, aun cuando no hubiese transcurrido el periodo previsto”, sino que recoge “el derecho a regresar a la situación anterior a la adaptación una vez concluido el período acordado o previsto o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud. En el resto de los supuestos, de concurrir un cambio de circunstancias que así lo justifique, la empresa sólo podrá denegar el regreso solicitado cuando existan razones objetivas motivadas para ello”¹²².

Aun cuando no puede obviarse el hecho de que, como ha señalado el Tribunal Constitucional, la conciliación de la vida familiar y laboral presenta una clara dimensión constitucional que se enmarca en la prohibición de la discriminación por razón de género, de manera que de ese enlace con la discriminación va a derivar que las personas trabajadoras que hubieran solicitado o disfrutado de una adaptación de condiciones de trabajo por motivos de conciliación gozan del blindaje frente al despido¹²³, lo cierto es que se considera un acierto que la Ley de Familias introduzca previsiones expresas en tal sentido. Así, la solicitud o el ejercicio de los derechos que brinda el art. 34.8 ET se incorporan a las causas que originan la nulidad del despido disciplinario u objetivo. Cabe recordar, en este sentido que el Considerando 41 de la Directiva señala que “los trabajadores que ejercen su derecho a acogerse a las fórmulas de trabajo flexible contempladas en la presente Directiva deben estar protegidos contra el despido y contra cualquier medida de preparación para un posible despido... por haber ejercido su derecho a solicitar tales fórmulas de trabajo flexible, con arreglo a la jurisprudencia del tribunal de justicia.... Los trabajadores que

¹²¹ VIQUEIRA PÉREZ, C., “Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8 ET)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 4, 2021, p. 7.

¹²² FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral”, en VV.AA.: *Derecho Social de la Unión Europea* (CASAS BAAMONDE, M.E. Y GIL ALBURQUERQUE, R., Dirs.), 2ª edición, Madrid, Francis Lefebvre, 2019, p. 238.

¹²³ MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: “El derecho a solicitar la adaptación de la jornada: una aproximación legal y judicial”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, LVI, 2023, p. 110.

consideren que han sido despedidos por ejercitar esos derechos, deben poder pedir al empleador que justifique debidamente la causa de despido”.

La ventaja de la nueva formulación es que legitima el uso de la prueba indiciaria de forma que, aportados los pertinentes indicios por la persona trabajadora, correspondería al empresario demostrar que su decisión descansa en causas reales absolutamente extrañas a la pretendida discriminación¹²⁴. Ahora bien, lo que no cabe, desde luego, es que la persona trabajadora trate de preconstituir una prueba, como sucedería cuando, conociendo o temiendo que va a ser despedido por incumplimientos graves, solicita la adaptación ex art. 34.8 ET¹²⁵.

En todo caso, la dimensión constitucional de la medida contemplada en el art. 34.8 ET, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa, como ha señalado el Tribunal Constitucional¹²⁶.

V. CONCLUSIONES

Importantes han sido los avances ya materializados y todavía más lo serán los proyectados ante la inminente transposición de la Directiva 2019/1158 para superar la inicial finalidad protectora de las normas dirigidas a la maternidad y a la atención de los menores y mayores cuyo destinatario era la mujer trabajadora en exclusiva. Se trata ahora de conseguir de manera definitiva el reconocimiento de derechos de corresponsabilidad familiar concebidos de forma individualizada e intransferible a ambos sexos.

¹²⁴ IGARTUA MIRÓ, M.T.: “La promoción de la igualdad de género a través de fórmulas de trabajo flexible. Reflexiones y propuestas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1158”, *Femeris*, Vol. 7, nº 2, p. 98.

¹²⁵ ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: “Retos pendientes en la protección del embarazo y de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral frente al despido”, *Lex Social*, nº 2, 2022, p. 42.

¹²⁶ SSTCo 3/2007, de 15 de enero; 24/2011, de 14 de marzo; 26/2011, de 14 de marzo. AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Adaptación de la jornada por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral: razonabilidad y proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 257, 2022.

De calado serán, igualmente, las respuestas ofrecidas por la proyectada Ley de Familias a los variados modelos de familia existentes en la actualidad, como sucede con las monoparentales, con aquellas en las que uno de los miembros de la pareja no tiene la condición de progenitor, adoptante, guardador o acogedor¹²⁷, con las formadas por parejas de hecho o por personas pertenecientes a los colectivos LGTBI o en las que uno o ambos miembros de la pareja tienen hijas o hijos de uniones anteriores.

Tampoco cabe soslayar la virtualidad de la nueva política legislativa a la hora de dejar a un lado los denominados derechos de ausencia que no conllevan sino una perniciosa desvinculación del puesto de trabajo en perjuicio de las mujeres, apostando, bajo el principio de flexibilidad, por una adaptación consensuada en las modalidades de prestación de servicios en lo que hace al tiempo y lugar de trabajo.

Además, el diseño de un nuevo permiso de corta duración para atender emergencias familiares urgentes, el establecimiento de un asueto para cuidadores de al menos cinco días de extensión o la atribución de una compensación económica de extensión no inferior a dos meses para el cuidado de menores de ocho años, van a completar un panorama de derechos atento a las nuevas necesidades sociales ya iniciado con el Real Decreto Ley 6/2019, centrando ahora la atención, en algunos casos, en el aumento exponencial de la dependencia asociada al envejecimiento.

En fin, pieza clave en la senda hacia la corresponsabilidad real consiste en la actuación de los interlocutores sociales en los procesos de negociación a la hora de incorporar cláusulas avanzadas en la materia capaces de cubrir las lagunas actualmente existentes. Es imprescindible igualmente mejorar la financiación y la dotación de medios materiales y humanos de la red pública de servicios de cuidados (guarderías, centros de día, centros de noche, asistencia profesionalizada a domicilio, así como atención institucionalizada a personas dependientes, octogenarias o sobre envejecidas)¹²⁸, acompañadas de los subsidios monetarios pertinentes

¹²⁷ MORENO SERRANO, M.: “El permiso para el cuidado del lactante tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 6/2019”, cit., p. 1330.

¹²⁸ MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “La necesaria reorientación de la conciliación de la vida profesional y familiar y la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, nº 19, 2011, p. 23. ACDCT, VOL. XIV (2022), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 249-301

destinados a paliar la disminución de ingresos derivada del ejercicio de alguno de los derechos previstos por el ordenamiento jurídico¹²⁹.

VI. BIBLIOGRAFÍA

AGUILERA IZQUIERDO, R.: “Adaptación de la jornada por motivos de conciliación de la vida familiar y laboral: razonabilidad y proporcionalidad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 257, 2022.

AGUSTÍ MARAGALL, J.: “El derecho de adaptación de jornada ex art. 34.8 ET después del Real Decreto-Ley 6/2019. La cuestión de la corresponsabilidad en su reconocimiento”, *Revista Jurisdicción Social*, nº 199, 2019.

ALONSO-OLEA GARCÍA, B. y MEDINA GONZÁLEZ, S.: *Derecho de los servicios públicos sociales*, 3ª edición, Madrid, Civitas-Thomson Reuters, 2014.

ÁLVAREZ ALONSO, D.: “Conciliación de la vida laboral y familiar y reglas sobre vacaciones”, en VV.AA.: *Comentario a la reforma laboral de 2012* (MONTROYA MELGAR, A. y GARCÍA MURCIA, J., Dirs.), Madrid, Civitas, 2012.

ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La prestación por nacimiento y cuidado del menor, fruto de la reforma introducida por el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantizar la igualdad de trato entre mujeres y hombres”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 219, 2019.

ARAGÓN GÓMEZ, C.: “La protección social del cuidado en el entorno familiar”, en VV.AA.: *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos* (MOLERO MARAÑÓN, M.L., Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2022.

BALLESTER PASTOR, M.A.: *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de sexo*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016.

BALLESTER PASTOR, M.E.: “Del trabajo al trabajo de calidad: los nuevos retos de las políticas de empleo femeninos”, en VV.AA.: *Estudios sobre diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer* (MOYA AMADOR, R., Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2016.

¹²⁹ ALVAREZ ALONSO, D.: “Conciliación de la vida laboral y familiar y reglas sobre vacaciones”, en VV.AA.: *Comentario a la reforma laboral de 2012* (MONTROYA MELGAR, A. y GARCÍA MURCIA, J., Dirs.), Madrid, Civitas, 2012, pp. 177-178.

BALLESTER PASTOR, M.E.: “De los permisos parentales a la conciliación: expectativas creadas por la Directiva 2019/1158 y su transposición al ordenamiento español”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 11, 2019.

BARCELÓN COBEDO, S.: “Seguridad Social y prestaciones en favor de cuidadores no profesionales”, en VV.AA.: *La aplicación de la Ley de Dependencia en España* (GONZÁLEZ ORTEGA, S., Dir.), Madrid, CES, 2013.

BLASCO JOVER, C.: “La nueva configuración del permiso por lactancia y del derecho a la adaptación de jornada tras el Real Decreto Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para la igualdad de mujeres y hombres en el empleo y la ocupación”, *Revista Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo. Adapt.*, Vol. 7, nº 2, 2019.

CABEZA PEREIRO, J.: “Conciliación de vida privada y laboral”, *Temas Laborales*, nº 103, 2010.

CABEZA PEREIRO, J.: “Las políticas de conciliación al servicio de la igualdad entre hombres y mujeres”, en VV.AA.: *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos* (CABEZA PEREIRO, J. y FERNÁNDEZ DOCAMPO, B., Dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2011.

CABEZA PEREIRO, J.: “Tiempo de trabajo, racionalización de horarios y conciliación en España”, en VV.AA.: *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica. Estudios desde el Derecho Internacional y Comparado* (MELLA MÉNDEZ, L., Dir.), Madrid, Delta, 2015.

CASAS BAAMONDE, M.E.: “¿Derechos fundamentales específicos de las mujeres?”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 1, 2017.

CASAS BAAMONDE, M.E.: “Soberanía sobre el tiempo de trabajo e igualdad de trato y de oportunidades de mujeres y hombres”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 3, 2019.

CRISTOBAL RONCERO, R.: “Los cuidadores familiares y su visualización”, en VV.AA.: *Protección a la familia y Seguridad Social: Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral, II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Vol. 1, Murcia, Laborum 2018.

DE JESÚS SILVANO, S.M.: “Breve síntesis del alcance del nuevo derecho de los trabajadores a la adaptación de la jornada para compatibilizar la vida laboral y familiar”, *Diario La Ley*, nº 9581, 2020.

DE LA CORTE RODRÍGUEZ, M.: “El permiso parental en la Unión Europea”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 28, 2012.

DE VICENTE PACHÉS, F.: “Servicios sociales, envejecimiento activo y aprendizaje a lo largo de la vida”, en VV.AA.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible, Tomo II. III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2019.

DURÁN BERNARDINO, M.: “La prestación económica para cuidados en el entorno familiar y su carácter excepcional a la luz de las últimas reformas”, *Temas Laborales*, nº 124, 2014.

FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B.: “La doble jornada femenina”, en VV.AA.: *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades* (SÁNCHEZ TRIGUEROS, C., Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2006.

FERNÁNDEZ COLLADOS, M^a.B.: “Los cuidados en el entorno familiar más de una década después: los vaivenes en su regulación, su aplicación por la doctrina judicial y sus efectos en materia de igualdad”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 210, 2018.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: “Igualdad y prohibición de discriminación en el marco laboral”, en VV.AA.: *Derecho Social de la Unión Europea* (CASAS BAAMONDE, M.E. Y GIL ALBURQUERQUE, R., Dirs.), 2^a edición, Madrid, Francis Lefebvre, 2019.

FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales”, *Revista Ministerio Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 74, 2008.

GARCÍA CAMPÁ, S.: “Criar sin parir. Sexo y género como categorías de análisis jurídico en la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2018, de 17 de octubre”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, nº 433, 2019.

GONZÁLEZ DE PATTO, M.R.: “Cuestiones básicas sobre las políticas de empleo y contratación de la mujer”, en VV.AA., *Estudios sobre los diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer* (MOYA AMADOR, R., Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2016.

GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “El cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia de los mayores en la Ley 39/2006”, *Temas Laborales*, nº 89, 2007.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La nueva regulación de la adaptación de la jornada: de la melancolía a una esperanza contenida”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 2, 2020.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Un análisis normativo de la evolución de las políticas de conciliación en la Unión Europea. De la maternidad a la corresponsabilidad”, *Femeris*, Vol. 7, nº 2, 2022.

IGARTUA MIRÓ, M.A.: “Conciliación y ordenación flexible del tiempo de trabajo. La nueva regulación del derecho a la adaptación de jornada ex art. 34.8 ET”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 53, 2019.

IGARTUA MIRÓ, M.T.: “La promoción de la igualdad de género a través de fórmulas de trabajo flexible. Reflexiones y propuestas a la luz de la Directiva (UE) 2019/1158”, *Femeris*, Vol. 7, nº 2, 2022.

JURADO GUERRERO, T.: “Presentación”, *Revista IgualdadES*, nº 7, 2022.

LANTARÓN BARQUÍN, D.: “Transparencia salarial y otras reflexiones a propósito de la discriminación por razón de género”, en VV.AA.: *Género y no discriminación* (MONSALVE CUÉLLAR, M.E., Coord.), Madrid, Alderabán, 2019.

LÓPEZ ÁLVAREZ, M.J.: “La adaptación de la Directiva de conciliación de la vida familiar y profesional al ordenamiento jurídico español”, *Femeris*, Vol. 7, nº 2, 2022.

LÓPEZ CUMBRE, L.: “Una Ley integral para la igualdad de trato y una ley orgánica para la igualdad entre mujeres y hombres. ¿Concurrencia o necesidad?”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 64, 2003.

LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La construcción de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral como derechos fundamentales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 8, 2019.

LOZANO LARES, F.: “Los déficits de protección social del trabajo femenino”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, nº 58, 2021.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y.: “Cuidados para quienes cuidan: la adaptación del art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social a la Directiva (UE) 2019/1158, de 20 de junio de 2019”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, nº 3, 3002.

MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “La atención a la dependencia en el mundo rural”, en VV.AA.: *La economía social como palanca para la sostenibilidad de los territorios rurales* (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y ÁLVAREZ CUESTA, H., Dirs.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020.

MARTÍNEZ LÓPEZ, R. y ROLDÁN AYUSO, S.: “Estudio estadístico de los tiempos de vida: tiempo de actividad laboral y trabajo de cuidados”, en VV.AA.: *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos* (MOLERO MARAÑÓN, M.L., Dir.), Pamplona, Aranzadi, 2022.

MARTÍNEZ MORENO, C.: “Vida privada y relación de trabajo. A propósito de la posibilidad de pactar individualmente las condiciones de

- ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral”, *Tribuna Social*, nº 97, 2007.
- MARTÍNEZ MORENO, C.: *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*, Albacete, Bomarzo, 2019.
- MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: “El derecho a solicitar la adaptación de la jornada: una aproximación legal y judicial”, *Anuario Jurídico y Económico Escuarialense*, LVI, 2023.
- MIÑARRO YANINI, M.: *El trabajo al servicio del hogar familiar: análisis de su nueva regulación*, Madrid, Reus, 2013.
- MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “La necesaria reorientación de la conciliación de la vida profesional y familiar y la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, nº 19, 2011.
- MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “El espacio de las prestaciones económicas en la protección social de las personas dependientes: una reflexión sobre el sistema de cuidados deseable”, *Documentación Laboral*, nº 102, vol. III, 2014.
- MOLERO MARAÑÓN, M.L.: *Bases, evolución y retos de la Ley de Dependencia a los diez años de su aprobación*, Albacete, Bomarzo, 2017.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “Autodeterminación (soberanía) sobre el tiempo y adaptación de la jornada a la carta por razones conciliatorias: entre utopías”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, nº 441, 2019.
- MOLERO MARAÑÓN, M.L.: “Las trabajadoras del cuidado: por un futuro de trabajo decente”, *Revista de Derecho Social*, nº 89, 2020.
- MOLINA NAVARRETE, C.: “El régimen cuasi-profesional de cuidados de las personas dependientes”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro Estudios Financieros)*, nº 297, 2007.
- MOLÍNS GARCÍA-ATANCE, J.: “El nuevo marco jurídico de la Directiva (UE) 2019/1158 en relación con la adaptación del tiempo de trabajo a las circunstancias personales y familiares de las personas trabajadoras”, *Documentación Laboral*, nº 122, 2021, Vol. 1.
- MORALES ORTEGA, J.M.: “Tiempo de trabajo y crisis sanitaria: adaptación y reducción de jornada y permiso obligatorio recuperable”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, nº 1, 2020.
- MORENO SERRANO, M.: “El permiso para el cuidado del lactante tras la entrada en vigor del Real Decreto Ley 6/2019”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 10, 2020.
- NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: *Novedades en relación con la jornada de trabajo y los derechos de conciliación (tras la aprobación del RD 6/2019, de 1 de marzo)*, Madrid (Dykinson), 2019.

NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. y MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: “La maternidad y paternidad en el Derecho de la Unión Europea”, *Actualidad Laboral*, nº 14, 2011.

NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: “Avances en corresponsabilidad y flexibilidad en cuidado del lactante y adaptación de jornada por motivos familiares”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 55, 2020.

PASTOR MARTÍNEZ, A.: “Las medidas laborales del Real Decreto Ley 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 educación: un paso hacia la efectividad de la igualdad de trato y de oportunidades desde la corresponsabilidad”, *IusLabor*, nº 1, 2019.

PERÁN QUESADA, S.: “La configuración jurídica del principio de corresponsabilidad y su necesaria aplicación efectiva”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 53, 2019.

RAMOS QUINTANA, M.: “El Pilar Europeo de Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea”, *Revista de Derecho Social*, nº 77, 2017.

RAMOS TORO, M.: “El trabajo de cuidados de las personas mayores en el hogar”, en VV.AA. (MOLERO MARAÑÓN, M.L., Dir.): *Ser mujer en el mercado de trabajo: dificultades, oportunidades y retos*, Pamplona, Aranzadi, 2022.

RECHE TELLO, N.: “La nueva Directiva de conciliación de los progenitores y los cuidadores: ¿otra oportunidad perdida?”, *Revista de Derecho Social*, nº 89, 2020.

RÍOS MESTRE, J.M.: “La protección social de las personas cuidadoras de dependientes, tanto profesionales como no profesionales”, en VV.AA.: *Protección social del trabajo de cuidados* (GARCÍA ROMERO, B. y LÓPEZ ANIORTE, C., Dirs.), Pamplona, Aranzadi, 2022.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Tiempo de trabajo y conciliación. Premisas para un reparto equilibrado bajo el principio de corresponsabilidad”, *Trabajo y Derecho*, nº 13, 2021.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Trabajo y corresponsabilidad familiar: análisis a la luz de la Directiva 2019/1158”, *Diario La Ley*, nº 9600, 2020.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La familia en el ámbito jurídico-laboral. Situación y protección*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *Los permisos parentales: Avances y retrocesos tras las últimas reformas*, Albacete, Bomarzo, 2013.

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, E.: “De la conciliación a la corresponsabilidad en el tiempo de trabajo: un cambio de paradigma

imprescindible para conseguir el trabajo decente”, *Lex Social*, Vol. 11, nº 1, 2021.

RODRÍGUEZ RUÍZ, B.: “La dimensión constitucional de la conciliación de la vida familiar y laboral o de la dimensión doméstica de la ciudadanía”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 103, 2015.

ROLDÁN MARTÍNEZ, A.: “Retos pendientes en la protección del embarazo y de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral frente al despido”, *Lex Social*, nº 2, 2022.

ROMERO BURILLO, A.M.: “De la prestación por maternidad a la prestación por nacimiento y cuidado de menores: una aproximación a la regulación contenida en el Real Decreto Ley 6/2019”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 224, 2019.

ROQUETA BUJ, R.: “Las prestaciones económicas”, en VV.AA.: *La protección de la dependencia* (ROQUETA BUJ, R., Coord.), Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.

RUBIO RUBIO, L. y DUMITRACHE, C.: “Salud y tercera edad”, en VV.AA.: *Prevención y protección de la dependencia: un enfoque transdisciplinar* (MONEREO PÉREZ, J.L.; MALDONADO MOLINA, J.A. y RUBIO HERRERA, R., Dirs.), Granada, Comares, 2014.

RUÍZ SANTAMARÍA, J.L.: “Edad y dependencia. Aspectos fundamentales y factores relacionales”, en VV.AA.: *La protección de la Seguridad Social a las personas mayores, retos para el siglo XXI. Estudio comparado de los países latinoamericanos y del sur de Europa* (PERÁN QUESADA, S. y VILA TIerno, F.), Albacete, Bomarzo, 2022.

SACRISTÁN ROMERO, F.: “Reflexiones sobre algunas Directivas de la UE relevantes en materia de conciliación de la vida familiar y laboral”, *Justicia Laboral*, nº 300, 2007.

SÁNCHEZ-TERÁN HERNÁNDEZ, J.M.: “En las fronteras del contrato de trabajo: el cuidador no profesional de las personas en situación de dependencia”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro Estudios Financieros)*, nº 70, 2008.

SELMA PENALVA, A.: “La (des)protección social de los cuidadores no profesionales”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, nº 10, 2019.

SELMA PENALVA, A.: “La feminización del trabajo de cuidados. Inconvenientes y soluciones”, en VV.AA.: *Envejecimiento, cuidados y dependencia: hacia una protección social con perspectiva de género*, (LÓPEZ ANIORTE, C. y GARCÍA ROMERO, B., Dirs.), Pamplona, Aranzadi, 2020.

VADILLO RUÍZ, J.J.: “Respuestas a los nuevos retos de envejecimiento, protección a la salud y cuidados: la perspectiva médica”, en VV.AA.: *Por*

una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible, III Congreso Internacional y XVI Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social, Murcia, Laborum, 2019.

VIQUEIRA PÉREZ, C.: “Límites a la adaptación de jornada para la conciliación de la vida familiar (art. 34.8 ET)”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, nº 4, 2021.

LA REGULACIÓN DEL TRABAJO REMOTO MEDIANTE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: VALORACIÓN COMPARADA DE LAS EXPERIENCIAS ESPAÑOLA E ITALIANA¹

[*THE REGULATION OF REMOTE WORK THROUGH COLLECTIVE BARGAINING: A COMPARATIVE ASSESSMENT OF THE SPANISH AND ITALIAN EXPERIENCES*]

José Enrique Ruiz Saura

Fecha de recepción: 15 de junio de 2023

Fecha de aceptación: 26 de junio de 2023

Sumario: I. INTRODUCCIÓN.- II. EL CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTE NORMATIVA DEL TRABAJO REMOTO.- 2.1. Contenido general de los convenios colectivos de teletrabajo.- 2.1.1. Voluntariedad.- 2.1.2. Reversibilidad provisional y reversibilidad definitiva.- 2.1.3. Suscripción de contrato individual.- 2.1.4. Horarios de trabajo.- 2.1.5. Reuniones presenciales.- 2.1.6. Desconexión digital.- 2.2. Especial referencia a la compensación de gastos derivados del teletrabajo.- III. CONCLUSIONES.- BIBLIOGRAFÍA.

Contents: I. INTRODUCTION.- II. THE COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENT AS A REGULATORY SOURCE OF REMOTE WORK.- 2.1. General content of the collective bargaining agreements on teleworking.- 2.1.1. Voluntariness.- 2.1.2. Provisional reversibility and final reversibility.- 2.1.3. Subscription of individual contracts.- 2.1.4. Hours.- 2.1.5. Face-to-face meetings.- 2.1.6. Digital disconnection.- 2.2. Special reference to the compensation of expenses derived from teleworking.- III. CONCLUSIONS.- BIBLIOGRAPHY.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación "ACTIVIDAD SINDICAL Y DERECHOS COLECTIVOS EN LAS RELACIONES LABORALES DEL SIGLO XXI", llevado a cabo en el Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Murcia con financiación del Ministerio de Universidades (FPU 19/02487).

Resumen: La regulación del teletrabajo y su presencia en la negociación colectiva ha seguido una trayectoria desigual en España y en Italia. Sin embargo, en 2020, se produjo un cambio de paradigma con la extensión del Covid-19 y la urgencia de medidas de aislamiento social. Para hacer frente a sus efectos, surgió la necesidad imperiosa de consolidar y dotar de contenido regulatorio al trabajo remoto. En ambos países, este nuevo escenario ha traído consigo distintas formas de llenar el vacío regulatorio desde las mesas de negociación, lo cual ha llegado incluso a generar controversias que han debido ser resueltas en sede judicial. En el presente trabajo se analiza la evolución reciente del papel de la negociación colectiva en la regulación del teletrabajo de forma comparada en los marcos de relaciones laborales español e italiano, así como qué rol puede desempeñar el colectivo de personas teletrabajadoras en los futuros acuerdos colectivos.

***Abstract:** The regulation of teleworking and its presence in collective bargaining has followed an uneven trajectory in Spain and Italy. However, in 2020, a paradigm shift occurred with the spread of Covid-19 and the urgency of social isolation measures. To deal with its effects, the urgent need arose to consolidate and provide regulatory content to remote work. In both countries, this new scenario has brought with it different ways of filling the regulatory vacuum from the negotiating tables, which has even generated controversies that have had to be resolved in court. This paper analyzes the recent evolution of the role of collective bargaining in the regulation of teleworking in a comparative way in the Spanish and Italian labor relations frameworks, as well as the role that the group of teleworkers can play in future collective agreements.*

Palabras clave: Digitalización, Negociación colectiva, Nuevas tecnologías, Teletrabajo, Trabajo remoto

***Keywords:** Collective bargaining, Digitization, New technologies, Remote work, Teleworking*

* * *

I. INTRODUCCIÓN¹

En España, tradicionalmente, la introducción por parte de los convenios colectivos de prescripciones normativas específicamente destinadas al teletrabajo ha sido, en general, lenta y escasa. Sobre todo, su tratamiento ha tenido una presencia muy limitada en las negociaciones sectoriales, siendo los convenios de empresa los que con mayor frecuencia han tratado la temática del teletrabajo. Además, en muchas ocasiones, esta actividad normativa simplemente había consistido en albergar una regulación basada esencialmente en la reproducción de lo dispuesto en el antiguo art. 13 ET² y en determinados acuerdos marco que se detallarán más adelante.

No obstante, la entrada en vigor del Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de teletrabajo (en adelante, RDL 28/2020)³ y, posteriormente, de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de teletrabajo a distancia (en adelante, LTD)⁴ supuso un punto de inflexión y un cambio en la dinámica anterior. No en vano, esta nueva regulación del teletrabajo determina que los convenios colectivos tienen un margen muy amplio para especificar las condiciones en las que se deben desarrollar las relaciones de trabajo a distancia en los distintos sectores de actividad.

El caso de Italia es diametralmente opuesto. En este país, a mediados de la década de 1990, el trabajo a distancia adquirió protagonismo como herramienta establecida para el logro dos cometidos esenciales. Por un lado, en contextos de reestructuraciones productivas o crisis empresariales,

¹ En este estudio *se equiparó el concepto de trabajo en línea* al de teletrabajo. Todo ello, en base a la definición que de este último da el RDL 28/2020: “trabajo a distancia que se realiza mediante el uso exclusivo o predominante de medios o sistemas informáticos, telemáticos o de comunicación”.

Si bien se hará referencia a convenios colectivos que utilizan la terminología “trabajo a distancia”, dada la inexactitud de utilizar este término como sinónimo de los dos anteriores (ya que trabajo a distancia significa realizar una actividad laboral a distancia, pero no necesariamente utilizando el uso de nuevas tecnologías), el autor toma la licencia de equiparar ese término a “teletrabajo” o “trabajo *online*”.

² Antes de ser modificado por el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre trabajo a distancia.

³ Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, sobre trabajo a distancia (BOE de 23/09/2020).

⁴ Ley 10/2021, de 9 de julio, del trabajo a distancia (BOE de 10/07/2021).

se planteaba como alternativa a la amortización de puestos de trabajo excedentarios o para evitar a las personas trabajadoras desplazamientos a lugares de trabajo sensiblemente lejanos de su puesto anterior. En este sentido, puede destacarse el primer acuerdo suscrito sobre teletrabajo, que tuvo lugar el 15 de diciembre de 1994 en el ámbito de la mercantil Sariel, dedicada al sector de la información y el entretenimiento⁵, el cual perseguía el objetivo específico de evitar el traslado de algunos empleados desde las oficinas de la empresa ubicadas en el norte de Italia hasta su sede en la ciudad romana de Pomezia. Muy seguidamente, aparecieron otros acuerdos de empresa con la misma finalidad, *v.gr.*, en el seno de Italtel en enero de 1995, en Seat el 31 de marzo de 1995, en Dun & Badstreet Kosmos el 8 de junio de 1995, en Telecom Italia el 1 de agosto de 1995 o en Digital Equipment el 13 de febrero de 1996.

Por otra parte, el teletrabajo también ha sido empleado en Italia como herramienta de conciliación laboral y familiar. Así, el primer y más destacado acuerdo de empresa fue el de la mercantil Elettrolux Zanussi, el 6 de diciembre de 1997. Este convenio de empresa, en su art. 36, señala expresamente que el teletrabajo debe servir para “permitir el mantenimiento del equilibrio entre las responsabilidades familiares y profesionales”, de manera que se articula como una medida que evite la suspensión de la relación laboral ante supuestos de ausencias prolongadas del trabajo presencial por enfermedades del hijo de la persona trabajadora o por causas derivadas del posparto⁶. Más tarde, surgieron nuevos acuerdos de empresa que, con este objetivo explícito, han establecido el teletrabajo voluntario para las personas trabajadoras de mercantiles como IBM Italia (10 de julio de 2003)⁷, Nestlé Italia (16 de julio de 2010)⁸, como Sara Assicurazioni (10 de abril de 2013)⁹ o, más recientemente, como Basilichi (1 de abril

⁵ TUFO, M., *Il lavoro digitale a distanza*, Editorial Scietifica, Nápoles (Italia), 2021, pág. 167.

⁶ TUFO, M., *Il lavoro digitale a distanza*, Editorial Scietifica, Nápoles (Italia), 2021, pág. 168.

⁷ Disponible en: <http://rsuibmsegrate.altervista.org/2003710.pdf> (última revisión en fecha de 13 de junio de 2023).

⁸ Disponible en: <https://old.adapt.it/adapt-indice-a-z/nestle-italiana-s-p-e-il-coordinamento-nazionale-rsu-assistito-dalle-segreterie-nazionali-di-fai-cisl-flai-cgil-uila-uil-16-luglio-2010-accordo-su-adozione-del-progetto-sperimentale-di/> (última revisión en fecha de 13 de junio de 2023).

⁹ Disponible en: <https://www.fisac-cgil.it/10549/sara-accordo-su-telelavoro?pdf=10549> (última revisión en fecha de 13 de junio de 2023).

2016)¹⁰. En este último caso, el texto del acuerdo señala como destinatarios prioritarios del trabajo *online* a quienes recurran al mismo por estar al cuidado de niños menores de 12 años u otros miembros de la familia que requieran atención.

Pese a haber seguido dinámicas tan diferentes, tras la llegada de la pandemia y las medidas de aislamiento derivadas del Covid-19, el trabajo remoto ha adquirido un lugar más importante en las mesas de negociación de España e Italia. En lo tocante a este primer país, la autonomía colectiva está empezando a asumir por fin el papel de desarrollar regulatoriamente el conjunto de derechos y deberes de cada una de las partes para que, partiendo de las directrices legales previas, pueda consolidarse un marco normativo claro para el trabajo *online*.

Por su parte, en las relaciones laborales italianas, parece iniciarse un cambio de tendencia que implica el tránsito de una negociación colectiva sobre el teletrabajo que, dando por superado el carácter experimental, coyuntural y/o no necesariamente definitivo que le ha venido caracterizando en muchas ocasiones¹¹, hacia otro modelo de acuerdos que por fin adquiera una vocación de permanencia y consolidación de esta manera de articular la prestación de servicios por cuenta ajena.

2. EL CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTE NORMATIVA DEL TRABAJO REMOTO

La base normativa sobre la que se asientan los principios y preceptos mínimos sobre el teletrabajo en España e Italia, tiene su origen a principios de la década de los 2000. Concretamente, en el ámbito comunitario, cuando el Consejo Europeo primero y la Comisión Europea

¹⁰ Disponible en: <https://www.fim-cisl.it/wp-content/uploads/2021/04/Basilichi-PISA-accordi-firmati.pdf> (última revisión en fecha de 13 de junio de 2023).

¹¹ Así lo señalan GAETA y TUFO (pág. 1006), al referirse en este sentido a “algunas iniciativas que, al menos en cuanto a sus intenciones, parecen decididas a cerrar un experimento que ha durado más de veinte años y a abrir una nueva etapa del trabajo remoto”. Vid. GAETA, L. y TUFO, M., *El teletrabajo en Italia*, en ORTEGA LOZANO, en P.G. y RUIZ SANTAMARÍA, J.L. (Coords.), *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales: Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XX*, Editorial Comares, Granada, 2021, pág. 1006.

después impulsaron un proceso de negociación entre los agentes sociales¹² del viejo continente que fructificó en el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 16 de julio de 2002¹³ (en adelante, AMET). Con esta iniciativa, se trató de “establecer un marco general a nivel europeo, que sea de aplicación para las organizaciones miembros de las partes firmantes según los procedimientos y las prácticas nacionales específicas para los interlocutores sociales”¹⁴.

Este acuerdo consta de nueve partes, entre las que se encuentran: “carácter voluntario”, “condiciones de empleo”, “protección de datos”, “vida privada”, “equipos” (de trabajo), “salud y seguridad”, “formación”, “derechos colectivos”, etc. Su contenido fue incorporado al sistema de relaciones laborales español a través del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 30 de enero de 2003¹⁵, suscrito entre los sindicatos CCOO y UGT y las patronales CEOE y CEPYME. Por su parte, en Italia, se hizo lo propio con la suscripción del Acuerdo Interconfederal de 9 de junio de 2004¹⁶, teniendo como firmantes a las tres asociaciones sindicales de trabajadores más representativas del país transalpino (CGIL, CISL y UIL), así como a las organizaciones de empresas de los distintos sectores productivos (Confindustria, Confartigianato, Confesercenti, Cna, Confapi, Confservizi, Abi, Agci, Ania, Apla, Casartigiani, Cia, Claii, Coldiretti, Confagricoltura, Confcooperative, Confcommercio, Confinterim, Legacoop y Unici).

Desde entonces, tanto la normativa heterónoma como la autónoma en materia de teletrabajo surgida en España e Italia, se ha visto orientada y, en cierto modo, condicionada por ese “programa de mínimos” que supone el AMET. En lo tocante estrictamente al estudio de la negociación colectiva sobre trabajo remoto, este acuerdo inicial gestado en el seno de la UE también facilita la posibilidad de contar con un guion o herramienta de

¹² Quienes participaron en la mesa de negociación fueron La Confederación Europea de Sindicatos (CES) y, por parte de la patronal, 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).

¹³ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/teleworking.html> (última revisión en fecha de 7 de junio de 2023).

¹⁴ *Vid.* Apartado “Consideraciones generales” del AMET.

¹⁵ BOE de 24/02/2003.

¹⁶ Disponible en: https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=1620:accinterc-onf-recepimento-accordo-quadro-europeo-sul-telelavoro-9-giugno-2004&catid=54&Itemid=139 (última revisión en fecha de 7 de junio de 2023).

análisis en torno a la cual agrupar e identificar tendencias regulatorias. A continuación, se llevará a cabo dicho análisis.

2.1. Contenido general de los convenios colectivos de teletrabajo

2.1.1. Voluntariedad

Al apartado 3 del AMET señala que el teletrabajo tiene un carácter voluntario para la persona trabajadora y para el empleador, siendo esta una posibilidad que se puede materializar tanto al inicio de la relación laboral como en un momento posterior. Por tanto, la norma general sería que una propuesta o solicitud de alguna de las partes para cambiar la modalidad de prestación de servicios presencial por la de trabajo remoto, ya sea a instancias del empleado o de la empresa, podría ser libremente descartada por la otra.

No obstante, tratando esta cuestión de forma rigurosa, ha de apuntarse que es frecuente que la negociación colectiva sea empleada para evitar arbitrariedades empresariales y dotar de mayor seguridad jurídica al acceso al teletrabajo. En base a ello, este es un derecho de las personas trabajadoras reconocido en situaciones objetivas y subjetivas previamente definidas, y con los límites temporales y cuantitativos claramente establecidos.

Siguiendo con otros supuestos objetivos y/o subjetivos contemplados en la negociación colectiva italiana como requisitos previos para el acceso al trabajo remoto, cabe resaltar que existen acuerdos que prevén una antigüedad mínima en la mercantil para acceder a esta modalidad de prestación de servicios. En otros casos, se reserva la posibilidad de teletrabajar a determinadas categorías profesionales e, incluso, a personas trabajadoras con un determinado tipo de contrato. *V.gr.*, el art. 2 del acuerdo de Almaviva (17 de febrero de 2015)¹⁷, que excluye del acceso al teletrabajo a quienes detentan la categoría de “aprendiz”, así como a quienes no tienen contrato indefinido y, además, señala el requisito mínimo de tres años de antigüedad.

¹⁷ Disponible en: <https://www.fim-cisl.it/wp-content/uploads/2021/04/2015.02.17-Accordo-Almaviva-Telelavoro.pdf> (última revisión en fecha de 13 de junio de 2023).

En determinados acuerdos de empresa, la extensión del teletrabajo queda limitado a un volumen máximo de la plantilla, generalmente, delimitado en términos relativos. *V.gr.*, el art. 18.3.4 del antes referido acuerdo de la empresa IBM Italia señala un máximo del 4% de la plantilla en cómputo anual; el art. 3 del mencionado acuerdo de Nestlé Italia extiende esta modalidad hasta el 8% de los empleados fijos y directivos de cada unidad de producción; el art. 7.6 del acuerdo de Groupama Assicurazioni (12 de junio de 2014)¹⁸ establece que la proporción de plantilla adscrita al teletrabajo no puede superar el 4% como norma general y, excepcionalmente, el 5%; y el art. 10 del mencionado acuerdo de la empresa Almoviva sitúa este límite en un 3% sobre el total de la plantilla o el 5% sobre una unidad productiva. Y en otros acuerdos, la aplicabilidad del teletrabajo queda circunscrita a una serie de actividades previamente delimitadas. En este sentido, es destacable el art. 104.2 del antedicho Convenio colectivo de empresas de *call center*, donde no se contempla el teletrabajo para aquellas tareas en las que no sea necesario el contacto telefónico con el público.

En la autonomía colectiva española, la menor tradición del teletrabajo en las mesas de negociación tiene su reflejo en una menor gama de supuestos objetivos y subjetivos reconocidos como habilitantes para iniciar esta modalidad de prestación de servicios. Fundamentalmente, lo más común es que se exija una antigüedad mínima en la empresa, *v.gr.*, el art. 49 del Convenio Colectivo Nokia Transformation Engineering & Consulting Services Spain, S.L.U.¹⁹ establece una antigüedad mínima de 6 meses. Por su parte, el art. 43 del Convenio Colectivo Grupo Selecta²⁰, hace lo mismo, fijándolo en un mínimo de 12 meses. Asimismo, el citado XII Convenio Colectivo de Repsol Petróleo, S.A.²¹, en el art. 85.3, es más exigente ya que requiere un mínimo de 2 años de experiencia en la empresa.

En menor medida, también hay acuerdos que, como en el caso del [III Convenio colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, S.M.E., S.A.](#)²² en el apartado e) de su Anexo V, limitan el trabajo remoto a

¹⁸ Disponible en: <https://www.fisac-cgil.it/wp-content/uploads/2014/07/CIAGroupama201416.pdf> (última revisión en fecha de 13 de junio de 2023).

¹⁹ BOE de 12/08/2020.

²⁰ BOE de 30/01/2020.

²¹ BOE de 16/05/2018.

²² BOE de 22/12/2020.

un área o unidad funcional de la empresa que contemple este tipo de prestación de servicios.

2.1.2. Reversibilidad provisional y reversibilidad definitiva

Como consecuencia directa del carácter voluntario del trabajo remoto, el propio apartado 3 del AMET contempla igualmente que, con la salvedad de aquellos casos en que el teletrabajo forme parte de la descripción inicial del puesto de trabajo, cualquier acuerdo para la puesta en marcha de una actividad laboral de forma no presencial puede ser reversible por decisión unilateral de cualquiera de las partes.

En este caso, la negociación colectiva cumple con el importante papel de clarificar los términos y condiciones temporales que las partes deben utilizar para restablecer las condiciones anteriores por las que se rige la propia relación de trabajo. En este sentido la casuística italiana, en acuerdos como *v.gr.* el antedicho de Sara Assicurzioni (2013) contempla la “posibilidad de reversibilidad de la relación, previa solicitud motivada de una de las dos partes con un preaviso mínimo de cuatro semanas”²³. En el caso del acuerdo vigente en Zurich Italia²⁴ de 9 de noviembre de 2022, el trabajo remoto es reversible previo aviso con una antelación de treinta días por parte de la persona trabajadora. También hay acuerdos que contemplan un preaviso sensiblemente más corto para retomar el trabajo íntegramente presencial, *v.gr.* el acuerdo de Banca del Piemonte de 20 de enero de 2017²⁵, cuyo art. 4 señala el requisito de solo diez días laborales de antelación.

Algo similar ocurre en el caso español, *v. gr.*, el art. 40.2.3 el apartado 3 del Convenio Colectivo de la empresa Orange España Comunicaciones Fijas, SLU ²⁶especifica esta posibilidad solicitando con un mes de antelación:

²³ *Vid.* Art. 15.

²⁴ *Vid.* https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=29124:zurich9112022&catid=251&Itemid=139 última revisión en fecha de 12 de junio de 2023).

²⁵ *Vid.* <http://www.fisacpiemonte.net/wordpress/2017/01/26/accordo-smart-working-in-banca-del-piemonte/> (última revisión en fecha de 12 de junio de 2023).

²⁶ BOE de 18/10/2019.

“Cualquiera de las partes podrá denunciar el acuerdo de teletrabajo, durante cualquier momento de su vigencia, comunicándolo a la otra parte por escrito con al menos un mes de preaviso salvo necesidad urgente e imprevista justificada. Transcurrido ese plazo de preaviso, el acuerdo de teletrabajo se tendrá por concluido y el trabajador o trabajadora volverá a prestar servicios de forma presencial en el centro de trabajo de la empresa”.

Así mismo, también es frecuente que se concreten cuestiones tales como el preaviso necesario para la reincorporación definitiva al centro de trabajo ubicado en las instalaciones de la empresa. *V.gr.*, el art. 37.5 Convenio Colectivo estatal para el sector de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos²⁷ señala que, en defecto de acuerdo individual, el preaviso mínimo es de 30 días naturales. La misma antelación se dispone en el art. 30.5 del Convenio colectivo de Finanzauto, S.A.²⁸. En el caso del Acuerdo Trabajo a distancia AXA²⁹, se establece que “El ejercicio del derecho de reversión podrá ser efectuado por la persona trabajadora con motivo de la renovación anual del acuerdo individual de trabajo a distancia”.

En este sentido, es destacable que cabe exigir que la regulación de la reversibilidad al trabajo presencial debe preservar el carácter sinalagmático inherente a cualquier contrato de trabajo. De manera que esta posibilidad no puede supeditarse a un criterio arbitrario o poco claro de la empresa. En este sentido, la SAN 12 de septiembre 2022³⁰ ha determinado que es nulo un acuerdo que condiciona la reversibilidad del teletrabajo a “las posibilidades de la empresa”. Por el contrario, admite la posibilidad de que se establezcan plazos diferenciados para la reversibilidad, en función de que sea ejercitada por la empresa (15 días) o por la persona trabajadora (un mes).

Además, otros convenios establecen supuestos fijos de cese temporal del teletrabajo en caso de problemas técnicos que impidan ocasionalmente la prestación del trabajo *online*. *V.gr.*, el art. 44.1.i del Convenio Colectivo de Bureau Veritas Inspection and Testing, SLU,

²⁷ BOE de 27/09/2021.

²⁸ BOE de 5/05/2022.

²⁹ *Vid.* <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/axa/ACUERDO%20TRABAJO%20A%20DISTANCIA%20AXA.pdf> (última revisión en fecha de 12 de junio de 2023).

³⁰ Rec. 204/2022.

Bureaus Veritas Solutions, SA e Instituto de la Calidad, S.A.U.³¹ prevé esta posibilidad en situaciones de “interrupciones técnicas que conlleven la posibilidad de desempleo en la actividad laboral durante un período igual o superior a 24 horas solares puede determinar, a elección de la empresa, la reincorporación forzosa al trabajo”.

En línea con lo anterior, cabe señalar también que el art. 11.3 del citado Convenio Colectivo de la empresa Carlson Wagonlit España, SLU contempla *la fuerza mayor indebida* como causa de reversibilidad del contrato de teletrabajo interpartes³². A estos efectos, el mencionado concepto incluye: “situaciones urgentes o excepcionales que requieran una coordinación específica (huelgas de proveedores o huelgas que afecten a los servicios ofrecidos a los clientes), acontecimientos extraordinarios, introducción de nuevos clientes cuyo servicio necesite ajuste o permanencia en el tiempo, realización de nuevas políticas, capacitación, necesidades específicas del cliente o del servicio”.

En este sentido, cabe señalar que ya han aparecido resoluciones que han calificado legalmente ciertos supuestos estrictamente relacionados con el trabajo en red y, en consecuencia, determinar si pueden calificarse como un caso de fuerza mayor que impide temporalmente la realización del trabajo en modalidad de teletrabajo. En concreto, en la sentencia 37/2022, de 14 de marzo³³, la Audiencia Nacional resolvió el caso de una empresa del sector del *call center* que, tras sufrir un ataque informático mediante un *virus ransomware*, vio inutilizados alrededor de 1.200 elementos ofimáticos y digitales esenciales de su negocio, como servidores, sistemas electrónicos, computadoras y equipos de impresión. Este *ciberincidente* afectó a la ejecución de 28 campañas que la empresa estaba realizando, así como la contratación efectiva de 1.192 empleados de un total de 2.158. En este punto, se concluyó al final de su FJ 3 que:

“El ataque informático a través de un virus *ransomeware* en una actividad empresarial que gravita sobre una ‘arquitectura’ esencialmente digital como la que lleva a cabo la demandante puede subsumirse en el concepto de fuerza mayor”.

³¹ BOE de 10/03/2021.

³² BOE de 27/02/2020.

³³ Informe 13/2022.

Posteriormente, la SAN 10 de noviembre 2022³⁴ ha determinado ajustado a derecho que, al margen de la proporcionalidad de teletrabajo y trabajo presencial recogido en el acuerdo, la empresa pueda requerir de forma sobrevenida y por causas imprevistas la asistencia de la persona trabajadora. Y todo ello, sobre la fundamentación siguiente:

“(…) la presencialidad debe conjugarse imperativamente con las necesidades organizativas de la empresa, que se enmarcan en las facultades del poder de dirección previsto en el art. 20 ET así como con el control de la actividad. Es precisamente la organización empresarial la que permite requerir al trabajador para acudir de forma presencial caso de producirse circunstancias que, evidentemente, requieran su presencia física y no estaban previstas inicialmente. Es por ello que la cláusula establece que el trabajador debe ser avisado con la máxima antelación posible, no fijando un plazo de preaviso concreto, pues caso de producirse una situación imprevisible, aquél vendría inoperante”.

Sin embargo, en su sentencia 104/2014, de 10 de mayo³⁵, el mismo tribunal nacional había indicado con anterioridad la diferente consideración de que, para justificar la suspensión del teletrabajo, la interrupción de la actividad por cortes puntuales en el suministro eléctrico o conexión a internet por causas no imputables al trabajador. En este caso, refiriéndose también a las relaciones laborales desarrolladas a través de Internet *en* otra empresa dedicada al *call center*, la sentencia contenía el siguiente comunicado:

“(…) en caso de accidentes por desconexiones que impidan el suministro, esencialmente a éste, tales como interrupciones en el suministro de energía eléctrica o en la conexión a Internet, ajenas a los trabajadores, la empresa computará el tiempo que dure como tiempo efectivo de trabajo, sin tener que recuperarlo ni sufrir bonificación en su retribución, siempre que la existencia y duración de la incidencia esté justificada por la empresa prestadora del servicio de que se trate”.

Además, la sentencia también subrayó que, dado que la falta de conexión a Internet y el apagón no habían supuesto que las personas que

³⁴ Rec. 269/2022.

³⁵ Rec. 105/2021.

trabajaban presencialmente tuvieran que reponer la parte de su jornada que coincidía con dicho percance, plantear una exigencia diferente a de quienes teletrabajan supondría una vulneración del principio de equiparación entre los dos colectivos señalado en el RDL 28/2020 (art. 4.1).

Por todo ello, resulta patente que la reversibilidad temporal del trabajo presencial ante determinadas circunstancias que dificultan el trabajo a distancia es una cuestión cuya regulación a través de un convenio colectivo puede ser útil para reducir la inseguridad jurídica y la conflictividad en el seno de la empresa.

2.1.3. Suscripción de contrato individual

De nuevo, el apartado 3 del AMET establece la obligación empresarial de entregar por escrito a la persona teletrabajadora toda la información concerniente a su modalidad prestación de servicios. Además, para mayor claridad, se remite a la Directiva 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 laboral³⁶. La transposición de este mandato a los distintos marcos nacionales de relaciones laborales se ha efectuado mediante la imposición de que el teletrabajo vaya precedido de un acuerdo escrito individual entre la empresa y la persona trabajadora.

Por ello, es muy habitual que la negociación colectiva requiera a quien aspira a teletrabajar una previa solicitud por escrito a la mercantil, la cual debe hacerse además con una mínima antelación concretada en el propio convenio o acuerdo. Además, se recogen los términos del referido acuerdo individual de teletrabajo. *V gr.*, el art. 30 del Convenio Colectivo Provincial de Trabajo para la actividad de oficinas y despachos en la provincia de Segovia³⁷, establece la obligación de que dicho contrato incluya de forma clara y específica las condiciones y términos de la realización del trabajo a través del teletrabajo.

En Italia, incluso, hay ocasiones en que la negociación colectiva aborda esta cuestión de forma muy exhaustiva, de tal forma que pueden

³⁶ DOUE núm. 288, de 18 de octubre de 1991.

³⁷ BOPSG del 5/5/2021.

encontrarse acuerdos que recogen un protocolo específico para que la persona trabajadora formule su solicitud y esta sea resuelta por la empresa en un plazo determinado, *v.gr.*, art. 4 del antedicho acuerdo de Nestlé Italia. Incluso, hay casos en los que la suscripción del acuerdo individual de teletrabajo es señalada como condición ineludible o requisito *ad solemnitatem* para el inicio de esta modalidad de prestación de servicios, *v.gr.*, art. 16 del acuerdo de Sara Assicurazioni³⁸.

Volviendo a la casuística española, cabe reseñar que también hay textos que destacan por la exhaustividad de su contenido. *V.gr.*, el Acuerdo de Trabajo a distancia AXA señala con mucho detalle cuáles deben ser los términos contenidos en el acuerdo individual de trabajo a distancia³⁹.

2.1.4. Horario de trabajo

En materia de organización y tiempo de trabajo, el apartado 9 del AMET establece que el “el teletrabajador gestionará la organización de su tiempo de trabajo”. Consecuentemente, la negociación colectiva italiana suele facultar a las personas que teletrabajan para llevar a cabo una gestión flexible del mismo. No obstante, a veces este margen asignado se ve

³⁸ “Los métodos prácticos para llevar a cabo el desempeño laboral a través del teletrabajo en el hogar acordado entre las partes debe resultar de un acto escrito (...). Este acuerdo es una condición necesaria para la transformación de una relación en teletrabajo a domicilio voluntario”

³⁹ “Con anterioridad al inicio de la prestación de servicios a distancia, deberá formalizarse con la persona trabajadora un acuerdo individual de trabajo a distancia que recogerá:

- Inventario de los medios, equipos y herramientas facilitados por la Empresa.
- Cuantía diaria a percibir por día de trabajo a distancia de acuerdo con lo establecido en el presente Acuerdo.
- Horario de trabajo y días de prestación de trabajo a distancia de la persona trabajadora.
- Centro de trabajo de la empresa al que queda adscrita la persona trabajadora a distancia y donde, en su caso, desarrollará la parte de la jornada de trabajo presencial.
- Lugar de trabajo a distancia elegido por la persona trabajadora para el desarrollo del trabajo a distancia que se presumirá el informado en el portal del empleado ESS por el trabajador o trabajadora.
- Sistema de fichaje a utilizar por la persona trabajadora.
- Procedimiento a seguir en el caso de producirse dificultades técnicas que impidan el normal desarrollo del trabajo a distancia.
- Políticas de seguridad de la información y de protección de datos aplicables.
- La duración del acuerdo de trabajo a distancia por un año prorrogable”.

condicionado por la exigencia de disponibilidad en una franja horaria concreta, *v.gr.*, Acuerdo sobre teletrabajo de GDF Suez Energía Italia, de 10 de abril de 2013⁴⁰, que fija esta posibilidad “en función de las necesidades organizativas, funcionales y técnicas de la empresa, dentro del horario de 8.00 a 20.00 horas de lunes a sábado”. En idénticos términos se regula en el anteriormente referido acuerdo sobre el teletrabajo en Bassilichi.

De manera menos estricta, el art. 7.8 del señalado acuerdo de la mercantil Groupama Assicurazioni, exige al empleado que “por cada día de trabajo en el domicilio, al menos 3 horas de coincidencia entre la actividad realizada en el domicilio y el horario de trabajo de la sede a la que pertenece”, y lo mismo se establece en otros acuerdos, *v.gr.*, art. 7 del suscrito en 2013 en el seno de Sara Assicurazioni. De igual forma, es frecuente que la jornada de trabajo total esté compuesta de una parte que se realice *online* y una bolsa de horas que, ineludiblemente, sean de trabajo presencial “interno”.

En el caso español, los convenios colectivos son proclives a concretar la jornada laboral específicamente aplicable al teletrabajo, que podrá coincidir o no con la jornada completa del trabajador⁴¹, así como la distribución de la jornada laboral⁴². De hecho, la SAN 12 de septiembre 2022⁴³ señala que es contrario al art. 7 LTD obviar la concreción de la proporción de jornada que se asigna al teletrabajo y la que corresponde al trabajo presencial.

En este sentido, puede haber una distribución de la jornada de trabajo totalmente flexible, es decir, sin limitación del número de días ni de la franja horaria, previo acuerdo entre la empresa y el trabajador. Este es el caso, *v.gr.*, en el XXIV Convenio Colectivo de Nokia Spain, S.A.⁴⁴, cuyo art. 43 recuerda que la división de la jornada semanal en régimen de teletrabajo, si bien puede hacerse a tiempo completo o a tiempo parcial sin

40

Disponible

en:

https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=9054:chimici-settore-energia-gdf-suez-energia-italia-accordo-telelavoro-10-aprile-2013&catid=140&Itemid=139 (última revisión en fecha de 13 de junio de 2023).

⁴¹ Puede haber trabajadores que realicen toda la jornada online (son teletrabajadores a tiempo completo) o, por el contrario, parte de su actividad deba realizarla presencialmente durante determinados días o determinados periodos (teletrabajadores de guardia).

⁴² BOE de 15/01/2022.

⁴³ Rec. 204/2002.

⁴⁴ BOE de 15/11/2021.

restricciones, debe ser previamente acordada entre el trabajador y su superior.

Asimismo, se puede establecer una distribución horaria con algunas rigideces, cuya intensidad se puede modular en función del resultado de la negociación colectiva. *V gr.*, esta rigidez sería relativamente leve en supuestos como el contemplado en el art. 40.2.3 del Convenio Colectivo de Orange España Comunicaciones Fijas, S.L.U., por el que se establece una franja horaria en la que es obligatoria la actividad laboral, incluida la que se lleva a cabo de manera *online*:

“Existirá una franja horaria que irá desde las 10:00 horas hasta las 14:00 horas en la que será necesario estar, bien en la oficina, o bien teletrabajando. Existirá cierta flexibilidad para aquellos/as trabajadores/as en situación de reducción de jornada por guarda legal que se acojan al modelo de teletrabajo distribuido por las tardes, permitiéndose exclusivamente para este colectivo que la franja horaria en la que deberán estar o bien en la oficina o bien teletrabajando sea desde las 10:00 horas hasta las 13:00 horas”.

En otros acuerdos, el margen de distribución horaria concedido al sujeto que teletrabaja es sensiblemente inferior, como ocurre en supuestos como el contemplado en el art. 30 del Convenio Colectivo del Grupo Vodafone España⁴⁵, que limita la posibilidad de teletrabajar “hasta un máximo del 40% de la jornada laboral semanal, que se desarrolla dos días a la semana”, o en el art. 21 del Convenio Colectivo del Grupo Iberdrola⁴⁶, que también establece este límite máximo de dos días a la semana.

Sin embargo, no sería admisible una cláusula que facultase a la empresa para determinar unilateralmente el tiempo de teletrabajo según su propio y único criterio. En base a la siguiente fundamentación, la SAN 12 de septiembre 2022⁴⁷ señala que se trataría de un precepto nulo:

“Es evidente que con esta decisión se está dejando en manos del empresario la determinación y alteración del porcentaje de presencialidad, lo que resulta contrario a las previsiones del art. 8.1 LTD que nos indica: ‘La modificación de las condiciones establecidas en el acuerdo de trabajo a

⁴⁵ BOE de 09/02/2021.

⁴⁶ BOE de 2/03/2021.

⁴⁷ Rec. 204/2022.

distancia, incluido el porcentaje de presencialidad, deberá ser objeto de acuerdo entre la empresa y la persona trabajadora, formalizándose por escrito con carácter previo a su aplicación”.

Por el contrario, la SAN 10 de noviembre 2022⁴⁸ sí considera ajustado a derecho que, tras quedar pactado el número de días asignados a la modalidad de teletrabajo, la determinación de las fechas específicas de los días de trabajo presencial la lleve a cabo la empresa.

2.1.5. Reuniones presenciales

En su último párrafo, el apartado 9 del AMET también se ocupa de encomendar al empleador la adopción de medidas que posibiliten un contacto presencial de forma ocasional con la persona que teletrabaja. Todo ello, en aras a evitar su aislamiento. A raíz de ello, la negociación colectiva ha abordado frecuentemente la regulación de las causas que han de concurrir para el llamamiento a la persona teletrabajadora, así como las circunstancias en que debe llevarse a cabo dicho encuentro con ella.

En este sentido, en Italia son numerosos los acuerdos que prevén un régimen de visitas y/o protocolo para la asistencia a reuniones presenciales, ya sean periódicas o coyunturales, entre el teletrabajador y la empresa, *v. gr.*, el art. 9 del acuerdo de Nestlé Italia de 2010, que establece la obligatoriedad de acudir a cualquiera de estas reuniones siempre que sean debidamente convocadas por la empresa con una antelación de al menos dos días laborables. En términos muy similares se expresa en el acuerdo de Almagro de 2015, aunque la antelación de la convocatoria se reduce a 48 horas. En cualquier caso, el tiempo dedicado por la persona teletrabajadora a estas reuniones, se considera laboral a todos los efectos.

En España, a diferencia del país transalpino, esta cuestión no aparece con tanta frecuencia en los convenios colectivos. No obstante, puede destacarse el III Convenio colectivo de la Corporación de Radio Televisión Española, S.M.E., SA⁴⁹, que establece reuniones de contacto con carácter obligatorio y con una periodicidad mínima semanal, ya sea con el equipo de trabajo, con las personas colaboradoras o con la persona

⁴⁸ Rec. 269/2022.

⁴⁹ BOE núm. 332, de 22 de diciembre de 2020.

responsable directa⁵⁰. Así mismo, en el párrafo 3º del art. 40.2.1 del Acuerdo de modificación del Convenio Colectivo de Orange España Comunicaciones Fijas, S.L.U., también se dispone la obligatoria asistencia a las instalaciones de la empresa para participar en reuniones formativas o de otra índole con cierta periodicidad, incluso aunque se trate de reuniones imprevistas⁵¹. Y en similares términos viene planteado en el párrafo 2º del art. 43.2.3 del Convenio Colectivo del Grupo Selecta⁵².

2.1.6. Desconexión digital

En este sentido, el apartado 6 del AMET establece la obligación empresarial de respetar “la vida privada del teletrabajador”. Este término podría albergar dos interpretaciones: por un lado, haría referencia al derecho de la persona trabajadora a mantener una parcela de intimidad personal que no trascienda a la dirección de la empresa si no es estrictamente necesario ni está justificado⁵³, y además, la otra interpretación estaría ligada al derecho de quien teletrabaja a disponer de una delimitación clara de la parte del tiempo que corresponde a su actividad laboral, quedando la parte restante libre de interferencias de la empresa en el tiempo de dedicado a su vida personal y familiar.

El derecho a la desconexión estaría estrechamente relacionado con ese segundo aspecto. De hecho, ya en la SAN de 17 de julio de 1997⁵⁴, se consideró contrario a derecho exigir a quienes trabajen fuera de las instalaciones de la empresa el mantenimiento de una conexión permanente e ininterrumpida con la empresa y clientes a través de dispositivos móviles, incluso en horas no comprendidas dentro de la jornada de trabajo⁵⁵.

⁵⁰ Vid. Apartado e) de su Anexo V.

⁵¹ “El trabajador o trabajadora se compromete a acudir a cuantas reuniones sea convocado por parte del responsable de la unidad en el centro de trabajo, con un preaviso mínimo de 24 horas, salvo razones de urgente necesidad que justifiquen una convocatoria con inferior plazo de preaviso”.

⁵² BOE de 30/01/2020.

⁵³ Sobre este ámbito inciden los arts. 89 y 90 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE núm. 294, de 6 de diciembre de 2018), que reconocen el derecho a la intimidad de la persona trabajadora en distintas facetas concretas de su ámbito laboral.

⁵⁴ Proc. 120/1997.

⁵⁵ PÉREZ CAMPOS, A.I., “Teletrabajo y derecho a la desconexión digital”, Revista ADAPT, Vol. 9, Núm. 1, 2021, pág. 508.

En relación a este tema, existen acuerdos que parten de la definición y delimitación de este derecho para dar seguridad jurídica a su ejercicio por parte del teletrabajador. *V gr.*, el art. 45.a del Convenio Colectivo de Financiera El Corte Inglés, EFC, SA ⁵⁶ o el art. 43 del Convenio de las Industrias del Vino, Licores y Alcohol de Córdoba ⁵⁷, que establece específicamente que “los trabajadores tienen derecho a la desconexión digital, a no contestar correos electrónicos ni recibir llamadas fuera del horario laboral”. Además, este precepto afecta también a la prohibición de que el mero ejercicio de este derecho pueda dar lugar a algún tipo de sanción para el teletrabajador. Algo similar está previsto en el art. 45 del citado convenio de Financiera El Corte Inglés.

Otros acuerdos incluso especifican la franja horaria diaria en la que el teletrabajador no debe responder a ninguna comunicación. *V. gr.*, en el caso del art. 51 del citado convenio colectivo de Nokia, esta franja horaria es de 7:00 am a 6:30 pm, mientras que en el art. 15.2 del Convenio Colectivo de Cajas de Ahorros y Entidades Financieras ⁵⁸, es de 19:00 a 08:00 horas.

En el caso de Italia, la negociación colectiva ha actuado de forma muy similar. En este sentido, cabe destacar la existencia de acuerdos recientes que, como en el caso del art. 106 bis del convenio sectorial del *call center*⁵⁹ de 20 de septiembre de 2021, describen con precisión el alcance del derecho a la desconexión⁶⁰ y determina la necesaria delimitación del tiempo de trabajo de las personas teletrabajadoras. De igual forma, otro ejemplo ilustrativo es el reciente art. 4.VI del Acuerdo de Zurich Italia de 2022, en el que se señala que tras la finalización del horario previsto para el trabajo remoto:

⁵⁶ BOE de 05/06/2021.

⁵⁷ BOPC del 17/06/2021.

⁵⁸ BOE de 12/03/2020.

⁵⁹

Disponible

en:

https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=26687:call-center20-settembre-2021&catid=247&Itemid=139 (última revisión en fecha de 13 de junio de 2023).

⁶⁰ “La desconexión consiste en el derecho a abstenerse de realizar tareas, actividades y comunicaciones electrónicas laborales fuera del horario de trabajo, incluidos los períodos de descanso, festivos y todo tipo de permisos, entendiéndose que en el desempeño del servicio el trabajador debe estar localizable y disponible. durante su horario de trabajo”.

“(…) no podrá ser conectado posteriormente a los dispositivos de la empresa y no estará obligado a participar en ninguna conferencia/reunión y/o a contestar correos electrónicos/llamadas telefónicas antes de la reanudación prevista del trabajo al día siguiente”.

Este artículo va en la línea de lo anteriormente dispuesto por el acuerdo de renovación del *Contratto Colettivo Nazionale del Lavoro* de 31 de marzo de 2015 para el personal directivo y de las áreas profesionales de las empresas de crédito, financieras e instrumentales⁶¹ en su art. 30, que ya entonces señalaba de forma tajante el derecho de la persona trabajadora a no interactuar telemáticamente con la empresa fuera de su horario laboral en caso de haberse recibido comunicación, estando incluso facultado a deshabilitar la conexión de todos sus dispositivos para evitar la recepción de estas comunicaciones.

2.2. Especial referencia a la compensación de gastos derivados del teletrabajo

El apartado 7 del AMET aborda lo referido a la dotación de elementos técnicos necesarios para el teletrabajo, así como lo concerniente a los costes derivados de esta modalidad de prestación de servicios. Concretamente, se establece que “Como regla general, el empresario está encargado de facilitar, instalar y mantener los equipamientos necesarios para el teletrabajo regular, salvo si el teletrabajador utiliza su propio equipo”. Se constata con claridad que se trata de un precepto destinado a proteger la ajenidad como rasgo esencial de la relación laboral también en el trabajo remoto. Por ello, es significativo que, ante casos de una falta de cumplimiento estricto de este principio por parte de la empresa, se ha considerado que concurre el supuesto de hecho previsto en el art. 30 (imposibilidad de la prestación por impedimentos imputables al empresario⁶²) y, por ende, el derecho de la persona teletrabajadora a percibir

⁶¹ Disponible en: https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=21569:2019abi&catid=236&Itemid=139#Art._30_Disconnessione (última revisión en fecha de 12 de junio de 2023).

⁶² Si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al ACDCT, VOL. XIV (2022), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 303-330

el salario de cada una de las jornadas en las que no ha podido trabajar en parte o en su totalidad por carecer de los medios que le debería haber facilitado la empresa. En consonancia con ello, la SAN de 10 de mayo de 2021⁶³ establece que:

“(…) en caso de producirse dentro de la jornada prestada en teletrabajo incidentes debidos a desconexiones que impidan la prestación, por ser imprescindibles para la misma, como cortes en el suministro de luz o conexión de internet, ajenos a las personas trabajadoras, la empresa compute el tiempo que dure aquél como tiempo efectivo de trabajo, sin que deban recuperar ese tiempo ni sufrir descuento alguno en sus retribuciones, siempre y cuando se aporte justificación de la empresa suministradora del servicio de que se trate sobre la existencia y duración de la incidencia, por cuanto que dicho pronunciamiento es acorde con el deber del empresario de proporcionar los medios para que la actividad laboral pueda llevarse a cabo”.

De igual forma, en el antedicho apartado 7 del AMET, se indica que “Si el teletrabajo se realiza regularmente, el empresario cubre los costos directamente originados por este trabajo, en particular los ligados a las comunicaciones”. Además, este deber empresarial también se extiende a las necesidades de mantenimiento y apoyo técnico para el uso de los equipos por parte de la persona teletrabajadora.

Partiendo de todo lo anterior, la negociación colectiva ha asumido el papel determinante de dilucidar en cada caso cuáles son exactamente los elementos que componen el concepto jurídico indeterminado de “equipamientos necesarios para el teletrabajo” y cuáles son los distintos “costos directamente originados por este”.

No obstante, cabe destacar que la SAN de 22 de marzo de 2022⁶⁴ ha precisado que esta obligación empresarial es directamente exigible aun en el caso de que la negociación colectiva guarde silencio al respecto. De esta forma, se reitera el criterio de la STS de 4 de junio de 2021⁶⁵, que también reconocía el derecho del teletrabajador a reclamar los gastos

trabajador, este conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo.

⁶³ Rec. 105/2021.

⁶⁴ Rec. 44/2022.

⁶⁵ Rec. 103/2021.

ocasionados, aunque con la dificultad de verse obligado a justificar cada uno de ellos. De hecho, en caso de darse una omisión grave de este por parte de la mercantil, la AN abre la posibilidad de que se produzca una extinción causal de la relación laboral⁶⁶.

De igual forma, la AN señaló en su sentencia de 10 de noviembre 2022⁶⁷ que ha de considerarse nula cualquier cláusula que refiera que “la prestación de servicios a distancia no generará gasto alguno, y que caso de producirse, quedará compensado con el ahorro que dicha forma de trabajo produce, choca frontalmente con el precepto ya aludido (art. 7 b) de la LTD)”.

Con respecto a la regulación de los equipamientos necesarios, existen acuerdos que son capaces de reportar mucha utilidad en este sentido. *V.gr.*, el Acuerdo de Trabajo a distancia AXA, que concreta la dotación tecnológica de la empresa en un listado exhaustivo compuesto por: ordenador portátil, monitor, ratón, teclado, cascos, herramientas de comunicación necesarias, cable de red y multiplicador de puertos cuando sea necesario. Además, señala que estos equipos deben renovarse en un periodo estimado de cinco años. Así mismo, incluye la necesaria provisión al teletrabajador de mobiliario de trabajo, esencialmente, una silla ergonómica y una mesa de trabajo. De igual forma, se establece un baremo económico para compensar a la persona trabajadora en aquellos casos en que ésta hubiera adquirido por su cuenta algunos de esos elementos.

En lo estrictamente tocante a la compensación económica de gastos variables ligados al teletrabajo, tales como wifi o suministros, se establece una cantidad diaria de tres euros por cada día efectivo de teletrabajo, los cuales se abonan en concepto de “compensación gastos teletrabajo”. Esta

⁶⁶ “El convenio sectorial no establece criterio alguno para la compensación por gastos, lo que no es óbice para que el empresario tenga que dar necesario cumplimiento a la obligación que legalmente se le impone, aun cuando el convenio nada haya establecido al respecto. Por tanto, sí es nula la remisión que en esta cláusula se realiza al convenio sectorial dado que en éste nada se ha convenido al respecto. Esta laguna no impide la aplicación del art. 7 b) LTD y el pleno derecho a que el trabajador sea resarcido por todos los gastos que se le ocasionan al trabajar a distancia.

.../...

(...) dado que los gastos no se han enumerado e identificado, el trabajador podrá reaccionar (...) bien instando la resolución de su contrato conforme el art. 50.1.c) ET, bien accionando en reclamación de su adecuado cumplimiento incluidos los daños y perjuicios que se le hubieran podido ocasionar”.

⁶⁷ Rec. 269/2022.

fórmula se repite en otros acuerdos, como es el caso del art. 36.II del Convenio colectivo de Nippon Gases, S.L.U.⁶⁸, que establece un plus de teletrabajo 3,82 € brutos para el año 2022, por cada día efectivo de teletrabajo, en compensación por los gastos que el teletrabajo ocasione (gastos de mantenimiento, conservación, suministro eléctrico, agua, conexión a internet, medios y mobiliario, utilización de espacios, etc.). Consecuentemente, a efectos prácticos, un suplido de este tipo, es decir, cuyo abono está expresamente vinculado a la previa determinación del número de días en que se ha teletrabajado, no sería devengado en periodos de incapacidad temporal o vacaciones. Sin embargo, la STSJ Madrid 23 de febrero 2022⁶⁹ ha entendido que este criterio restrictivo no sería extensible a los días en que la persona teletrabajadora se ausente de su trabajo remoto para realizar funciones sindicales. Concretamente, se consideró atentatorio contra el derecho a la libertad sindical que la mercantil dejase abonar el complemento en concepto de gastos de teletrabajo a una persona en uso de su liberación sindical (art. 28 CE). El TSJ de Madrid entendió que se mantenía invariable la obligación empresarial de compensar dicho gasto, puesto que la privación de tal compensación del gasto de conexión a Internet a la persona teletrabajadora, supone un obstáculo indirecto a la plena efectividad de sus funciones representativas y de su acción sindical.

En otros acuerdos, como el Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro y Entidades Financieras⁷⁰, en el art. 14.6, prevé el derecho de los teletrabajadores a que la empresa ponga a su disposición las siguientes herramientas de trabajo: computadora, *tablet*, *smart pc*, teléfono móvil con línea y datos suficientes para su conexión a internet y, a solicitud del trabajador, una silla ergonómica. Además, a elección de la empresa, se deberá aportar ratón, teclado y pantalla, o en su defecto abonar una cantidad global máxima de 130 euros a destinar el teletrabajador a la adquisición de estas herramientas. Finalmente, para cubrir los gastos residuales derivados de cualquier concepto relacionado con el teletrabajo, se establece un importe máximo de 55 euros mensuales.

Por su parte, el Convenio Colectivo de Financiera El Corte Inglés, EFC, SA en su art. 44.5, se establece una dotación de medios de trabajo⁷¹ muy similar a la anterior y, en cuanto a la compensación de gastos, se fija una cantidad mínima a tanto alzado de 23 euros al mes.

⁶⁸ BOE núm. 207, de 2 de agosto de 2022.

⁶⁹ Rec. 1005/2021.

⁷⁰ BOE de 12/03/2020.

⁷¹ BOE de 05/06/2021.

Además, cabe señalar que existen algunos convenios que, más allá de garantizar el mero pago societario de los gastos correspondientes al teletrabajo, explotan la autonomía colectiva para introducir incentivos económicos que favorecen el interés de la plantilla por utilizar la modalidad de trabajo *online*. En este caso, además de las anteriores prestaciones, el convenio colectivo contendría complementos de carácter meramente retributivo. *V. gr.*, el convenio colectivo de British Petroleum Oil España⁷² incluye en su escala salarial un plus denominado “complemento de teletrabajo” que asciende a 6.407,52 euros anuales repartidos en doce mensualidades. Además, según la finalidad que se le atribuye en la redacción de su art. 47⁷³, podría considerarse integración laboral, en la línea de otras integraciones habituales en algunos sectores de actividad, como toxicidad, nocturnidad, turnicidad, etc. Asimismo, el citado XXIV Convenio Colectivo de Nokia Spain, S.A., en el art. 44⁷⁴, prevé una retribución específica de 61,07 euros mensuales en 2021 para “los trabajadores por cuenta ajena que realicen su trabajo de forma permanente en el domicilio o en el lugar que libremente elijan”.

En el caso italiano, desde un primer momento la negociación colectiva introdujo que, la instalación de equipos de trabajo en el domicilio del empleado o en el lugar designado por este, es asumida por la empresa. En este sentido, el Acuerdo Interconfederal sobre Teletrabajo Confapi, de 17 de julio de 2001, concreta que “El hardware y el software, otorgados al trabajador en préstamo para su uso, así como los costos relativos de instalación, mantenimiento y actualización, son de cargo de la empresa”⁷⁵. De hecho, no se contempla otra posibilidad tras la suscripción del Acuerdo Interconfederal para la transposición del Acuerdo Marco Europeo sobre teletrabajo, el 9 de junio de 2004.

Años después, la negociación colectiva fue haciéndose eco de los avances en materia de telecomunicaciones, de tal manera que se viene

⁷² BOE de 06/02/2018.

⁷³ “Esta cantidad compensará, además de las molestias que pueda ocasionar el home office, los gastos ordinarios de calefacción, electricidad, limpieza, así como cualquier otro de análoga naturaleza”.

⁷⁴ BOE de 15/11/2021.

⁷⁵ Disponible en: https://olympus.uniurb.it/index.php?option=com_content&view=article&id=2154:accordo-interconfedrale-sul-telelavoro-confapi-17-luglio-2001&catid=51&Itemid=139 (última revisión en fecha de 29 de mayo de 2023).

incluyendo con frecuencia la dotación al trabajador de una conexión ADSL adecuada. Y más recientemente, están apareciendo acuerdos que son capaces de señalar con mucha claridad y concreción las necesidades de software y de apoyo técnico que deben ser cubiertas por el empleador, *v.gr.*, el referido convenio sectorial de empresas de *call center* que, en su art. 107.3, determina que “En todo caso, el empresario está obligado a hacerse cargo de los costes de protección (antivirus), salvaguarda (*backup*), pérdida (*crash*) de los datos gestionados por el teletrabajador o trabajador ágil, así como los costes derivados de daños a herramientas de trabajo, independientemente de su propiedad”.

En otros casos, se dispuso que la cobertura de gastos debía efectuarse mediante la estimación de una cantidad a tanto alzado, *v.gr.*, el Acuerdo sobre teletrabajo de GDF Suez Energía Italia de 2013, fija esta compensación en un pago único anual de 900 euros, el cual debe hacerse en enero de cada año. Así mismo, el art. 17 del reseñado acuerdo de Almagora, prevé el abono de 40 euros mensuales en concepto de suplido por “consumo energético y uso de la vivienda” por parte de la persona que trabaja a domicilio. En todos los casos, estas cantidades tienen la consideración de suplidos, esto es, su naturaleza es extrasalarial a todos los efectos.

Por último, resulta llamativo que algunos acuerdos prevean el mantenimiento de determinados suplidos específicamente destinados a compensar de gastos inherentes al trabajo realizado fuera del domicilio del trabajador, como es el caso del “ticket de restaurante”, el cual está reconocido como derecho también de las personas teletrabajadoras en el antedicho acuerdo sobre teletrabajo de GDF Suez Energía Italia⁷⁶. Esto es algo que difiere por completo del criterio manifestado en la STS 1 de junio 2022⁷⁷, que establece que los teletrabajadores no tienen derecho al devengo del plus de transporte que sí perciben las personas trabajadoras en compensación por los gastos derivados de su ida y vuelta del centro de trabajo ubicado en las instalaciones de la empresa.

III. CONCLUSIONES

⁷⁶ “El empleado en teletrabajo continuará recibiendo el ticket del restaurante de acuerdo con los procedimientos vigentes en la sede de la empresa de referencia”.

⁷⁷ Rec. 247/2021.

En las relaciones laborales pospandémicas, el teletrabajo ha visto reforzada su importancia y su presencia en la negociación colectiva. Esta es una tendencia que se vislumbra en el conjunto de países del ámbito de la UE, entre ellos, Italia y España. No en vano, la firma del AMET por parte de los agentes sociales del viejo continente respondía al objetivo de establecer unos principios mínimos que presidiesen los acuerdos sobre esta modalidad de prestación de servicios.

Pese a ello, no todos los países parten desde la misma posición para el cumplimiento de esta tarea. Sin ir más lejos, la normativa autónoma y heterónoma española sobre teletrabajo ha sido generalmente poco ambiciosa hasta hace unos años, mientras que, en Italia, podría afirmarse que ha ocurrido la inversa. Concretamente, los acuerdos sobre trabajo remoto en el país transalpino han venido jugando un papel importante desde mediados de la década de 1990 en determinados ámbitos, particularmente, para afrontar procesos de reestructuración de plantillas o para posibilitar la conciliación laboral y familiar.

Sin embargo, la doctrina italiana también ha sido crítica con los resultados de la autonomía colectiva en el ámbito del trabajo remoto. Y ello es debido a que, con frecuencia, los acuerdos sobre teletrabajo han estado ligados a una fase experimental de implantación que, a nivel sectorial y empresarial, no se terminaba de dar por superada a pesar de estar en funcionamiento durante bastantes años. De hecho, algunos de estos acuerdos colectivos experimentales sobre el trabajo se han suscrito hace pocos años, obviándose toda la experiencia acumulada en diversos sectores de actividad.

En cualquier caso, la presencia de las nuevas tecnologías en el mundo laboral y su progresiva digitalización se ha convertido ya en una realidad tan abrumadora, que cabe esperar de la negociación colectiva un contenido regulatorio completo, claro y extenso que se reduzca la inseguridad jurídica en unas relaciones laborales que ya no están circunscritas a las referencias clásicas sobre tiempo y lugar de trabajo, sobre control de la actividad, sobre la ajenidad inherente al contrato de trabajo, etc.

Asimismo, la negociación colectiva debe estar atenta a la evolución del trabajo *online* y nuevas formas de implementarlo. Así ocurre actualmente en el caso del *smart working* o *lavoro agile*, que ya cuenta con una legislación específica en Italia, así como una presencia creciente en numerosos acuerdos entre sindicatos y empleadores. Sin embargo, en este

sentido, el panorama español solo presenta un conjunto reducido de convenios de empresa que hablan sobre esta nueva realidad laboral, lo cual no ha sido óbice para que determinados tribunales superiores de justicia hayan optado por recurrir a la filosofía del *smart working* para resolver controversias en relación a la gestión del tiempo de trabajo prestado de forma *online*⁷⁸. Aunque esta es una cuestión que, por su notable interés, merece ser analizada aparte y de forma sosegada.

Como conclusión final, la lección en clave española que subyace de todo lo descrito, es que los agentes sociales españoles tienen la oportunidad de actuar en consonancia para, a diferencia de lo ocurrido con el teletrabajo en la época anterior a la aparición del Covid-19, no quedarse rezagados en la tarea de regular sectorialmente las nuevas realidades sobre el trabajo remoto.

Por su parte, en lo referido a la negociación colectiva italiana, partiendo de su trayectoria de ya casi 30 años, habremos de seguir atentos al alcance de sus nuevos acuerdos en esta era del cambiante trabajo pospandémico a distancia y, así mismo, comprobar si los mismos se consolidan como referente para la autonomía colectiva de otros países de su entorno.

BIBLIOGRAFÍA

- ALZAGA RUIZ, I., “El derecho al abono y compensación de gastos en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, núm. 2, 2022, págs. 33-53.
- DE LAS HERAS GARCÍA, A., “Relaciones colectivas y teletrabajo” *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 5, 2017, págs. 18-22.
- DOMÍNGUEZ MORALES, A., “Derechos colectivos de los trabajadores a distancia en el Real Decreto-Ley 28/2020 de 22 de septiembre: problemas de aplicación práctica”, *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, núm. 3, 2021, págs. 144-174.

⁷⁸ V.gr., SSTSJ de Madrid de 20 de abril de 2022 (Rec. 122/2022) y de 1 de marzo de 2023 (Rec. 1242/2022), que relativizan la sujeción de la persona trabajadora a un horario de trabajo estricto, reconociéndosele una cierta autonomía para organizar espacial y temporalmente en cumplimiento de sus objetivos profesionales.

- GALLEGO MOYA, F. “La negociación colectiva española ante el reto del teletrabajo”, *Revista de Derecho*, núm. 22, 2021, págs. 163-217.
- GAETA, L. y TUFO, M., *El teletrabajo en Italia*, en ORTEGA LOZANO, en P.G. y RUIZ SANTAMARÍA, J.L. (Coords.), *Innovación tecnológica, cambio social y sistema de relaciones laborales: Nuevos paradigmas para comprender el derecho del trabajo del siglo XX*, Editorial Comares, Granada, 2021, págs. 991-1008.
- PÉREZ CAMPOS, A.I., “Teletrabajo y derecho a la desconexión digital”, *Revista ADAPT*, Vol. 9, Núm. 1, 2021, págs. 499-528.
- RODRÍGUEZ ESCACIANO, S., “El teletrabajo y sus fuentes de regulación. Especial consideración a la autonomía colectiva”, *Revista Galega de Dereito Social*, núm. 11, 2020, págs. 39-104.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “El papel de la negociación colectiva. Contenidos a afrontar, aparición de nuevas actividades y nuevas formas de trabajo”, *XXX Jornada de estudio sobre la negociación colectiva CCNCC*, Madrid, España, 26 de octubre de 2017.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. y LUJÁN ALCARAZ, J., “Representatividad negociadora y ámbito de los convenios colectivos”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 68, 2007, págs. 51-76.
- TIRABOSCHI, M., *Lavoro agile e contrattazione collettiva: lo stato dell'arte*, en DAGNINO, E., TOMASSETTI, P. y TOURRES, C. (Coords.), *Il lavoro agile nella contrattazione collettiva oggi*, Working Paper, Modena (Italia), Núm. 2/2016, págs. 4-22.
- TUFO, M., *Il lavoro digitale a distanza*, Editorial Scietifica, Nápoles (Italia), 2021, págs. 167-178.
- VALLE MUÑOZ, F.A., *Los derechos colectivos en las nuevas formas de trabajo tecnológico*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2021, págs. 28-38.

RECENSIONES DE LIBROS

[BOOK REVIEW]

Luís Fernando PIMENTEL DE OLIVEIRA VASCONCELOS ABREU, *A tutela da confiança e a função judicial: O caso das viragens da jurisprudência. Uma breve panorâmica do direito português e do direito brasileiro*, Instituto Jurídico-Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Coimbra, 2022), 170 págs.

El profesor doctor Luís ABREU, director en el ISCTE-Instituto Universitario de Lisboa del Máster en Derecho de las Empresas y del Trabajo, es un mercantilista extraordinario. Sus relaciones con el Instituto de Investigación de la Asociación Coruñesa de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social, comandado por los profesores doctores Jesús MARTÍNEZ GIRÓN y Alberto ARUFE VARELA, son estrechas. Se materializan últimamente en la realización conjunta de *webinars* y en la realización de estancias de investigación, tanto en Lisboa como en A Coruña, habiendo podido yo beneficiarme con largueza de estas relaciones de colaboración científica, gracias precisamente a la amabilidad y a la acogida del profesor ABREU, por quien siento un afecto y una admiración científica muy grandes. La fructuosidad de estas relaciones no extraña, supuesto que el Derecho Mercantil (o Comercial, como se le denomina en Portugal) y el Derecho del Trabajo comparten una cierta carga genética común, al tratarse de criaturas científicas de la misma madre científica (*mater semper certa est*, aunque discernir quién fue nuestro padre sea otra cosa), que es el Derecho Civil (y dentro de él, el Derecho común de obligaciones y contratos). A nosotros, como laboristas, nos interesa lógicamente el empresario (en cuanto que parte no sólo del contrato de trabajo junto al trabajador, sino también en cuanto que parte del convenio colectivo junto a los representantes de los trabajadores), por lo que no podamos pasar por alto lo que publican nuestros hermanos mercantilistas, como ocurre con esta espléndida monografía del profesor ABREU, que me propongo reseñar aquí brevemente.

En tiempos de crisis económicas agudas, como las que nos ha tocado vivir, el tema de los cambios en la jurisprudencia de los tribunales (las «*viragens*» que marcan el título principal del libro del profesor ABREU) ha acabado convirtiéndose en un asunto transversal, que toca por igual al Derecho del Trabajo y al Derecho Mercantil, así como al resto de

disciplinas jurídico-positivas afectadas por dichos cambios, impactando sobre la protección de la confianza de los justiciables en los tribunales, resultando que esta protección («*A tutela da confiança*») es justamente la médula de la monografía de nuestro autor, aunque realizada (lo que justifica su recensión en un *Anuario* como éste), desde una perspectiva clara y neta de Derecho comparado. En su caso, lo principalmente comparado es el Derecho portugués y el Derecho brasileño, aprovechando todas las sinergias culturales (también, de cultura jurídica) existentes entre Portugal y el gigante brasileño, con sus más de doscientos millones de habitantes de lengua portuguesa. Y no extraña el punto de comparación elegido por nuestro autor, que también habrá tenido en cuenta el hecho de que el ISCTE-Instituto Universitario de Lisboa, en que profesa, es un centro universitario cosmopolita, en el que todos los años se inscriben decenas y decenas de estudiantes, de extraordinario nivel académico y procedentes del otro lado del océano Atlántico, que dicho prestigioso centro universitario sabe captar, también para que se gradúen (como estudiantes de postgrado) en el Máster citado de Derecho de las Empresas y del Trabajo, cuyo director —como ya puse de relieve— es precisamente el profesor ABREU. Como es lógico, su conocimiento profundo del Derecho Mercantil portugués se le presume (y yo diría, incluso, que con presunción *iuris et de iure*), aunque en esta monografía suya acredita igualmente un conocimiento soberbio del Derecho mercantil brasileño, al que dedica las páginas 124 y siguientes de su obra, en las que expone con cumplida largueza y extraordinarias profundidad y exhaustividad las problemáticas jurídicas de su tema transversal, en relación con las normas y la doctrina científica brasileñas (se detiene, con especial detalle, en los escritos científicos de António DO PASSO CABRAL, Lucas BURIL DE MACÊDO, Luiz GUILLERME MARINONI y Thomas DA ROSA DE BUSTAMANTE), con una «*apreciação crítica*» del ordenamiento en cuestión, en la que nuestro maestro mercantilista portugués acredita conocer a fondo cómo utilizar eficazmente la metodología jurídica comparatista.

En mi opinión, el título de la monografía revela humildad y modestia (dos grandes virtudes, por lo demás, de todo buen científico), pues en lo que denomina «Nota previa», que precede a la «Introducción» de la obra, el profesor ABREU realiza un estudio comparatista de altos vuelos acerca de la regla *stare decisis*, de vigencia universal (también, por supuesto, en España), pero que en los Estados Unidos reina con especial brillantez, al distinguirse allí precedentes «irrevocables» o «superprecedentes», precedentes «medianamente revocables» y, por último,

decisiones judiciales que podrían resultar revocadas en cualquier momento (todo ello, centrándose en la denominada eficacia «vertical» de la regla «estar a lo decidido»). En esto, la monografía del profesor ABREU acredita estar a la última, pues dicha «Nota previa» da cuenta del famoso caso *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization*, fallado el 24 junio 2022, en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos, a propósito del derecho de aborto, revocó la doctrina de su famoso precedente *Roe v. Wade* (1973), que muchos venían considerando un precedente «irrevocable». No se agotan ahí las sorpresas comparatistas de este magnífico libro del maestro ABREU, pues en la misma «Nota previa» también advierte, cumpliendo luego cumplidamente esta advertencia suya, que también hizo «un encuadramiento un poco más comprensivo del tema, en función de algunos elementos de Derecho extranjero, señaladamente del Derecho español y del Derecho francés, así como una brevísima referencia a un aspecto del Derecho italiano», ciñendo el análisis de su tema —en lo tocante al Derecho español— a la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, sabiamente seleccionada y cumplidamente comentada y aprovechada.

Iván Vizcaíno Ramos

Henar ÁLVAREZ CUESTA, *Protección social frente a la pobreza*, Bomarzo (Albacete, 2023), 265 págs.

Mucho es de agradecer la brillante luz que esta monografía proyecta sobre un tema, el de la pobreza, que no por constituir un tópico dotado de clasicismo jurídico, menos se hallaba necesitado de una sistematización, sobresaliente como la que la propia monografía propone, especialmente en tiempos como los que nos está tocando vivir, de tránsito por una nueva cuestión social, ligada a fenómenos como los de la globalización, la digitalización o la irrupción de la inteligencia artificial en las relaciones laborales, tomando en consideración que la autora no sólo sistematiza, sino que también propone actuaciones normativas, haciendo buenas las palabras —que tomo de Adolfo POSADA— relativas a «que la reforma legislativa, en el sentido que señala la crítica del Profesor Menger [en su *El Derecho Civil y los pobres*], puede ser fecunda, aunque no sea más que para precipitar la solución jurídica de la llamada cuestión social». Mucho es de agradecer que este sobresaliente conjunto de sistematización y propuesta proceda de una especialista consagrada al estudio del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, lo que aporta una absoluta conciencia de las desigualdades y desequilibrios actuantes en espacios de relaciones que contraponen a más de una parte, sea en la esfera del Derecho público sea en la del Derecho privado, que el laboralista tiende a tratar de igualar —o, al menos, reequilibrar— sin la complacencia con la que acostumbran a mirarse fenómenos desiguales o desequilibrados en otras áreas jurídicas; considerando, además, que se trata de una conciencia más preocupada que otros campos del conocimiento científico-universitario, por descubrir y proteger lo que se encuentra detrás de números, usualmente caracterizados por su frialdad, supuesto —en la parcela de la protección social, sobre la que se proyecta este magnífico estudio sistematizador y propositivo— que lo que hay detrás de tales números son siempre personas de carne y hueso; resultando dicha conciencia, en suma, estar más despegada que la de otros ámbitos de nuestra sociedad (pienso, ante todo, en la que encarna buena parte de la clase política) de lo políticamente correcto, a lo que la autora aquí no se aferra. Mucho es de agradecer que la autora en cuestión sea una destacada integrante de la admirable y fecunda Escuela Leonesa de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pues aun reconociendo —siguiendo palabras que oí del maestro BARREIRO GONZÁLEZ— que «nunca es

fácil ser un bastión de ideales»—, lo cierto es que nuestra autora, la profesora ÁLVAREZ CUESTA, garantiza cumplidamente en su obra la consecución de ideales enunciados y mantenidos por el maestro, como los relativos a que su tarea debe entregarse al objetivo de «difundir, no adoctrinar», así como al de «enseñar, no presumir», haciéndolo con la valentía —tan típicamente leonesa— de proponer cambios y reformas, buscando la certeza de que «cada uno es artífice de su propia ventura».

Anticipa la profesora ÁLVAREZ CUESTA, con la lucidez que le es característica, que «el análisis efectuado en las siguientes páginas tratará de examinar los huecos que aún persisten en el mosaico actual, integrado por prestaciones asistenciales de desempleo, las tradicionales y recientes no contributivas, así como en cuantas tienen en cuenta la carencia de ingresos, incluidas las autonómicas como complementarias, en aras a subrayar las duplicidades, y con la finalidad de comprobar si se avanza en la lucha contra la desigualdad y la pobreza y si verdaderamente constituye el escudo protector necesario». Tarea nada sencilla, objetivo ambicioso, misión cumplida. Desde un punto de vista metodológico podría predicarse de la autora lo que Charles E. HUGUES (en su posición de Juez Presidente de los Estados Unidos, en la década de los años treinta del siglo pasado) dijo de su «hermano» en la Corte Suprema, verdadero icono jurídico, el Juez Louis BRANDEIS, al adjetivarlo sin hipérbole como «maestro del microscopio como del telescopio». En este sentido, la profesora ÁLVAREZ CUESTA maneja con rigor el microscopio, por ejemplo —es sólo un ejemplo, de muchos que aparecen a lo largo de su obra—, a propósito del ingreso mínimo vital, allí donde afirma todo lo siguiente: «cabe apreciar su impacto de género: los titulares son mayoritariamente mujeres (66%) y entre las personas beneficiarias el 55% también son mujeres. El 84% de los titulares de la prestación tiene nacionalidad española y el 16% son extranjeros. La edad media de los titulares es de 45,52 años. El 19% tiene menos de 35 años, el 61% entre 36 y 55 años y el 34% son mayores de 55 años. Entre las personas beneficiarias el 63% son adultos y el 37% menores, y la media de edad es de 19,57 años». Pero también maneja con idéntico rigor el telescopio, por ejemplo —de nuevo, es sólo un ejemplo de muchos—, a propósito de su clasificación de sistemas de renta mínima, que efectúa a partir «de profundizar la mirada en el Derecho comparado», allí donde distingue entre «sistemas de protección selectivos» (acentuando «que caracteriza mejor a programas de otras latitudes, como los de Australia o Nueva Zelanda»), «redes de protección integradas» (indicando que «el ejemplo más representativo es el del Reino Unido»), «sistemas de asistencia

social dual» (afirmando que «se trata del modelo vigente desde hace décadas en países como Alemania, Francia, Bélgica y Luxemburgo»), «sistemas fuertemente inspirados en el derecho de ciudadanía» (mencionando aquí a «los países nórdicos»), «sistemas descentralizados territorialmente y discrecionales» (aludiendo que en ellos «se puede ubicar a algunos países del centro de Europa, como Suiza o Austria»), así como el «modelo casi propio de los países del Este».

Siguiendo por la senda comparatista propuesta por la profesora ÁLVAREZ CUESTA, cabría decir con rotundidad que esta magnífica obra suya tiene un potencial exportable de primera magnitud. En este sentido, es claro que quedaría garantizado su triunfo en las Facultades de Derecho de las más prestigiosas universidades de costa a costa de los Estados Unidos, donde el tópico «seguridad social» —a pesar de corresponderse con una expresión juridificada tempranamente en aquella gran Nación, en una venerable y todavía vigente Ley, homónima, de 1935— no resulta nada frecuente su inserción en los planes de estudio de las Facultades de Derecho en cuestión, y eso que los mismos pueden llegar a ofrecer muchas decenas (e incluso, varios centenares) de asignaturas de libre elección en los cursos segundo y tercero del Grado en Derecho, resultando mucho más frecuente —de manera verdaderamente frecuente— la aparición en dichos planes de la asignatura usualmente denominada «*Poverty Law*». No extraña en absoluto que dicha asignatura forme parte del catálogo de asignaturas ofertadas por la Facultad de Derecho de la Universidad pública de California-Berkeley, en la costa oeste, donde goza de una tradición casi secular, pues ya la profesaba allí Barbara NACHTRIEB ARMSTRONG —aclamada como primera profesora universitaria de Derecho en los Estados Unidos— a finales de los años veinte del siglo pasado, presentando paralelismos jugosos con nuestra autora (su devoción por la justicia social queda reflejada en su libro *Insuring the essentials: minimum wage plus social insurance-A living wage program*, que le valió el acceso a la primera cátedra universitaria obtenida por una mujer, en su misma Facultad californiana, en 1935, de la misma manera que la obra aquí recensionada, como recuerda la prologuista de la misma, le valió para certificar su acceso a la cátedra universitaria a la profesora ÁLVAREZ CUESTA). Pero tampoco falta el «*Poverty Law*» en el *curriculum* que se propone en la catalogada como primera de las Facultades de Derecho norteamericanas, esto es, la de la Universidad privada de Harvard, en la costa este. Su guía docente, que es ejemplo de acribia y sensatez, en las antípodas de las insufribles guías docentes a las que nosotros no nos ha quedado más remedio que acostumbrarnos aquí, indica al

respecto —probando la utilidad radical de la obra aquí recensionada, en un marco comparado— que «el objetivo principal de esta asignatura es examinar las cuestiones jurídicas únicas de las personas económicamente vulnerables y marginadas —especialmente las que experimentan el ser sin techo o la inseguridad en la vivienda—, y considerar si el sistema jurídico brinda acceso a la justicia, en los programas que integran nuestra red de seguridad social».

Alberto Arufe Varela

Kate ANDRIAS y Brishen ROGERS, *Rebuilding worker voice in today's economy*, Roosevelt Institute (2018), 46 págs.

Autodefinido en su sitio en Internet (ubicado en <https://rooseveltinstitute.org>) como «un grupo de expertos, una red de estudiantes y socio sin ánimo de lucro de la Biblioteca y Museo Presidencial Franklin D. Roosevelt ..., centrándose en el poder público y corporativo, las relaciones sindicales y los salarios, y la economía de la desigualdad racial y de género», el Instituto Roosevelt ofrece en dicho sitio de Internet el acceso gratuito a muy diversos materiales de estudio e investigación, entre los que me animo aquí a destacar este escrito de expresivo título (esto es, «Reconstruir la voz de los trabajadores en la economía actual», con acceso directo en <https://rooseveltinstitute.org/wp-content/uploads/2020/07/RI-Rebuilding-Worker-Voice-201808.pdf>), que se presenta como un informe —aunque bien podría revestir la forma de monografía—, el cual pretende ofrecer soluciones a un problema, a un problema relativamente concreto, cuyos autores enuncian de la siguiente manera, a modo de hipótesis de partida: «El precipitado declive de los sindicatos en las últimas décadas ha tenido consecuencias devastadoras para los trabajadores norteamericanos. El trabajo precario —sin una buena remuneración, un horario estable u oportunidades decentes de promoción— define la vida de la mayoría de los estadounidenses. Los incrementos salariales ya no se corresponden con los aumentos de productividad, lo que permite a los directivos e inversores hacerse con una parte mucho mayor de los beneficios empresariales de la que era a mediados del siglo XX. La desigualdad está a niveles récord, casi tan altos como durante la Edad Dorada [tras la Guerra Civil norteamericana]». Los autores en cuestión son dos renombrados catedráticos universitarios que profesan en Facultades de Derecho norteamericanas de las consideradas de élite (ya establecida, ya emergente), con especialidad en materias que encajarían con absoluta naturalidad en nuestra Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, como sucede en el caso de la profesora Kate ANDRIAS (antigua ayudante jurídica de la Juez Ruth B. GINSBURG, en la Corte Suprema de los Estados Unidos), cuyo paquete docente, en la Facultad de Derecho de la Universidad neoyorquina de Columbia, incluye asignaturas como «Derecho individual del Trabajo [*Employment Law*]» o «Derecho colectivo del Trabajo [*Labor Law*]». Y

como sucede igualmente en el caso del profesor Brishen ROGERS (que trabajó durante años para el Sindicato Internacional de Empleados de Servicios), cuyo paquete docente, en la Facultad de Derecho de la Universidad washingtoniana de Georgetown, incluye igualmente dos asignaturas como las recién citadas.

Las cifras de sindicalización que alarmaban a los autores en la fecha de su informe, datada en 2018, aparecen escudriñadas y actualizadas por el Ministerio federal de Trabajo (*Department of Labor*), a través de su Oficina de Estadísticas Laborales (*Bureau of Labor Statistics*), que con toda transparencia nos indica —entre otros muchos datos de interés— que el porcentaje de trabajadores asalariados afiliados a sindicatos constituía en 2022 un 10,1 por ciento del total (esto es, algo más de catorce millones de trabajadores, del total de ciento cuarenta y un millones), habiendo caído un 0,2 desde el año precedente, significando el porcentaje más bajo desde 1983 (año en que comienzan a realizarse estas estadísticas, según informa el propio Ministerio), en que el porcentaje de afiliación sindical se elevaba al 20,1 por ciento, teniendo en cuenta que el número de trabajadores cubiertos por un convenio colectivo —que es, típicamente, un convenio colectivo de empresa de eficacia normativa general— se eleva sólo un poquito más, alcanzando un porcentaje del 11,3 por ciento (implicando algo más de dieciséis millones de trabajadores). Sobre esta base, los autores consideran apremiante que «nuestra legislación laboral debe garantizar a *todos* los trabajadores una voz en sus lugares de trabajo», a cuyo efecto proponen cuatro líneas básicas de actuación. La primera línea consistiría en «dar derechos a todos los trabajadores, en todos los sectores de la economía», supuesto que «la legislación laboral actual no cubre o no logra proteger a demasiados trabajadores», pues excluye a los ocupados en «trabajo doméstico y agrícola, así como los trabajadores calificados como autónomos». La segunda, consistiría en «proteger y promover la sindicalización en el lugar de trabajo», supuesto que «nuestra legislación laboral hace que sea demasiado difícil para los trabajadores sindicalizarse en sus propios lugares de trabajo y empresas, dejando a la gran mayoría sin voz colectiva en el trabajo», dado que «los empresarios tienen innumerables herramientas legales para resistir la sindicalización, como exigir a los trabajadores que asistan a reuniones anti-sindicales durante la jornada, mientras se excluye a los representantes sindicales de sus instalaciones» (afirmaciones hechas aun sin conocer el último giro pro-empresarial dado en esta materia por la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Cedar*

Point Nursery v. Hassid, decidido en 2021, que poco habrá gustado a los autores). La tercera (que es la cuarta, en el orden de exposición seguido por los autores en su informe), consistiría en «proteger los derechos fundamentales de los trabajadores a la huelga, al piquete y a la participación en otras actividades concertadas», apelando a que el «Congreso debería dejar claro que a los empresarios se les permita contratar sustitutos sólo temporalmente; debería derogar las amplias restricciones sobre los boicots secundarios; y debería expandir las protecciones para los piquetes pacíficos, las huelgas y otras formas de acción colectiva».

Naturalmente, todas estas propuestas alimentan de manera muy fructuosa el debate comparatista, cuyo interés me parece especialmente subido en relación con la cuarta propuesta de los autores (que es la tercera, en el orden de exposición seguido por los propios autores en su informe), relativa a que «la legislación laboral debería incentivar la negociación [colectiva] de nivel sectorial», sobre la base —reveladora igualmente del interés comparatista para nuestros autores— de que «a diferencia de muchas otras naciones industrializadas, nuestra legislación laboral canaliza la negociación [colectiva] hacia el nivel de empresa ..., no al nivel de sectores industriales», teniendo en cuenta —siempre en opinión de los autores— que «la negociación sectorial es mucho más efectiva que la negociación empresarial para elevar salarios y reducir la desigualdad, particularmente cuando los trabajadores están desperdigados entre muchos lugares pequeños de trabajo». Ciertamente, la realidad norteamericana —de aversión legal por la negociación colectiva sectorial, firmemente asentada en la legislación mercantil anti-monopolio de finales del siglo XIX (curiosamente, no mencionada por los autores)— provoca un fuerte contraste con la del predominio europeo (no sólo en el caso de España, sino en el de los otros países más significativamente comparativos para un español, como es el caso de Alemania, Francia, Italia o Portugal) de la negociación colectiva sectorial, ya sea de eficacia normativa limitada, ya sea de eficacia normativa general. Concretando un poco más su propuesta —con la misma claridad predicable del conjunto del informe, de utilidad incuestionable—, los autores defienden que «el Congreso podría incentivar la negociación [colectiva] sectorial por dos vías distintas», de un lado, «podría empoderar al Ministerio [federal] de Trabajo ... para que fije salarios y otras condiciones mínimas de trabajo a nivel sectorial, tras la consulta con trabajadores y empresarios»; y de otro lado, «podría empoderar a las organizaciones de trabajadores para que se organicen, negocien

colectivamente y convoquen huelgas a nivel sectorial, expandiendo los derechos que existen, pero que son difíciles de ejercitar bajo la Ley ... actual».

Alberto Arufe Varela

Lincoln CAPLAN, *The Tenth Justice. The Solicitor General and the Rule of Law*, Vintage Books-Random House (New York, 1987), 343 págs.; Robert H. BORK, *Saving justice. Watergate, the Saturday Night Massacre and Other Adventures of a Solicitor General*, Encounter Books (New York, 2013), 136 págs.

En los Estados Unidos, desde la institución de la figura del *Solicitor General* en 1870 (por medio de ley de 29 abril, estableciendo como exigencia para su elección, que no se predica ni siquiera respecto de los Jueces de la Corte Suprema, de tratarse de una persona «versada en Derecho [*learned in the law*]»), su relevancia pasó a crecer rápidamente en la labor de defensa de la legislación federal impulsada por el Gobierno de turno, que lo nombra, cabiendo buscar su paralelismo entre nosotros en la figura representada por la Abogacía General del Estado (por cierto, el cuerpo de Abogados del Estado se creó en 1881). En el ámbito laboral y de la seguridad social, para probar esta relevancia suya, basta con remitirnos a su intervención decisiva en la defensa de la legislación federal aprobada en la época del *new deal* del Presidente demócrata Franklin D. ROOSEVELT, especialmente en un trío de casos ganados por el *Solicitor General* entonces actuante ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, esto es, el caso *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corporation*, de 1937 (confirmando la constitucionalidad de la Ley Wagner de 1935, en materia sindical), el caso *Helvering v. Davis*, también de 1937 (confirmando la constitucionalidad de la Ley de Seguridad Social de 1935), así como el caso *United States v. Darby*, de 1941 (confirmando la constitucionalidad de la Ley de salario mínimo y de jornada máxima de 1938), teniendo en cuenta que en los dos primeros casos consta expresamente la intervención —en defensa del Gobierno federal— del «*Solicitor General Reed*», esto es, el Sr. Stanley F. REED. Un mérito que seguramente pesó de manera muy decisiva en el propio Presidente ROOSEVELT, para que le convirtiese en el segundo *Solicitor General* nombrado, después, Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos (le había precedido el Sr. William H. TAFT, sexto *Solicitor General*, a finales del siglo XIX, y Juez Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos durante los felices años veinte del siglo pasado). Un mérito que llevó igualmente a otros tres *Solicitors General* posteriores a alcanzar igualmente un sillón en la Corte Suprema, lo que sucedió en el caso de los Sres. Robert H. JACKSON, Thurgood MARSHALL (por cierto,

primer hombre de raza negra en el desempeño de ambas funciones), así como en el de la Sra. Elena KAGAN (por cierto, primera mujer *Solicitor General*, para lo que hubo que esperar hasta el año 2009, tres años antes de que se nombrase en España a la primera mujer Abogada General del Estado). Los dos libros aquí recensionados permiten adentrarnos en los entresijos del funcionamiento de esta figura tan relevante, actuante también a la cabeza del conjunto de abogados que lidera como integrantes de su «oficina», resultando muy bien complementadas sus respectivas y diversas aproximaciones al tema, desde fuera (el primero) o desde dentro (el segundo).

El título principal del primero de estos dos libros —elaborado desde fuera de la institución— lo dice todo, haciendo especial referencia a su posición respecto de los asuntos litigados —como los tres antes mencionados— ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, al considerarlo como «El décimo Juez», dando cumplida explicación de los porqués en la primera de las dieciséis porciones o subdivisiones de que se compone (rotulada, a su vez, «*The tenth justice*»), todas ellas muy sugerentes, ninguna de ellas defraudadora. Al respecto, indicaba el autor — con afirmaciones que no pierden vitalidad con el paso del tiempo, y que soportan todo el prestigio asociado a esta figura de tanta relevancia— que durante el año judicial correspondiente a «1983, ante la Corte Suprema, de las 3.878 peticiones de recurso de *certiorari* (el modo en que la mayoría de las partes pide a la Corte que revise un caso) formuladas por abogados en todo el país, los Jueces sólo concedieron un 3 por ciento», mientras que «de las peticiones del *Solicitor General*, admitieron el 79 por ciento, o casi cuatro de cada cinco», que «siempre que el Gobierno [a través del *Solicitor General*] apoya una petición como *amicus curiae*, o amigo de la Corte, en un caso en que estaba directamente implicado, las oportunidades de que la Corte admita la petición se elevan del 2 por ciento al 78 por ciento», que «de los 262 casos que los Jueces debatieron en este período, el Gobierno [a través del *Solicitor General*] tomó parte en 150» y que «el *Solicitor General* (o SG, como es llamado) ganó el 83 por ciento de sus casos», teniendo en cuenta que «en 1986, el Ministerio [federal] de Justicia tenía 5.107 abogados», mientras que «la oficina del SG tenía sólo 23, el tamaño de un pequeño bufete de abogados». Sobre la base —según la información que proporciona el propio *Solicitor General*, muy útil a muchos efectos, a través de su sitio en Internet— de que «está implicado en aproximadamente dos tercios de todos los casos que la Corte Suprema de los Estados Unidos decide sobre el fondo cada año», de este pequeño ejército de abogados sólo

me interesa destacar ahora —tal como describe el libro con todo lujo de detalles— que la primera mujer fue contratada sólo en el año 1972 (en España, la primera Abogada del Estado accedió al Cuerpo en 1978), tratándose de la Sra. Harriet SHAPIRO, con cuyo esclarecedor testimonio cuenta también este libro perenne, recordando las circunstancias que envolvieron su contratación con las siguientes palabras: «“los jóvenes rebeldes de la oficina persuadieron al SG [entonces, el Sr. Erwin GRISWOLD, que había sido Decano de la Facultad de Derecho de Harvard durante más de veinte años] de que llegó el momento de contratar a una mujer. Decían que nunca antes había contratado una mujer, porque ninguna cualificada lo había solicitado jamás”».

No menos significativo resulta el título del segundo libro aquí recensionado, elaborado desde dentro de la institución, pues lo firma el Sr. Robert H. BORK, que desempeñó el puesto de *Solicitor General* de 1973 a 1977, durante los más turbulentos tiempos del Presidente republicano Richard NIXON (que lo nombró para suceder al Decano GRISWOLD, atraído seguramente por su trayectoria académica ejemplar, de más de diez años como catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale), de manera que constituye un privilegiado testimonio autobiográfico acerca de esta figura de tanta relevancia, teniendo en cuenta que se trata de un libro póstumo, dado el fallecimiento de su autor sólo unos meses antes de su publicación, explicitándolo así su propia esposa, encargada de redactar los «agradecimientos» preliminares (con cita de una serie de personas, por cierto, entre las que incluye a «Harriet Shapiro», primera mujer contratada como abogada de la «oficina» del *Solicitor General*). Advierte el autor que «este libro no es una historia de la Administración Nixon, ni la biografía de un hombre», sino «que es un recuento de episodios que ocurrieron mientras que yo formaba parte de la Administración Nixon durante la segunda mitad de 1973 y los primeros meses de 1974», contruidos a partir de lo que significa el papel atribuido al *Solicitor General* —con toda la autoridad que cabe atribuir a las palabras escritas por quien ejerció dicho cargo—, especialmente en su relación con la Corte Suprema de los Estados Unidos, indicando que «la misión más importante del *solicitor general*, y el aspecto del trabajo que más me interesaba, es la oportunidad de ayudar a la Corte Suprema en el desarrollo de su doctrina legal», sobre la base de que «le debe una franqueza intelectual completa, incluso cuando eso perjudica su eficacia como abogado, una tradición del cargo que me esforcé por mantener». El lector puede escoger entre leer el libro más ordenadamente, de principio a fin, o comenzar por algún concreto pasaje, confesando yo ahora que lo

primero que hice fue encaminarme directamente a la quinta de las siete porciones de que se compone, atraído por lo sugerente de su rótulo («La masacre del sábado noche»), donde da su personal y directa versión acerca de este negro episodio político-gubernamental (alrededor de la destitución del Fiscal especial que el Presidente republicano NIXON había nombrado para investigar sobre su propia implicación en el escándalo «*Watergate*», destitución que acabó ordenando el propio Robert BORK, aunque actuando como Fiscal General interino), en el que revela que el Presidente republicano NIXON —tratando de garantizar la fidelidad de nuestro autor— llegó a ofrecerle un puesto en la Corte Suprema de los Estados Unidos, lo que ciertamente no pudo llegar a concretarse en aquel momento (por causa de la renuncia anticipada del Presidente republicano NIXON), ni tampoco tiempo después, cuando su candidatura fue propuesta —transcurridos casi tres lustros aprovechando una vacante— por el Presidente republicano Ronald REAGAN, pues un Senado de holgada mayoría demócrata —que parecía tener intacta su memoria, y que no siempre atiende a los deseos del Presidente— impidió que Robert BORK pasase a la historia como un nuevo integrante del selecto grupo de *Solicitors General* que se desempeñaron también como Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos.

Alberto Arufe Varela

Olga FOTINOPOULOU BASURKO, *La gente de mar en el Derecho de la Unión Europea*, Aranzadi (Cizur Menor-Navarra, 2023), 313 págs.

La profesora FOTINOPOULOU BASURKO es una laboralista extraordinaria, con un currículo académico poderoso y sorprendente (aparte los diplomas universitarios usuales en quienes nos dedicamos al Derecho, atesora una Licenciatura en humanidades duras y puras, que redondea su impecable formación universitaria, evidenciando su convicción de que el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, aunque Derecho positivo, es también una ciencia profundamente humanística) y, con terminología norteamericana, una auténtica *self-made-woman*, pues desde el tiempo lejano de redacción de su tesis doctoral en nuestra área se animó a volar por su cuenta, hasta llegar a acceder a su más que merecida cátedra, volando como un águila. De su prestigio como laboralista en Europa da cumplida cuenta el prólogo a este libro suyo, que tanto me complace reseñar, de un afamado catedrático francés, donde comienza afirmando de nuestra autora que es «*une spécialiste du droit social de gens de mer, notamment du contrat international des gens de mer, partie du droit international maritime privé, qui est un droit européen, et non plus une partie du droit national*», calificando esta monografía suya como «*une excellente synthèse des évolutions juridiques régionales dans des secteurs internationalisés, les activités maritimes*». Comparto, por supuesto, el juicio admirativo del maestro francés, pero añadiendo por mi cuenta —para subrayar la intensa originalidad de esta monografía— que no sólo tapa huecos, al hilar con maestría los fragmentos doctrinales existentes sobre la temática de la obra (incluidos algunos de la propia autora), sino que también porque se anima a abrir brechas, evidenciadas por su crítica a las limitaciones del ámbito de aplicación a las gentes de mar de importantes piezas normativas del Derecho de la Unión Europea, así como por lo que califica como «incorporación “fragmentaria” del Convenio refundido de trabajo marítimo, 2006, de la OIT al Derecho de la Unión Europea».

En asuntos de pesca marítima y de transporte marítimo comercial, siempre me pareció sorprendente la desidia del legislador laboral español, que había procedido a regular las relaciones laborales especiales del

personal al servicio del hogar familiar y de los internos en instituciones penitenciarias cerradas, sin caer en la cuenta de que el buque, donde trabaja la gente de mar, es a la vez casa y prisión de dicho personal, existiendo consecuentemente razones duplicadas para que nuestro legislador se hubiese animado a activar la correspondiente relación laboral especial. Afortunadamente, sin embargo, esta laguna ha sido el estímulo para que admirados colegas, como la profesora FOTINOPOULOU BASURKO, se animasen a colmar por su cuenta el vacío en cuestión, concibiendo obras como ésta que reseño, en la que se superan con holgura todos los estándares de la auténtica excelencia universitaria. Sobre su tema, todas las fuentes normativas del Derecho Social de la Unión Europea, así como todas las fuentes jurisprudenciales emanadas del Tribunal de Justicia de la propia Unión (con tantos antiestéticos flecos, que necesariamente había que cortar), han quedado cumplida y exhaustivamente recopiladas, sistematizadas y, en su caso, criticadas por este libro excelente de nuestra autora, cuya versión original se defendió ante un reducido número de colegas (incluido yo mismo), en el concurso de acceso en que nuestra autora obtuvo su merecidísima cátedra de la disciplina en la Universidad del País Vasco, y que ahora da a conocer al conjunto de la comunidad universitaria, nacional e internacional. Además, desde la perspectiva del Derecho comparado (inesquivable, dada la temática del *Anuario* en que publico esta recensión), este libro de nuestra admirada colega del país euscaldún sólo puede ser mirado con simpatía, al probar que no nos equivocamos defendiendo qué deba ser una metodología científica del Derecho comparado, necesariamente «reduccionista», si es que pretenden cosecharse frutos útiles (y yo diría, incluso, que frutos succulentos), aplicándola.

En efecto, el profesor Alberto ARUFE VARELA y yo siempre hemos sostenido (últimamente, en la tercera edición de nuestros *Fundamentos de Derecho Comparado del Trabajo y de la Seguridad Social*) que un término de comparación eficaz debería incluir, desde el punto de vista jurídico nacional español, necesariamente el Derecho de los Estados Unidos, «teniendo siempre a la vista que un solo Estado federado norteamericano (como, por ejemplo, California) puede equivaler en tamaño y peso económico a los Estados nacionales europeos más grandes, lo que nos forzó a incluir en nuestras comparaciones, a su vez, el Derecho de la Unión Europea —a pesar de no tratarse de ningún Derecho “extranjero”, desde el punto de vista español—, pues estamos convencidos de que la Unión Europea, aunque se trate todavía de una unión imperfecta, es el único

sujeto de Derecho internacional dotado de un ordenamiento jurídico realmente oponible (y consecuentemente, comparable) al ordenamiento jurídico norteamericano». En esta misma línea metodológica, cabe resaltar el hecho de que la profesora FOTINOPOULOU BASURKO haya traído a colación en su brillante monografía la jurisprudencia de la Corte Suprema del gran país citado. Al respecto, apunta que «la corte suprema de EE.UU. dictó en 1953 la célebre sentencia *Lauritzen v. Larsen* (345 U.S. 571) en relación con la aplicabilidad de la Jones Act a un caso de daños sufridos por un marino danés, el Sr. Larsen, mientras se encontraba temporalmente en Nueva York, a punto de embarcar como tripulante en el buque *Randa* (buque registrado en Dinamarca y de pabellón danés) que contaba con un contrato de trabajo sometido a la legislación danesa», aclarando que «en esta sentencia, que tiene por objeto determinar o no la aplicabilidad de la legislación norteamericana de daños —de acuerdo con la norma anotada— a un nacional de otro país embarcado en un buque abanderado de la misma nacionalidad, se va a señalar (y cito textual) que “*Perhaps the most venerable and universal rule of maritime law relevant to our problem is that which gives cardinal importance to the law of the flag*”».

Jesús Martínez Girón

Herma HILL KAY, *Paving the way. The first American women law professors*, University of California Press (Oakland-California, 2021), 354 págs.

No cabe ninguna duda de que los norteamericanos manejan como nadie (por no decir, seguramente con el mismo nivel de acierto, que son los únicos que manejan) el género académico-literario de la biografía, y lo hacen de una manera tan frondosa que también cabría decir, a propósito de dicho género, que se ramifica en diversas especies, supuesto que resulta posible hablar no sólo de biografías propiamente dichas (ya sea de vida, ya sea de obra, ya sea de vida y obra), sino también de autobiografías, así como de biografías conjuntas (donde se estudian los perfiles de más de una persona, generalmente dos, que se contraponen o se complementan) o, incluso, de monografías biográficas (donde se aborda el estudio de un tema a través de sus protagonistas). Este último sería el caso del libro que se recensiona, que es un libro —como adelanta su título, «Allanando el camino. Las primeras mujeres norteamericanas catedráticas de Derecho»— de mujeres, y de mujeres pioneras; un libro, además, impulsado por mujeres, que son las cuatro mujeres que aparecen en la propia portada de la publicación, cuya importancia aparece amplificadas en este concreto caso, al tratarse de un libro póstumo, aparecido cuatro años después del fallecimiento de su autora. Resaltan así un poco más los respectivos papeles jugados por la editora, Patricia A. CAIN (catedrática emérita de la Facultad de Derecho de la Universidad de Iowa, habiendo accedido a la condición de catedrática en 1974, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas), por la prologuista, Ruth B. GINSBURG (Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos desde 1993 hasta su fallecimiento, en 2020, que había accedido a la cátedra universitaria en la Facultad Derecho de la Universidad Rutgers, del Estado de New Jersey, en 1963, pasando una década después a la de la Universidad neoyorquina de Columbia), así como por la firmante del epílogo, Melissa MURRAY (actualmente, catedrática en la Facultad de Derecho de la Universidad de New York). Aunque, como es natural, ninguna de ellas ensombrece el papel absolutamente protagonista de la autora, Herma HILL KAY —a la que las tres anteriores honran—, que en 1960 se convirtió en la decimoquinta catedrática de Derecho en la universidad norteamericana, al ser contratada por la Facultad de Derecho de

la Universidad de California-Berkeley, de la que llegó a ser también la primera mujer Decana, en 1992. De ella, recuerda la prologuista que «fue su mejor y más querida compañera de trabajo» en la década de los años setenta del siglo pasado, publicando ambas en coautoría, «en 1974, el primer conjunto de materiales didácticos [esto es, el primer *cases and materiales*, o libro universitario docente norteamericano por antonomasia] sobre discriminación por razón de sexo»; recuerda la editora que «tuvo el gran privilegio de conocer a Herma en persona en Berkeley a mitad de la década de 1970», dejándola «pasmada el que aquel icono de mujer catedrática dedicase tiempo a conocerme en persona»; y recuerda la firmante del epílogo, en fin, que «en enero 2006 llegué Berkeley, California, para una entrevista de trabajo de ... profesora en la Facultad de Derecho», sintiendo un «absoluto terror cuando el comité de selección me informó de que Herma Hill Kay, antigua Decana de la Facultad de Derecho de Berkeley y ... experta en ... igualdad de género, estaba muy “interesada en hablar [conmigo]”».

La autora revela el plan de su obra en su «Introducción», que abre con las siguientes palabras: «Este libro va de primeras. Cuenta la historia de las primeras mujeres catedráticas [*law professors*] en los Estados Unidos. Igualmente importante, va de las mujeres que las siguieron en la enseñanza del Derecho durante el siglo veinte. Sólo hubo catorce de tales mujeres que se unieron al profesorado en las Facultades de Derecho acreditadas por el ABA [esto es, el Consejo General de Abogacía norteamericana] y afiliadas a la AALS [esto es, la Asociación de Facultades de Derecho norteamericanas] antes de 1960. Y ellas allanaron el camino para aquellas de nosotras que las seguimos. A finales del siglo XX, nosotras, las mujeres catedráticas éramos 1.788». Quizá se detenga la autora en 1959, para evitar tener que concederse a sí misma el papel de pionera, en cuanto que decimoquinta catedrática (como se indicó, en 1960, en la Facultad de Derecho de la Universidad de California-Berkeley). Así, las catorce pioneras que la precedieron aparecen mencionadas en el índice de la obra, que posee por ello valor añadido, refiriéndose dicho índice a los siguientes apartados: «1. Liderando el camino: Barbara Nachtrieb Armstrong»; «2. Las contemporáneas de Armstrong, anteriores a la II Guerra Mundial: Harriet Spiller Daggett y Margaret Harris Amsler»; «3. La zarina de la enseñanza jurídica: Soia Mentschikoff»; «4. De la Biblioteca al Profesorado: cinco mujeres que cambiaron de carrera: Miriam Theresa Rooney, Jeanette Ozanne Smith, Janet Mary Riley, Helen Elsie Steinbinder, y Maria Minnette Massey»; «5.

A mediados de los cincuenta: Ellen Ash Peters y Dorothy Wright Nelson»; «6. El fin de una era: Joan Miday Krauskopf y Marygold Shire Melli»; «Apéndice: una nota sobre Clemence Myers Smith, la sexta mujer catedrática de Derecho». Por lo demás, intercalado entre estos dos últimos apartados, todavía incluye un apartado más (esto es, «7. Las décadas siguientes: Ruth Bader Ginsburg y las mujeres catedráticas de Derecho de la década de 1960 a la de 1980»), dedicado a las catedráticas que siguieron a las pioneras, explicando la autora que tras «mi nombramiento ... en 1960, treinta y seis mujeres se unieron al profesorado de Derecho de veintiséis Facultades de Derecho durante la década de 1960», al tiempo que crecía la presencia de la mujer entre el alumnado, pues «el movimiento de derechos civiles y el renacido movimiento de las mujeres, comúnmente datado en la publicación en 1963 del libro de Betty Friedan, *The Feminist Mystique*, había estimulado el interés de las mujeres por carreras no tradicionales, incluyendo Derecho». Intercala igualmente la autora una «Conclusión», con afirmaciones que podrían llegar a sorprender («ninguna de ellas [las catorce pioneras] fue excluida por causa de su sexo»), aunque ciertamente rebosan realismo («eran un grupo bastante homogéneo de mujeres» pues «todas eran blancas», «ninguna era lesbiana», «las más de ellas (salvo tres) estaban casadas y tenían hijos», lo que «quizá las hizo parecer familiares y “seguras” para los hombres que las contrataban»), alejadas de todo anacronismo («muchas de nosotras nos identificamos como feministas, mientras que ninguna de las primeras [catorce] mujeres, a pesar de su apoyo a las causas de las mujeres, parece haber abrazado esa nomenclatura»).

Este género biográfico, tan típicamente (o incluso, tan exclusivamente) norteamericano gira hacia el pasado, que observa con delicadeza, al objeto de honrar, de reconocer y, también, de visibilizar; pero se trata de un género que se proyecta igualmente sobre el presente y el futuro, buscando pavimentar sendas de ejemplaridad. Aclaro —desde una perspectiva española— que he arriesgado por traducir la expresión «*law professors*» como «catedráticas de Derecho», aun teniendo en cuenta —el lector lo percibirá, si se anima a adentrarse en las páginas de este libro tan recomendable— que alguna de las catorce pioneras no llegó a tener la consideración de «*full professor*» (o «*professor*», en sentido estricto), habiéndose quedado en un espacio intermedio (como «*associate professor*»); eso sí, en todo caso —tal como aparece reflejado en el propio libro—, con el carácter vitalicio que otorgaba la concesión del «*tenure*», teniendo en cuenta igualmente —siempre desde una perspectiva española—,

que se trata de «*professor*» no Doctor, al servicio de universidades usualmente privadas (con excepciones, por ejemplo, como la de la propia Universidad de California-Berkeley, de adscripción de la autora). Sobre esta base, me parece claro que la realización en España de una obra como la que aquí se recensiona, de inspirativa lectura, tendría que mirar hacia las mujeres que alcanzaron primero la posición de catedrática (o equivalente) para prestar servicios docentes en una de nuestras Facultades de Derecho, de manera que resultaría inesquivable el recuerdo, ante todo, de la profesora Gloria BEGUÉ CANTÓN (1931-2016), Licenciada en Derecho y en Ciencias Económicas por la Universidad Complutense de Madrid, y Doctora en Derecho por la misma Universidad, a considerar como la primera mujer catedrática en una Facultad de Derecho, lo que supone remontarnos sólo a mediados de la década de los años sesenta del siglo pasado (cabe citar a este respecto una «Orden de 12 de enero de 1965, por la que se nombra, en virtud de oposición, Catedrática de “Economía Política y Hacienda Pública” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca a doña Gloria Begué Cantón»); y si decidimos descender un poco más al detalle por Áreas de conocimiento, en lo que se refiere a la nuestra de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, habría que citar la «Orden de 1 de febrero de 1983, por la que se nombra a doña María Emilia Casas Baamonde Profesora agregada de “Derecho del Trabajo” de la Facultad de la Universidad del País Vasco (San Sebastián)».

Alberto Arufe Varela

Katharina VON KOPPFELDS-SPIES, *Sozialrecht*, 1ª ed., Mohr Siebeck (Tubinga, 2018), 486 págs.; Katharina VON KOPPFELDS-SPIES y Ulrich WENNER (Editores), *SGB VII. Gesetzliche Unfallversicherung. Kommentar*, 3ª ed., Luchterhand (Múnich, 2022), 1112 págs.

Va ya para tres lustros que el emblemático (querido y añorado) profesor radicado en la ciudad-Estado de Hamburgo, Ulrich ZACHERT, respondiendo a nuestra inquietud por el tratamiento comparatista en Alemania no sólo del Derecho individual y del Derecho colectivo del Trabajo, sino también de su Derecho de la Seguridad Social, nos puso en contacto con un colega suyo, el profesor Karl-Jürgen BIEBACK (con el que compartía pasillo en el área de despachos de la entrañable Facultad de Ciencias Económicas y Sociales de la Universidad de Hamburgo), quien —nos decía— con más ímpetu había realizado incursiones en ámbitos integrados en dicha concreta parcela del conocimiento, que en Alemania queda un poco más alejada de los intereses que los laboristas consideramos más legítimamente como propios. El profesor BIEBACK nos confesó entonces que no resultaba tarea sencilla progresar en la carrera universitaria a través de una especialización en la docencia y la investigación académicas del Derecho de la Seguridad Social, supuesto el arrinconamiento (por no hablar de incomparecencia, incluso) del mismo en los planes de estudios de las Facultades de Derecho, elaborados a partir de lo que dispone el parágrafo 5a de la Ley federal del Juez, de 1961, de manera que quien se plantease dicho objetivo —seguía confesando el profesor BIEBACK, desde la atalaya de su experiencia, situada entonces en un promontorio cercano al de su jubilación— debía armarse de audacia en su persecución. Es el caso de la profesora Katharina VON KOPPFELDS-SPIES (autora y editora/autora, respectivamente, de las dos obras que aquí se recensionan), a la que sin duda debieron acompañar fuertes dosis de audacia en su camino a la cátedra universitaria, que ejerce en la actualidad en la Albert-Ludwig-Universität Freiburg (Universidad Alberto-Ludoviciana de Friburgo de Brisgovia, venerable institución ubicada en el Estado federado de Baden-Württemberg), donde dirige exitosamente la sección Derecho de la Seguridad Social (*Sozialrecht*) de su Instituto de Derecho económico, Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social

(*Institut für Wirtschaftsrecht, Arbeits- und Sozialrecht*), en cuyo marco se encarga —entre otras tareas docentes— de la asignatura «Derecho de la Seguridad Social I [*Sozialrecht I*]», constituyendo ésta una docencia animadora de sus logros publicistas, de indudable conexión con la investigación académica.

Es el caso de su *Sozialrecht* (o *Derecho de la Seguridad Social*) que la profesora VON KOPPFEL-SPIES presenta en el prólogo de la obra como «*Lehrbuch*» (esto es, como «manual»), que parece indisolublemente unido a su docencia en la asignatura citada, lo que constituye una muestra inequívoca del mejor hacer universitario, siendo una obra pensada en sus alumnos, pero que posee también un extremado valor de contextualización, pensando yo ahora en su utilidad para estudios comparatistas, facilitando el aterrizaje suave en el tema objeto de tratamiento. El plan de la obra aparece explicitado en el propio prólogo por su autora, en el que se refiere —con clara separación de los cinco pilares contributivos en que se sostiene el edificio bismarckiano de la protección social en Alemania— a que «el presente manual ofrece una exposición de conjunto del Derecho de la Seguridad Social, que no sólo comprende el Derecho del aseguramiento de Seguridad Social, sino que también se ocupa de los ámbitos de la asistencia social, del fomento del empleo y del derecho de reparación extraordinaria», de manera que «así, junto al aseguramiento legal de enfermedades, de la dependencia, del accidente de trabajo y de las pensiones, así como el fomento del empleo [esto es, los cinco pilares contributivos, respectivamente regulados en los Libros V, XI, VII, VI y III del Código alemán de Seguridad Social], también se trata con detalle el Derecho del seguro básico de los demandantes de empleo, la asistencia social ..., la asistencia a niños y jóvenes, y el Derecho de rehabilitación y participación de las personas con discapacidad [esto es, lo correspondiente a la protección no contributiva existente el año 2018, respectivamente regulada en los Libros II, XII, VIII y IX del propio Código alemán de Seguridad Social]». Lógicamente, de las seis partes en que se estructura este valioso manual, el papel central debe asignarse a la Parte Tercera, que se extiende prácticamente sobre la mitad de la obra, precisamente por dedicarse a la sistematización de cada uno de los cinco pilares contributivos, que reconduce —por ejemplo, en el caso del relativo a la protección frente al accidente de trabajo, regulado en el Libro VII del Código alemán de Seguridad Social— al tratamiento de concretas cuestiones (los asegurados, el hecho causante, las prestaciones, la relación de las prestaciones, la competencia o la financiación, en un esquema que suele repetirse para los

demás pilares), además de dar indicaciones sobre referencias doctrinales y jurisprudenciales, así como —siempre pensando en sus estudiantes— a proponer algunos «casos prácticos [*Übungsfälle*]

También es el caso —ciencia animada por la docencia— de su *Kommentar* al propio Libro VII del Código alemán de Seguridad Social (esto es, recuérdese, el relativo a la regulación de la protección frente al accidente de trabajo), del que no sólo es editora (junto con el Dr. Ulrich WENNER, Juez durante casi treinta años del Tribunal Federal alemán de Seguridad Social), sino también coautora, el cual es un obra que se enmarca dentro de un genuino género —el de los «comentarios» de leyes—, tan específicamente caracterizante de la doctrina jurídica alemana, que apuntala el compromiso de la profesora VON KOPPFELDS-SPIES con el estudio del Derecho de la Seguridad Social, teniendo en cuenta que no constituye un fruto aislado (con la misma editorial, con el mismo formato y con el mismo coeditor, capitanea «comentarios» a otros cinco, del total de trece, Libros del Código alemán de Seguridad Social, más en concreto a los Libros I [con una tercera edición, de 2023], IV [con una tercera edición, de 2022], V [con una cuarta edición, de 2022], VI [con una segunda edición, de 2022] y X [con una tercera edición, de 2020]), lo que —además de una laboriosidad de proporciones faraónicas— constituye una muestra indiscutible de su liderazgo académico en la materia. De gran utilidad igualmente como herramienta para la comparación jurídica, al dejar al comparatista perfectamente ilustrado sobre el estado de la cuestión en todos sus detalles —supuesto que no es su misión la de la mera exposición del Derecho extranjero—, este modélico *Kommentar* al Libro VII de la profesora VON KOPPFELDS-SPIES presenta tres claras diferencias de base con su *Sozialrecht*. Ante todo, su sistemática es mucho más simple, sin elaboración creativa adicional, que no necesita, pues —como es usual en el caso de los «comentarios» alemanes de leyes— se contrae a glosar uno por uno los sucesivos parágrafos de la norma comentada (en este caso, del parágrafo 1, comenzando en la página 1, al parágrafo 225, finalizando en la página 1060). Sobre esta base, el tratamiento analítico desciende a profundidades abisales, como evidencia el hecho de su extensión total (a que acabo de hacer referencia), contrastante con las 45 páginas que la autora le dedica a la protección frente al accidente de trabajo en su *Sozialrecht*. Esto último explica, en fin, que destinatarios primeros y principales del *Kommentar* no sean los estudiantes de la Facultad de Derecho, sino más bien otro de operadores jurídicos mucho más especializados, como abogados, jueces,

personal de las entidades gestoras o profesores, con inclusión también de los dedicados a la comparación jurídica.

Alberto Arufe Varela

Yolanda MANEIRO VÁZQUEZ, *Cuidadores, igualdad y no discriminación y corresponsabilidad: la (r)evolución de los derechos de conciliación de la mano de la Directiva (UE) 2019/1158*, Bomarzo (Albacete, 2023), 217 págs.

Esta nueva monografía de la profesora compostelana Yolanda MANEIRO VÁZQUEZ sigue la línea abierta en su currículo científico, tras la promulgación hace ya sus buenos más de quince años de su extraordinaria y premiada tesis doctoral, caracterizándose todo cuanto publica desde entonces por la originalidad estricta de las cuestiones que aborda, por la utilización de la mejor metodología científica para resolver los problemas jurídicos a que se enfrenta, por no orillar nunca las problemáticas procesales vinculadas a los asuntos sustantivos que se le plantean (lo que provoca, a su vez, que cuanto escribe se enmarque en la corriente jurídica del realismo jurídico, a mirar con tanta simpatía por quienes, como es mi caso, solemos distanciarnos de los formalismos jurídicos tan propios de la llamada «jurisprudencia de conceptos»), por su atención constante a las problemáticas verdaderamente transversales del siglo que nos ha tocado vivir (como es el caso claro, e incuestionable, de los asuntos de género), así como —*last but not the least*— por su absoluta pulcritud formal, inexorablemente ligada a la evidencia de que el Derecho de verdad o con mayúsculas sea también arte, y no meramente ciencia. Todo ello vuelve a constatarse en este nuevo libro de la querida y admirada colega compostelana, tan sólido en sus planteamientos y conclusiones, como para poder afirmar que no ha perdido, a día de hoy, ni un ápice de su cumplida y refrescante actualidad, a pesar de haberse producido un hecho relevante con posterioridad a su publicación, que nuestra autora no pudo tener a la vista cuando su libro se redactaba. Me refiero a la promulgación del gigantesco Real Decreto-ley «escoba», del pasado mes de junio del año en curso, cuyo Libro Segundo [rotulado «Transposición de 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»] crea el trampantojo de que España, en los asuntos regulados por dicha Directiva, ha cumplido (eso sí, extemporáneamente) las obligaciones que le imponían los Tratados.

Por debajo de toda esa hojarasca formal, la realidad jurídica es, sin embargo, bien distinta. Ante todo, en lo tocante a los aspectos jurídicos sustantivos regulados por la Directiva. No cabe que pueda engañarse a nadie, si es que se afirma —como hace el Real Decreto-ley cuestionado— que un derecho sustantivo reconocido por la Directiva queda condicionado al albur de lo que dispongan los convenios colectivos (o incluso, meros acuerdos de empresa), pues con esta técnica de remisión a normas meramente «sectoriales» en modo alguno se consigue que «todos» los cubiertos por el ámbito subjetivo de la Directiva gocen efectivamente y al mismo tiempo de los derechos subjetivos laborales que la misma reconoce, lo que de seguro acabará provocando una innecesaria litigiosidad, que podría haberse prevenido, eso sí, si España hubiese cumplido sosegadamente los deberes, impuestos por los Tratados, de comportarse con toda la fidelidad que le debe a la Unión un Estado miembro. Por paradójico que pueda resultar, el carácter defectuoso de la transposición efectuada por el citado Real Decreto-ley «escoba» lo reconoce la propia norma. Implícitamente, al afirmar en su preámbulo que la Directiva «enlaza» con «la Directiva (UE) 2019/1152», que sigue sin transponerse todavía a nuestro ordenamiento laboral interno, con manifiesto (y quizá, temerario) incumplimiento español de los Tratados. Explícitamente, al aparecer escrito en la disposición final octava del propio Real Decreto-ley, aunque sorprenda (aquí la confesión de incumplimiento hace prueba plena), que «el libro segundo transpone parcialmente [*sic*] la Directiva (UE) 2019/1152». Parece ocioso tener que recordar, cuando el Gobierno se anime a cumplir sus deberes comunitarios *comme il faut*, que encontrará una guía segura para hacer bien las cosas en el detallado capítulo 2 de la obra de nuestra admirada colega compostelana, en donde se ofrecen guías seguras y caminos transitables para poner fin (en lo tocante, repito, a los aspectos jurídico-sustantivos de la Directiva) al caos jurídico en que actualmente vivimos inmersos en España.

Pero lo mismo cabe afirmar, si se contempla el asunto de la transposición desde un punto de vista procesal. Es cierto que el Libro Segundo del Real Decreto-ley citado modifica la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social, aunque limitándose a abundar sobre el evidente, pues lo único tocado por él son sus artículos 108 (apartado 2) y 122 (apartado 2), que ni siquiera hubiera hecho falta enmendar, vistas las modificaciones operadas —a propósito de los despidos— en el texto refundido del Estatuto de los Trabajadores. Consecuentemente, nada se ha

tocado en el tenor de su artículo 139, limitándose meramente a remitirse al mismo, tal cual está (literalmente, «las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social, a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social»). De ahí la pujante vitalidad de la monografía de nuestra admirada colega compostelana, ahora en lo tocante al virtuoso capítulo 3 de la misma, rotulado con toda franqueza «Cuestiones procesales destacadas sobre la tutela de los derechos de cuidado en el ordenamiento español: Del proceso especial a los derechos fundamentales», que en la defectuosa transposición efectuada dejan de abordarse. Y para muestra, tres de los botones allí tratados, relativos a «La necesaria clarificación de las cuestiones procesales vinculadas con los derechos de conciliación de los cuidadores en relación con el artículo 139 de la LRJS», a «La difícil determinación del contenido de la modalidad especial de conciliación», y a «Los conflictos derivados de la carga de la prueba: especial referencia a las pretensiones de adaptación de condiciones de trabajo del art. 34.8 del ET».

Jesús Martínez Girón

José María MIRANDA BOTO, *Condiciones de trabajo transparentes y previsibles. Desafíos para el Derecho español de la Directiva (UE) 2019/1152*, Tirant lo Blanch (Valencia, 2023), 319 págs.

Este libro magnífico del profesor MIRANDA BOTO va precedido de un prólogo de su maestro compostelano, y muy querido y admirado colega y hermano científico mío (a quien conozco de toda la vida), el profesor Javier GÁRATE CASTRO, que es la mejor carta de presentación que pueda concebirse del libro en cuestión (magnífico, repito), que tanto me complace reseñar. El prólogo no tiene desperdicio. Comienza afirmando que «nunca hemos contado en nuestra doctrina jurídica con un grupo tan abundante y prolífico de estudiosos», aunque matizando inmediatamente a continuación que «los contenidos abordados por un grupo creciente de estos, especialmente los jóvenes, aunque no solo ellos, se alejan, desde ya hace tiempo, de los problemas más clásicos y permanentes», así como de «las cuestiones cotidianas y más acuciantes de la mayoría de los trabajadores asalariados». Ofrece como pruebas de lo que afirma, de un lado, el hecho de que «comienzan a abundar los casos en que se invaden, sin reparo, competencias propias de quienes tienen por oficio disciplinas no jurídicas (técnicos de empleo y de formación laboral, técnicos de colocación, especialistas y planificadores de la formación profesional, pedagogos, psicología del trabajo, sociología del trabajo, ingenieros informáticos, etc.)»; y de otro lado, el hecho de que «existe atracción por el “metaverso”, el algoritmo, la inteligencia artificial, la educación orientada a la formación profesional y otros temas políticamente correctos y ganadores a la hora de obtener financiación en las convocatorias públicas de proyectos de investigación», pero que no constituyen «la buena música a la que se han dedicado los maestros y constructores del Derecho del Trabajo», sino puro y duro «reguetón». Evidentemente, para gustos pintan colores, aunque concuerdo plenamente con mi hermano científico compostelano, en su conclusión de que sigue habiendo «estudiosos que nos obsequian con frutos a la altura de la música clásica», y de que «de ese grupo de estudiosos forma parte el Prof. José María Miranda Boto», calificando esta obra suya (todo el mundo, lo doy por seguro, suscribirá esta afirmación, incluidos los amantes del «reguetón») como perteneciente «a la mejor literatura jurídico-laboral».

En un Anuario monográficamente dedicado al Derecho comparado del Trabajo y de la Seguridad Social, resultaría injusto no jalearse la publicación de este libro del profesor MIRANDA BOTO, existiendo incluso una cierta *provocatio* sobre ello, efectuada no sólo por el recién citado e ilustre prologuista (cuyo prólogo, vuelvo a repetirlo, no tiene desperdicio), sino también y sobre todo por el propio autor del libro. En este último, afirma en la «introducción» que «se han manejado las transposiciones principales (dejando a un lado las de marcado carácter sectorial y las relativas al desplazamiento de trabajadores) alemana, belga, búlgara, estonia, holandesa, italiana, lituana, maltesa, rumana y sueca», aunque confesando que «las barreras lingüísticas y sistemáticas con el texto letón, que también transpuso en plazo la directiva, han sido infranqueables», y apareciendo luego desperdigadas *partout* en los capítulos subsiguientes de la obra las referencias a dichas normas transpositorias extranjeras, sobre todo en las notas a pie de página. Esta utilización de la metodología jurídica comparatista, tan pura como infrecuente, condujo incluso a nuestro autor a animarse a efectuar un chequeo de las diversas versiones lingüísticas oficiales en que se publicó la protagonista estelar de su libro, con el resultado de que descubriese la existencia de lo que califica como «gazapos» en la numeración de los capítulos de la misma, en la versión lingüística española (habiendo comprobado yo, tras la lectura del libro del profesor MIRANDA BOTO, que dichos errores no han sido todavía corregidos). Al respecto, impresiona siempre el román paladino de nuestro autor. En la «introducción», también afirma que «el elenco de normas de transposición que recoge Eur-Lex es notablemente mentiroso y opaco», pues «incluye, por ejemplo, varias docenas de sentencias de la Cour de Cassation francesa, que en modo alguno cumplen con las exigencias de los Tratados».

Cuando el profesor MIRANDA BOTO escribió su libro, había transcurrido con creces el plazo de transposición de la Directiva (UE) 2019/1152, estérilmente. A día de hoy, el Reino de España sigue encontrando todavía dificultades para hacerlo, habiéndonos causado a todos una relativa sorpresa el hecho de que el popularmente llamado Real Decreto-ley «escoba», promulgado un mes antes de las pasadas elecciones generales del 23 de julio (por cierto, una norma de récord, al ocupar su contenido más de cuatrocientas páginas del *Boletín Oficial del Estado*), perpetuase el feo vicio denunciado por nuestro autor. Si yo perteneciese al Gobierno de la Nación, lo que haría es contratar (y por supuesto, pagar) al profesor MIRANDA BOTO (eso sí, tras la celebración de un concurso

público, pues no se trataría de ningún contrato «menor», aunque el resultado del mismo estaría cantado), para que redactase un informe sobre transposición *magnus itineribus*, sí, pero también impecable, de la Directiva incumplida, para así quitarme de encima el sambenito de que nuestros gobernantes son alérgicos a la transparencia, precisamente en asuntos clave (la Directiva, recuérdese, trata de condiciones de trabajo «transparentes»). No se equivocaría el Gobierno confiando en nuestro autor, pues —aunque desperdigado a lo largo y ancho de las trescientas páginas de su libro— ha demostrado que ese informe o dictamen, en realidad, ya lo tiene hecho. Conjuraría así el Gobierno, además, un peligro denunciado por el ilustre prologuista del libro, con acuñación de terminología incuestionablemente y castizamente novedosa. Este peligro, según el profesor GÁRATE CASTRO, es el de realizar «transposiciones perezosas», pues nos encontramos —según él— «ante una disposición normativa cuyos contenidos resultan incompatibles con la técnica de la transposición perezosa (el simple corta y pega) admitida por otras directivas, con la excepción, a mi juicio, de la parte correspondiente a la información sobre los elementos esenciales de la relación laboral, de la que se ocupó, hasta el 1 de agosto de 2022, la Directiva 91/533/CEE, ahora derogada».

Jesús Martínez Girón

José Luis MONEREO PÉREZ y Belén del Mar LÓPEZ INSUA, *La protección socio-laboral de los jóvenes: construyendo el futuro*, Atelier (Barcelona, 2023), 193 págs.

Este magnífico libro de dos colegas granadinos, el maestro José Luis MONEREO PÉREZ y su discípula Belén del Mar LÓPEZ INSUA, expone con toda crudeza la situación en que se encuentra en España, a día de hoy, el empleo de nuestros jóvenes (entendiendo tales, como indican los autores, las personas de hasta 30 años de edad). Según ellos, de un lado, «un año después del inicio de la crisis sanitaria se ha reducido, considerablemente, el número de ocupados menores de 30 años en 241.400»; y de otro lado, «la tasa de actividad ha caído en 1,5 puntos porcentuales, siendo las más afectadas por esta situación las mujeres jóvenes, puesto que tienen menor tasa de empleo (34%), mayor tasa de subempleo (20%), de contratos temporales (55,1%), de contratos a tiempo parcial (33,9%) y de paro (3,1%, llegando al 34,8% si son de nacionalidad extranjera)». Esto despejado, el desiderátum —como se indica en la obra— sería la materialización de «una política promocional de la contratación estable, de tutela contra el despido injustificado, de protección en las transiciones profesionales, mediante la formación permanente y la puesta en práctica de protección por desempleo (que confiera tanto una protección reparadora como de tutela de la reinserción laboral»; y todo ello, amparado por «la necesaria articulación de la política de empleo con la política económica, nacional y comunitaria». Ahora bien, la realidad tozuda es que todo esto lo tenemos de un modo u otro, en España (eso sí, a nivel de realidad jurídica «formal»), aunque la realidad jurídica «real» siga siendo la del sálvese quien pueda, habiéndome hecho recordar esta monografía de los queridos y admirados colegas granadinos dos viejas y paralelas normas reglamentarias de 1979 (yo entonces, hace casi cuarenta y cinco años, acababa de licenciarme en Derecho) pretendiendo fomentar la contratación laboral de jóvenes y de parados de larga duración, así como todas las injustificadas expectativas que dichas normas reglamentarias (novedosas entonces) suscitaron.

Es una sensación parecida a la que me produjo la lectura, realizada con sumo interés (pretendía ponerme al día, y lo conseguí), de las abundosas

páginas de la monografía sobre «Iniciativas comunitarias y desempleo juvenil: La “garantía juvenil”. Evolución y perspectivas de futuro», así como sobre «Repensar las medidas de protección social de los jóvenes. Especial atención al Plan Garantía Juvenil Plus 2021-2027», en las que nuestros autores detallan pormenorizadamente, con todo lujo de datos empíricos, que las garantías juveniles en cuestión se encuentran abundantemente regadas por fondos comunitarios. Pero lo que yo creo es que el problema que tenemos en esto los españoles no es de dinero, aunque para algunas cosas falte (es la impresión que me ha dado la lectura de los apartados del libro sobre «El largo proceso de elaboración del inacabado estatuto del becario», y sobre «La inclusión de las prácticas formativas o prácticas académicas externas en el sistema de Seguridad Social»), sino de descontextualización pura y dura del Derecho español del Trabajo. En España, el legislador laboral sigue pensando (por cierto, desde 1980) que la legislación laboral tiene que ser exactamente una y la misma para todo tipo de empleadores y empresarios (desde el hogar familiar hasta un banco, un astillero o una fábrica de coches, pasando por la «tienda de la esquina», en cuanto que icono [*the corner store*] de la política empresarial norteamericana). Y esto es no sólo descontextualizar el Derecho del Trabajo, aisándolo de la realidad social que tenemos en el mundo occidental, sino también (*last but not the least*) incumplir el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, allí donde afirma (a propósito precisamente de la «política social») que las normas de realización de esta última «evitarán establecer trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de pequeñas y medianas empresas».

Entre tanto, dada la carencia en España de auténticos «amortiguadores sociales» (que permitiesen, por ejemplo, encontrar al joven o al menos joven un trabajo asalariado de un día para otro, sobre todo en pequeñas empresas; por supuesto, con un control implacable de los pagos al Fisco y a la Tesorería General de la Seguridad Social), seguirá considerándose único trabajo español verdaderamente «decente» el trabajo funcional, que es lo que piensan certeramente muchos de nuestros jóvenes (a ubicar en medio de lo que mis dos admirados colegas granadinos denominan una «marcada polarización», cuyos extremos ocuparían «jóvenes con una escasa cualificación [que] abandonan pronto sus estudios, mientras que otros altamente cualificados, están subempleados»). Lo puse de relieve, hace ahora cinco años, en un libro mío sobre la funcionalización del personal laboral de las Administraciones públicas. Hablaba en él del

fenómeno de la «huída del Derecho del Trabajo», pero en un sentido distinto del usualmente utilizado por el conjunto de colegas laboristas españoles (según ellos, una huída a la supuesta Arcadía feliz de los contratos civiles o mercantiles, protagonizada por el empresario), contando allí, en vez de ello, que quienes huían del Derecho del Trabajo eran precisamente los trabajadores al servicio de nuestras Administraciones públicas (y en especial, si se trataba de empleados públicos con un contrato de trabajo fijo, y no meramente indefinido), pues —mientras el Derecho del Trabajo no vuelva a situarse en un contexto social real, con «amortiguadores sociales» eficaces— el estatuto de los funcionarios (y no el de los trabajadores, basado en un contrato que siempre puede romperse lícitamente; por ejemplo, por crisis económicas agudas, como en el caso que yo estudiaba) es el único que ofrece a muchos de nuestros jóvenes (inobjetable e incuestionablemente, mejor preparados que nunca; por ejemplo, en el manejo de la lengua franca universal, que es el inglés, así como en el de las nuevas tecnologías, supuesto que se trata de nativos digitales) verdaderas garantías reales y efectivas de estabilidad en el empleo, así como auténticas (y no esperpénticas o, en todo caso, inquietantes) expectativas de un futuro prometedor y «decente».

Jesús Martínez Girón

Lorenzo G. LUISETTO y Luca NOGLER (Editores), *Una nuova agenda statunitense di contrasto al monopsonio nei mercati di lavoro*, Fondazione Giacomo Brodolini (Roma, 2022), 191 págs.

Este interesante libro editado, en el sentido alemán de la palabra, por los profesores Lorenzo LUISETTO y Luca NOGLER recoge un conjunto de estudios relativos a la Orden Ejecutiva del Presidente norteamericano Joe BIDEN de 9 julio 2021, sobre promover la competencia en la economía americana (*promoting competition in the American economy*). Son estudios de profesores de diversas nacionalidades, que poseen el común denominador de profesar en Universidades norteamericanas, salvo el profesor Luca NOGLER, catedrático de Derecho del Trabajo en la Universidad de Trento, y muy ilustre y muy querido y admirado iuscomparatista. Este último firma el escrito epilogo y conclusivo, en el que —sobre la base de tratarse el libro del cuaderno número 63 de los publicados por la Fundación Giacomo Brodolini— reflexiona como un águila sobre el conjunto de las aportaciones que recoge, bajo el rótulo «Un cuaderno útil para el auto-análisis del iuslaboralista». Este rótulo alerta acerca de que el protagonista del libro (esto es, la Orden Ejecutiva presidencial citada) no es una norma laboral, sino una norma que en Europa consideraríamos jurídico-mercantil, pero que acaba teniendo repercusiones, impactos y reflejos jurídico-laborales. En realidad, se trata de una norma reglamentaria pegada, con toda la íntima vinculación con que se pega un sello de correos a una carta, a la venerable Ley Sherman *antitrust*, promulgada a iniciativa del Presidente Benjamin HARRISON en 1890, y múltiples veces enmendada desde aquel lejano entonces. Como se sabe, es la norma legal proscriptora de los monopolios en los Estados Unidos y, consecuentemente, protectora de lo que en Europa llamaríamos la libertad de empresa (un papel jugado entre nosotros por los decimonónicos Códigos de Comercio, con un ejemplo muy precoz en España del año 1827, aunque el actualmente vigente en nuestro país se remonte a 1885).

Como gran maestro iuscomparatista que es, el profesor NOGLER alerta de la dificultad de trasplantar la realidad jurídica norteamericana al cosmos jurídico italiano, al poder convertirse en siniestro el evidente riesgo

de la descontextualización de lo trasplantado, fundamentalmente por tres razones. En primer lugar, porque nada hay comparable en Italia a las grandes agencias federales encargadas de administrar las Leyes de los Estados Unidos (y en el caso que nos ocupa, la agencia federal denominada *Federal Trade Commission*). En segundo lugar, observando ya el asunto desde una perspectiva jurídico-laboral, porque en Italia la negociación colectiva nacional de sector es la gran protagonista estelar del Derecho colectivo italiano del Trabajo, mientras que en los Estados Unidos la Ley Sherman (en puridad, la administración de la misma) considera ese tipo de negociación colectiva un fenómeno impeditivo de la libre competencia entre empresas, con la consecuencia —sorprendente en Europa— de que los convenios colectivos sectoriales norteamericanos no existan (sólo hay allí negociación colectiva de empresa), considerando el profesor NOGLER que esta última, además, «ha colapsado [*é collassatta*]». En tercer lugar, porque en los Estados Unidos no hay nada parecido a los preceptos del Código Civil italiano de 1942 (según NOGLER, «redactado por una generación de civilistas de inigualable competencia»), regulando el pacto de no-concurrencia entre el empresario y el trabajador, a propósito precisamente de la normativa contenida en dicho Código sobre el contrato individual de trabajo. El profesor NOGLER advierte igualmente acerca del limitado carácter corrector de las posibles injusticias sociales que tienen las Órdenes Ejecutivas presidenciales, trayendo a colación el ejemplo de la cuantía del salario mínimo interprofesional federal, a cuya elevación viene sistemáticamente oponiéndose el Congreso de los Estados Unidos desde que se fijó en 7'25 dólares por hora en 2009 [«de momento ha fracasado el intento de incrementar el salario mínimo prescrito por la legislación federal a 15 dólares/hora, gran promesa (¿todavía?) no cumplida del partido demócrata»).

Esto despejado, la agenda correctora trazada por la Orden Ejecutiva del Presidente BIDEN merecerá ser seguida con atención por parte del iuslaboralismo europeo, al afectar a empresas gigantescas que no pueden ser consideradas en sentido estricto como meras empresas norteamericanas. Según NOGLER, el reglamento en cuestión incidirá especialmente sobre las prácticas monopolísticas de las «*Big Tech*», aunque también susciten reprobación «las concentraciones que se han registrado en el transporte aéreo, en el sector hospitalario, en la industria de fabricación de carne, así como en mercados específicos del trabajo autónomo, no sólo en el sector de los servicios de los *freelance*». Respecto de las grandes empresas

tecnológicas, pone de relieve que «en este Cuaderno se lee que “se ha descubierto que empresas conocidas de *Silicon Valley*”, notorias con seguridad a nivel planetario, “incluidas *Apple* y *Google*, concluyeron cárteles de no competencia con los cuales se comprometían a no contratar a los trabajadores respectivos”», así como que «en 2016, el *Council of Economic Advisors* de la Casa Blanca y el Ministerio del Tesoro acordaron informes relativos a los peligros de los cárteles en el mercado de trabajo, y el Ministerio de Justicia ha llevado a cabo investigaciones frente a empresas imputadas por haber suscrito o concluido cláusulas y acuerdos limitadores de la movilidad laboral de los propios trabajadores, entre las cuales figura también *McDonald’s*». Concluye su escrito con una crítica a los economistas del trabajo. Según el maestro iuscomparatista italiano, «en el índice temático, aquí únicamente ideal, de este librito, debería incluirse una palabra clave que permita acudir rápidamente a las páginas en las que los autores hacen daño a los polvorientos pasajes de muchos manuales de economía del trabajo, cuyas ejemplificaciones del monopolio de la demanda de trabajo se refieren sólo a casos en los que resulta ajena la acción de la empresa».

Jesús Martínez Girón

Pompeyo Gabriel ORTEGA LOZANO, *Formalidades e implicaciones procesales del procedimiento extintivo individual de los contratos de trabajo*, Comares (Granada, 2022), 269 págs.

En su esencia más íntima, esta monografía del profesor granadino Pompeyo ORTEGA LOZANO es un libro de Derecho procesal laboral, lo que explica que su publicación merezca ser especialmente noticiada y jaleada. En efecto, el Derecho procesal es una de las grandes síntesis del moderno Estado de Derecho (con una formulación feliz, se trata del Derecho en pie de guerra), habiendo llegado a afirmar incluso el maestro ALONSO OLEA que quien no sabe Derecho procesal, en realidad, no sabe Derecho. Los laboristas tenemos la fortuna de que nuestra ciencia comenzó a elaborarse a comienzos del siglo pasado, con posterioridad a la creación de la ciencia del Derecho procesal —en la segunda mitad del siglo XIX—, como ciencia jurídica autónoma, por parte de la doctrina científica procesalista alemana (la autodenominada *Prozesswissenschaft Rechtslehre*), lo que provocó que el Derecho procesal laboral quedase universitariamente al margen de la ciencia del Derecho procesal común, en Alemania, pero también en España. En consecuencia, tenemos nuestra propia cuota de Derecho procesal, pero con el deber de reivindicarla frente a los procesalistas comunes y sus intentos, que alguno ha habido, de llegar a apropiársela. Y esto es justamente lo que hace el profesor ORTEGA LOZANO, reivindicando para nosotros, los laboristas, la cuota de Derecho laboral en pie de guerra que tenemos (por cierto, lo mismo hacen nuestros colegas administrativistas, con su peculiar cuota procesal de contencioso-administrativo), mediante la publicación de esta monografía suya, de investigación pura y dura, sobre la impugnación procesal de los despidos individuales, subrayando dicha reivindicación el propio título de la misma (sobre formalidades e implicaciones «procesales» en el procedimiento extintivo individual de los contratos de trabajo).

Evidentemente, el odre aquí es viejo (el estudio histórico primoroso que el autor efectúa, en el capítulo I de su obra, merece ser subrayado), aunque inyecte en ese odre vino nuevo, cuyo refrescante aroma se percibe en los nueve capítulos subsiguientes, en que nuestro autor —pretendiendo

ser omnicomprensivo, y lo logra— ha acabado estructurando esta importante obra doctrinal suya. Lo pone de relieve el ilustre prologuista, afirmando que «las formalidades y cuestiones procesales de los despidos, junto a las variadas maneras subjetivas de resolución jurisprudencial de los mismos, terminan sumergidos en un escenario de relativa inseguridad jurídica», incidiendo en que «además, en la práctica, la hermenéutica de la ordenación normativa se complica, pues el criterio jurisprudencial no se ha manifestado uniformemente». Resuena en estas afirmaciones el eco de lo escrito en su día por el maestro ALONSO OLEA, criticando que la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo se negase a entrar a conocer de cuestiones relativas al despido disciplinario, por la vía de la casación unificadora, alegando que sobre dicho tipo de cuestiones no existe dos casos no ya idénticos, sino ni siquiera análogos. El abandono de este tipo de temas al albur de lo que suceda en la informe doctrina judicial de suplicación resulta inadmisibles, evidenciándolo el profesor ORTEGA LOZANO en esta monografía con su cita de jurisprudencia laboral unificadora, pero de los años ochenta del siglo pasado. Con toda razón, remachaba el maestro ALONSO OLEA que en este punto la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo es anómalamente única en el mundo occidental. Y lo afirmaba con razón, pues hasta la Corte Suprema de los Estados Unidos —a pesar de la existencia allí, como regla general, del despido libre, y a pesar de que para ella cada caso que conoce es, en puridad, un *unicum*— ha entrado a conocer de pleitos por despido en el siglo en que nos encontramos (más en concreto, en 2008, y para plantearse si la vieja regla de despido libre, juridificada por la propia Corte a comienzos del siglo pasado, seguía siendo o no conforme con la Decimocuarta Enmienda de la Constitución federal).

Me ha parecido especialmente relevante, así como especialmente inquietante, lo que noticia el profesor ORTEGA LOZANO en su libro, acerca del impacto de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en la forma del despido individual (literalmente, «localizamos el telefax, el fax común, el télex, el correo electrónico y el fax por ordenador, siempre que se alcance demostrar la recepción de los mismos»), por no hablar de la posibilidad de despedir a través de las redes sociales. En mi opinión, todo esto liga con la odiosa institución del «despido tácito» (tan pulcramente estudiada en el capítulo IV de la obra, donde aparece calificada, con toda verdad científica, como una «modalidad jurídica de invención jurisprudencial»). Al respecto, no me resisto a dejar de recordar que Alemania, una auténtica potencia tecnológica (también, desde el punto

de vista social, si comparada con España) dio un aparente paso atrás (pero que es, desde el punto de vista de la protección del trabajador despedido, un auténtico paso adelante) en el problemático asunto de la forma escrita del despido individual. En efecto, la Ley para la actualización de los preceptos sobre la forma, en el Derecho privado y en otras disposiciones, al moderno tráfico jurídico negocial, de fecha 13 julio 2001 (por cierto, promulgada a iniciativa del Partido Socialdemócrata alemán), procedió a modificar el párrafo 623 del Código Civil de 1896, a propósito de la forma extintiva del contrato de trabajo. Y lo que dicho precepto afirma ahora —tras indicar que «la terminación de la relación laboral a través del despido o por mutuo acuerdo extintivo necesita de forma escrita para su eficacia»— es que «la forma electrónica está excluida» (literalmente, «*die elektronische Form ist ausgeschlossen*»), lo que también excluye, como es lógico, toda posible existencia jurídica de despidos tácitos alemanes.

Jesús Martínez Girón

“LIGERAS, FEMENINAS Y DEPORTISTAS” [A modo de reseña del libro “Deporte profesional de-generado. Un estudio sobre feminismo radical”, J. Martínez Girón y A. Arufe Varela (Atelier), 2017].

“(...) Orlando se había transformado en una mujer (...). Pero en todo lo demás, Orlando era el mismo. El cambio de sexo modificaba su porvenir, no su identidad (...). Su memoria podía remontar sin obstáculos el curso de su vida pasada. (...) El cambio se había operado sin dolor y minuciosamente y de manera tan perfecta que la misma Orlando no se extrañó. Muchas personas, en vista de lo anterior, y de que tales cambios de sexo son anormales, se han esforzado en demostrar: a) que Orlando siempre había sido una mujer; b) que Orlando es ahora un hombre. Biólogos y psicólogos resolverán. Bástenos formular el hecho directo: Orlando fue varón hasta los 30 años; entonces se volvió mujer y ha seguido siéndolo” (W. Woolf, “Orlando”, 1928).

1. He querido encabezar esta reseña bibliográfica con una trilogía —en una reformulación políticamente correcta de otra de semántica similar— que se usa para definir los estereotipos femeninos y en la que su último término se aplica peyorativamente a las lesbianas para caracterizarlas como mujeres “masculinas” que, en su “anormalidad”, invaden un espacio, el deportivo, reservado al varón en virtud de una auto-atribuida superioridad derivada de las características de su sexo. El deporte ha sido tradicionalmente un espacio estrictamente masculino y aquellas mujeres que han querido desarrollar actividades deportivas ajenas a las que la sociedad patriarcal considera “femeninas”, han cargado con el estigma de su identidad u orientación sexual. Los autores de este libro dan señalados ejemplos en la doctrina judicial estadounidense relativa al deporte profesional de esa excluyente camaradería tan típicamente masculina sustentada, desgraciadamente en muchos casos y en sus manifestaciones más deleznable, en el ensalzamiento de las gónadas masculinas como símbolo de poder y dominio¹.

¹ Desgraciadamente, la realidad está sobrada de ejemplos sobre el uso de la violación como elemento de dominación masculina más allá de la mera satisfacción sexual. Por ceñirme al ámbito literario que deliberadamente he querido evocar y a un espacio tradicionalmente masculino como son las Fuerzas Armadas, resultan especialmente recomendables: 1) “Eine ACDCT, VOL. XIV (2022), ISSN: 2792-5145, PÁGS. 381-386

2. La singularidad de los profesores Martínez Girón y Arufe Varela (Universidad de A Coruña) se pone de manifiesto en cada trabajo que emprenden y su nuevo libro —*Deporte profesional de-generado (Un estudio sobre feminismo radical)* (Editorial Atelier, 2017)— no defraudará a quienes acometan su lectura. Continuista en la metodología de Derecho comparado que los autores hace tiempo emprendieron, es totalmente radical en su planteamiento, como no podía ser de otro modo, al beber de las fuentes de la 3ª ola del feminismo estadounidense, negro, postcolonial y lésbico. Los mismos autores han querido dejar constancia de su propia radicalización en el subtítulo del libro y en su primer capítulo, referido a los presupuestos metodológicos y terminológicos.

3. En este proceso de radicalización de los queridos profesores coruñeses ha tenido mucho que ver la lectura de uno de los pilares fundamentales del movimiento feminista: el “Segundo Sexo” [Simone de Beauvoir, 1949], protagonista indiscutible de este libro por dos felices coincidencias. En primer lugar, porque como los autores señalan, desempeñó un papel esencial en la formación de la Juez Ruth Bader Ginsburg quién, en su actividad judicial desarrollada en la Corte Suprema de los Estados Unidos, lideró varias actuaciones fundamentales en la lucha contra la discriminación por razón de sexo y especialmente, en la apertura de la aplicación de la doctrina “separadas no es iguales” a cuestiones de género, superando su inicial contexto racial. Y, en segundo lugar, porque también a la autora francesa cabe atribuir la aplicación del calificativo “deportista” al prototipo de la mujer moderna, antagonista de la mujer “cortesana y ama de casa” sometida al dominio de una sociedad patriarcal y machista. Los autores han podido constatar la gran influencia de esta obra fundamental en la construcción del feminismo mundial y especialmente, en el ámbito norteamericano y su todavía vigencia en el nuevo feminismo de tercera ola. Precisamente este año se cumplen 110 años de su nacimiento (1908-1986).

Frau in Berlin” (2003) publicado como Anónimo pero cuya autoría se atribuye a la alemana Marta Hillers (versión castellana: “Una mujer en Berlín”, Editorial Anagrama, 2006; traducción Jorge Seca Gil); 2) “Les Bienveillantes” de Jonathan Littell (2006) (versión castellana: “Las benévolas”, L. Jonathan, Editorial RBA, 2012; traducción: Mª Teresa Gallego Urrutia).

4. A Simone de Beauvoir se le atribuye también la feliz diferenciación entre hembra y mujer: la primera como realidad biológica y la segunda como creación social, que es tanto como decir del varón; es el patriarcado el que atribuye los roles a cada sexo condicionando así su porvenir². La estrecha conexión sexo-porvenir ya estaba presente en otras grandes feministas que precedieron a Simone de Beauvoir. En el maravilloso “Orlando” (1928)³ —homenaje a su amiga y amante Vita Sackville-West—, Virginia Woolf ya pone de manifiesto esta relación, como ya lo había hecho en otros muchos de sus escritos y especialmente, en sus ensayos feministas: “Una habitación propia” (1929)⁴ (que recoge sus conferencias en sendos colegios universitarios femeninos de Cambridge, ejemplo británico del “separadas pero iguales”) y “Tres Guineas” (1935)⁵ (escrito en respuesta a una carta en la que se le solicitaba su opinión sobre cómo se podía evitar la guerra). Ella misma, co-creadora y partícipe del conocido y transgresor “Grupo de Bloomsbury” padeció ese diferente destino marcado para los hombres y las mujeres, impuesto por un padre (Sir Leslie Stephen) que, aunque ilustrado e intelectual reconocido de su época, estaba profundamente anclado en los valores de la sociedad patriarcal victoriana (vid. V. Woolf, “Diarios íntimos I, II y III”⁶; vid. también Q. Bell, “Virginia Woolf Vols. I y II”⁷). Ambas coinciden también en su amor por las mujeres y por la actividad física en el exterior⁸.

² Sobre este particular, resulta sumamente interesante “Conundrum”, Jan Morris, 1974. Versión en castellano: “El enigma”, Editorial RBA, 2011; traducción Ana Mata. En esta obra la autora, consagrada escritora y periodista inglesa, relata en carne propia su cambio de sexo (masculino) para adecuarlo al género sentido como propio (femenino) desde temprana edad. En su etapa como James Morrison fue escritor, periodista y militar, ámbito que tuvo que abandonar para explorar su identidad sexual en un nuevo ejemplo de la ligazón entre sexo y porvenir.

³ Versión en castellano: “Orlando: una biografía”, Editorial Edhasa, 1977; traducción de Jorge Luis Borges.

⁴ Versión en castellano: “Una habitación propia”, Editorial Seix Barral, 1986; traducción de Laura Freixas.

⁵ Versión en castellano: “Tres Guineas”, Editorial Lumen, 2ª edición, 1983; traducción de Andrés Bosch.

⁶ Versión en castellano: “Diario íntimo I (1915-1923)”, traducción de Justo Navarro; “Diario íntimo II (1924-1931)” y “Diario íntimo III (1932-1941)”, ambos traducidos por Laura Freixas. Todos ellos están publicados por la Editorial Grijalbo-Mondadori: en 1992 los dos primeros y en 1994 el tercero.

⁷ Versión en castellano: “Virginia Woolf, Volumen I (Virginia Stephen 1882-1912)” y “Virginia Woolf, Volumen II (Mrs. Woolf 1912-1941)”. Editorial Lumen, 2ª edición, respectivamente 1980 y 1982. Ambos traducidos por Marta Pessarrodona. Quentin Bell era

5. Señalan los autores que en la feliz distinción entre sexo y género apuntada por Simone de Beauvoir se encuentra el origen del calificativo “*de-gendered*”, de uso corriente en la bibliografía feminista norteamericana y también en la literatura jurídica de la tercera ola del feminismo estadounidense. Comparto con ellos la radicalidad del término (frente a la alternativa *non-gendered*) por su similitud fonética (en inglés) con el adjetivo “*degenerate*” que, en el caso del español, se convierte en identidad, y aplaudo la decisión de traducirlo por *de-generado* pues a mi parecer, su orgullosa asunción por el feminismo de la tercera ola neutraliza el peyorativo calificativo *degenerado* con el que se ha estigmatizado al feminismo y especialmente, al lesbianismo. Como dicen los autores, “*es un paso adelante sobre el feminismo jurídico de los setenta y ochenta del siglo pasado —la llamada segunda ola [second wave] del feminismo— anclado todavía en la discriminación por razón de sexo y en su presupuesto, que era y sigue siendo el binarismo de género (esto es, el binarismo masculino/femenino)*”.

6. La opción de los autores por el término de comparación norteamericano se justifica en las peculiaridades de la realidad jurídica norteamericana expuestas en el capítulo segundo. Siguiendo la misma estructura trinitaria que los autores han conferido a todos los capítulos —quizá inconscientemente superando ellos también el tradicional binarismo femenino/masculino—, se aborda la especificidad estadounidense en varios ámbitos: en la literatura jurídica, en la legislación federal y en la jurisprudencia de los tribunales (Cortes) estatales y federal. Resulta casi increíble que en tan poca extensión como tiene el capítulo segundo los autores sean capaces de transmitir tanta información relevante en relación a la tesis principal del libro que no es otra “que separadas no es iguales”, doctrina nacida en contextos raciales, lo que explica su origen genuinamente estadounidense. Desde este contexto de segregación racial —tan propio del

uno de los tres sobrinos de Virginia Woolf hijo de su hermana Vanesa y Clive Bell, ambos señalados integrantes del Grupo de Bloomsbury.

⁸ En relación a Virginia Woolf, vid. bibliografía citada. En relación a Simone de Beauvoir, vid. su obra autobiográfica: en castellano “Memorias de una joven formal”, Edhasa, 1980; “La plenitud de la vida”, Edhasa, 1982; “La fuerza de las cosas”, Edhasa, 1980; “Final de cuentas”, Edhasa, 1984; “La ceremonia del adiós”, Edhasa, 1982.

continente norteamericano— el salto al ámbito de la discriminación en contextos no raciales sólo ha sido cuestión de tiempo.

7. La realidad de la desigualdad —especialmente en el ámbito retributivo— de las deportistas profesionales, ya sean por cuenta ajena o por cuenta propia, es objeto de análisis en el capítulo cuarto, desde el contraste de la situación estadounidense y la española. Se analiza la vergonzosa diferencia en los ingresos de las deportistas profesionales, sancionada incluso por los convenios colectivos (en España de carácter normativo y claramente contrarios al art. 14 CE) y también, en el ámbito del trabajo autónomo, en los premios que se otorgan por los organizadores de las competiciones deportivas. Exponen también los autores las razones que se utilizan para justificar la segregación de las deportistas profesionales (legales, biológicas y comerciales) para superarlas en lo que constituye el capítulo conclusivo del libro en el que se abordan las propuestas que pueden llevar a la configuración de un deporte profesional efectivamente de-generado. Estas propuestas, construidas alrededor de soluciones ya existentes en el ámbito del deporte-rey en Europa (cuotas defensivas y protectoras de varones en diferentes situaciones de inferioridad) son sugerentes y claramente factibles y no sólo en el continente norteamericano, donde los autores cifran sus esperanzas de futuro. En mi opinión, la Unión Europea puede desempeñar un papel fundamental a través de las Directivas relativas a la prohibición de la discriminación por razón de género en las condiciones laborales, normas todavía ancladas, pese a su refundición relativamente cercana (2006), en el feminismo de segunda ola. Los legisladores, los agentes sociales y la doctrina científica tienen que asumir la responsabilidad de terminar con el binarismo en el deporte profesional pues también las deportistas profesionales quedan comprendidas en el ámbito del principio comunitario de igualdad de retribución para un mismo trabajo o para un trabajo de igual valor. Estas soluciones sólo pueden articularse, como los autores propugnan, transversalmente, porque la discriminación por razón de sexo es, como visionariamente supo ver Simone de Beauvoir, *poliédrica*.

8. El libro reseñado aborda otras muchas cuestiones relevantes. Desgraciadamente, de algunas de ellas contamos con numerosos ejemplos en el deporte profesional europeo, cuestionados por los colegas gallegos perplejos de su normalización jurídica y social: las humillantes pruebas de

verificación de sexo de aquellas deportistas profesionales cuyos caracteres sexuales femeninos no responden o se salen de lo socialmente considerado normal; la justificación del mantenimiento de vestuarios segregados en la práctica del deporte profesional, y en general, el rechazo al trabajo de la mujer en el ámbito del deporte masculino; baste señalar la vergonzosa actuación del mundo del tenis ante la designación de las tenistas Gala León y Conchita Martínez como capitanas de la (muy masculina) Copa Davis.

9. En definitiva, nos encontramos ante un gran libro que previsiblemente abrirá una nueva corriente de investigación jurídico-laboral en España donde todavía hay mucho que hacer para la consecución de la igualdad efectiva de las mujeres. Comparto el deseo de la Magistrada M. Calvo Ibarlucea, prologuista de este “sugerente” libro, de que no tengamos que esperar el transcurso de un siglo para disfrutar de un deporte profesional de-generado porque *#no podemos ni queremos esperar*.

26 de abril 2018
Día de la visibilidad lésbica
Día de la lectura pública de la STSJ Navarra en relación a la *violación* de una joven por la “Manada”

Arancha Vicente Palacio

Luis Enrique DE LA VILLA GIL, *Alma*, Editorial Círculo Rojo (Almería, 2022), 164 págs.

Este libro del maestro DE LA VILLA GIL es una obra fascinante, bellísima en su fondo y en sus formas (el Derecho es ciencia, como se sabe, pero también y sobre todo arte, seguramente el arte de convencer el abogado a un juez), difícil de encuadrar entre los géneros de la literatura jurídica (aunque yo lo encuadraré, como veremos, en el género muy poco cultivado de la teología jurídica), y con el que nuestro admirado autor vuela tan alto (como catedrático, siempre fue un águila, desde aquellos lejanos tiempos en que las cátedras no eran puestos de trabajo, como hoy sucede, sino auténticos órganos de la estructura de la universidad), como para merecer — sólo por esta obra— un premio de campanillas, que bien podría ser el nacional de literatura (por su prosa y por sus versos), en línea con otros señeros maestros de muy diversas disciplinas jurídicas, que también lo obtuvieron en su día (por una sola obra, siempre en prosa, aunque en ésta del maestro no haya solamente prosa, sino también un conjunto de ochenta romances, calificado como «poemario» por él). Al igual que su temática (el «alma»), la estructura del libro es también, de algún modo, misteriosa. Su índice va colocado al final, a la francesa, resultando imperativo releerlo con cuidado, pues el entramado del conjunto de la obra (prosa y verso, repito) es lo menos convencional que conceptualmente pueda imaginarse y concebirse. Consta de dos partes. De prosa, una (genéricamente titulada «Entrada»), y de verso (titulada «Poemario»), la otra. Están separadas ambas por un «Romance del alma», que da pie para concluir que la temática del libro es la teología («Si tienes la idea de un dios,/ aunque cuestiones su existencia ...»), pero que no es la teología *simpliciter* o a secas, sino auténtica teología jurídica («Si distingues el bien del mal,/ aunque no sigas tu conciencia ...»). También subraya la partición del libro en dos mitades una «Dedicatoria» (colocada, aunque sorprenda, en medio del propio libro y justo al final de la «Entrada», ofrecida «A mis queridísimos muertos», incluidos sus padres y uno de sus hijos), dando pleno sentido a un segmento de la propia «Entrada», donde sostiene —con *forma mentis* de forense— ser «imposible la prueba o la contraprueba de la inmortalidad del alma».

Desde los lejanos tiempos de Santo Tomás DE AQUINO, cumplidamente citado por nuestro autor, lo que suele escribirse sobre teología jurídica resulta ser a la vez insatisfactorio y deprimente, al contemplar a Dios únicamente como un ser legislador (cuyas leyes, además, se incumplen por los hombres), y no como juzgador. Lo pone de relieve el poema titulado «Leyes de papel», en cuyos tres primeros versos aparece escrito «Solemne el dios legislador,/ formidable la inobservancia/ de la sagrada prescripción ...». Pero es obvio, en mi opinión, que para hacer teología jurídica hay que ser jurista, y la mayoría de los que suelen dedicarse a ella suelen ser otra cosa. A diferencia de lo que sucede con nuestro admirado autor, en cuya obra hay rastros del Derecho *partout, everywhere* o *überall*, algunos de ellos sorprendentes. A mí, por ejemplo, no se me hubiese ocurrido preguntarme si nuestro venerable Código Civil utiliza o no la palabra «alma». Pero cuando se utilizan lentes de precisión para observar la realidad, jurídica y no jurídica, hasta ese enigma encuentra respuesta en este libro fascinante del profesor DE LA VILLA. Ahora bien, si Dios es juzgador, habrá juicio. Y habrá, también, abogados que nos defiendan en él, cuando volvamos a ser otra vez cuerpo y alma (nuestro autor se pregunta «¿Qué cuerpo resucita, el de la niñez, el de la adolescencia, el de la madurez o el del momento de la muerte?», apuntando en nota al pie que es «Un asunto al que, olvidada su trascendencia, apenas se le presta atención ...»). Los habrá de oficio en ese juicio, como quizá los ángeles «de la guarda», pero no los «Arcángeles» de que habla el poemario. El tema lo sugiere un romance del mismo, donde nuestro autor no habla del sexo de los ángeles, pero sí del «Sexo de Dios», concluyendo en él —a propósito de la respuesta evasiva de cierto Papa contemporáneo— que lo dicho por ese supuesto santo es «... ¡Salsa de la teología!». Si es que en ese juicio pudiésemos elegir abogado, además y aparte de los de oficio citados, yo lo tendría claro. Optaría por el maestro DE LA VILLA, el más admirable abogado que conozca, en este mundo fascinante en el que a los dos nos ha tocado coincidir, y poder conocernos y aprendernos.

Se habla del «don de lenguas», supuesto que alguien pueda manejarse con soltura en varias o muchas ellas. En esta gracia divina, es evidente que nuestro autor ha sido tocado por el Espíritu Santo. Lo prueban, como pruebas de cargo, los trescientos treinta y seis «Versos del alma» seleccionados en la «Entrada» de su obra, redactados en todas las lenguas cultas del mundo occidental, y acompañados de la traducción efectuada por el propio maestro a nuestra lengua común. A mí, me impresionó

particularmente el poema de GOETHE, que no conocía, sobre las dos almas que viven en el pecho («... *zwei Seelen wohnen, ach! in meiner Brust ...*»), de las que una se aferra al mundo («... *die eine hält .../ sich an die Welt ...*»), mientras que la otra quiere ascender a los reinos de los grandes ancestros («... *die andere ... hebt ... sich .../ zu den Gefilden hoher Ahnen ...*»). Supuesto, además, que para el jurista la letra de la ley es siempre sagrada, resulta delicioso lo que aparece escrito en el libro, a propósito de las perplejidades que le suscitan al maestro DE LA VILLA las oscilaciones de la traducción al latín de los textos bíblicos, en lo tocante a la palabra «alma», efectuada por *La Vulgata* (literalmente, según él, «alma, espíritu, mente, vida, persona, ser viviente e incluso sangre»). Tienen un interés jurídico-comparatista de extraordinario interés, pues —como se sabe— la traducción jurídica es ciencia auxiliar del Derecho comparado. La teología jurídica es ciencia rigurosamente infraestructural, susceptible de impactar —como tronco que es del metafórico árbol jurídico— en las más insospechadas ramas del mismo. Pero es ciencia falible, también, pues los textos escritos «sagrados» sobre los que se construye «expresan» —como nuestro autor concluye— «interpretaciones humanas sobre la palabra de Dios, pero no esa misma palabra», por lo que no queda blindada de posibles errores de traducción, como los que inductivamente y aplicando su microscopio electrónico ha denunciado con eficacia el maestro DE LA VILLA. Comparto con él la admiración que acredita sentir por los traductores, explicitada en sus poemas «Palabras» («no están ahí para entenderlas,/ sino solo para entendernos») y «Lutero» («... el levantisco ...», que «... vertió la sagrada escritura/ al alemán que hablaba el pueblo ...», provocando una vez «... roto el hermetismo latino ...», que el hombre guardase «... en sus alforjas/ la fe junto a la duda, y sigue/ dando secos palos de ciego»). Es un estímulo más para animarse a seguir traduciendo textos jurídicos, así como para seguir esquivando el malévolo dicho «*traduttore, traditore*», cuyo trasfondo de ofensa a la verdad científica acecha siempre al iuscomparatista.

Jesús Martínez Girón

Ulrich FISCHER, *Amianto. Franz Kafka como empresario* (con «Prólogo» de Luis Enrique DE LA VILLA GIL), Biblioteca del ICAM-Tirant lo Blanch (Valencia, 2023), 197 págs.

La raza (o si se quiere, la cultura y, en menor medida, la religión) judía merece ser celebrada por haber pertenecido a ella grandísimos iconos de la cultura occidental contemporánea, desde Carlos MARX, Sigmund FREUD y Albert EINSTEIN, hasta ocho Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos, cuatro de ellos ciertamente muy relevantes e influyentes (Louis BRANDEIS, Benjamin CARDOZO, Felix FRANKFURTER y Ruth Bader GINSBURG, esta última icono del feminismo jurídico norteamericano de los siglos XX-XXI). Lo mismo le sucede a Franz KAFKA, judío centroeuropeo bohemio, aunque —a diferencia de tres de las siete celebridades que acabo de citar nominalmente— no llegó a conocer los horrores ni del nazismo ni del estalinismo. En los Estados Unidos, a diferencia de lo que sucede en España, el hecho de ser judío supone un plus cierto de atractividad, pues existe allí un auténtico e influyente *lobby* de dicha cultura, que los Presidentes norteamericanos miman (no ha habido nunca, sin embargo, ningún Presidente de raza judía), especialmente tras la creación en 1948 del Estado de Israel (por cierto, potencia nuclear), con el apoyo decisivo de los Estados Unidos. Aunque de personalidad antipática (quizá condicionada por el hecho de su naturaleza enfermiza, al haber contraído muy joven la tuberculosis, que acabaría llevándoselo por delante a la edad de 41 años), Franz KAFKA es una de las grandes figuras de la literatura occidental, en cuanto que literato de la angustia y del absurdo, conceptos ambos que tanto nos fascinan a los occidentales que llevamos una vida más o menos corriente. Este libro relativo a él, con un jugoso prólogo del maestro Luis Enrique DE LA VILLA GIL, que se lee de un tirón (a pesar de sus buenas dieciocho densas páginas), se publicó en 1946 y se tradujo del alemán al castellano en 1966, aunque acaba de ser reeditado por el Colegio de Abogados de Madrid, al que pertenece (colegiado núm. 7.239) el ilustre y recién citado prologuista.

El motivo de la reedición no tiene que ver con el hecho de que KAFKA fuese formalmente jurista (llegó incluso a doctorarse en Derecho

en 1906), pues como afirma el maestro DE LA VILLA «es una conclusión contrastada la aversión de Kafka por el Derecho y el desprecio por su condición de jurista», aunque «le inquietaba ... la presencia de un Derecho maniatado por la injusticia y la arbitrariedad», lo que «se refleja en sus tres grandes novelas ... inconclusas y póstumas, *Amerika* o *Der Verschollene* — América o El Desaparecido— escrita en 1912-1913 y publicada en 1927; *Der Prozeß* —El Proceso—, en la que esos dos momentos se distancian entre 1914 y 1925; y *Das Schloß* —El Castillo— acortados ahora entre 1922 y 1926». En tiempos como los actuales, de exaltación en España y en todas partes de la cultura del emprendimiento, lo que justifica la reedición de este viejo libro es el hecho, poco conocido, de que KAFKA llegase a montar un pequeño negocio «de transformación o distribución del asbesto o amianto», entre 1911 y 1918, que compaginaba —como malamente podía— con su trabajo alimenticio (o «*Brotheruf*») de mañana, al servicio de una importante entidad aseguradora semi-pública del riesgo de accidentes de trabajo (o AUVA, en acrónimo) del entonces Reino de Bohemia. El negocio acabó resultando un fracaso y cerró, llamándole la atención al maestro DE LA VILLA que «el taller empleaba a unas 25 mujeres», no adoptándose «absolutamente ninguna medida preventiva ... ni siquiera ... la dotación a las trabajadoras de ropa de trabajo adecuada» (al parecer, esto producía en el taller «frecuentes lesiones por engancho de las faldas y otras vestimentas femeninas en las correas de transmisión»), y apuntando —aunque la prohibición internacional de la fabricación y utilización del amianto, por causa de su riesgo cancerígeno, fuese muy posterior— que «sí debía conocer Kafka, por sus funciones en el AUVA, los daños que la inhalación de enormes cantidades de polvo y gases, cualquiera que fuese su origen, habían de causar en la integridad física de cuantos trabajasen en esos ambientes».

El maestro DE LA VILLA concluye su brillante prólogo afirmando, con toda razón, que «el valor de un artista no debe medirse por su comportamiento vital sino por sus obras de arte» (a pesar de comentar su «extrañeza de que Kafka no escribiera una sola obra poética, reuniendo los mejores atributos para ello —la sensibilidad, la inteligencia y la insatisfacción vital— menos exigentes para la narrativa»), por lo que «no ha influido ni influirá en la máxima valoración universal del arte literario de Kafka su actuación como ... un pésimo trabajador por cuenta propia». La universalidad del arte literario de KAFKA (al igual que la de los celeberrimos y citados MARX y FREUD, asimismo judíos) la acredita el

hecho de haber generado su nombre una palabra de uso corriente, aunque «kafkiano» (a diferencia de «marxista» o «freudiano») tenga una clara connotación peyorativa (literalmente, «Dicho de una situación: Absurda, angustiosa»). Me topé con este significado de la palabra, pero en inglés, al tener que comentar un caso de la Corte Suprema de los Estados Unidos del año 2001, en donde los ultra-conservadores y católicos Jueces Antonin SCALIA y Clarence THOMAS se oponían a la opinión mayoritaria de la Corte Suprema, integrada en aquel entonces por la también citada e icónica Jueza judía GINSBURG (opinión en la que, estimando las pretensiones de cierto golfista profesional discapacitado, se fijaba cuál era la «esencia» del golf profesional), de la que respetuosamente disentían, llegando a calificarla —entre otros varios calificativos críticos, alguno de ellos extraordinariamente divertido— como una opinión, por absurda, de naturaleza kafkiana (literalmente, según ellos, «*this Court's Kafkaesque determination*»).

Jesús Martínez Girón

REVISTA DE REVISTAS

[REVIEW OF REVIEWS]

- ***LABOS: REVISTA DE DERECHO DEL TRABAJO Y PROTECCIÓN SOCIAL, VOL. 2, NÚM. 3 (2021)***

María Amparo ESTEVE SEGARRA, «Una valoración crítica del contrato de trabajo intermitente o a llamada en Italia», págs. 32-47.

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

- ***LABOS: REVISTA DE DERECHO DEL TRABAJO Y PROTECCIÓN SOCIAL, VOL. 2, NÚM. 3 (2021)***

Augusto Fernando CARRILLO SALGADO, «¿Justicia social o revictimización de la trabajadora doméstica mexicana? Análisis de la sentencia 9/2018 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación», págs. 149-169.

Resumen: «En este documento se exponen los argumentos principales de la sentencia 9/2018, dictada por la segunda sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el propósito de determinar si tuvo o ha tenido algún impacto positivo real en favor de la impetrante y demás trabajadoras domésticas mexicanas o si, por el contrario, tan solo ha permanecido como una enunciación de buenos deseos que podría, en última instancia, revictimizarlas. Primero se explica, de manera general, el origen y contenido del fallo, después son destacados sus aspectos positivos y negativos, por último, son desarrolladas las conclusiones. Los métodos empleados para la elaboración de esta reflexión jurídico-filosófica son el deductivo, analítico y dialéctico. La postura epistemológica es el positivismo inclusivo».

- ***REVISTA CRÍTICA DE RELACIONES DE TRABAJO, NÚM. 1 (2021)***

Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «La laboralización de los trabajadores al servicio de plataformas digitales por la jurisprudencia, en Alemania. Un estudio comparado con el Derecho español», págs. 181-193.

Resumen: «Una Sentencia de la Sala Novena del Tribunal Federal alemán de Trabajo de 1 diciembre 2020 ha considerado trabajador asalariado a un «crowdworker», contratado como trabajador autónomo por una plataforma digital. Este trabajo analiza dicha Sentencia, comparándola con la Sentencia coetánea del Pleno de la Sala de lo Social de nuestro Tribunal Supremo de 20 septiembre 2020, relativa a un «rider» de Glovo. El estudio concluye que este nuevo tipo de trabajo «en enjambre» digital encaja en la vieja modalidad contractual del «trabajo en común», regulada en España hace ahora noventa años».

- ***REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 27 (2021)***

Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, «La culpabilidad del empresario en el incumplimiento obligacional de los deberes instrumentales de seguridad social, en Alemania. A propósito de una sentencia del tribunal federal de seguridad social de 12 de diciembre de 2018», págs. 139-152.

Resumen: «En Alemania, rige el principio de culpabilidad del empresario, tanto en el plano de la infracción normativa de sus deberes instrumentales de Seguridad Social, como en el plano del incumplimiento obligacional de esos mismos deberes. En España, en cambio, rige en ambos planos el principio de la responsabilidad objetiva del empresario, siempre y cuando el asunto no tenga relevancia prestacional. El contraste entre ambos ordenamientos jurídicos se pone de relieve en este trabajo, analizando el tratamiento del asunto que efectúa una reciente Sentencia del Tribunal Federal alemán de Seguridad Social».

- ***REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 28 (2021)***

Nora MELZER, «La respuesta legislativa frente a la pandemia del Coronavirus en Austria», págs. 127-148.

Resumen: «Este artículo analiza las medidas adoptadas por el legislador austríaco para hacer frente a las consecuencias de la pandemia COVID-19, prestando también especial atención a las medidas de seguridad social, como en el caso, por ejemplo, de la relativa al reforzamiento de la institución del subsidio de trabajo recortado, o a la de la ampliación del concepto de accidente de trabajo, para incluir en él todos los que se produzcan en situaciones de teletrabajo».

- **REVISTA DE DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 29 (2021)**

Carlos TERUEL FERNÁNDEZ, «La gestión de las prestaciones sanitarias y económicas en el derecho italiano a favor de trabajadores tras sufrir una contingencia profesional. El INAIL y su contraste con las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social», págs. 173-200.

Resumen: «El presente artículo pretende reflejar los aspectos más relevantes sobre la protección legal de los trabajadores que han sufrido un accidente de trabajo o enfermedad profesional en Italia. Para ello, se realiza un análisis del régimen jurídico de las prestaciones económicas y asistenciales a las que aquéllos podrán acceder, así como del INAIL, el organismo público especializado en contingencias profesionales en dicho país. Por su parte, se ofrece una visión comparativa entre el INAIL italiano y su homólogo español: el conjunto de Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social».

- **REVISTA DE DERECHO SOCIAL, NÚM. 95 (2021)**

Antoine JEAMMAUD, «El Derecho de Trabajo francés entre reforma y cambio», págs. 199-250.

Sumario: «1. Cuadro de un episodio reformador. 1.1. Los Decretos de Macron. 1.2. Las contribuciones legislativas de 2018 y 2019. 2. Cuestiones de interpretación. 2.1. Mutaciones constatadas y supuestas. 2.2. La constante ambivalencia del Derecho del Trabajo».

- **REVISTA DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. CEF, NÚM. 456 (2021)**

Thais GUERRERO PADRÓN, «Medidas sociolaborales españolas de adaptación a la situación de Estado tercero del Reino Unido tras el Brexit. Comentario del Real Decreto-Ley 38/2020, de 29 de diciembre», págs. 135-158.

Resumen: «Con la entrada en vigor el 31 de enero de 2020 del Acuerdo de retirada, el derecho de la Unión ha dejado de aplicarse al Reino Unido –y, por tanto, a Gibraltar–, perdiendo la condición de Estado miembro de la Unión Europea y pasando a tener la consideración de tercer país. El Acuerdo de retirada dio inicio a un periodo transitorio que se extendería hasta el 31 de diciembre de 2020, durante el cual, en paralelo, la Unión Europea y el Reino Unido fueron negociando sus relaciones futuras. La incertidumbre sobre los resultados de este proceso negociador y la conciencia de que el Brexit comportaría importantes cambios y problemas en múltiples áreas a partir del 1 de enero de 2021 motivaron que España adoptase el Real Decreto-Ley 38/2020 fijando las oportunas medidas de adaptación a la situación de tercer Estado del Reino Unido. Esta norma, coincidente en el tiempo con la firma del Acuerdo de comercio y cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido, es objeto de análisis en el presente trabajo, en particular las medidas de índole social, laboral y de seguridad social, consideradas en un contexto tan singular que supera a la propia norma».

- **REVISTA DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. CEF, NÚM. 461-462 (2021)**

Loïc LEROUGE, «El teletrabajo en un mundo de digitalización del trabajo en Francia: la ley y el diálogo social», págs. 53-72.

Resumen: «Vivimos una nueva era del trabajo. La aceleración de los procesos de innovación tecnológica y el cambio de las condiciones sociales en que se desarrollan están siendo determinantes. Además, uno de los efectos de la pandemia ha sido evidenciar la necesidad de trabajar de una manera diferente con las tecnologías de comunicación en el centro de esta

evolución. Para responder a la evolución y los desafíos relativos a los usos de las tecnologías en el trabajo, el legislador ha tenido en cuenta el teletrabajo. Los interlocutores sociales han concluido acuerdos al nivel europeo y también en Francia, especialmente sobre este tema. El objetivo de este estudio es analizar si la ley y los acuerdos colectivos constituyen o no un avance para la protección de la salud en el trabajo y cuáles son los retos que se plantean».

- ***REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO, NÚM. 239 (2021)***

Isabel OLMOS PARÉS, «A propósito de la jubilación de los jueces polacos y otras cuestiones», págs. 1-24.

Resumen: «La tutela judicial efectiva es un principio general del Derecho de la UE, lo que implica que este derecho sea aplicado e interpretado por jueces independientes; sin embargo, es competencia exclusiva de los Estados miembros el organizar, gestionar y sancionar a los integrantes del poder judicial. ¿Cuál es el control que pueden ejercer las instituciones europeas frente a las deficiencias de los sistemas judiciales nacionales que comprometen la independencia de sus jueces? ¿Qué les pasa a los jueces polacos?».

- ***REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 58 (2021)***

Siboney VACA DEL POZO, «El enriquecimiento injusto como principio en el derecho laboral: breve análisis desde las legislaciones ecuatoriana y española», págs. 1065-1095.

Resumen: «El enriquecimiento injusto es un principio general del derecho que propugna el equilibrio de las relaciones jurídicas en general, sin embargo, en el derecho laboral no se lo ha reconocido como un principio propio o autónomo. No obstante, existe una relación muy interesante entre aquellos principios considerados como propios del derecho laboral con el enriquecimiento injusto, lo cual, inclusive, deriva en la posibilidad de que esté presente en esta rama del derecho, a pesar de no haber sido reconocido taxativamente como tal».

- ***REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 58 (2021)***

Eduardo GOLDSTEIN y Aileen GOLDSTEIN, «Teletrabajo en Uruguay, sus dificultades y proyecto de ley a estudio del Parlamento», págs. 1096-1109.

Resumen: «Se analiza el impacto de la pandemia del Coronavirus COVID - 19 en el aceleramiento del teletrabajo en el Uruguay como medio de realización o para el desarrollo de actividades laborales que permiten dicha modalidad. A falta de una regulación jurídica amplia de esta novel modalidad laboral, salvo el Decreto 94/2020, en este texto se hace una exposición descriptiva de algunos problemas que el teletrabajo plantea, sugiriendo algunas cuestiones jurídicas atinentes a los derechos y obligaciones de trabajadores y empleadores involucrados. Se agregan, además, como addenda, el proyecto de Ley a estudio del Parlamento uruguayo sobre la temática, incluyendo sus respectivas exposiciones de motivos».

- ***REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 59 (2021)***

Carmelo MESA LAGO, «Evaluación de cuatro décadas de privatización de pensiones en América Latina, 1980-2020. Promesas y realidades», págs. 926-970.

Resumen: «Evalúa el desempeño de 40 años de privatización de pensiones por reforma estructurales en América Latina entre 1980 y 2020 en los nueve países que todavía tienen dichos sistemas (el cambio total o parcial de beneficio definido por contribución definida). La metodología contrasta las promesas hechas por los reformadores con estadísticas fidedignas de la AIOS así como más de 200 fuentes bibliográficas. Los nueve países son clasificados por una taxonomía en tres tipos de reforma estructural: substitutiva (Chile, El Salvador, México y República Dominicana); mixta (Costa Rica, Panamá y Uruguay) y paralela (Colombia y Perú). El desempeño se mide respecto a los principios de la OIT: cobertura, solidaridad social, equidad de género, suficiencia de las

prestaciones, eficiencia y gastos administrativos razonables, y sostenibilidad financiera-actuarial. La introducción resume la historia de las reformas y sus bases ideológicas. El centro del libro examina el desempeño de los seis principios citados. Después se examinan las “re-reformas” hechas en sistemas privados que después retornaron a sistemas públicos (Argentina y Bolivia) o modificaron los primeros (Chile y El Salvador), conduciendo una evaluación similar de su desempeño. Seguidamente se estudian las propuestas de re-reforma en Colombia y Perú, las reformas paramétricas en Brasil y México y el intento frustrado de privatización en Brasil. Las conclusiones identifican los principales hallazgos del libro y las recomendaciones ofrecen consejos generales y detallados por país para mejorar los sistemas de pensiones».

- ***REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 59 (2021)***

Óscar HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, «Fraude laboral en la era digital. Especial referencia a la realidad latinoamericana», págs. 971-1004.

Resumen: «Desde el nacimiento mismo del Derecho del Trabajo se ha hecho presente el fraude laboral como una forma de evadir su cumplimiento y ahorrarse los costos que comporta. Tradicionalmente se han encubierto relaciones laborales disfrazándolas bajo la apariencia de figuras civiles o mercantiles. En las últimas décadas el establecimiento de nuevas formas de organización empresarial y el empleo de nuevas tecnologías en el ámbito del trabajo ha dado lugar a nuevas modalidades de fraude laboral. En el presente artículo se analiza como la obsolescencia del modelo fordista-taylorista de organización del trabajo y la necesidad de buscar formas organizativas más flexibles que permitan atender más eficientemente las nuevas demandas de un mercado cada vez más dinámico y diferenciados han llevado a muchas empresas a adoptar nuevas formas de organización que, en ocasiones, han servido para vulnerar los derechos de los trabajadores. Por otra parte, el impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones de trabajo, al crear modalidades de prestación de servicios diferentes a las tradicionales y en las cuales el trabajador logra ciertos espacios de mayor autonomía, ha facilitado el empleo del fraude laboral. El autor analiza el trabajo mediante plataformas digitales y el teletrabajo, refiriéndose al debate sobre si quienes prestan servicios bajo esta modalidad son o no trabajadores subordinados sujetos a la legislación laboral.

Concluye recomendando que se haga una regulación especial de las nuevas modalidades laborales».

- ***REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 59 (2021)***

Yaelsy LAFITA COBAS, «La Covid-19 y su influencia en las relaciones de trabajo entre privados en Cuba», págs. 1005-1016.

Resumen: «Desde el nacimiento mismo del Derecho del Trabajo se ha hecho presente el fraude laboral como una forma de evadir su cumplimiento y ahorrarse los costos que comporta. Tradicionalmente se han encubierto relaciones laborales disfrazándolas bajo la apariencia de figuras civiles o mercantiles. En las últimas décadas el establecimiento de nuevas formas de organización empresarial y el empleo de nuevas tecnologías en el ámbito del trabajo ha dado lugar a nuevas modalidades de fraude laboral. En el presente artículo se analiza como la obsolescencia del modelo fordista-taylorista de organización del trabajo y la necesidad de buscar formas organizativas más flexibles que permitan atender más eficientemente las nuevas demandas de un mercado cada vez más dinámico y diferenciados han llevado a muchas empresas a adoptar nuevas formas de organización que, en ocasiones, han servido para vulnerar los derechos de los trabajadores. Por otra parte, el impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones de trabajo, al crear modalidades de prestación de servicios diferentes a las tradicionales y en las cuales el trabajador logra ciertos espacios de mayor autonomía, ha facilitado el empleo del fraude laboral. El autor analiza el trabajo mediante plataformas digitales y el teletrabajo, refiriéndose al debate sobre si quienes prestan servicios bajo esta modalidad son o no trabajadores subordinados sujetos a la legislación laboral. Concluye recomendando que se haga una regulación especial de las nuevas modalidades laborales».

- ***REVISTA GENERAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, NÚM. 60 (2021)***

Xosé Manuel CARRIL VÁZQUEZ, «El trabajo y la protección de seguridad social a bordo de los buques de pesca en el acuerdo de comercio y

cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte», págs. 579-607.

Resumen: «Este trabajo analiza el Acuerdo de Comercio y Cooperación entre la Unión Europea y el Reino Unido desde el punto de vista de los derechos laborales y de seguridad social de las personas que trabajan a bordo de los buques de pesca. Sorprendentemente, se trata de un Acuerdo que no dice nada sobre la regulación laboral del trabajo a bordo de estos buques, de modo que hay que estar al Derecho interno de los Estados aquí implicados y en el que está muy presente el Convenio número 188, sobre el Trabajo en la Pesca, de la Organización Internacional del Trabajo (aunque hay grandes diferencias entre lo realizado por el Reino Unido, fuera ya de la Unión Europea, y por España, siempre como Estado miembro de la Unión Europea). Por el contrario, el Acuerdo sí contiene reglas específicas sobre la seguridad social que debe aplicarse a bordo de estos buques de pesca».

• ***TEMAS LABORALES: REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL, NÚM. 157 (2021)***

Marco BARBIERI, «El empleo público en Italia ante los cambios tecnológicos y organizativos», págs. 27-40.

Resumen: «El autor analiza la evolución de la disciplina del trabajo remoto del sector público en Italia, observando el carácter incierto y variable en la intención del legislador. Examina, en consecuencia, la legislación producida durante la pandemia y sus efectos relacionados con los derechos fundamentales, individuales y colectivos, de los empleados públicos. Discute el impacto sobre las relaciones de trabajo de la desordenada, casual y provisoria digitalización de las relaciones laborales entre las Administraciones Públicas ocurridas durante la emergencia sanitaria, destacando los problemas prácticos y las consecuencias en la estructura jurídica del trabajo por cuenta ajena en las Administraciones Públicas. Establece el grado de participación de las organizaciones sindicales dentro de los procesos de transferencia del trabajo tradicional hacia el trabajo a distancia y la perspectiva de este último».

- ***TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 13 (2021)***

Luca NOGLER, «Las funciones históricas de la regulación del tiempo de trabajo y la naturaleza excepcional de la legislación derogatoria debido a la epidemia del coronavirus SARS-CoV-2», págs. 1-8.

Resumen: «El autor se refiere, en primer lugar, a las cinco funciones que la disciplina de la jornada laboral ha estado llamada a desempeñar a lo largo de la historia. En segundo lugar, el ensayo destaca cómo la ley euro-unitaria se limita esencialmente a regular la jornada laboral en lo que respecta a sus repercusiones en materia de salud laboral. Sin embargo, el hecho de que exista una disciplina referida a tales cuestiones se refleja también en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en aspectos más generales como la noción de subordinación y cuestiones relativas a la legislación contra los despidos injustificados. En la tercera y última parte, el autor destaca el hecho de que la epidemia en curso ha llevado a los estados europeos —se dan los ejemplos de Francia y Alemania— a desviarse de la disciplina protectora. En este sentido, el autor sostiene que se trata de una sexta función que debe mantener un carácter absolutamente excepcional».

- ***TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 13 (2021)***

Itziar GARCÍA MÉNDEZ, «Nuevas formas de trabajo: comentario a diversos estudios de Eurofound y la OIT sobre la flexibilización del trabajo y sus implicaciones en materia de tiempo de trabajo», págs. 1-11.

Sumario: «1. Introducción. 2. Deslocalización del tiempo y espacio de trabajo: consecuencias. 3. La flexibilización del tiempo de trabajo: en particular, conciliación laboral y personal y desconexión».

- ***TRABAJO Y DERECHO: NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES, NÚM. 14 (2021)***

Carmen SOLÍS PRIETO, «Panorama de las nuevas iniciativas nacionales europeas de regulación de la debida diligencia empresarial en materia de derechos humanos», págs. 1-10.

Sumario: «1. Introducción: las iniciativas nacionales de regulación de la diligencia debida empresarial como alternativa frente a la inexistencia o ineficacia de otros instrumentos jurídicos. 2. Los frutos normativos de las más recientes iniciativas legislativas nacionales europeas en materia de diligencia debida: regulaciones estatales aprobadas y valoración. 3. Las propuestas nacionales europeas de regulación de la diligencia debida en debate: aproximación y balance de las más significativas. 4. A modo de conclusión. 5. Bibliografía».

