

## LA GOBERNANZA DE LAS RELACIONES DE TRABAJO

Ignacio García-Perrote

Catedrático de Derecho del trabajo (UNED) y abogado

**SUMARIO:** 1. ¿LOS ESTADOS NACIONALES SON SOBERANOS EN LA DEFINICIÓN DE SU DERECHO DEL TRABAJO?; 2. LOS CAMBIOS EN LA REALIDAD SOBRE LA QUE SE ASIENTA EL DERECHO DEL TRABAJO; 3. “TRABAJO DECENTE”, DESIGUALDAD Y DESEMPLEO; 4. LA IMPORTANCIA DEL TJUE Y DEL TEDH; 5. SINDICATOS Y ASOCIACIONES EMPRESARIALES, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DERECHO DE HUELGA; 6. NUEVAS REALIDADES EMPRESARIALES, DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y CONCEPTOS DE EMPLEADOR Y TRABAJADOR; 7. LA NECESARIA CENTRALIDAD DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO Y DE FORMACIÓN; 8. MODALIDADES DE CONTRATO DE TRABAJO; 9. LA CENTRALIDAD DE LA IGUALDAD DE GÉNERO Y DE LA “BRECHA” SALARIAL; 10. LA CENTRALIDAD DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y DERECHOS RELACIONADOS: LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES; 10.1 EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA; 10.2 LA LEY ORGÁNICA 3/2018; 11. LA LEY 1/2019, DE 20 DE FEBRERO, DE SECRETOS EMPRESARIALES; 12. LA RELEVANCIA DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO (*COMPLIANCE*); 13. FLEXIBILIDAD INTERNA V. FLEXIBILIDAD EXTERNA; 14. SALARIOS; 15. TIEMPO DE TRABAJO Y REGISTRO DE LA JORNADA; 16. SUCESIÓN DE EMPRESA “CONVENCIONAL”; 17. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

### 1. ¿LOS ESTADOS NACIONALES SON SOBERANOS EN LA DEFINICIÓN DE SU DERECHO DEL TRABAJO?

En lo que atañe a la gobernanza de las relaciones laborales <sup>1</sup>, el primer interrogante que me gustaría plantear es el grado real de “soberanía” que los Estados nacionales tienen en la actualidad a la hora de definir su Derecho del trabajo y su regulación laboral. Entre nosotros, ello es especialmente acusado en la Unión Europea, a la que se hace -jurídicamente- una

---

<sup>1</sup> La definición de “gobernanza” del diccionario de la lengua de la Real Academia Española es la siguiente: “arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía”. De interés son, me parece, las palabras “duradero” y “equilibrio”.

cesión de soberanía <sup>2</sup>. Pero, más en general, la economía globalizada tiene como consecuencia que la capacidad de decisión de un país en materia laboral se ve limitada o está condicionada porque esa decisión puede ser mejor o peor recibida internacionalmente y tener repercusiones mayores y menores para su economía y para sus ciudadanos. De ahí, por ejemplo, que la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) recomiende el desarrollo de un sistema de “gobernanza internacional de las plataformas digitales de trabajo que establezca y exija que las plataformas (y sus clientes) respeten ciertos derechos y protecciones mínimas” <sup>3</sup>.

La verdad es que hoy ningún país puede permanecer indiferente o ajeno a “cómo se le ve desde fuera”. Las decisiones económicas y de inversión dependen de conceptos con los que todos tenemos que familiarizarnos: deuda, déficit, prima de riesgo, etc. En la Unión Europea, los casos de Grecia y, más recientemente, de Italia son bien elocuentes. Entre esos conceptos hay que incluir adicionalmente, entre otros, el nivel de desempleo que siempre llama negativamente la atención en el caso español <sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Artículo 93 de la Constitución Española y Declaración del Pleno del Tribunal Constitucional 1/2014, de 13 de diciembre.

<sup>3</sup> Organización Internacional del Trabajo (OIT), Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Trabajar para un futuro más prometedor, Ginebra (OIT), enero 2019, p. 46, añadiéndose que “el Convenio sobre el trabajo marítimo, 2006 (CTM, 2006), que es en la práctica un código mundial del trabajo para la gente del mar, es una fuente de inspiración para abordar los retos de los trabajadores, los empleadores, las plataformas y los clientes que operan en diferentes jurisdicciones”. Además de en la web de la OIT, el Informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo está publicado, por ejemplo, en Derecho de las Relaciones Laborales, 2019, n° 1, pp. 92 y ss.

<sup>4</sup> Como con toda razón afirma la llamada “Agenda del Cambio” del Gobierno (“Hacia una economía inclusiva y sostenible”), de febrero de 2019, “la alta tasa de paro estructural es el principal problema laboral en España, afectando particularmente a los jóvenes y a los parados de larga duración”; ello “se ha convertido en una de las principales vulnerabilidades en nuestro país.”

Aunque en España el desempleo sigue disminuyendo de forma significativa, “se mantiene considerablemente por encima de la media de la UE, especialmente en el caso de los jóvenes” [Documento de trabajo de los servicios de la Comisión Europea, Informe sobre España 2019, con un examen exhaustivo en lo que respecta a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Banco Central Europeo y al Eurogrupo Semestre Europeo 2019: Evaluación de los avances en lo que respecta a las reformas estructurales y la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos, y resultados de los exámenes exhaustivos conforme al Reglamento (UE) n.º 1176/2011 {COM(2019) 150 final}, p. 6; en las notas siguientes me referiré a este documento como “Informe sobre España 2019 de la Comisión Europea”].

Respecto de España este Informe señala que “aunque la deuda ha continuado reduciéndose, sigue representando una fuente de vulnerabilidad” (p. 4; se remite a pp. 5 y 6 para la deuda pública y p. 6 para la privada y la exterior)

Las cosas son así, nos gusten o no, y todo gobierno responsable debe saberlo y hacérselo saber a sus ciudadanos. Naturalmente que es legítimo -y quizás hasta necesario- luchar y movilizarse porque las cosas no sean así. Pero lo que es irresponsable es desconocer esta realidad, tratar de prescindir de ella y prometer que nada pasará porque así se haga.

En este contexto, me importa insistir en que, al menos en el marco de los países de la Unión Europea, pero seguramente incluso en cualquier país de nuestro mundo globalizado, un gobierno nacional, de un solo Estado o país, tiene un margen de actuación limitado respecto de su propia legislación y política laboral. Si se quiere expresar así, todo gobierno habrá de contar con la “presión externa” para que las reformas vayan “en la buena dirección” y para que no se “retroceda” ni se reviertan aquellas reformas que ya han ido en esa buena dirección. Por supuesto, qué sea esa “buena dirección” es una cuestión que difícilmente suscitará un consenso unánime o generalizado, pero cabe imaginar que la presión predominante es la de unos “mercados” a los que las institucionales supranacionales y los gobiernos nacionales no pueden permanecer ajenos. Aunque no creo que sea la decisión más determinante (mayor importante tiene, me parece, por ejemplo, la seguridad -artículo 9.3 CE- y la predecibilidad jurídica), la legislación laboral es un dato más que se “mira” por inversores que, en una economía globalizada, pueden optar por invertir en un país o en otro, dependiendo de muchos factores, entre los que están, en la dimensión que se le quiera dar, pero en cierta dimensión, la seguridad jurídica y el marco regulatorio laboral y el comportamiento de sus agentes.

Desde este punto de vista, me parece esencial, para cualquier cambio regulatorio, que no sea percibido como negativo desde la perspectiva de la generación de actividad económica y de creación de empleo. Ya sabemos que la finalidad del Derecho del trabajo es alcanzar un razonable equilibrio en la tutela de los intereses de los trabajadores y de los empresarios y que es un ordenamiento compensador de las diferencias existentes entre unos y otros, como ha señalado nuestra jurisprudencia constitucional. Pero, especialmente en estos tiempos “globales”, es importante “convencer” a los inversores de que los cambios de las normas laborales no son negativos para sus intereses, de forma que mantengan su confianza en el país en el que han invertido, y que comprendan que esos cambios son razonables desde la perspectiva de ese equilibrio de tutela de intereses al que se ha hecho referencia, pero que, a la

---

vez, no les va a dificultar la adopción de las medidas que sean precisas para seguir presentes de forma eficiente en un determinado mercado y en un determinado país.

En este sentido y por difícil que sea, lo ideal sería que la legislación laboral, además de tener buena y eficiente factura técnica, (i) fuera estable, dentro de que hay pocas cosas que duren en los tiempos que vivimos y sin perjuicio de su perfeccionamiento y mejora constantes, y (ii) especialmente fuera consensuada, no ya entre los agentes económicos y sociales, sino también entre las fuerzas políticas <sup>5</sup>. Las dos cosas están relacionadas porque si la legislación es consensuada es más fácil que sea estable.

## **2. LOS CAMBIOS EN LA REALIDAD SOBRE LA QUE SE ASIENTA EL DERECHO DEL TRABAJO**

La segunda cuestión que me gustaría mencionar es el enorme cambio que se está produciendo -y me parece que de forma vertiginosamente rápida e intensa- en la realidad económica y social sobre la que se construyen los sistemas laborales.

Baste con mencionar, entre otros factores, la digitalización de la economía, la inteligencia artificial <sup>6</sup>, la robótica <sup>7</sup>, los retos demográficos y el cambio climático <sup>8</sup>. No está de más

---

<sup>5</sup> Remito a M<sup>a</sup>.E<sup>a</sup> Casas, “Una nueva ordenación legal consensuada del trabajo y de las relaciones laborales. Conclusiones del debate del grupo Fide”: conclusiones generales “1. Un pacto político por la legislación laboral” y “2. Un pacto social por la legislación laboral”, publicadas en el Derecho de las Relaciones Laborales, 2016, n<sup>o</sup> 3, monográfico sobre “El derecho del trabajo a debate”, pp. 295 y ss. De gran interés es, asimismo, T. Sala (dir. y coord.), Propuestas para un debate sobre la reforma laboral, Madrid (Francis Lefebvre), 2018.

<sup>6</sup> La OIT se adhiere a un enfoque de la inteligencia artificial “bajo control humano” (Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Trabajar para un futuro más prometedor, cit., p. 45). Al menos debiera haber una cooperación y no una competición humano-inteligencia artificial (Y.N. Harari, 21 lecciones para el siglo XXI, Barcelona, Debate, 2018, p. 48) y, en todo caso, como se acaba de decir que sostiene la OIT, un control humano.

Por su parte, el Parlamento Europeo “subraya” resueltamente que “los seres humanos siempre deben ser los responsables, en última instancia, de la toma de decisiones, especialmente en el caso de los servicios profesionales, como las profesiones médicas, jurídicas y de contabilidad” [Una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica. Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica (2018/2088(INI)), apartado 123]. Se insiste en este “enfoque centrado en el ser humano” en, por ejemplo, el apartado V. El texto del Parlamento Europeo insiste, por lo demás, en la necesidad de: garantizar “la gobernanza de la ética en la inteligencia artificial”; crear “una carta ética de buenas prácticas para la inteligencia artificial y la robótica que deben seguir las empresas y expertos”; establecer “normas éticas para garantizar el desarrollo de una inteligencia artificial centrada en el ser humano” y, en general, integrar “consideraciones éticas” (apartados A, 139, 143 y 148; véase también el apartado 138).

<sup>7</sup> Entre ya una significativa bibliografía, me parece de particular interés el libro de J. R. Mercader, El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica. Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, especialmente pp. 79 y ss. y 217 y ss.; del mismo autor y con el mismo título véase su contribución al muy importante libro T. de la Quadra-

mencionar la creciente competencia por la hegemonía tecnológica entre Estados Unidos y China, siendo un buen exponente de ello lo ocurrido con la empresa china Huawei <sup>9</sup>.

También la llamada y ya mencionada economía de las plataformas <sup>10</sup> y las cadenas internacionales de suministro con los acuerdos adoptados a este nivel por determinadas empresas con sindicatos internacionales <sup>11</sup>.

---

Salcedo y J.L. Piñar (dirs.) y M. Barrio y J. Torregrosa (coords.), Sociedad Digital y Derecho, Madrid (BOE, Red.es, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo), 2018, pp. 611 a 632. De gran interés es, asimismo, el Proyecto Technos del Instituto Cuatrecasas de Estrategia Legal en Recursos Humanos, Instituto dirigido por S. del Rey; el proyecto Technos cuenta ya con cuatro relevantes publicaciones, editadas por Wolters Kluwer y dirigidas por el propio S. del Rey. También es importante el Informe del Comité Económico y Social (CES) de España 03/2018 sobre “El futuro del trabajo”, Madrid (CES), 2018. Muy reciente es la monografía de L. Mella (dir.), A. Villalba (coord.), La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI. Madrid (Wolters Kluwer), 2018 y también el artículo de A. Todolí, “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: *big data*, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, Revista de Derecho Social, 2018, núm. 84, pp. 69 y ss.

Por lo demás, como le he oído decir a F. González de Lena, la digitalización de la economía, que se ve con preocupación en los países desarrollados, se ve con esperanza y como una buena oportunidad en los países emergentes, y especialmente en África.

<sup>8</sup> Véase R. Doménech, J.R. García y C. Ulloa, “Hacia un mercado más flexible y seguro”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho del Trabajo, 2018, número extraordinario, dirigido por J. García Murcia, sobre “El modelo de flexiseguridad en el ordenamiento laboral español”, pp. 15 y ss.

<sup>9</sup> Para conocer y comprender lo que es la China actual, me parece una excelente referencia el libro de J. Aramberri, La China de Xi Jinping, Madrid (Ed. Deliberar), 2018. El ya mencionado documento del Parlamento Europeo Una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica. Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica, cit., muestra su inquietud por que la Unión Europea pueda competir en esta materia con la “enormes inversiones” realizadas especialmente por Estados Unidos y China (apartado I). Este documento expresa igualmente su “gran preocupación por el empleo de aplicaciones de inteligencia artificial, incluido el reconocimiento facial y vocal, en los programas de ‘vigilancia emocional’, es decir, el seguimiento de las condiciones mentales de los trabajadores y los ciudadanos, con el fin de obtener un incremento de la productividad y preservar la estabilidad social, en algunos casos asociándolos a sistemas de ‘crédito social’, como, por ejemplo, los que ya se han establecidos en China”, subrayando que “esos programas entran en conflicto de por sí con los valores y normas europeos que protegen los derechos y libertades de las personas” (apartado 13). F. Valdés llama la atención también sobre lo que está sucediendo en China, “Nuevas tecnologías y derechos fundamentales de los trabajadores”, Derecho de las Relaciones Laborales, nº 2, febrero, 2019.

<sup>10</sup> Véase, recientemente, F. Pérez de los Cobos (dir.), El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura, Madrid (Wolters Kluwer), 2019, L. López Cumbre (dir.), Start-Ups, emprendimiento, economía social y colaborativa. Un nuevo modelo de relaciones laborales, Ed. Aranzadi, 2018, y A. Todolí y M. Hernández (dirs.), Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado, Ed. Aranzadi, 2018. También A. Alós y S. Botella, “Aspectos laborales de la economía colaborativa”, en R. Escudero y S. Martínez Garrido (dirs.) y J.I. Peinado (coord.), Cuadernos de Derecho para Ingenieros, 2018, núm. 46, sobre Economía Colaborativa, Madrid (Iberdrola/Wolters Kluwer) y L.A. Velasco, “Economía colaborativa” en T. de la Quadra-Salcedo y J.L. Piñar (dirs.) y M. Barrio y J. Torregrosa (coords.), Sociedad Digital y Derecho, cit., pp. 633 a 656. Es de gran interés, asimismo, J. R. Mercader, El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica, cit., pp. 84 y ss., y en pp. 87 y ss., el trabajo *on demand*, J. Mercader, “Trabajo en plataformas digitales y ¿laboralidad?: los recientes pronunciamientos de los casos Deliveroo y Glovo”, Revista de Información Laboral, 2018, núm. 10, pp. 3 y ss., y J. Mercader, “La prestación de servicios a través de plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad”, en A. Todolí y M. Hernández

### 3. “TRABAJO DECENTE”, DESIGUALDAD Y DESEMPLEO

Aunque la idea lo trasciende, la globalización y el cambio de realidad económica y social da lugar al relativamente nuevo paradigma o canon del “trabajo decente”<sup>12</sup>, al establecimiento de determinados estándares laborales internacionales y, en la Unión Europea, al llamado pilar europeo de derechos sociales<sup>13</sup>. El trabajo decente se relaciona con “la dignidad de la persona” constitucionalmente proclamada (artículo 10.1 CE)<sup>14</sup>.

---

(dirs.), Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado, cit.; J. M<sup>a</sup>. Goerlich, “La prestación de servicios a través de plataformas ante el Tribunal de Justicia: el caso UBER y sus repercusiones laborales”, en Trabajo y Derecho, núm. 43-44, 2018, pp. 69 a 75, M. Ramos, “Un soporte jurídico para el trabajo digital, ¿qué trabajo?”, en Trabajo y Derecho, núm. 47, 2018, pp. 10 a 14, y J.C. García Quiñones, “Economía colaborativa y ‘dodecafonismo judicial’: el caso Glovo”, Derecho de las Relaciones Laborales, 2019, n<sup>o</sup> 1, pp. 75 y ss. Es importante, por su “construcción” y argumentación la sentencia del Juzgado de lo Social n<sup>o</sup> 33 de Madrid, 53/2019, de 11 de febrero de 2019.

<sup>11</sup> Remito sobre este importante tema a la ponencia inaugural de W. Sanguinetti, “Las cadenas mundiales de producción y la construcción de un Derecho del Trabajo sin fronteras”, del Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AEDTSS) de Salamanca de los días 30 y 31 de mayo de 2019. Son asimismo de interés, por ejemplo, las zonas francas industriales. De especial interés es el acuerdo que se adoptó por muchas empresas multinacionales con dos federaciones sindicales mundiales como consecuencia de la tragedia de Rana Plaza de Bangladesh.

<sup>12</sup> Remito al ya citado documento de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Trabajar para un futuro más prometedor, OIT, enero 2019, especialmente pp. 45 y ss. y 48 y ss., así como el Informe inicial de esa Comisión, Ginebra, OIT, 2017, especialmente pp. 27 y ss.. La Agenda 2030 de Naciones Unidas (El reto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible -ODS-) también incorpora la noción de “trabajo decente” (ODS n<sup>o</sup> 8). De gran interés es el apartado “Trabajo decente: ¿un nuevo canon internacional de los estándares laborales? del trabajo de D. Lantarón, Actores, roles y guion de un nuevo escenario internacional en la ordenación de la relación de trabajo, Santander, 2018, trabajo de investigación para el concurso de acceso a la plaza de catedrático de la Universidad de Cantabria. También Conferencia Nacional Tripartita (Gobierno de España, CEOE, CEPYME, UGT y CC.OO), El futuro del trabajo que queremos, Madrid (OIT-Ministerio de Empleo y Seguridad Social), 2017, dos volúmenes, iniciativa del centenario de la OIT. Muy expresivas son las Conclusiones Generales del Simposio Iberoamericano OIT sobre El Futuro del Trabajo. Un escenario de cambios tecnológicos y transformaciones productivas, Sta. Cruz de La Palma, Canarias, 30 y 31 de octubre de 2018.

<sup>13</sup> Véase la Recomendación (UE) 2017/761 de la Comisión de 26 abril 2017 (DOUE 29 abril 2017). Los tres capítulos de la Recomendación son: “igualdad de oportunidades y de acceso al mercado de trabajo”; “condiciones de trabajo justas” (con sus subapartados “empleo seguro y adaptable”, “salarios”, “información sobre condiciones de trabajo y la protección en caso de despido”; “diálogo social y participación de los trabajadores”; “equilibrio entre vida profesional y vida privada”; “entorno de trabajo saludable, seguro y adaptado y protección de datos”); y “protección e inclusión social”. Véase la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones, sobre el “Establecimiento de un Pilar Europeo de Derechos Sociales”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho del Trabajo, 2018, número extraordinario ya citado, sobre “El modelo de flexiseguridad en el ordenamiento laboral español”, pp. 365 y ss. También es de gran interés el Libro Verde de la Comisión “Modernizar el Derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI” y el resultado de la consulta pública sobre dicho Libro Verde, ambos textos publicados en la citada Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho del Trabajo, 2018, número extraordinario ya mencionado, sobre “El modelo de flexiseguridad en el ordenamiento laboral español”, pp. 341 y ss. y 355 y ss., respectivamente.

<sup>14</sup> Sobre el artículo 10.1 CE es indispensable el trabajo de J. Jiménez Campo, “Artículo 10.1”, en M. Rodríguez-Piñero y M<sup>a</sup>.E<sup>a</sup>. Casas (dirs.), Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL Aniversario de la

Una enorme preocupación existe por el posible aumento de la desigualdad que pueden generar los cambios mencionados en el apartado 2, así como por el desempleo que la digitalización de la economía, la inteligencia artificial y la robótica pueden traer. Es verdad que siempre ha habido cambios “tecnológicos” y que no se han cumplido nunca los pronósticos más catastrofistas <sup>15</sup>, porque dichos cambios generaban nuevos empleos que “sustituían” a los que se destruían. Pero quizás estemos esta vez ante algo distinto, de una velocidad y dinamismo inusitados, que lleve a tener que luchar no contra la “explotación”, sino contra la posible “irrelevancia” de números bien significativos de trabajadores <sup>16</sup>.

---

Constitución. Tomo I, Madrid (Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia), 2018, pp. 213 y ss. Para la relación entre la dignidad y el trabajo decente se remite a C.H. Preciado, Teoría general de los derechos fundamentales en el contrato de trabajo, Madrid (Thomson Reuters Aranzadi), 2018, pp. 801 y ss. El libro cuenta con un excelente prólogo de M<sup>a</sup>.E<sup>a</sup>. Casas y es un auténtico Tratado sobre los derechos fundamentales en el contrato de trabajo.

<sup>15</sup> “La escatología del fin del trabajo” (J. R. Mercader, El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica, cit., pp. 38 y ss.). “En el momento de escribir esto -dirá Harari a principios de 2018 -, la automatización ha perturbado muchas industrias, pero no ha desembocado en un desempleo masivo” (Y.N. Harari, 21 lecciones para el siglo XXI, cit., p. 53). También el ya citado documento del Parlamento Europeo Una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica. Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica, cit., “señala que, al igual que en anteriores revoluciones tecnológicas, se sustituirán algunos puestos de trabajo, pero también se crearán otros nuevos que transformarán nuestras vidas y prácticas profesionales” (apartado 1). Este documento señala, asimismo, con toda razón, que la inteligencia artificial y la robótica pueden contribuir a reducir la exposición de los seres humanos a “trabajos” y “condiciones perjudiciales y peligrosas”, así como a “reducir el error humano” (apartados V, 1, 73 y 90). La seguridad en el trabajo puede verse muy beneficiada.

<sup>16</sup> Y.N. Harari, 21 lecciones para el siglo XXI, cit., pp. 27, 36 y ss. (“hay buenas razones para pensar que esta vez será diferente”, lo que es no solo por la infotecnología, sino por su confluencia con la biotecnología, lo que plantea a la humanidad retos mucho mayores que los que supusieron “las máquinas de vapor, los ferrocarriles y la electricidad”, p. 54), especialmente pp. 50 (sobre el riesgo de una nueva clase “inútil” y de “padecer a la vez unas tasas de desempleo elevadas y escasez de mano de obra especializada”), 53 (el hecho de que siempre y hasta ahora hayan surgido nuevos empleos que sustituían a los destruidos “no es en absoluto una garantía de que ocurra de nuevo en las condiciones muy diferentes del siglo XXI”), 54 y ss. y 59 (“con el auge de la inteligencia artificial, los robots y las impresoras 3-D, el trabajo barato y no cualificado será mucho menos importante”); de ahí surge el debate sobre la renta básica universal y conceptos similares; se remite a este mismo libro, pp. 58 y ss., y ello a pesar de que, aunque se perciba esa renta básica universal, la brecha entre ricos y pobres puede hacerse “infranqueable” (p. 62).

También el ya mencionado documento del Parlamento Europeo Una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica. Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica, cit., advierte que la inteligencia artificial “evoluciona rápidamente” (apartado B).

Véase, especialmente, J. R. Mercader, El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica pp. 29 y ss. Sobre la desigualdad a lo largo de la historia, con carácter general, ha tenido un gran impacto y difusión el libro de T. Piketty, El capital en el siglo XXI. Barcelona (RBA), 2015. Véase asimismo, T. Piketty, Hacia una economía política e histórica. Reflexiones sobre El capital en el siglo XXI, y Sobre El capital en el siglo XXI, con prólogo de E. Ontiveros, Barcelona (RBA), 2015. De Y.N. Harari son de gran interés, además del más reciente ya citado, sus dos bien conocidos libros anteriores, Sapiens. De animales a dioses, y Homo Deus. Breve historia del mañana, ambos editados en España igualmente por Debate. Véase, asimismo, el que seguramente sea

#### 4. LA IMPORTANCIA DEL TJUE Y DEL TEDH

El TJUE y el TEDH tienen una indiscutible y creciente relevancia en las relaciones laborales españolas, obligando en no pocas ocasiones a rectificar nuestra jurisprudencia interna <sup>17</sup>.

A continuación se mencionarán elocuentes ejemplos de ello. Pero antes conviene subrayar que la actual configuración del recurso de amparo, con la carga impuesta al recurrente de acreditar la trascendencia constitucional del caso (artículos 49.1 y 50.1 b) LOTC), permite atisbar un mayor uso del TEDH <sup>18</sup>. También hay que señalar que no pocas veces se formulan cuestiones prejudiciales ante el TJUE buscando la rectificación de la jurisprudencia interna del TC y del TS. El caso del control y registro de la jornada que se examina en el apartado 19 del presente trabajo es un exponente de lo anterior.

En respuesta a cuestiones prejudiciales, formuladas en la mayoría de los casos que se van a citar por órganos judiciales españoles, se han dictado sentencias por el TJUE en las materias siguientes <sup>19</sup>:

---

el último o uno de los últimos trabajos antes de su fallecimiento, S. Rodotà, “Del ser humano al posthumano”, en T. de la Quadra-Salcedo y J.L. Piñar (dirs.) y M. Barrio y J. Torregrosa (coords.), Sociedad Digital y Derecho, cit., pp. 87 a 93. Otro libro que ha tenido una gran repercusión y que analiza las razones históricas y actuales de por qué a unos países les va mejor que otros, según tengan instituciones inclusivas o extractivas, es D. Acemoglu y J.A. Robinson, Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza. Por qué fracasan los países, (Deusto), 2012, y ello con independencia de que quizás no siempre acierten en todos los casos que examinan. Otro libro que me parece importante, y que desmiente -aportando ingentes datos- visiones catastrofistas sobre cómo hemos ido evolucionando, es el de S. Pinker, En defensa de la ilustración. Por la razón, la ciencia, el humanismo y el progreso, Barcelona (Paidós), 2018.

<sup>17</sup> Menos importancia tiene, por su propia naturaleza, el Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa que vela por el cumplimiento de la Carta Social Europea. Sobre la Carta Social Europea remito al imprescindible y completo número monográfico sobre esa Carta dirigido por L.E. de la Villa, de la Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social. Derecho social internacional y comunitario, 2018, núm. 137. También me permito remitir a mi trabajo “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Carta Social Europea y reforma laboral española. A propósito de la duración del periodo de prueba del contrato de trabajo de apoyo a los emprendedores”, Trabajo y Derecho, 2016, núm. 15, pp. 18 a 44. En pp. 12 y 13 me planteo si resulta razonable que, en base a la desconcentración del control de convencionalidad, tan problemática por cierto desde la óptica de la seguridad jurídica, cualquier órgano judicial puede llegar a inaplicar una ley que haya sido declarada constitucional; para los problemas de seguridad jurídica remito a la nota 10, p. 14, de mi citado trabajo.

<sup>18</sup> Véase F. Pérez de los Cobos, “El recurso de amparo y el recurso ante el TEDH: pautas de interacción”, Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2017, núm. 47, pp. 7 y ss.

<sup>19</sup> Se remite, con carácter general, al libro M<sup>a</sup>.E<sup>a</sup>. Casas y R. Gil (dirs.), I. García-Perrote, A. Gómez y A.V. Sempere (coords.), Derecho Social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia, Madrid (Francis Lefebvre), 2019, 2<sup>a</sup> ed. Se remite, asimismo, a J. García Murcia (dir.), Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea. Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, Madrid (Thomson Reuters Aranzadi), 2017 y a J.M<sup>a</sup>. Miranda (dir.), El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones, Madrid (Ed. Cinca), 2018.



-Consideración de tiempo de trabajo del desplazamiento de trabajadores sin centro de trabajo fijo o habitual desde el domicilio al centro de actividad del primer y último cliente: STJUE 10 de septiembre de 2015, C-266/14, Tyco.

-La retribución de las vacaciones: SSTJUE 22 de mayo de 2014, C-539/12, Locke, y 12 de junio de 2014, C-118/13, Bollacke, que han llevado a nuestro TS, en sus sentencias de 8 de junio de 2016 (Sala General, r. 207/2015, con dos votos particulares concurrentes, y r. 112/2015) a rectificar su doctrina. De gran interés son, asimismo sobre vacaciones, las SSTJUE 4 de octubre de 2018, C-12/17, C. King, 6 de noviembre de 2018, C-569/16 y 570/16, Bauer, 6 de noviembre de 2018, C-619/16, Kreuziger, 6 de noviembre de 2018, C-684/16, Shimizu, 29 de noviembre de 2017, C-214/16 y 12 de diciembre de 2018, C-385/17.

-Sucesión de empresa: SSTJUE 26 de noviembre de 2015, C-509/14, Adif, 7 de agosto de 2018, C- 472/16, Colino Sigüenza, y 11 de julio de 2018, Somoza Hermo, C-60/17. Esta última STJUE ha llevado a la STS 873/2018, 27 septiembre 2018 (r. 2747/2016), a rectificar la doctrina iniciada en la STS 7 abril 2016.

-Despido colectivo: SSTJUE 13 de mayo de 2015, C-392/13, Rabal Cañas, que ha llevado a la STS 17 de octubre de 2017 (r. 36/2016) a realizar una “interpretación conforme” del artículo 51.1 ET; 11 de noviembre de 2015, C- 422/14, Pujante Rivera, y las posteriores SSTJUE 21 de septiembre de 2017, C-429/16, Ciupa y 21 de septiembre de 2017, C-149/16, Socha; 15 de octubre de 2015, C-352/14, Iglesias Gutiérrez; 22 de febrero de 2018, C103/16, Porrás Guisado.

- El periodo de prueba del contrato de apoyo a los emprendedores: STJUE 5 de febrero de 2015 (C- 117/14, Poclava) que declara que el TJUE carece de competencia sobre la materia objeto de la cuestión prejudicial.

-Discapacidad: STJUE 1 de diciembre de 2016, C- 395/15, Daouidi, y 18 de enero de 2018, C-270/16, Ruiz Conejero.

-Indemnización por extinción (a su término) de contratos temporales: la rectificación de la STJUE 14 de septiembre de 2016, C-596/2014, de Diego Porrás, por las SSTJUE 5 de junio de 2018, C-574/16, Grupo Norte, y C-677/17, Montero Mateos, y 21 de noviembre de 2018, C-619/17, de Diego Porrás.

- Ley aplicable cuando concurre un elemento de extranjería: STJUE 14 de septiembre de 2017, C-168 y 169/2016, Ryanair.

- Prohibiciones empresariales de que las trabajadoras puedan llevar pañuelo islámico: SSTJUE 14 de marzo de 2017, C-157/15, Achbita, y C-188/15, Bougnaoui <sup>20</sup>.

---

Es muy destacable, adicionalmente, la STJUE 11 de diciembre de 2014 (C-576/13), que condenó a España por vulneración del artículo 49 TFUE y que dio lugar al Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la STJUE 11 de diciembre de 2014.

<sup>20</sup> De interés es, asimismo, la STEDH 11 julio 2017 (caso Belcacemi y Oussar v. Bélgica).

- Trabajo en organizaciones religiosas: SSTJUE 17 de abril de 2018 (Gran Sala), C-414/16, Vera Egenberger y Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV y 11 de septiembre de 2018 (Gran Sala), C-68/17.

Particular mención merecen las ya citadas SSTJUE 6 de noviembre de 2018 (C-569/16 y 570/16, Bauer), 6 de noviembre de 2018 (C-619/16, Kreuziger) y 6 de noviembre de 2018 (C-684/16, Shimizu). Rechazando que eso pueda ocurrir con la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, aquellas SSTJUE declaran que el derecho a las vacaciones retribuidas de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea <sup>21</sup> tiene efecto directo horizontal por ser un derecho incondicionado que no requiere normas desarrollo, al contrario de lo que sucedía en el caso AMS con el derecho a la participación de la Carta <sup>22</sup>.

Por lo que se refiere al TEDH baste con mencionar, sobre el control empresariales del uso por los empleados de los dispositivos digitales puestos a su disposición, la muy conocida STEDH Gran Sala, 5 de septiembre de 2017 (caso Barbulescu v. Rumania II), que anuló la anterior STEDH 12 de enero de 2016 dictada en el caso (Barbulescu I), así como la menos conocida, pero igualmente relevante, posterior STEDH 22 de febrero de 2018 (Libert c. Francia).

La importante STS 119/2018, 8 febrero 2018 tiene ya en cuenta la STEDH 5 septiembre 2017 (Barbulescu II). También es de gran interés la STS (Penal) 489/2018, de 23 de octubre (r. 1674/2017).

Y sobre la videovigilancia a empleados es de especial interés la STEDH 9 enero 2018 (López Ribalda v. España), que está recurrida por España ante la Gran Sala del TEDH.

Más adelante se hacen en otro apartado referencias adicionales a estas SSTEDH.

---

<sup>21</sup> Todo trabajador tiene derecho “a un período de vacaciones anuales retribuidas.”

<sup>22</sup> STJUE 15 de enero de 2014 (C-176/12, AMS). Sobre las SSTJUE de 6 de noviembre de 2018 véase M. Rodríguez-Piñero, “El efecto directo del derecho a vacaciones de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”, Derecho de las Relaciones Laborales, 2019, nº 1, pp. 1 y ss.

## **5. SINDICATOS Y ASOCIACIONES EMPRESARIALES, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y DERECHO DE HUELGA <sup>23</sup>**

## **6. NUEVAS REALIDADES EMPRESARIALES, DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y CONCEPTOS DE EMPLEADOR Y TRABAJADOR**

Sobre grupos de empresa, me interesa mencionar la STS 20 de octubre de 2015, que afirma la existencia de una especie de *tertium genus* entre las dos figuras que tradicionalmente se manejaban respecto de los grupos de empresa, es decir, entre el grupo mercantil y el grupo laboral o “patológico”. Ese *tertium genus* se denomina por aquella STS “empresa de grupo” o “empresa-grupo”, que se diferenciaría del grupo laboral patológico por la inexistencia de un ánimo fraudulento o de ocultación de la realidad empresarial <sup>24</sup>.

Respecto de los convenios colectivos “que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas” (artículo 87.1, párrafo tercero, y artículo 87.3 b) ET) <sup>25</sup>, de interés es la referencia que se hace a los convenios colectivos que se negocien por “una pluralidad de empresas que estén vinculadas en razón a un mismo puerto y nominativamente identificadas” en la disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 8/2017, de 12 de mayo, por el que se modifica el régimen de los trabajadores para la prestación del servicio portuario de manipulación de mercancías dando cumplimiento a la STJUE 11 de diciembre de 2014 <sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Sobre estas materias remito a la ponencia de C. Martínez Moreno (ponente) y A. Baylos (interlocutor), sobre “La autonomía colectiva y sus medios de expresión” del Congreso de la AEDTSS de Salamanca de 30 y 31 de mayo de 2019.

<sup>24</sup> También son de interés las SSTS 656/2018, 20 de junio y 843/2018, 18 de septiembre.

<sup>25</sup> El apartado V de la exposición de motivos del ya mencionado Real Decreto-ley 7/2011 (norma que modificó en este sentido el ET) clarifica que se trata de “las denominadas empresas en red surgidas en el marco de procesos de descentralización productiva, a las que la norma se refiere como pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas”.

<sup>26</sup> Véase, J. Cruz Villalón, “Las necesarias transformaciones de la negociación colectiva en la estiba y desestiba”, *Temas Laborales*, nº 142/2018; una versión más actualizada de este trabajo -que he podido consultar por la amabilidad y generosidad de su autor- se publicará próximamente.

Sobre la descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial versó el XXVIII Congreso de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y a sus ponencias me remito <sup>27</sup>.

Existe, por lo demás, una proposición de ley de reforma del artículo 42 ET que se estaba tramitando en el Congreso de los Diputados <sup>28</sup>. El actual Gobierno de la Nación ha expresado en varias ocasiones su voluntad de reformar ese precepto. Como bien se sabe, se trata de la preocupación por las condiciones de trabajo, y en particular el salario, de los trabajadores de las empresas subcontratistas, especialmente en las llamadas empresas multiservicios. Y lo que se pretende es que los trabajadores de las empresas subcontratistas tengan condiciones, en particular las salariales, que se asemejen a las de la empresa principal, o de forma más matizada, que sean las del convenio sectorial aunque la empresa multiservicios tenga convenio colectivo propio. Esta último criterio es el que parecía que, en su caso, acabaría imponiéndose y el Gobierno estaba barajando la idea de aprobar un Real Decreto-ley que, contuviera, entre otras, esta previsión. Pero finalmente el Gobierno ha renunciado a hacerlo por no tener apoyo parlamentario suficiente.

Hay que señalar, finalmente, que el concepto de trabajador está sometido a fuertes tensiones con la economía de las plataformas. El problema se plantea en todos los países, lo que es

---

<sup>27</sup> Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Descentralización productiva, nuevas formas de trabajo y organización empresarial, Madrid (Ed. Cinca), 2018.

<sup>28</sup> Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista de modificación del artículo 42.1 ET para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados, presentada el 8 de agosto de 2016. La última noticia sobre esta proposición de Ley es que se abocó al Pleno el 22 de febrero de 2018. Entre otras muchas enmiendas, es de subrayar la núm. 27 presentada por el propio Grupo Parlamentario Socialista. Véase el Boletín de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, XII Legislatura. Serie B, 3 de mayo de 2017, núm. 25-4, p. 20 y ss. También son de interés las enmiendas, publicadas en ese mismo Boletín, por los Grupos Parlamentarios Unidos Podemos-En común Podem.En Marea, Esquerra Republicana y Mixto (PdCat).

Hay que tener en cuenta, además, que en la Mesa de Diálogo Social se han manejado asimismo textos de posible modificación del artículo 42 ET, que se acompañaban de propuestas de modificación del artículo 15.1 a) ET para establecer que la contratación y subcontratación de obras o servicios en ningún caso constituye causa que justifique la celebración de un contrato para obra o servicio determinados. Sobre el tema, véase B. Suarez, “El uso indiscriminado del contrato de obra o servicio determinado como factor distorsionador del funcionamiento del mercado de trabajo español”, Documentación Laboral, nº 115/2018, vol. III.

Por su parte, la llamada “Agenda del Cambio” del Gobierno (“Hacia una economía inclusiva y sostenible”), de febrero de 2019, afirma que hay que “revisar la normativa para prevenir abusos en las subcontratas”.

En el debate sobre la reforma del artículo 42 ET en la línea preconizada por la Proposición de Ley, una de las principales discusiones radica en si la igualdad en las condiciones de trabajo debe tomar como referencia el convenio sectorial o las condiciones que realmente se apliquen en la empresa principal.

buena muestra de la globalización, y ha obtenido respuestas judiciales no siempre coincidentes <sup>29</sup>. Sería quizás de interés que, al menos en la Unión Europea, se tomara la iniciativa de incorporar, a estos efectos, un concepto propio de trabajador <sup>30</sup>. Es interesante, en este sentido, la noción inglesa de *worker*, con un estatus intermedio entre el trabajador dependiente por cuenta ajena y el trabajador autónomo por cuenta propia. La idea puede ser de interés, pues se trata de que se tengan algunas garantías de protección social, de salario y de tiempo de trabajo o de prestación de servicios. E incluso se defiende que se tengan determinados derechos y niveles de protección, con independencia de que se trate de trabajadores por cuenta y dependencia ajena o de autónomos.

Sea como fuere, existe una preocupación -y una tensión- en todos los países para adaptar los conceptos de trabajador dependiente y autónomo a la nuevas realidades y para frenar la existencia de “falsos autónomos” <sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Se remite a la nota 10.

<sup>30</sup> Interesante es, en este sentido, la definición de trabajador que incorpora en su artículo 2.1 a) la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea. La Propuesta de Directiva trata de establecer “los derechos mínimos aplicables a todos los trabajadores de la Unión”. Como afirma la Exposición de Motivos de la Propuesta, el mencionado artículo 2

“fija los criterios que definen la condición de trabajador a efectos de la Directiva propuesta. Estos criterios se basan en la jurisprudencia que ha desarrollado el TJUE desde el asunto C-66/85 Lawrie-Blum, como se recordó recientemente en el asunto C-216/15 *Ruhrlandklinik*. Es preciso especificar estos criterios a la vista de las conclusiones de la evaluación REFIT (Comisión sobre adecuación y eficacia de la Directiva sobre la obligación de informar por escrito a los trabajadores, 91/533/CEE), en relación con el hecho de que el ámbito de aplicación de la Directiva sobre la obligación de informar por escrito varía entre los Estados miembros en función de sus conceptos de ‘empleado’, ‘relación laboral’ y ‘contrato laboral’ y se corre el riesgo de que un número creciente de trabajadores que desempeñan su actividad en el marco de formas de empleo no convencionales, como los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales o los trabajadores de las plataformas en línea, queden excluidos de dicho ámbito de aplicación. La Directiva propuesta se aplicaría a estos trabajadores, siempre que cumplieran los criterios contemplados anteriormente”.

<sup>31</sup> La disposición final cuarta del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, ha modificado el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el orden social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, añadiendo un nuevo apartado 16 al artículo 22 con la siguiente redacción: “Comunicar la baja en un régimen de la Seguridad Social de trabajadores por cuenta ajena pese a que continúen la misma actividad laboral o mantengan idéntica prestación de servicios, sirviéndose de un alta indebida en un régimen de trabajadores por cuenta propia. A estos efectos se considerará una infracción por cada uno de los trabajadores afectados.”

## 7. LA NECESARIA CENTRALIDAD DE LAS POLÍTICAS ACTIVAS DE EMPLEO Y DE FORMACIÓN

Las políticas activas de empleo -y de formación- tienen una importancia decisiva <sup>32</sup> y creo que, entre nosotros, tienen un muy amplio espacio de mejora <sup>33</sup>. Se trata de que la situación de desempleo de un trabajador dure lo menos posible y a ello han de dedicarse todos los esfuerzos y recursos. Incluso sería deseable que ello se hiciera antes de que se materializara esa situación de desempleo. Es “el apoyo a las personas en las transiciones” al que se refiere la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la OIT <sup>34</sup>, lo que obliga también a asegurar la posibilidad de un “aprendizaje permanente” <sup>35</sup>; de ahí la referencia a la formación.

Se insiste mucho en el tratamiento que el Derecho del Trabajo da a los trabajadores con empleo, esto es, una vez contratados. Pero la premisa es, en efecto, que esa contratación se produzca: primero es el trabajo y luego es el contrato, como tantas veces se dice.

---

<sup>32</sup> Se remite, con carácter general, a N. García Piñeiro, “El nuevo modelo de políticas activas de empleo”, Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Derecho del Trabajo, 2018, número extraordinario, dirigido por J. García Murcia, sobre “El modelo de flexiseguridad en el ordenamiento laboral español”, pp. 295 y ss.

<sup>33</sup> Hay que reseñar, no obstante y por ejemplo, el ambicioso Plan de Choque por el Empleo Joven 2019-2021. Véase la resolución de 7 diciembre 2018, de la Secretaría de Estado de Empleo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de diciembre, por el que se aprueba aquel Plan (BOE 8 diciembre 2018).

También hay que mencionar que la ya mencionada “Agenda del Cambio” del Gobierno (“Hacia una economía inclusiva y sostenible”), de febrero de 2019, dentro del apartado “Mejorar la eficiencia y coordinación de las políticas activas de empleo, promueve “desarrollar los programas operativos de la Estrategia española de activación, incluyendo la herramienta de *profiling*, la mejora del sistema de información y los programas de mejores prácticas, refuerzo de la coordinación y eficiencia de los servicios públicos de empleo y sociales apoyando la colaboración público-privada y la implantación de buenas prácticas.”

Por su parte, el Informe sobre España 2019 de la Comisión Europea señala que “se han adoptado medidas para modernizar los servicios públicos de empleo y mejorar su cooperación con los servicios sociales, pero su capacidad de ayudar a los demandantes de empleo y de satisfacer las necesidades de los empresarios sigue siendo limitada” (p. 5).

<sup>34</sup> Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Trabajar para un futuro más prometedor, OIT, enero 2019, cit., pp. 32 a 34.

<sup>35</sup> Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Trabajar para un futuro más prometedor, OIT, enero 2019, cit., pp. 30 a 32. Aprendizaje permanente que requerirá una gran resistencia emocional ante tantos rápidos e incesantes cambios (Y.N. Harari, 21 lecciones para el siglo XXI, cit. pp. 52 -53 y 55).

El Derecho del Trabajo tiene una función, ciertamente, no limitada a favorecer el empleo, porque se tiene que preocupar, entre otras cosas y de forma central, de en qué condiciones se trabaja. Pero tampoco debe ser ajeno o despreocuparse de cómo propiciar la contratación.

## 8. MODALIDADES DE CONTRATO DE TRABAJO

Junto a los altos niveles de desempleo, otro (incluso “el” otro) gran problema de nuestras relaciones laborales es la alta temporalidad. Es un problema estructural que, aunque vaya mejorando algo, sigue sin corregirse ni revertirse de forma verdaderamente significativa <sup>36</sup>.

Últimamente se ha optado por incrementar en un 40 por ciento la cuota empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes en contratos temporales de duración efectiva igual o inferior a cinco días <sup>37</sup>. También hay que mencionar el “plan de lucha contra el fraude en la contratación temporal y otro contra los abusos en la contratación a tiempo parcial” -pues se producen, en efecto, incumplimientos de la jornada acordada en esta última modalidad

---

<sup>36</sup> La ya citada “Agenda del Cambio” del Gobierno (“Hacia una economía inclusiva y sostenible”), de febrero de 2019, afirma que “elevada tasa de temporalidad, entorno al 25% del total de ocupados entraña serios problemas: aumentos de la desigualdad y fuertes desincentivos a la inversión en formación. Todo ello concurre en detrimento de la acumulación de capital humano, que resulta vital para el crecimiento económico a largo plazo”. La Agenda propone:

“Simplificar y reordenar el menú de contratos de trabajo. Avanzar hacia tres fórmulas contractuales: indefinido, temporal estructural y formativo. Revisar el sistema de prácticas no laborales en empresas y reconducir a los titulados con estudios finalizados a los contratos laborales en prácticas. Simplificar y reducir la carga burocrática de los contratos de formación y aprendizaje y acercar los centros formativos a las empresas en colaboración con los agentes sociales y las Comunidades Autónomas” y “explorar las opciones posibles para reducir la dualidad, manteniendo la flexibilidad, favoreciendo el uso del contrato fijo discontinuo.”

Se remite, no obstante, al matiz expresado en la nota 18.

Por su parte, el Informe sobre España 2019 de la Comisión Europea advierte que “sigue habiendo demasiadas personas desempleadas o con contratos temporales” y que “el uso generalizado de contratos temporales supone un freno para el potencial de crecimiento y la cohesión social de España” (pp. 4 y 6). El Informe reconoce que “se han realizado esfuerzos para reducir la contratación temporal en el sector público” y que “la lucha contra su uso abusivo en el sector privado está dando algunos frutos”, pero -concluye- “los efectos de los incentivos a la contratación (indefinida) siguen siendo limitados” (p. 5).

<sup>37</sup> Nueva redacción dada al artículo 151 LGSS por la disposición final segunda, cuatro, del Real Decreto-ley 28/2018 de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo.

contractual que, por cierto, muchas veces es no deseada y está muy feminizada- contenidos en el Plan Director por un Trabajo Digno 2018-2019-2020 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social <sup>38</sup>.

De modalidades contractuales, me interesa mencionar adicionalmente, en primer lugar, las ya citadas SSTJUE 5 de junio de 2018 (C-574/16, Grupo Norte, y C-677/17, Montero Mateos), y 21 de noviembre de 2018 (C-619/17, de Diego Porras), que rectifican la inicial STJUE 14 de septiembre de 2016 (C-596/2014, de Diego Porras). La STS 207/2019, 13 de marzo de 2019 termina el ciclo de Diego Porras <sup>39</sup>.

En segundo lugar, el gran debate que ha tenido lugar sobre el llamado “contrato único”, sin que ahora haga mayores desarrollos.

Y, finalmente, la prolongación hasta 2023, “encapsulada”, de la anterior regulación de la jubilación parcial y del contrato de relevo que lleva a cabo el artículo 1 del Real Decreto-ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España <sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> Resolución de 27 julio 2018, de la Subsecretaría, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de julio de 2018. Véase, J.R. Mercader, “Plan estratégico de la inspección de trabajo y seguridad social para el periodo 2018-2020”, Revista de Información Laboral (RIT), 2018, núm. 5, pp. 3 a 8 .

<sup>39</sup> Remito a A. Desdentado, “Saliendo del laberinto: el fin del caso de Diego Porras. Historia y prospectiva”, de próxima publicación en Actum Social.

<sup>40</sup> El precepto añade un nuevo apartado 6 a la disposición transitoria cuarta del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, con la siguiente redacción:

“6. Se seguirá aplicando la regulación para la modalidad de jubilación parcial con simultánea celebración de contrato de relevo, vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social, a pensiones causadas antes del 1 de enero de 2023, siempre y cuando se acredite el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) Que el trabajador que solicite el acceso a la jubilación parcial realice directamente funciones que requieran esfuerzo físico o alto grado de atención en tareas de fabricación, elaboración o transformación, así como en las de montaje, puesta en funcionamiento, mantenimiento y reparación especializados de maquinaria y equipo industrial en empresas clasificadas como industria manufacturera.

b) Que el trabajador que solicite el acceso a la jubilación parcial acredite un período de antigüedad en la empresa de, al menos, seis años inmediatamente anteriores a la fecha de la jubilación parcial. A tal efecto, se computará la antigüedad acreditada en la empresa anterior si ha mediado una sucesión de empresa en los términos previstos en el artículo 44 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores,



## 9. LA CENTRALIDAD DE LA IGUALDAD DE GÉNERO Y DE LA “BRECHA” SALARIAL

En la gobernanza del trabajo ocupa de forma creciente un papel cardinal la igualdad de género en general <sup>41</sup> y, en particular, la lucha contra la “brecha” salarial <sup>42</sup>.

Manifestaciones de lo anterior son, además de las extraordinarias movilizaciones del 8 de marzo de 2018 y de 2019 -especialmente en España- y de lo que han supuesto movimientos como el *Me Too*, de un lado, la propuesta de Directiva de la UE que ampliará los permisos de

---

aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, o en empresas pertenecientes al mismo grupo.

c) Que en el momento del hecho causante de la jubilación parcial el porcentaje de trabajadores en la empresa cuyo contrato de trabajo lo sea por tiempo indefinido, supere el 70 por ciento del total de los trabajadores de su plantilla.

d) Que la reducción de la jornada de trabajo del jubilado parcial se halle comprendida entre un mínimo de un 25 por ciento y un máximo del 67 por ciento, o del 80 por ciento para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida. Dichos porcentajes se entenderán referidos a la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

e) Que exista una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de modo que la del trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por ciento del promedio de las bases de cotización correspondientes a los seis últimos meses del período de base reguladora de la pensión de jubilación parcial.

f) Que se acredite un período de cotización de treinta y tres años en la fecha del hecho causante de la jubilación parcial, sin que a estos efectos se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, solo se computará el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.

En el supuesto de personas con discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento, el período de cotización exigido será de veinticinco años.”

Se remite al Criterio de interpretación de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social 1/2019 del artículo 1 del Real Decreto-ley 20/2018, de 7 de diciembre, de medidas urgentes para el impulso de la competitividad económica en el sector de la industria y el comercio en España.

<sup>41</sup> La Agenda 2030 de Naciones Unidas (El reto de los Objetivos de Desarrollo Sostenible -ODS-) tiene como ODS nº 5 la “igualdad de género”.

<sup>42</sup> Véanse, recientemente, los trabajos publicados en la revista Documentación Laboral, nº 115/2018, vol. III, 8 de marzo. Igualdad de las mujeres. La ya mencionada “Agenda del Cambio” del Gobierno (“Hacia una economía inclusiva y sostenible”), de febrero de 2019, hace reiteradas referencias a la “brecha de género” del mercado laboral español y a la “brecha salarial.”

paternidad <sup>43</sup>. Y, de otro, el 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 ocupación, al que más adelante se hacen ulteriores referencias (en adelante, el Real Decreto-ley 6/2019).

Respecto de lo primero, sabido es que la igualdad de género va mucho más allá de la conciliación de la vida laboral con la personal y familiar. Pero es igualmente sabido que la “militancia” en la conciliación por parte de los hombres es un elemento esencial, pues sin reparto igualitario de las cargas familiares, de los cuidados <sup>44</sup> y del hogar difícilmente se podrá alcanzar la igualdad de género “laboral”.

Hay que dar cuenta, adicionalmente, de la nueva redacción dada al artículo 49.6 del Código de Comercio por la Ley 11/2018, de 28 de diciembre, por la que se modifica el Código de Comercio, el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, en materia de información no financiera y diversidad.

De conformidad con aquél precepto, la información no financiera a facilitar, y en concreto dentro de la información sobre cuestiones sociales y relativas al personal, las empresas obligadas han de informar sobre la “brecha salarial”.

También se ha de informar de las “medidas adoptadas para promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres; planes de igualdad (Capítulo III de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres), medidas adoptadas para promover el empleo, protocolos contra el acoso sexual y por razón de sexo, la integración y la accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la política contra todo tipo de discriminación y, en su caso, de gestión de la diversidad.”

Razones de espacio me impiden siquiera sea resumir el contenido del Real Decreto-ley 6/2019, lo que haré en una versión ampliada del presente trabajo.

---

<sup>43</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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.

<sup>44</sup> Por cierto, “el cuidado de los ancianos será probablemente uno de los sectores del mercado de trabajo humano que más deprisa crezca” (Y.N. Harari, 21 lecciones para el siglo XXI, cit., p. 44).

## **10. LA CENTRALIDAD DE LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES Y DERECHOS RELACIONADOS: LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE DATOS Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS DIGITALES Y SUS ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES**

### **10.1 EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA**

Un derecho “emergente”, pero ya central de nuestro tiempo, es el derecho a la protección de datos personales.

Es indispensable citar, al efecto, el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“protección de datos de carácter personal”)<sup>45</sup>, 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 (Reglamento general de protección de datos) (Texto pertinente a efectos del EEE)<sup>46</sup> y, en fin, los artículos 87 a 91 y conexos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

### **10.2 LA LEY ORGÁNICA 3/2018**

---

<sup>45</sup> “1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan; 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación; 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.”

<sup>46</sup> Remito a J.L. Goñi, La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa (incluido el Real Decreto-ley 5/2018), Albacete (Ed. Bomarzo), 2018, J.R. Mercader, Protección de datos en las relaciones laborales, Madrid (Francis Lefebvre) 2018, 2ª ed., J. R. Mercader, El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica, cit., pp. 183 y ss. (también pp. 121 y ss.) C.H. Preciado, El derecho a la protección de datos en el contrato de trabajo, adoptado al nuevo Reglamento 679/2016, de 27 de abril, Madrid (Thomson Reuters Aranzadi), 2017 y E. Mª. Blázquez, Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales, Madrid (Wolters Kluwer), 2018.

De gran interés el Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo, adoptado el 8 de junio de 2017 por el Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE sobre protección de datos, y que tiene ya en cuenta el Reglamento 2016/679, que deroga aquella Directiva.

En este contexto y con los importantes antecedentes jurisprudenciales que existen (de los que desgraciadamente no se puede dar cuenta aquí por razones de espacio), se ha promulgado la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, en cuyos artículos 87 a 91 <sup>47</sup>. Razones de espacio me impiden, nuevamente, exponer aquí el contenido de la estos artículos (y concordantes) de la Ley Orgánica 3/2018, así como de sus precedentes jurisprudenciales, lo que haré en una versión ampliada del presente trabajo.

## **11. LA LEY 1/2019, DE 20 DE FEBRERO, DE LEY DE SECRETOS EMPRESARIALES**

La interesante Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales <sup>48</sup> traspone la Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas (Texto pertinente a efectos del EEE) <sup>49</sup>.

De esta Ley interesa destacar, en primer lugar, la necesaria delimitación entre, de un lado, el secreto empresarial y, de otro, la experiencia y competencias (*skill and knowledge*) del trabajador.

El artículo 1.3 de la Ley de Secretos Empresariales prevé que “la protección de los secretos empresariales no (...) podrá restringir la movilidad de los trabajadores; en particular, no podrá servir de base para justificar limitaciones del uso por parte de estos de la experiencia y competencias adquiridas honestamente durante el normal transcurso de su carrera profesional o de información que no reúna todos los requisitos del secreto empresarial, (...)”.

---

<sup>47</sup> A destacar que los artículos 87 y 88 de la Ley Orgánica 3/2018 no se mencionan por el artículo 2 de esa Ley Orgánica, por lo que no se considera que se refieran al tratamiento de datos personales.

<sup>48</sup> BOE 21 de febrero de 2019. La Ley entra en vigor el 13 de marzo de 2019 (disposición final sexta).

<sup>49</sup> De interés es el trabajo de I. Rabasa, “El anteproyecto de Ley de Secretos Empresariales y la Directiva relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados”, La Ley 4611/2018, y a la bibliografía allí citada. En la doctrina laboral sobre la materia, es de obligada cita el libro de T. Sala y A. Todolí, El deber de los trabajadores de no violar los secretos de la empresa ni los acuerdos de confidencialidad, Valencia (Tirant lo Blanch), 2016.

La experiencia y competencias (*skill and knowledge*) de los trabajadores quedan, así, fuera de la esfera de protección dispensada al secreto empresarial.

Los derechos constitucionales en juego son, de un lado, el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio y a la promoción a través del trabajo (artículos 10.1 y 35 CE) y, de otro, la libertad de empresa (artículo 38 CE) <sup>50</sup>. La necesaria protección del secreto empresarial supone equilibrar dos intereses contrapuestos pero esenciales para la sociedad: por un lado, favorecer la innovación como estímulo para el desarrollo de nuevos conocimientos e informaciones socialmente valiosas, lo que exige proteger los secretos empresariales, y, por otro, favorecer la libre competencia y movilidad de los trabajadores para fomentar un mercado de trabajo más eficiente y óptimo, donde los recursos humanos queden en manos de aquellas empresas que más valoran su talento y capacidades, lo que exige que los trabajadores puedan aprovechar y beneficiarse de su experiencia y competencias, que deben quedar, por esta razón, fuera de la protección jurídica del secreto empresarial para mantener un adecuado equilibrio.

La doctrina ha tratado de delimitar los conocimientos que no son susceptibles de constituir un secreto empresarial por no reunir las características para ello.

Cabe hablar así, en primer lugar, de conocimientos que no constituyen estrictamente una “información”, pudiéndose mencionar, por ejemplo y entre otros, como señala la doctrina más autorizada, “la destreza en la conclusión de los negocios sociales”, el “carisma”, los “dotes de mando”, el “talento”, la competencia o pericia profesional, la “reputación”, o la “experiencia” y otras cualidades que el trabajador haya podido adquirir durante el ejercicio de un cargo o desempeño de un trabajo. Todo ello no es información protegida, sino habilidades del empleado que, consiguientemente, no deben incluirse bajo el paraguas protector del deber de secreto <sup>51</sup>.

---

<sup>50</sup> Sobre el artículo 38 CE se remite, por todos, al importante trabajo de C. Paz-Ares y J. Alfaro, “Artículo 38”, en M. Rodríguez-Piñero y M<sup>a</sup>.E<sup>a</sup>. Casas (dirs.), Comentarios a la Constitución Española. Tomo I. Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución, cit., pp. 1247 y ss.

<sup>51</sup> J. Massaguer, Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, Madrid, Civitas, 1999, pp. 387 y ss. En el mismo sentido A. Suñol, El secreto empresarial. Un estudio del artículo 13 de la ley de Competencia Desleal, con prólogo del propio J. Massaguer, Madrid, Civitas, 2009, p. 107.

En segundo lugar, de la información general o comúnmente conocida dentro de un determinado sector o actividad.

Y, finalmente, de información que no ha sido objeto de medidas de protección empresarial para mantener el secreto.

Se trata de conocimientos que están tan intrínsecamente unidos a la experiencia, capacidad y otros conocimientos de los trabajadores que, de prohibir su uso, se limitaría excesivamente el desarrollo de su capacidad personal y profesional. Y son, finalmente, criterios de interés el atender, por ejemplo, a la información que el trabajador es capaz de retener en su memoria, a la información por él internalizada y, en fin, a la experiencia y bagaje de conocimientos con los que el trabajador ya contaba.

El artículo 1.3 de la Ley de Secretos Empresariales prevé que “la protección de los secretos empresariales (...) no podrá servir de base (...) para imponer en los contratos de trabajo restricciones no previstas legalmente”.

Aunque no existe una regulación expresa en tal sentido, se entiende unánimemente que el trabajador está sujeto a un deber de guardar secreto, deber que es inherente y deriva de la buena fe que integra el contenido del contrato de trabajo (artículos 5 a) y 20.2 ET) y que perdura tras la extinción de la relación laboral. De ahí se sigue que, aunque no exista un pacto de confidencialidad, la eventual restricción que el empleador pudiera imponer a sus trabajadores estaría -en los términos del citado artículo 1.3 de la Ley de Secretos Empresariales- “prevista legalmente”. Pero, si bien existe una obligación legal de guardar secreto, la suscripción de un pacto expreso puede resultar muy aconsejable con vistas a regular con más detalle el alcance del deber de guardar secreto para seguridad de ambas partes.

Como se ha anticipado, el deber de guardar secreto se extiende más allá de la extinción de la relación laboral. Hay que entender, con carácter general, que si la información constituye un secreto empresarial (y no meramente experiencias y competencias adquiridas -*skill and*

*knowledge-*, por problemática que sea en ocasiones la distinción), el trabajador no podrá disponer de ella, aunque le pueda ser necesaria para ejercer su profesión habitual <sup>52</sup>.

Como es sabido, durante la vigencia de la relación laboral el trabajador tiene el deber de “no concurrir con la actividad de la empresa” (artículos 5 d) y 21.1 ET). Pero una vez extinguida la relación, no existe ninguna norma legal que impida al trabajador competir con su antiguo empleador. El pacto de no competencia postcontractual del artículo 21.2 ET puede cubrir este vacío, si bien ya se sabe que el pacto ha de ser retribuido, tiene un alcance temporalmente delimitado a dos años, etc.

El artículo 1.3 de la Ley de Secretos Empresariales prevé, finalmente, que “la protección de los secretos empresariales no afectará a la autonomía de los interlocutores sociales o a su derecho a la negociación colectiva”.

En este sentido, el artículo 2.1 c) de la Ley de Secretos Empresariales dispone que la obtención de un secreto empresarial se considerará lícita cuando resulte del “ejercicio del derecho de los trabajadores y de los representantes de los trabajadores a ser informados y consultados, de conformidad con el Derecho europeo o español y las prácticas vigentes.” Como es sabido, es el artículo 64 ET el precepto legal que regula los “derechos de información y consulta”. Por su parte y en el contexto del deber de sigilo de los miembros del comité de empresa y de los delegados de personal regulado en el artículo 65 ET, el apartado 4 de este precepto legal establece que “excepcionalmente, la empresa no estará obligada a comunicar aquellas informaciones específicas relacionadas con secretos industriales, financieros o comerciales cuya divulgación pudiera, según criterios objetivos, obstaculizar el funcionamiento de la empresa o del centro de trabajo u ocasionar graves perjuicios en su estabilidad económica. Esta excepción no abarca aquellos datos que tengan relación con el volumen de empleo en la empresa” <sup>53</sup>.

Hay que mencionar, por último, el artículo 2.3.c) de la Ley de Secretos Empresariales, de conformidad con el cual la obtención, utilización o revelación de un secreto empresarial se

---

<sup>52</sup> No obstante, doctrina minoritaria y la práctica de algún Estado Miembro de la UE aceptan que el trabajador puede utilizar el secreto empresarial cuando es necesario para ejercer su profesión habitual.

<sup>53</sup> Véase, asimismo, el artículo 65.5 ET y el artículo 153.3 LRJS.

considerará lícita “cuando los trabajadores lo hayan puesto en conocimiento de sus representantes, en el marco del ejercicio legítimo por parte de estos de las funciones que tienen legalmente atribuidas por el Derecho europeo o español, siempre que tal revelación fuera necesaria para ese ejercicio”. Se trata, cabe decir, de una divulgación “interna” procedente de los trabajadores hacia sus representantes con el fin de que estos últimos cumplan sus funciones de defensa de los intereses de aquellos.

## **12. LA RELEVANCIA DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO (*COMPLIANCE*)**

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introdujo en el Código Penal español la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas. El artículo 31 bis del Código Penal, añadido por dicha Ley y posteriormente modificado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, establece dos criterios de imputación para las personas jurídicas. La regulación española de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha adoptado un catálogo cerrado de delitos con respecto a los cuales es posible exigir aquella responsabilidad penal.

En la práctica internacional, se entiende que, para cumplir con el deber de control que establece el artículo 31 bis del Código Penal, es necesario que la empresa u organización haya implementado un programa de cumplimiento efectivo para la prevención de riesgos penales (los conocidos como *compliance programs* o, según los define el Código Penal, “modelos de organización y gestión”). Al “cumplimiento” hace referencia asimismo el ya citado artículo 24.2 de la Ley Orgánica 3/2018.

Pues bien, los deberes empresariales de control derivados del cumplimiento normativo creo que tienen una importancia creciente en la gobernanza del trabajo. A los efectos del presente trabajo, basta con señalar lo anterior y la repercusión que ello puede tener sobre el control empresarial de los trabajadores y, en particular, sobre los derechos digitales reconocidos en la Ley Orgánica 3/2018.

## **13. FLEXIBILIDAD INTERNA V. FLEXIBILIDAD EXTERNA**

Hasta hace unos años se decía en España, con alguna exageración, pero no sin cierta razón, que paradójicamente era menos difícil despedir que proceder a una modificación a la baja de las condiciones de trabajo y, en particular, del salario.



De ahí que, especialmente desde el año 2010 la legislación empezara a mostrar su “favor” por las medidas de flexibilidad interna en detrimento de la externa. También es reseñable que la jurisprudencia constitucional ha entendido que la finalidad de favorecer la flexibilidad interna es una justificación constitucionalmente razonable de determinadas medidas<sup>54</sup>.

Este favor por la flexibilidad interna llevó a la reforma laboral de 2012 a suavizar de forma sustancial la exigencia causal, por ejemplo, del artículo 41.1 ET, en el sentido de que se pasó a considerar “razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”, las que están relacionadas con “la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”, si bien la jurisprudencia ha matizado esta aparentemente tan liviana exigencia causal<sup>55</sup>.

El caso es que algunos documentos distribuidos por el Gobierno en la Mesa de Diálogo Social proponen que, respecto de la causa de las medidas empresariales, se vuelva en gran medida, y sin realizar ahora mayores precisiones, a la redacción de los artículos 40.1, 41.1, 47.1 y 82.3 ET anterior a la reforma de 2012 y, lo que es más relevante a los efectos que se quieren aquí subrayar, a definir de forma prácticamente idéntica las causas de las medidas de flexibilidad interna y las de flexibilidad externa.

## **14. SALARIOS**

En materia de salarios, solo menciono tres cosas.

En primer lugar, el 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 ocupación del que se ha dado ya cuenta en el apartado 13 de este trabajo.

En segundo lugar y una vez superada, al menos a nivel “macro”, la crisis económica, la generalizada percepción de lo bajos que se han quedado no pocos salarios en España y de la conveniencia de que se produzcan incrementos salariales siempre que ello sea compatible por la productividad y competitividad.

---

<sup>54</sup> Así, por ejemplo, la STC 8/2015, de 22 de enero, sobre la redacción vigente, entre otros, del artículo 44 ET tras la reforma laboral de 2012.

<sup>55</sup> Me permito remitir a mi Manual de Derecho del Trabajo, Valencia (Tirant lo Blanch), cit., pp. 541 a 544.

Es en este contexto en el que el actual Gobierno ha optado por una importante subida para 2019 de la cuantía del salario mínimo interprofesional que ha suscitado cierta preocupación en algunos sectores empresariales, así como por sus posibles efectos sobre el empleo o determinado empleo <sup>56</sup> y eso que se han tratado de amortiguar sus efectos de “arrastre” <sup>57</sup>.

## 15. TIEMPO DE TRABAJO Y REGISTRO DE LA JORNADA

Tres cosas señalo sobre tiempo de trabajo.

En primer lugar, la singularidad -y seguramente escasa eficiencia- de los horarios españoles, especialmente en determinadas profesiones y puestos <sup>58</sup>, y la enorme dificultad que ello plantea para la conciliación con la vida personal y familiar.

En segundo lugar, que, además del aumento de su duración, se camina hacia el establecimiento al menos parcial de la intransferibilidad de los permisos parentales <sup>59</sup>.

Y, finalmente, la cuestión del control del horario y especialmente de su registro, cuestión que ha sido problemática en España.

---

<sup>56</sup> Véase, por ejemplo, A. Lacuesta, M. Izquierdo y S. Puente, “Un análisis del impacto de la subida del salario mínimo interprofesional en 2017 sobre la probabilidad de perder el empleo”, Banco de España, 2019, Documentos ocasionales nº 1902, en que se extrapola el análisis de 2017 a la subida de 2019.

El Informe sobre España 2019 de la Comisión Europea considera que “el aumento del salario mínimo en un 22,3 por ciento en 2019 podría ayudar a reducir la pobreza en situación de empleo, pero también podría tener efectos adversos en las oportunidades de empleo de los trabajadores jóvenes y poco cualificados” (p. 6).

<sup>57</sup> Como afirma la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre, para la revalorización de las pensiones públicas y otras medidas urgentes en materia social, laboral y de empleo, tras el Real Decreto 1462/2018, de 21 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2019, “dado que el salario mínimo interprofesional se incrementará en 2019 en un 22,3 por ciento respecto de la cuantía vigente en 2018, resulta necesario introducir, por un lado, reglas específicas de afectación en los convenios colectivos que lo utilizan como referencia para determinar la cuantía o el incremento del salario base o de complementos salariales; y por otro lado, una habilitación legal que dé cobertura a disposiciones reglamentarias dirigidas a desvincular de dicho incremento las normas no estatales y los negocios jurídicos de naturaleza privada vigentes en el momento de entrada en vigor de este incremento”.

<sup>58</sup> Respecto de los horarios de las comidas, si demasiado tardío es la hora de la cena (y no digamos de los programas de máxima audiencia televisiva, aunque se vaya reduciendo el consumo de televisión frente a series, tablets., etc), el almuerzo es en muchas ocasiones tardío y largo. Si la jornada de “tarde” empieza a las 16,30 h. o 17 h. es más probable, en determinadas profesiones, que termine a las 20.30-21 h. h. o más tarde que si la jornada de “tarde” empieza a las 14 h. o 14,30 h.

<sup>59</sup> Ver Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 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 y, entre nosotros, el 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 ocupación del que se ha dado cuenta en el apartado 13 de este trabajo.

Tras los conocidos antecedentes jurisprudenciales en los que no puedo detenerme, el artículo 10 (“Registro de jornada”) del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo, ha añadido un nuevo apartado al artículo 34 ET con la siguiente redacción:

“La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo.

Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada.

La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.”

Se dispone así, que, en defecto de negociación colectiva o acuerdo de empresa, la “decisión” del empresario es la que organiza y documenta el registro de jornada”. Y que el registro de jornada debe incluir “el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora”, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que permite el propio artículo 34 ET

Se habilita al Gobierno para que pueda establecer “especialidades en las obligaciones de registro de jornada, para aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran” (se modifica en este sentido el apartado 7 del artículo 34 ET).

Se tipifica como sanción grave el incumplimiento de las obligaciones de registro de jornada (se modifica en este sentido el artículo 7.5 LISOS), sin que la sanción sea individualizable por cada trabajador.

La obligación de registro será de aplicación a los dos meses de publicación del Real Decreto-ley en el BOE, esto es, el 12 de mayo de 2019 (disposición final sexta.4 del Real Decreto-ley 8/2019).

Por lo que se refiere a la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional, ya se conocen las conclusiones del abogado general.

## **16. SUCESIÓN DE EMPRESA “CONVENCIONAL”**

La STS 873/2018, de 27 de septiembre, entendiendo que a ello le obliga la STJUE 11 de julio de 2018 (Somoza Hermo, C-60/17), rectifica la doctrina de la STS 7 de abril de 2016 y declara que el convenio colectivo no puede excluir la responsabilidad solidaria que prevé el artículo 44 ET para la subrogación “legal”.

Tres comentarios me interesa hacer sobre la nueva doctrina sentada por la STS 873/2018.

El primero, en la línea del posible efecto “perverso” advertido por el voto particular, que la doctrina de la STS 873/2018 puede tener sobre la negociación colectiva, una cautela que podría tratarse de introducir consistirá en que el convenio colectivo que establezca la subrogación excluya dicha subrogación en caso de que el saliente tenga deudas salariales o de Seguridad Social.

Y, la segunda, que otra vez la legislación española, que mejora la Directiva 2001/23<sup>60</sup>, sale malparada respecto de otros Estados miembros que no han mejorado la Directiva. Desde este punto de vista, se podría modificar el artículo 44.3 ET en el sentido de permitir, al menos a determinados convenios colectivos, excluir la responsabilidad solidaria.

Ha de tenerse en cuenta, finalmente, que el artículo 130.6 de la Ley 9/2017, 8 noviembre, de Contratos del Sector Público establece que: “...sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de lo establecido en el artículo 44 (ET), el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de las cotizaciones a la Seguridad social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último”.

## **17. EXTINCIÓN DEL CONTRATO**

Como tantas veces se ha dicho, el objetivo y el reto a conseguir es proteger, más que los empleos o puestos de trabajo concretos, a los trabajadores que no tienen o se quedan sin

---

<sup>60</sup> De conformidad con el artículo 3.1, párrafo segundo, de la Directiva 2001/23/CE, “los Estados miembros podrán establecer que, después de la fecha del traspaso, el cedente y el cesionario sean responsables solidariamente de las obligaciones que tuvieron su origen, antes de la fecha del traspaso, en un contrato de trabajo o en una relación laboral existentes en la fecha del traspaso.” Como puede advertirse, la Directiva no impone la responsabilidad solidaria.

empleo <sup>61</sup>. De ahí la importancia central que tiene la transición de un empleo a otro. Se trata del “apoyo a las personas en las transiciones” al que se refiere la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la OIT <sup>62</sup> y al que ya se ha hecho mención, así como de la centralidad de las políticas de empleo, a la que asimismo se ha hecho referencia.

Recientemente se ha reintroducido en España, siguiendo la petición formulada por los agentes sociales en el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva <sup>63</sup>, la posibilidad de que la negociación colectiva establezca la extinción del contrato de trabajo de los trabajadores que han cumplido la edad que permite el acceso a la pensión de jubilación, si se cumplen determinados requisitos. Se trata de la disposición final 1 del Real Decreto-ley 28/2018, de 28 de diciembre que ha modificado la disposición adicional décima ET (“Cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación”).

Por lo que se refiere al despido, permitiéndome remitir a mi pequeño trabajo “El despido: puntos para el debate” <sup>64</sup>, solo insisto en las cuestiones que menciono a continuación.

---

<sup>61</sup> “Proteger a los obreros, no a los empleos”, dirá Y.N. Harari, apelando a las experiencias escandinavas (21 Lecciones para el Siglo XXI, cit., pp. 55 y 57). Y ello a pesar del “gran nivel de pericia” que exigirán muchas de las nuevas ocupaciones (pp. 49 y 50).

<sup>62</sup> Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Trabajar para un futuro más prometedor, OIT, enero 2019, cit., pp. 32 a 34.

<sup>63</sup> Publicado en el BOE de 18 de julio de 2018.

<sup>64</sup> “El despido: puntos para el debate”, Derecho de las Relaciones Laborales, 2016, n° 3, monográfico sobre “El derecho del trabajo a debate”, pp. 273 a 284, sitio en el que abordo y sostengo, según los casos, y entre otras materias: “la conveniencia de introducir la presunción de concurrencia de la causa en el caso de acuerdo en el periodo de consultas”; “la (necesaria) coordinación entre la impugnación colectiva y las impugnaciones individuales del despido colectivo: el precedente de la legislación concursal”; “la excesiva complejidad del despido colectivo para una pequeña y mediana empresa y el umbral de treinta trabajadores en la gran empresa; “el despido colectivo ‘de hecho’”; “despido colectivo y grupos de empresa”; “la negociación durante el periodo de consultas ‘con las togas puestas’ ¿cuándo es suficiente la información y la documentación son suficientes y cuándo se ha negociado de buena fe? ¿Medidas cautelares y/o un papel más activo, ‘rogado’, de la autoridad laboral?”; “la problemática aportación al Tesoro por la inclusión en el despido colectivo de trabajadores de cincuenta o más años en empresas con beneficios”; “las consecuencias de la nulidad: prestación por desempleo e IRPF”; “los problemas de la ejecución de la sentencia que declara la nulidad del despido colectivo”; “indemnización por despido: el postergado fondo de capitalización o la solución ‘austríaca’”; “la diferencia entre la cuantía de la indemnización de 20 (el despido económico ‘legal’) y la de 45/33 días por año de servicio (el despido económico ‘ilegal’, pero también el negociado)”.

En primer lugar, el interés que suscitan los modelos nórdicos (y no solo nórdicos), basados desde luego en la alta responsabilidad social empresarial, en los que apenas se ponen trabas a los despidos por causa empresarial y en donde existe un fortísimo apoyo a la transición hacia otro empleo.

En segundo lugar, y en sentido no coincidente precisamente con lo anterior, también en despido colectivo se percibe que algunos documentos distribuidos por el Gobierno en la Mesa de Diálogo Social proponen que, respecto a la causa de las medidas empresariales, se vuelva en gran medida, y sin realizar ahora mayores precisiones, a la redacción del artículo 51.1 ET anterior a la reforma de 2012 y, como asimismo ya se subrayó, a definir de forma prácticamente idéntica las causas de las medidas de flexibilidad interna y las de flexibilidad externa. También se habla por responsables gubernamentales del despido como última opción, lo que creo debe ser una buena práctica empresarial, siendo otra cosa el exigirlo legalmente.

Personalmente vengo insistiendo, en efecto, en la “buena práctica” de que las empresas se “autoplanteen”, antes de recurrir a la flexibilidad interna, si son eficaces y suficientes para el problema a superar, medidas de flexibilidad interna. Ahora bien, una cosa es que exista el favor del ordenamiento, así como que se siga esa buena práctica, a las que se viene aludiendo, y otra, distinta, que se convierta en estricta exigencia legal de la flexibilidad externa el intentar primero la flexibilidad interna, o, al menos, justificar su imposibilidad o insuficiencia para afrontar la situación que se plantea. Personalmente no creo que se deba dar ese paso, siquiera sea porque una -no la única y seguramente ni siquiera la principal- de las razones de la gran contratación temporal que hay en nuestro país no deja de estar conectada (todas las instituciones laborales están interrelacionadas) con la percepción empresarial de la histórica “rigidez” -ya sea real o “imaginaria”, no me detengo ahora en ello- del despido en nuestro país y no me parece que debamos volver a correr estos riesgos. Pero, en fin, es uno de los puntos que someto a la discusión y al debate.

En tercer lugar, el interés que sigue teniendo, y que parece que se quiere impulsar desde el Ministerio de Economía del actual Gobierno, la idea del fondo de capitalización <sup>65</sup>. Esta idea

---

<sup>65</sup> De hecho la llamada y ya mencionada “Agenda del Cambio” (“Hacia una economía inclusiva y sostenible”) del Gobierno, de febrero de 2019, promueve la “implantación gradual de un sistema de cuentas individuales de

es, me parece, interesante y creo que lo es tanto para el empresario como para el trabajador. Para el empresario porque le evita tener que hacer un desembolso económico en el momento de la extinción, momento que seguramente no sea el mejor para hacerlo. Y para el trabajador porque el fondo puede contribuir, sin duda, a facilitar su cambio de empresa y de actividad, toda vez que, si decide cesar voluntariamente en su actual empresa, no siente que “pierde” una indemnización que en otro caso (por ejemplo, despido improcedente) percibiría.

Finalmente, parece que se modificará la regulación del obligatorio convenio especial con la Seguridad Social para los trabajadores de cincuenta y cinco o más años incluidos en un despido colectivo, de manera que se elimine la suscripción empresarial (no obviamente la financiación) de dicho convenio por las distorsiones y ausencias de protección que aquella obligada (hasta ahora) suscripción estaba generando.

---

capitalización para la movilidad a través de la creación del Fondo correspondiente”, explicando que “dicho Fondo permite a los trabajadores hacer efectivo el abono de las cantidades acumuladas a su favor en los supuestos de despido improcedente, de movilidad geográfica, para el desarrollo de actividades de formación o en el momento de su jubilación. Esta propuesta se abordará en el marco del diálogo social para que su diseño y aprobación cuente con los mayores consensos posibles.”