



universidad
de león



REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN



Facultad de Derecho

2018

5
número



universidad
de león



REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

Revista de la Facultad de Derecho
Universidad de León

5

2018

ISSN: 1137-2702

Revista Jurídica de la Universidad de León
Facultad de Derecho
Universidad de León
Campus de Vegazana, s/n
24071 León (España)

revistajuridicaule@unileon.es
Soporte técnico: journals@unileon.es
© Universidad de León, Área de Publicaciones
© Los autores

I.S.S.N: 1137-2702 (Ed. impresa)
I.S.S.N: 2529-8941 (Internet)
Depósito Legal: LE-196-1997
Editada por el Área de Publicaciones de la Universidad de León

EQUIPO EDITORIAL

PRESIDENTE

JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de León

DIRECTOR

JAVIER FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ. *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*
Universidad de León

SECRETARIA

ISABEL DURÁN SECO. *Derecho Penal*
Universidad de León

CONSEJO DE REDACCIÓN

Miguel Ángel Alegre Martínez

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de León

Aurelia Álvarez Rodríguez

Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de León

Fernando de Arvizu y Galarraga

Catedrático de Historia del Derecho
Universidad de León

Romualdo Bermejo García

Catedrático de Derecho Internacional Público. Vicedecano de la Facultad de Derecho
Universidad de León

Miguel Díaz y García Conlledo

Catedrático de Derecho Penal. Director del Departamento de Derecho Privado y de la Empresa
Universidad de León

María Angustias Díez Gómez

Catedrática de Derecho Mercantil
Universidad de León

Isabel Durán Seco

Profesora Contratada Doctor de Derecho Penal. Secretaria de la Facultad de Derecho
Universidad de León

Juan José Fernández Domínguez

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

Javier Fernández-Costales Muñiz

Catedrático EU (integrado TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Director de la Revista Jurídica de la Universidad de León
Universidad de León

Antonio García Amado

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de León

Piedad González Granda

Catedrática de Derecho Procesal
Universidad de León

Pilar Gutiérrez Santiago

Catedrática Acreditada de Derecho Civil
Universidad de León

María Josefa Marciel Briso-Montiano

Responsable de la Biblioteca de Derecho
Universidad de León

María Teresa Mata Sierra

Catedrática Acreditada de Derecho Financiero
Universidad de León

Marta Ordás Alonso

Profesora Titular de Derecho Civil. Directora del Departamento de Derecho Privado y de la Empresa
Universidad de León

Paulino César Pardo Prieto

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de León

Tomás Alberto Quintana López

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de León

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo
Universidad de León

Salvador Tarodo Soria

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado. Vicedecano de la Facultad de Derecho
Universidad de León

COMITÉ CIENTÍFICO

José João Abrantes

Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad Nova de Lisboa (Portugal)

Stefano Bellomo

Ordinario di Diritto del Lavoro
Università di Roma Sapienza

Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano

Catedrático de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid (España)

Carlos Bernal Pulido

Catedrático de Filosofía del Derecho
Macquarie Law School Sydney (Australia)

José Manuel Busto Lago

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de A Coruña (España)

Alfonso Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III. Madrid (España)

Rafael Calvo Ortega

Catedrático Emérito de Derecho Financiero
Académico de Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Expresidenta del Tribunal Constitucional
Universidad Complutense de Madrid (España)

Adoración Castro Jover

Catedrática de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad del País Vasco (España)

Faustino Cavas Martínez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Decano de la Facultad de Derecho
Universidad de Murcia (España)

Luis E. Chiesa

Catedrático de Derecho Penal. Director del Buffalo Criminal Law Center
State University of New York (SUNY), (Buffalo,-EE.UU.)

Ricardo Colín García

Director del CU
Universidad Autónoma del Estado de México (Texcoco, México)

Santos Coronas González

Catedrático de Historia del Derecho
Universidad de Oviedo (España)

Mariano Cubillas Recio

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Valladolid (España)

Maty Diakhaté

Maitre de Conférences-HDR en Droit Privé. Coordinatrice du Réseau de Recherche en Sciences Sociales SMIG
Université Paris VIII Vincennes Saint-Dennis (Francia)

Francisco Fernández Segado

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid (España)

Federico F. Garau Sobrino

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad de Islas Baleares (España)

Benjamín González Alonso

Catedrático Emérito de Historia del Derecho
Universidad de Salamanca (España)

Luis Greco

Catedrático de Derecho Penal
Universität Augsburg (Alemania)

Luis Jimena Quesada

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia (España)

Gyorgy Kiss

Professor in Labour Law and Social Security Law. Dean of the Faculty of Law
National University of Public Service Hungary (Budapest, Hungría)

Diego Manuel Luzón Peña

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Alcalá (Madrid, España)

Dionisio Llamazares Fernández

Catedrático Emérito de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Complutense de Madrid (España)

Pilar Maestre Casas

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca (España)

Manuel Jesús Marín López

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Castilla-La Mancha (España)

Philippe Martin

Directeur de Recherche au CNRS
Centre de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale, Université Bordeaux (Francia)

Inés Olaizola Nogales

Catedrática de Derecho Penal
Universidad Pública de Navarra (España)

Joan Oliver Araujo

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Islas Baleares (España)

José Manuel Otero Lastres

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Alcalá (España)

José Manuel Paredes Castañón

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Oviedo (España)

Benjamín Rivaya García

Catedrático Acreditado de Filosofía del Derecho
Universidad de Oviedo (España)

Andrés Rodríguez Benot

Catedrático de Derecho Internacional Privado
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España)

Antonio Vicente Sempere Navarro

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Magistrado del Tribunal Supremo
Universidad Rey Juan Carlos (España)

Juan Oberto Sotomayor Acosta

Catedrático de Derecho Penal
Universidad EAFIT (Medellín, Colombia)

Gustavo Suárez Pertierra

Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Nacional a Distancia (España)

Marina Vargas Gómez Urrutia

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Nacional a Distancia, UNED (España)

Luis Antonio Velasco San Pedro

Catedrático de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid (España)

Leandro Vergara

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Javier de Vicente Remesal

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Vigo (España)

EVALUADORES DE LA REVISTA

Henar Álvarez Cuesta

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

María Jesús Ariza Colmenarejo

Profesora Titular de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

David Casas Agudo

Profesor Titular de Derecho Financiero
Universidad de Granada

Juan Damián Moreno

Catedrático de Derecho Procesal
Universidad Autónoma de Madrid

Javier Fernández-Costales Muñiz

Catedrático EU (integrado TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

Paz Francés Lecumberri

Profesora Ayudante Dr. de Derecho Penal
Universidad Pública de Navarra

Mercedes Fuster Gómez

Profesora Titular de Derecho Financiero
Universidad de Valencia

Marta García Mosquera

Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal
Universidad de Vigo

Yolanda García Ruíz

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de Valencia

Francisco Javier Hierro Hierro

Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Extremadura

Luis Jimena Quesada

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Valencia (España)

Leticia Jericó Ojer

Profesora de Derecho Penal
Universidad Pública de Navarra

David Lantarón Barquín

Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cantabria

Ana Leturia Navaroa

Profesora Agregada de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad del País Vasco

Philippe Martin

Directeur de Recherche au CNRS
Centre de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale, Université Bordeaux

María Victoria Mayor del Hoyo

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

Igor Mintegui Arregui

Profesor Agregado de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad del País Vasco

Mercedes Murillo Muñoz

Profesora Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Rey Juan Carlos

Pablo Nuevo López

Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Abat Oliba CEU

Joan Oliver Araujo

Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad de Islas Baleares (España)

Marta Ordás Alonso

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de León

Albert Pastor Martínez

Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

Salvador Tarodo Soria

Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad de León

Raquel Tejón Sánchez

Profesora Ayudante de Derecho Eclesiástico del Estado
Universidad Carlos III de Madrid

María Anunciación Trapero Barreales

Catedrática Acreditada de Derecho Penal

Universidad de León

Juan Bautista Vivero Serrano

Ltrado del Tribunal Supremo

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Salamanca

REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

Revista de la Facultad de Derecho

Universidad de León

ISSN 1137-2702

Núm. 5

2018

ÍNDICE DE CONTENIDOS

	<u>Página</u>
A) Artículos doctrinales	1-125
Dionisio Llamazares Fernández Conciencia y Derecho. Conferencia pronunciada por el padrino de la promoción anual de la Facultad de Derecho el día de la festividad de San Raimundo de Peñafort	3-17
Eduardo Rojo Torrecilla Empleo decente: un reto presente y de futuro	19-40
María Teresa Mata Sierra La armonización fiscal de los impuestos especiales	41-64
Marco Mocella Le conseguenze dei vizi di forma e procedura nei licenziamenti individuali e collettivi (Las consecuencias de los vicios de forma y procedimiento en el despido individual y colectivo)	65-82
Henar Álvarez Cuesta La <i>gig economy</i> y la obligación de coordinar la Seguridad y Salud de sus “autónomos”	83-96
Juliano Barra À propos du statut constitutionnel de l'assurance vieillesse française (Sobre el estatuto constitucional del seguro francés de vejez)	97-115
Marta García Mosquera Los estudios de derecho en Alemania: un ejemplo de formación jurídica al margen del sistema de Bolonia	117-125
B) Comentarios de sentencias	127-144
M^a Nieves Alonso García Hacia la “parlamentarización” de los Presupuestos Generales del Estado: visión crítica de la Sentencia del Tribunal Constitucional 34/2018, de 12 de abril	129-135

	Página
Francisco Xabiere Gómez García	137-144
¿Despido impropio de víctima de violencia de género o vulneración de su derecho a la indemnidad? (sobre la STSJ Cataluña 9 febrero 2017)	
C) Recensiones de libros y bibliografía	145-151
Cristina González Vidales	147-148
<i>El esquirolaje tecnológico</i> Rodrigo Tascón López	
Susana Rodríguez Escanciano	149-151
<i>Globalización, migraciones y expatriación de trabajadores. Los retos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social frente a las nuevas realidades de la movilidad laboral internacional</i> Javier Fernández-Costales Muñiz	
D) Noticias de interés jurídico-académico	153-231
Actas del Seminario El sueño de Europa ¿se ha hecho realidad?	155-163
Actas de las Jornadas sobre riesgos inherentes a la digitalización del trabajo: nuevos horizontes para la Prevención de Riesgos Laborales	165-189
Relatorías de las IV Jornadas Nacionales de Derecho y Ciberseguridad	191-226
Crónica del Seminario Desafíos de las relaciones laborales ante los cambios tecnológicos	227-231
Normas de publicación	233-236

INDEX OF CONTENTS

	<u>Página</u>
A) Doctrinal articles	1-125
Dionisio Llamazares Fernández Awareness and Law. Conference given by the sponsor of the annual promotion of the Faculty of Law on the day of the feast of St. Raimundo de Peñafort	3-17
Eduardo Rojo Torrecilla Decent employment: a present and future challenge	19-40
María Teresa Mata Sierra The fiscal harmonization of special taxes	41-64
Marco Mocella The consequences of the vices of form and procedure in the individual and collective dismissal	65-82
Henar Álvarez Cuesta The gig economy and the obligation to coordinate the security and health of their self-employed	83-96
Juliano Barra About the constitutional status of French old-age insurance	97-115
Marta García Mosquera The studies of law in Germany: An example of legal formation at the margin of the Bologna system	117-125
B) Sentences comments	127-144
M^a Nieves Alonso García Towards the “parliamentarization” of the State's General Budgets: Critical vision of the STC 34/2018, of April 12	129-135
Francisco Xabiere Gómez García Unjustified dismissal of a victim of gender-based violence or violation of her right to indemnity? (about the STSJ Cataluña 9 february 2017)	137-144

	<u>Página</u>
C) Book records and bibliography	145-151
Cristina González Vidales <i>The technological schirolaje</i> Rodrigo Tascón López	147-148
Susana Rodríguez Escanciano <i>Globalization, migrations and expatriation of workers. The challenges of Labor Law and Social Security in the face of the new realities of international labor mobility</i> Javier Fernández-Costales Muñiz	149-151
D) News of legal and academic interest	153-231
Proceedings of the Seminar The dream of Europe has come true?	155-163
Proceedings of the Conference on risks inherent in the digitalization of work: new horizons for the Prevention of Occupational Risks	165-189
Rapporteurships for the IV National Conference on Law and Cybersecurity	191-226
Chronicle of the Seminar Challenges of labor relations in the face of technological changes	227-231
Guide to getting published	233-236

A) ARTÍCULOS DOCTRINALES

CONCIENCIA Y DERECHO¹

Dionisio Llamazares Fernández

dionisiollamazares@gmail.es
Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado
Director de la Cátedra Fernando de los Ríos sobre Laicidad
y Libertades Públicas
Universidad Carlos III

Conferencia pronunciada el 2 de enero de 2018 en el Aula Magna del Rectorado de la Universidad de León con motivo de la Festividad de San Raimundo de Peñafort

Resumen

La relación entre conciencia y Derecho es mucho más estrecha que la que se reduce a los supuestos de objeción de conciencia. Desde una perspectiva transversal, la conciencia es la columna vertebral de los estudios jurídicos, e incluso de la actividad de todos los operadores jurídicos. El presente artículo desarrolla tres aspectos de esta relación: la presencia protagonista del derecho de libertad de conciencia en el *pacto por la convivencia*, base misma del Derecho; su presencia igualmente protagonista en la vertebración de las libertades públicas y de los derechos fundamentales (derechos subjetivos); y su papel como principio informador de la estructura y dinamismo del ordenamiento. Finalmente, el artículo concluye subrayando el papel trascendental del derecho a la libre formación de la conciencia como elemento integrante básico y original del derecho de libertad de conciencia.

■ **Palabras clave:**

Conciencia; Derecho;
Libertad de conciencia;
Pacto por la convivencia

Abstract

The relationship between the conscience and the law is not limited to cases of conscientious objection. From a transversal perspective, conscience is the backbone of legal studies and the activity developed by legal operators. This paper studies three aspects of the relationship between conscience and Law: the right of freedom of conscience in the social coexistence pact, which in one of the bases of the legal system; the presence of freedom of conscience in the organization of the model of public liberties and fundamental rights; and the role of freedom of conscience as an informing principle of the legal system.

■ **Keywords:**

Conscience; Law; Freedom
of conscience; Social
coexistence pact

¹ Este trabajo corresponde a la conferencia pronunciada el 19 de enero de 2018 en la Universidad de León con motivo de la celebración de la Festividad de San Raimundo de Peñafort, Patrón de la Facultad de Derecho. Se publicará también en la revista *Laicidad y libertades*, Escritos jurídicos, en el número 18 (2018).

Finally, the paper concludes underlining the transcendental role of the right to the free formation of conscience, as a basic and original component of the right to freedom of conscience.

1. Introducción – 2. Conciencia y persona – 3. Persona y Derecho – 4. Conciencia y Derecho: 4.1. Libertad de conciencia y *pacto por la convivencia*; 4.2. Derechos subjetivos: conciencia y derechos fundamentales; 4.3. Estructura y dinamismo del ordenamiento – 5. El derecho a la libre formación de la conciencia como elemento integrante básico y original del derecho de libertad de conciencia

1. INTRODUCCIÓN

Debo comenzar expresando un doble agradecimiento:

Primero, a la Facultad de Derecho y a su Decano, por la amable invitación a participar activamente en este acto que es académico a la par que festivo, lo que me enfrenta a un reto tan difícil como la cuadratura del círculo: mezclar armónicamente lo *útil* con lo *dulce* que diría QUINTILIANO, sorteando la pesadez y el aburrimiento sin caer en la superficialidad o en la frivolidad. El acto reúne además otra característica: a la par que académico es familiar lo que, dada mi vieja relación afectiva con esta Universidad, acentúa mi actitud de agradecimiento.

En segundo lugar, agradecimiento al Profesor Tarodo por las elogiosas palabras que me ha dedicado. No tiraré piedras contra mi propio tejado desmintiéndolas y haciendo alardes de una siempre sospechosa humildad, actitud contradictoria en sí misma. Si mi intervención las desmiente clamorosamente, sólo me queda pedirles indulgencia por la frustración a la que yo les pueda haber avocado.

He elegido el tema “Conciencia y Derecho” apoyándome en un dato del que es protagonista esta Facultad. Fue la primera, no ya la única en este momento, que ha incluido en su plan de Estudios vigente una asignatura con la denominación *Derecho de la libertad de conciencia*. No sé cuáles fueron las razones que barajaron los redactores de ese plan, pero a mí me sugiere un trascendental cambio metodológico en los estudios jurídicos. Me imagino la perplejidad, para expresarlo suavemente, que puede provocar mi propuesta de que la conciencia sea la columna vertebral de los estudios jurídicos, e incluso de la actividad de todos los operadores jurídicos; cuando menos propondría una visión transversal del Derecho desde esta perspectiva metodológica.

Y es que “conciencia” y “Derecho”, en el sentir común, debo reconocerlo, no son términos que parezcan precisamente compañeros inseparables. Cuando pronunciamos la palabra conciencia lo primero que se nos viene a la mente es la moral. Como fenómeno original la conciencia es un fenómeno interno y de lo que se ocupa el

Derecho es de la exterioridad, de las manifestaciones de la conciencia, de palabra o de obra. Eso, al menos, es lo que una y otra vez, se repite como si de un mantra se tratara. La tajante separación entre fuero interno y fuero externo conduce inexorablemente a esa consecuencia. No nos percatamos de lo que tiene de antinatural esa vivisección. Como corriente vivencias, dinámica y continua, la conciencia es un todo globalizador; esas vivencias son creencias o convicciones, meros pensamientos, ideas u opiniones, sentimientos, emociones, etc. Cualquier fenómeno psíquico consciente solo tiene sentido como integrante de un todo, la conciencia; son inseparables los unos de los otros; como gotas de agua de un río continuo; no hay vivencia que no sea al mismo tiempo, idea, sentimiento y emoción; como si fuera una pelota, la presión ejercida sobre cualquiera de sus puntos se traslada a los demás elementos integrantes de la esfera: la conciencia reacciona COMO UN TODO. Fuero interno y fuero externo son inseparables. Es verdad que el Derecho no puede controlar la conciencia como fenómeno interno, pero no lo es menos que sí puede y debe proteger la libertad interna de conciencia o crear y fomentar las condiciones más favorables para que esa libertad sea lo más real y eficaz posible. Así que, a lo mejor, la relación entre conciencia y Derecho es algo más que meramente tangencial y esporádica en los supuestos de objeciones de conciencia, o en expresión de la doctrina anglosajona, de “acomodaciones razonables” de la ley. Eso es lo que pretendo mostrar (que no demostrar): una modesta contribución a “despertar conciencias” en expresión de KIERKEGAARD.

Que no se interpreten estas reflexiones como una pretensión de dar lecciones a nadie. Estas son mis certezas, mis creencias y convicciones, mis ideas y opiniones; también mis perplejidades e incertidumbres, pero nada más que mías; siempre cuestionables, siempre susceptibles de ser presa de la duda, siempre expuestas a la discusión pública en la plaza de las ideas. Lejos de mí la osadía de pretender imponer a los demás mis ideas u opiniones, creencias o convicciones, como si gozarán de la presunción de mayor certeza y credibilidad que las de los otros. Rechazo cualquier atisbo de proselitismo. Pero no renuncio a comunicarlas a los demás; es lo que me exige el respeto al derecho a recibirlas que corresponde a los otros, como muestra FICHTE. Si lo hago es simplemente para mostrar el camino por mí recorrido, por si suscitan alguna pregunta o aportan alguna sugerencia. Poco tienen que ver con lo que llamamos académicamente trabajo de investigación: ni son su resultado ni pretenden ser una propuesta de tal, ni tampoco nada que se parezca a eso que pomposamente llamamos lección magistral.

Lo haré en tres tiempos relacionados entre sí como las proposiciones de un silogismo, premisas y conclusión, bien entendido que las primeras se corresponden con otros tantos momentos, que no clases, de la conciencia primero, de la autoconciencia luego y de la conciencia moral después, para terminar, centrando mi atención en el aspecto que mayor perplejidad puede provocar: el derecho a la libre formación de la conciencia como elemento integrante básico original del derecho de libertad de conciencia.

Vamos allá. Uso el plural porque me gustaría que convirtiéramos este rato en una reflexión colectiva, una auténtica conferencia en sentido etimológico, *ferere cum*, de llevar adelante la misma tarea, discurriendo juntos por el mismo sendero.

2. CONCIENCIA Y PERSONA

Con la misma palabra, “conciencia”, aludimos en el lenguaje ordinario a dos fenómenos sucesivos y distintos: a la percepción de nosotros mismos y de algo distinto de nosotros en medio de lo que nos sentimos perdidos (conciencia y autoconciencia), y a la percepción de una norma, autónoma o heterónoma, pretendidamente reguladora de nuestras conductas (conciencia moral). En alemán hay dos palabras distintas para designar a cada uno de esos fenómenos: *Bewusstsein* (conciencia), y *Gewissen* (conciencia moral). No se trata de varias especies de conciencia, sino de dos momentos de la misma conciencia. Entiendo aquí por conciencia lo que HUSSERL² llamaba corriente continua de las vivencias que tiene como fuerza unificadora al yo y a la persona. HUSSERL ha tenido el mérito de haber colocado en primer plano a la conciencia como fuente de la evidencia y del conocimiento, así como de la realización de la personalidad como libertad en el encuentro personal, no sólo en un mundo de conocimientos común, (intersubjetividad científica), sino en un mundo de vivencias comunes, un encuentro, no de inteligencias y voluntades, sino en un encuentro de conciencias (intersubjetividad personal). Desde su pensamiento podemos afirmar que conciencia de sí mismo y de la libertad, son los dos polos de la libertad de conciencia; que la conciencia es un todo no descoyuntable y que, por tanto, conciencia y libertad son inseparables y que la libertad de conciencia, no sólo es la primera de las libertades, ni siquiera el fundamento de todas las libertades, sino que en esa libertad se encuentran contenidas todas las demás libertades.

Con toda razón decía HEIDEGGER³ que el concepto ordinario de conciencia está muy lejos ya del concepto de conciencia vigente en el mundo del pensamiento actual. Según él, conciencia significa en primer lugar “llamada”. Llamada a conocerse a sí mismo; llamada a descubrir sus posibilidades de ser de futuro y sus límites; llamada a “proyectar” esos posibles futuros como proyectos vitales; a “elegir” entre ellos para realizarse como distinto y singular, con la vista puesta en un modelo de ser ideal que le servirá de guía para decidir lo que es correcto y lo que es incorrecto de cara a su máxima realización posible como ser libre, como sujeto moral responsable de sus decisiones y de sus actos, como persona, en definitiva.

Gracias a su conciencia de libertad podrá sortear el riesgo de despersonalización y de inautenticidad, y singularizarse afirmándose como distinto, como único, como libre y auténtico.

De ser aproximadamente acertado este análisis del fenómeno, habría que distinguir en el derecho de libertad de conciencia, como especificidad de la libertad de la conciencia, una dimensión interna y una dimensión externa. Tanto desde el punto de

² HUSSERL, E., *Investigaciones Lógicas*, II, Alianza Editorial, Madrid, 2017, red. De la de la “Revista de Occidente”, 1929, p. 473 y ss.; *Ideas relativas a una fenomenología y a una filosofía fenomenológica*, I, trad. José Gaos, FCE, México, 2ª ed., 1962, pp. 74 ss.; II, trad. Antonio Ziriñ, FCE, México, 2005, pp. 133 y ss.; *Meditaciones cartesianas*, Prol. y trad. José Gaos, FCE, México, 1996, pp. 120 ss.

³ HEIDEGGER, M., *Ser y tiempo*, trad. Eduardo Rivera Edición electrónica, Breinigsville, USA, 2016, pp. 265 y ss.

vista de la moral como de la perspectiva del Derecho, dentro de la dimensión interna merecen destacarse dos momentos: el de la autoconciencia y el de la conciencia moral. Al primero pertenecen la “percepción” y la “valoración”, al segundo la “resolución” y la “ejecución”.

Dos son las percepciones fundamentales integrantes del primer momento: percepción de la propia *identidad* y de la *singularidad*, lo que implica percepción de la *diferencia* y de la *alteridad*, por un lado, y percepción de la *libertad*, o mejor, *conciencia de la libertad*, por otro.

La libertad de conciencia como derecho incluye por tanto dos cosas: el *derecho a la identidad y a la diferencia*, lo que entraña ser único, distinto de todo lo demás y de todos los demás y el derecho de libertad de conciencia que incluye, a su vez dos cosas, *conciencia de la libertad y ejercicio de la libertad de conciencia*. Esa singularidad es la que pretende expresar el “yo”. El derecho a la diferencia incluye también el derecho a, sin dejar de ser yo, cambiar constantemente. Soy siempre el mismo, pero nunca soy lo mismo. Pues bien, yo es el que cambia constantemente, sin dejar de ser “él-mismo”.

La *conciencia de la libertad*, de los componentes de la personalidad, me dice que puedo proyectar mi propio futuro, que, ante las distintas posibilidades de ser, puedo, previa valoración, preferir unas a otras y elegir, elaborando mi propio “proyecto” de ser. De ahí la responsabilidad por mi elección y por su ejecución. Y esta posibilidad la percibo como algo que no puedo sortear. Para lo único para lo que no soy libre es para no ser libre. De ahí la expresión de SARTRE: “estamos condenados a ser libres”⁴. El modelo ideal al que debo tender es el de alcanzar mi máxima realización posible como *ser único, libre y sujeto moralmente responsable de mis decisiones y de mis actos*, ya que es así como puedo alcanzar mi máxima realización como persona. Y es que, en última instancia, cada uno de nosotros somos, no lo que pensamos, ni siquiera lo que creemos ni lo que decimos: somos, fundamentalmente, lo que hacemos. “La realidad humana nos enseña que, para ella, ser se reduce a hacer”. De manera que “la sola consideración empírica del ser-humano lo muestra como una unidad organizada de conductas o “comportamientos”⁵.

Ahora bien, sólo se es verdaderamente libre si uno se percibe a sí mismo como autor o coautor de la norma a la que obedecen sus decisiones y sus actos, razón de ser del contrato social en la concepción de ROUSSEAU⁶, es decir, sólo si uno se percibe poseedor de autonomía pública y privada. Sólo entonces estará en camino del desarrollo de su personalidad como singular y distinta, como única; sólo entonces se puede hablar siguiendo a HABERMAS, de *autodeterminación y autorrealización*⁷.

⁴ SARTRE, J.P., *El ser y la nada. Ensayo de ontología y fenomenología*, trad. Juan Valmar, Editorial Losada, Buenos Aires, 2013, p. 599.

⁵ *Ibidem*, p. 647.

⁶ ROUSSEAU, J.J., *Del Contrato social. Discursos*, Alianza Editorial, trad. Mauro Armiño, Madrid, 1985 p. 22.

⁷ HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 6ª ed., Editorial Trotta, Madrid, 2010, pp. 160 y ss.

3. PERSONA Y DERECHO

El aforismo *ubi societas ibi ius* habría que complementarlo con el de *ubi persona ibi societas*, lo que daría como resultado *ubi persona ibi ius*, o lo que es lo mismo, *ubiautoconscientiaibi ius*. Y es que la autoconciencia implica no sólo la percepción de sí mismo sino también la de los otros: es una autoconciencia para otra autoconciencia (HEGEL)⁸.

La persona, ese “yo” del que hemos hablado, se percibe a sí misma no sólo como singular y única, como diferente, ni sólo como libre para la autodeterminación y la autorrealización, sino que también se percibe, en expresión heideggeriana, como *ser-con*⁹, entendido ese *ser-con* como parte integrante de su identidad. No es algo que pueda ser o no ser. SARTRE, en mi opinión, ha captado con justeza, aunque lo combata, el pensamiento de HEIDEGGER. El hombre no es primero hombre y luego se encuentra con los otros hombres; “se trata de una estructura esencial de mi ser”, “capto el ser con el otro como una característica esencial de mi ser”¹⁰: *la alteridad pasa así a formar parte de mi identidad*. Y lo mismo hay que decir de la reciprocidad del derecho de cada uno a iguales derechos de libertad que los demás, que comienza por el mutuo reconocimiento como personas. También la reciprocidad forma parte integrante de la identidad personal.

La alteridad integra su identidad como hombre y como persona. Ser con los otros no es un mero hecho que podría no ser, convivir no es una mera necesidad práctica. Sencillamente o soy-con o no soy hombre, ni persona. La persona sólo tiene conciencia plena de sí misma como libre, en el encuentro interpersonal con los otros. Sólo se autorrealiza como libre decidiendo sobre sí misma, sobre su misma capacidad de decisión, y sólo decide realmente sobre sí misma cuando se abre en doble actitud generosa de entrega al y aceptación del otro. La conciencia de la libertad sólo brota en la alteridad y sólo crece en la alteridad, en el encuentro con los otros: percibo mi singularidad cuando percibo mi diferencia con lo otro; percibo mi individualidad en libertad sólo cuando percibo mi diferencia con los otros igualmente libres; cuando percibo mi libertad como diferente y distinta de la de los otros, sin olvidar que conciencia de la libertad y ejercicio de la libertad son el patrimonio común de todas las personas. Eso es lo que evidencia la expresión *ser-con*. En la conservación y acrecentamiento de ese patrimonio común es donde encuentran su raíz la solidaridad y corresponsabilidad de todos. En razón de esa solidaridad, no sólo soy responsable de mis actos sino también de lo que hacen o dejan de hacer los otros; no soy responsable de mis actos sólo ante mí mismo, sino también ante los demás.

Sin violencias, pueden extraerse de aquí varias consecuencias:

Primera: la comunicación con los otros es vía esencial para la autorrealización, para el permanente progreso del desarrollo personal. Esa relación de comunicación no es

⁸ HEGEL, G.W.F., *Fenomenología del espíritu*, trad. Wenceslao Roces, FCF, México, 1966, p. 113.

⁹ HEIDEGGER, M., *Ser y Tiempo*, cit., pp. 119 y ss.

¹⁰ SARTRE, J.P., *El ser y la nada*, cit., p. 344 y ss.

meramente cortical o tangencial, es encuentro intersubjetivo e interpersonal. No se queda en una mera armonización ni en la mera cooperación de los diferentes, ni siquiera en una mera convivencia. Si se me permite el neologismo, ese encuentro interpersonal implica co-vivenciar o, lo que es lo mismo, ser capaz de ponerme en lugar del otro para vivenciar sus vivencias. No para intercambiar vivencias, no para compartir vivencias “las tuyas y las mías siempre serán distintas); de lo que se trata es de ponerse en los zapatos del otro para vivir, siquiera sea por analogía, las vivencias del otro. Ese es el zaguán para el encuentro personal en profundidad con el otro.

Objetivo último de la comunidad política es crear y fomentar las mejores condiciones para el desarrollo de la personalidad de todos y cada uno de los miembros de la comunidad, como únicos e irrepetibles, libres y esencialmente seres-con los otros. No se trata sólo de sortear las posibles colisiones entre los derechos de libertad de unos y de otros, ni sólo de coordinar los esfuerzos de todos para un objetivo común, sino de propiciar y fomentar el encuentro y la comunicación interpersonal de cara a la autorrealización, como adivinaba von HILDEBRAND. Ese es el espíritu del que habla HEGEL como realidad de la “unidad”, sin merma de su “libertad e independencia” a pesar de su “contraposición, de “distintas conciencias de sí que son para sí”: el yo es el nosotros y el nosotros es el yo”¹¹.

Segunda. Ser-con implica además compartir, como patrimonio común, los valores de conciencia, libertad y autenticidad. Algo que arrastra consigo la corresponsabilidad solidaria en la conservación y acrecentamiento de esos valores: de la igualdad en la libertad sin mengua de la singularidad personal, de la conciencia de libertad y de la libertad de conciencia. Corresponsabilidad solidaria equivale a ser responsables no solo de nuestras propias decisiones y de nuestros propios actos, como decían SCHELER¹² y HARTMANN¹³. También somos responsables de los actos de los demás en la medida en que afecten, positiva o negativamente, a esos valores.

Tercera. El objetivo último de la vida en común, de la comunidad política, al que deben estar orientados todos los demás, es la persona singular e irrepetible y su máxima realización como persona libre que se autodetermina y se autorrealiza. Su objetivo fundamental es crear y propiciar las condiciones que posibiliten el pleno desarrollo de la personalidad y que eliminen cuantas circunstancias puedan obstaculizar o dificultar ese objetivo.

Nuestra Ley Orgánica de Libertad religiosa en su art. 2 ha captado con nitidez la relación entre libertad religiosa de la persona singular y la libertad religiosa de los colectivos constitucionales en los que se integran en razón de su fe. Es verdad que el art. 16.1 CE se garantiza la libertad de conciencia de personas singulares y comunidades, sin aclarar cuál es la relación entre la libertad de las unas y de las otras. Pero la respuesta inequívoca la da la ley orgánica. En efecto, en su artículo 2, 1,d),

¹¹ HEGEL, G.W.F., *Fenomenología del espíritu*, cit., p. 113.

¹² SCHELER, M., *Ética*, trad. Hilario Rodríguez Sanz, Caparrós Editores, Madrid, 2001, pp. 658 y ss.

¹³ HARTMANN, N., *Ética*, trad. Javier Palacios, Ediciones Encuentro, Madrid, 2011, pp. 461-464.

tipifica como contenido del derecho de libertad religiosa la libertad de reunión y manifestación pública y la de “asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente ley orgánica”. En el mismo artículo queda claro que el contenido de ambos derechos de libertad religiosa no es el mismo el de las Iglesias, confesiones y comunidades que el de las personas físicas. El contenido del de estas últimas aparece descrito en el número 1 del art. 2; el contenido del segundo en el número 2 de ese mismo artículo y en el art. 6. Por si las cosas no quedarán suficientemente claras se insiste en subrayar en el art. 6.1., que la autonomía interna, al reconocérseles la posibilidad de establecer en las normas de su régimen interno “cláusulas de salvaguardia de su identidad religiosa, tiene siempre como límite infranqueable los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, no sólo los fundamentales, sino todos los constitucionales, “en especial los de libertad, igualdad y no discriminación”. O lo que es lo mismo, caso de colisión, prevalece el derecho de libertad religiosa de las personas singulares sobre el derecho de las confesiones. De tener en cuenta este principio nos hubiéramos ahorrado algún que otro disparate jurisprudencial en el que se ha deslizado como base de la decisión la idea inconsciente de considerar a las iglesias como institución de fundación divina, olvidando que desde el punto de vista del ordenamiento secular es simplemente una asociación voluntaria de interés particular.

4. CONCIENCIA Y DERECHO

Así las cosas, no parece difícil caer en la cuenta de que se acrecienta la cercanía entre conciencia y Derecho. Me limitaré a aludir a tres aspectos de esa relación: la presencia protagonista del derecho de libertad de conciencia en el *pacto por la convivencia*, base misma del Derecho; su presencia igualmente protagonista en la vertebración de las libertades públicas y de los derechos fundamentales (derechos subjetivos); y finalmente, su papel como principio informador de la estructura y dinamismo del ordenamiento.

4.1. Libertad de conciencia y *pacto por la convivencia*

El pacto constitucional está integrado por dos pactos: el pacto por la convivencia y el pacto por la justicia.

El pacto por la justicia del que habla RAWLS¹⁴ presupone un pacto previo: el *pacto por la convivencia*. El pacto de dejar fuera de la discusión ciudadana las doctrinas comprensivas, las cosmovisiones y, por tanto, las creencias y convicciones. Yo preferiría hablar sólo de convicciones, de creencias con consecuencias en las conductas. La razón es que esas convicciones, cuando son no sólo distintas, sino contradictorias e incompatibles entre sí, son un obstáculo infranqueable para la discusión razonada y el acuerdo. “Los intereses transigen, las conciencias no” decía

¹⁴ RAWLS, J., *Liberalismo político*, FCE, México, 1995, pp. 29 ss.

ANDRÉ MAUROIS¹⁵. El pacto por la justicia, y las discusiones y acuerdos para hacer real y efectiva la igualdad en la libertad, se verían seriamente obstaculizados e incluso impedidos, al menos parcialmente.

Pues bien, en la base misma de ese pacto previo nos topamos con el derecho de libertad de conciencia. Porque ante esa situación de incompatibilidad de convicciones que hace imposible la discusión y el acuerdo sólo cabe el compromiso de respetarse mutuamente de cara a conseguir la igualdad de derechos sin tener en cuenta la incompatibilidad de convicciones: *neutralidad* de la comunidad política respecto a las convicciones, tanto en sentido horizontal (de unos ciudadanos respecto los otros) como vertical (de los poderes públicos respecto a los ciudadanos), y justamente por este orden lógico. Ese sería uno de los primeros compromisos del pacto, pero no el primero. Porque antes de nada será necesario desbrozar las convicciones o valores comunes, bien porque todas las doctrinas omnicomprendivas o cosmovisiones en presencia coincidan de hecho, total o parcialmente, o bien porque se consensuen como punto de partida y terreno común de la discusión política (acuerdo traslapado¹⁶, diría RAWLS), sin necesariamente compartirlos. El primer compromiso sería respetar, defender y fomentar esos valores, lo que no implica en todo caso asumirlos íntegramente como propios, ni como inmutables. Me refiero a los valores de la persona y de su dignidad como ser libre y ser-con que hemos intentado dibujar. El “yo”, identidad y diferencia, descansando sobre dos pilares: la conciencia de la libertad y la libertad de conciencia que, integrando el milagro de la personalidad, son, en definitiva, el contenido de la que se llama moral pública, que no es otra cosa que *moral juridificada* (PECES BARBA): conciencia, moral y Derecho unidos. Al mismo tiempo habría que aceptar un segundo compromiso en relación con los valores diferenciales puesto que la convivencia es convivencia de los diferentes. Habría que distinguir entre esos valores los compatibles con los que previamente hemos aceptado como comunes y los contradictorios con ellos. El compromiso respecto a los primeros es el de respetarlos, aunque sean contradictorios con los nuestros; respecto a los segundos, el de expulsarlos del ordenamiento. Todavía entre los compatibles con los comunes es preciso distinguir los que son valores de conciencia en sentido amplio o débil (pensamientos, ideas u opiniones) y los que son valores de conciencia en sentido estricto o fuerte (creencias y convicciones). Los primeros no pueden ser impuestos obligadamente a nadie; eso implicaría la violación del derecho de la persona a la libertad de conciencia. Los segundos, en cambio, sí, con tal de que sean los avalados por la mayoría con arreglo a las reglas democráticas, tercer compromiso del pacto por la convivencia. Otra cosa es que las reglas democráticas deben haber adoptado cautelas que impidan lo que tan decididamente combatía STUART MILL¹⁷ y que él llamaba *tiranía de las mayorías* que, en mi opinión, devienen, casi inexorablemente, en una dictadura de conciencias. La democracia, muy importante y absolutamente necesaria, es instrumental. Tiene como objetivo último la persona: crear las condiciones de convivencia más adecuadas para su desarrollo de acuerdo con su propia conciencia.

¹⁵ MAUROIS, A., *Historia de Inglaterra*, en Obras completas, Plaza y Janés, Barcelona, 1968, p. 934.

¹⁶ *Ibidem*, p. 39 y 146 y ss.

¹⁷ MILL, J.S., *Sobre la libertad*, pp. 21-22.

4.2. Derechos subjetivos: conciencia y derechos fundamentales

HÄBERLE¹⁸ lo ha expresado sin ambigüedad: el derecho de *libertad de conciencia es el derecho-base de los derechos fundamentales, aunque no se evidencie de manera cotidiana*. Recuérdese que la persona, la conciencia de la singularidad, identidad y diferencia, y la conciencia de la libertad, son la fuente y sustento de todos los demás derechos subjetivos.

Por lo pronto me parece que no necesita demostración lo que ponía de relieve la comprensión del derecho de libertad de conciencia de Stuart MILL, integrado, según él, por los siguientes elementos¹⁹: libertad interna, libertad de manifestar los contenidos internos de la conciencia (libertad de expresión, libertad para acomodar la conducta a las convicciones internas) y, por último, libertad de asociación. Permítanme subrayar que esta última libertad está contenida en el derecho de libertad de conciencia; algo en lo que no se repara suficientemente cuando se pretende equiparar el derecho de libertad de conciencia reconocida a las personas jurídicas con el derecho de libertad de conciencia de las personas singulares (personas físicas): El primero es un derecho derivado del y al servicio instrumental del segundo; recuérdese que el ser-con forma parte de la persona singular (de la corriente de vivencias de la conciencia) y que la libertad de asociación forma parte integrante, en virtud de ese *ser-con* del derecho de libertad de conciencia de la persona singular. En todos los casos, para MILL integran ese contenido de la libertad de conciencia no solo las creencias y las convicciones (libertad de conciencia en sentido estricto o fuerte), sino también las ideas o meras opiniones (libertad de conciencia en sentido amplio o débil).

En este contexto no parece tarea demasiado ardua percatarse de que las manifestaciones de la libertad de pensamiento (de ideas y opiniones) no son más que prolongación de la libertad de conciencia en sentido estricto. Sólo dos diferencias: el grado en el que comprometen a la persona y el grado de protección que les dispensa el Derecho. Los derechos y libertades del artículo 20 de nuestra Constitución no son más que prolongación del derecho de libertad de conciencia del artículo 16. Del mismo modo esa misma relación es la que vincula los derechos y libertades del artículo 18 con los consagrados en el 16 de la DUDH o los del artículo 10 con respecto a los del 9, del CEDH.

En este contexto no parece difícil advertir que derechos o libertades como los de reunión, manifestación o participación políticas son prolongación (contenido de la libertad de asociación) a la par que instrumentos necesarios para la realización real y efectiva de las libertades que MILL consideraba como integrantes de la manifestación de la libertad de conciencia, ni creo que necesite clarificación alguna la conexión estrecha con la conciencia, con lo más profundo del yo, de los llamados “derechos personalísimos”, también fundamentales, como los derechos a la intimidad, a la propia imagen o al honor. Como dice nuestro TC, la coherencia entre intimidad y

¹⁸ HÄBERLE, P., *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Pontificia Universidad Católica de Perú, Fondo Editorial, trad, Carlos Ramos, Antonio Luya, Jürgen Saligman y César Landa, 1997, p. 256.

¹⁹ MILL, J.S., *Sobre la libertad*, p. 29.

exterioridad, entre lo que se piensa o cree, lo que se dice y lo que se hace es la fuente de la autoestima y de la estima de los demás, algo que apuntala la centralidad de la autenticidad personal.

Todo cuanto estoy diciendo es aplicable también al derecho a la vida. Ya sé, como ha expresado nuestro TC, que la vida como hecho biológico es el *príus* lógico y ontológico de la persona y, por tanto, de todos sus derechos. Sin titular no existen derechos. Eso es verdad con respecto a la vida como fenómeno biológico, pero no lo es respecto del derecho a la vida. Porque el fundamento del derecho a la vida del hombre es su dignidad como persona y por tanto los elementos que integran la personalidad: conciencia de su identidad y diferencia, de su singularidad, y conciencia de su libertad. La STC 154/2002 parece apuntar en esa dirección cuando reconoce el valor jurídico de la decisión del menor frente a la decisión de los médicos, aunque sin atreverse a plantear la responsabilidad por el adoctrinamiento de su hijo que le conduce a adoptar, aterrorizado, esa decisión, para esquivar las penas del infierno²⁰.

Añadiré otro argumento, sólo en escorzo: Todos los derechos fundamentales, sean de mera libertad o de prestación, o ambas cosas, son inseparables; la realización efectiva y real de los primeros es imposible sin los segundos.

Afecta, por último, a todos los demás derechos, tanto en el ámbito público como en el privado. Eso es lo que exige el *principio de no discriminación* por razones de conciencia (identidad y diferencia), tanto en la titularidad como en el ejercicio de los demás derechos.

La concepción husserliana, globalizadora de la conciencia, como referencia única de la corriente de vivencias del yo, conduce, en nuestra opinión, a la conclusión de que la libertad de la conciencia es la madre de todas las libertades y derechos de la persona, que contiene, es fundamento, y fuente original de todas las demás libertades y de todos los demás derechos de la persona en cuanto tal. La libertad de la conciencia engloba todo eso. El estudio del Derecho tiene que ser necesariamente transversal; debe ser visto desde esta perspectiva transversal de la conciencia, si no quiere desnaturalizarse y equivocar radicalmente el tiro, contribuyendo no a la más plena y libre autorrealización de la persona, sino a la despersonalización, condenándola consecuentemente a la mediocridad del “se”.

4.3. Estructura y dinamismo del ordenamiento

Dada la irrompible unidad de derecho a la identidad y derecho a la diferencia como expresiones del derecho de libertad de conciencia, de un lado, y la comunidad en la participación de la conciencia de libertad y en la libertad de conciencia, de otro, el

²⁰ Ver sobre el tratamiento jurisprudencial de este tema, CASTRO JOVER, A., “La libertad de conciencia y la objeción de conciencia individual en la jurisprudencia constitucional española”, en *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Comares, Granada, 1998; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Derecho de la Libertad de conciencia*, II, 4ª ed., pp. 363 ss.

ordenamiento jurídico ha de responder, tanto en su estructura como en su dinamismo, al permanente intento de armonizar unidad y pluralidad, identidad y diferencia, generalidad y singularidad. En esa misma dirección ha de remar la búsqueda de la plena autonomía de la persona sintiéndose autor de las normas que le obligan. Porque sólo la autonomía le garantiza la plena libertad.

La consecución de estos objetivos entraña dos exigencias: que la democracia sea lo más participativa posible y que las leyes se acomoden lo más posible a la singularidad. Ni la descentralización política ni la acomodación razonable son una simple alternativa; son una necesidad y una exigencia de la conciencia de la libertad y de la libertad de conciencia. Que las normas imperativas, sean las menos posibles, que sean preferibles las normas personales a las territoriales y las particulares a las generales, no es más que la respuesta a la exigencia del respeto de las conciencias singulares. Por tanto, esa “acomodación razonable” tiene que estar presente ya en la misma elaboración de las leyes y no sólo en su ejecución y aplicación. De ahí también que el primer principio del pacto por la justicia, igualdad en la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales, ha de entenderse matizado por el de equidad. Solo así se garantiza la armonización de identidad y diferencia, de igualdad y diversidad, de generalidad y singularidad: algo que debe impregnar permanentemente la perspectiva del jurista.

5. EL DERECHO A LA LIBRE FORMACIÓN DE LA CONCIENCIA COMO ELEMENTO INTEGRANTE BÁSICO Y ORIGINAL DEL DERECHO DE LIBERTAD DE CONCIENCIA

El reducto más íntimo de la conciencia escapa al control del Derecho y en ese sentido, pero sólo en ese sentido, es válida la afirmación de que la interioridad es cosa de la ética y la exterioridad del Derecho. Efectivamente el Derecho no puede pretender controlar con prohibiciones o mandatos la interioridad de las conciencias, pero sí puede y debe defender esa libertad interna frente posibles violaciones externas; sí puede y debe fomentar que esa libertad sea real y efectiva, creando y fomentando las condiciones más propicias para ello. Los actos internos son el precedente necesario de los externos: en la correspondencia fiel de estos últimos con los primeros está anclada la autenticidad personal. El derecho a tener y progresar en la conciencia de la libertad es *conditio sine qua non* de la libertad de conciencia y consiguientemente de la autenticidad personal. Ese es el objetivo prioritario al que tiene que servir el Derecho. Solo se es libre sabiéndose libre y sólo se aprende a ser libre siendo realmente libre desde el alba de la conciencia. El derecho a la *libertad en la formación de la conciencia* es, por tanto, el primero y más originario de los derechos de la persona, el que la constituye como “yo”. Esa libertad será efectiva sólo en la medida en que se tenga conciencia de ella. Función del Derecho, la primordial, será por tanto proteger y fomentar la libre formación de las conciencias. La conciencia de la libertad, su germinación y progresivo crecimiento, se convierte así en objetivo fundamental del Derecho.

Ha sido nuestro TC quien ha abierto brecha en esta dirección cuando utilizó esta expresión, “*derecho de la libre formación de la conciencia*”, en una sentencia temprana, la 15/1982. Es verdad que lo hace en un *obiter dictum* y que no vuelve a reiterarla. Pero unos años más tarde dicta la sentencia 141/2000²¹ que parece aplicar, en parte el menos, esa doctrina: supone violación de la libertad de conciencia, no sólo el proselitismo abusivo, en cuestiones de conciencia (creencias o convicciones) respecto de personas mayores, sino el proselitismo y cualquier tipo de adoctrinamiento de los padres con respecto a sus hijos; argumento, entendemos nosotros aplicable, con no menor razón a los profesores e instituciones educativas, respecto al alumnado.

La STC en respuesta al recurso interpuesto por el padre, le da la razón y considera injustificadas las limitaciones de la Sentencia de la Audiencia provincial. Lo que me parece especialmente destacable son sus argumentos: 1) La Constitución (art. 16.1) ampara por igual a todas las formas de libertad de conciencia, sea religiosa o secular; 2) La libertad de conciencia está sometida a límites, entre otros a los derechos fundamentales, también la libertad de conciencia, de los demás; algo especialmente destacable con respecto a la libertad de expresión de las propias creencias y convicciones o al comportamiento correspondiente cuando puedan tener influencia en los demás; esa influencia se acusa especialmente en los caos en los que tales manifestaciones pretenden el proselitismo y adoctrinamiento, lo que se agravaría, añadimos nosotros en el caso de los menores; 3) la función de los padres respecto a la libertad de conciencia de sus hijos se limita “guiar” a sus hijos, pero no a sustituirlo en el ejercicio de ese derecho, de manera que estos no pueden ser obligados y pueden oponerse a seguir la fe de sus padres; de manera que se mantiene la prohibición al padre de cualquier intento de proselitismo o adoctrinamiento de sus hijos.

Ya sé que esta perspectiva se asoma a horizontes desconocidos, amedrentadores, y que estremecen. Porque sus consecuencias ponen patas arriba el papel que le corresponde a la educación en esa tarea de proteger y estimular la conciencia de libertad. Obliga a revisar a fondo todo el sistema educativo; obliga a revisar categorías como la de la *patria potestas* o la *del interés superior del niño*.

En la última sentencia citada, nuestro TC no lleva hasta el final su argumentación, extendiendo las mismas conclusiones con respecto a la madre. Seguramente porque es consciente del fermento revolucionario que anida en el seno de tal orientación. En línea con la sentencia del 82 se censura y prohíbe como violación del derecho de

²¹ El supuesto de hecho sobre el que el TC tiene que pronunciarse podría describirse en los siguientes términos: 1) Los cónyuges viven ya separados de hecho, católica ella y convertido a la Iglesia Gnóstica Universal él, cuando recurren al juez de primera instancia para obtener la separación judicial; 2) la sentencia accede a la solicitud de separación, dejando a la madre la guardia y custodia al tiempo que ambos mantienen la patria potestad, imponiendo al marido la prohibición de adoctrinamiento y proselitismo con respecto a sus hijos; 3) La madre recurre y la Audiencia provincial atiende su recurso y limita el régimen de visitas (fines de semana alternos y vacaciones a la mitad) reduciéndolas al fin de semana de 10 a 20 horas con exclusión expresa de que los hijos pasen la noche con el padre (STC 141/2000, de 29 de mayo de 2000, BOE núm. 156, de 30 de junio de 2000).

libertad de los hijos su adoctrinamiento por el padre. Pero ¿hubiera dicho lo mismo si quien tenía la guarda y custodia hubiera sido el padre no católico, en lugar de la madre católica? ¿Cuál es el peligro para el “interés superior” del niño al que se alude? ¿Es la fe concreta del padre, es decir, el contenido concreto de esa fe, o lo es el trauma que previsiblemente pueda provocar el cambio de fe? En ese caso, ¿el adoctrinamiento del padre es un peligro para el desarrollo de la personalidad del niño y no lo es el previo de la madre? Lo que está claro es que el *libre desarrollo de la personalidad* aparece consagrado en el propio texto constitucional que, después de cuanto he dicho, me considero autorizado para identificar con la libre formación de su conciencia: conciencia de su identidad, de su diferencia y de su singularidad, y conciencia de su libertad. Lo que constituye, en definitiva, la base de su integridad moral y, en última instancia, su dignidad como persona, fin en sí mismo, no utilizable por nada ni por nadie en términos kantianos. ¿No hubiera sido más lógico recurrir a la defensa en ambos casos del derecho del niño a la libre formación de su conciencia?

La cautela del TC vuelve a repetirse en la sentencia 154/2002, en la que opta por considerar libres de responsabilidad a los padres por no intentar convencer a su hijo para que cambie su decisión; el Alto Tribunal rehúye plantearse la posible responsabilidad de los padres en el adoctrinamiento del hijo (todos ellos testigos de Jehová, que, aterrorizado, prefiere la muerte al infierno, al que le condenaría, según su fe, someterse a una trasfusión de sangre para evitar la muerte. Lo sorprendente es que no eche mano del argumento de que la libertad de la formación de la conciencia del menor no soportaría tal invasión porque equivalía a una auténtica violación de esa libertad. Se quiebra así la línea de pensamiento de las sentencias STC 15/1982 y 141/2000.

Sorprende esta desorientación del TC cuando la brújula de la ley orgánica de libertad religiosa señala con seguridad el camino. En efecto, identifica como uno de los contenidos de la libertad religiosa de la persona singular “profesar las creencias religiosas que *libremente elija* o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía”. Es decir, la persona sólo puede elegir libremente en este terreno si tiene madurez suficiente para que la elección sea real mente libre. Todo adoctrinamiento hecho desde el prevalimiento de la superioridad es un atentado contra la libertad de conciencia del menor. No solo la libertad para creer o no creer, sino para dejar de hacerlo en el futuro. La falta de libertad inicial para creer hipoteca la posibilidad de la libertad para dejar de profesar una determinada fe o sencillamente la fe. No caben ni el adoctrinamiento ni el proselitismo del menor. Lo impide la concepción de la libertad de conciencia por parte del Ley orgánica de libertad religiosa; es más, pone en serio riesgo la libertad del mayor de edad para cambiar de la fe que se le ha inculcado cuando era menor, sin la suficiente madurez como para elegir y decidir con libertad. De las creencias del mayor de edad, inculcadas por adoctrinamiento o proselitismo, puede decirse con toda legitimidad que no son las que él ha querido y, por tanto, que no es él quien las tiene a ellas, sino ellas la que le tienen a él, mermando su propia libertad de conciencia para abandonar esa fe en flagrante violación de la Ley Orgánica. A esa dificultad de desprendimiento de las propias creencias se refiere ORTEGA cuando distingue a las ideas y las creencias con la

afirmación de que las ideas se tienen en tanto que en las creencias se está²². Pueden pasar muchos años desde el momento en que se ve racionalmente claro que las creencias recibidas y que te fueron inculcadas en tu niñez no te dicen nada hasta el momento en que te sientes y te vives realmente libre de ellas. La descripción de la adolescencia como ese momento en que echamos por la ventana todas las creencias que nos han inculcado de HERMAN HESS en el *Lobo estepario*, es una idea literaria brillante, pero, en mi opinión, alejada de la realidad.

Debo terminar. Ya les he torturado bastante. Tengo clara conciencia de haber estado moviéndome en la nube de la utopía. Pero les recuerdo lo que decía PAUL VERLAINE “la utopía de hoy, será la realidad de mañana”. A lo que yo añadiría, “sin dejar nunca de ser utopía”. Con la utopía ocurre como con el horizonte, por más que nos acerquemos a él, se mantiene siempre a la misma distancia. Ésta sí que es una historia interminable: la de la perfectibilidad de la persona humana como libertad, como autorrealización, como autodeterminación, y como autenticidad.

Gracias por el regalo de su atención.

²² ORTEGA Y GASSET, J., *Ideas y creencias*, Espasa Calpe, 5ª ed., Madrid, 1955, p. 17.

EMPLEO DECENTE: UN RETO PRESENTE Y DE FUTURO

Eduardo Rojo Torrecilla

eduardo.rojo@uab.cat

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona

Recibido: 06/03/2018 – Aceptado: 31/03/2018

Jornadas sobre “La empleabilidad y la calidad en el empleo: apostando por la igualdad efectiva”, 7- 9 de marzo de 2018

Facultad de Derecho/Facultad de Ciencias del Trabajo. Universidad de León.
Conferencia de clausura. 9 de marzo

Resumen

Es objeto de atención el empleo pleno y productivo, y el trabajo decente. El texto define en primer lugar los conceptos utilizados, para proceder al examen de las aportaciones efectuadas por la OIT y por la Asamblea General de las Naciones Unidas para tratar de delimitar su

contenido y aplicación práctica. Son también objeto de atención los retos que el Derecho del Trabajo tiene ante el futuro, con la presencia cada vez más importante de la tecnología, así como también del cambio demográfico y de las modificaciones de las relaciones de trabajo por el auge de nuevas formas de empleo. El artículo finaliza con una serie de preguntas que debemos responder para avanzar hacia una sociedad mejor, más justa y solidaria.

Palabras clave:

Trabajo; Empleo; Normas;
Retos; Derecho del Trabajo

Keywords:

Work; Employment;
Standards; Challenges;
Labour law

The focus is on full and productive employment and decent work. The text first defines the concepts used, with a view to examining the contributions made by ILO and the General Assembly of the United Nations in an attempt to define their content and practical application. Attention is also drawn to the challenges that labour law faces in the future, with the increasingly important presence of technology, as well as demographic change and changes in labour relations due to the rise of new forms of employment. The article concludes with a series of questions that we must answer in order to move towards a better, fairer and more solidary society.

Abstract

1. Deseo expresar, en primer lugar, mi más sincero agradecimiento a la Universidad de León por su amable invitación a participar en estas Jornadas sobre “La empleabilidad y la calidad en el empleo: apostando por la igualdad efectiva”. Es una indudable satisfacción poder compartir mis reflexiones sobre la realidad actual y las perspectivas de futuro del mundo del trabajo, sin olvidar su historia, con el público asistente y muy especialmente con los amigos y amigas de la unidad docente de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de esta Universidad, destacadas y destacados juristas que, formados bajo la dirección del maestro Germán Barreiro, constituyen hoy uno de los grupos más potentes de nuestra disciplina. Muchas gracias, pues, a las profesoras Susana Rodríguez, María de los Reyes Martínez, Henar Álvarez, Beatriz Agra, María Josefa Saiz, Natalia Ordoñez y María Purificación García, y a los profesores Juan José Fernández, Roberto Fernández, Rodrigo Tascón, Javier Fernández-Costales y José Gustavo Quirós, por su invitación.

La organización de las Jornadas me ha solicitado que dedique la conferencia de clausura al empleo decente, por considerar que se trata de un reto presente y también, indudablemente de futuro. Me permitirán que en mi intervención amplíe el ámbito de mi examen y me refiera, por utilizar la terminología de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) al trabajo, aunque obviamente no se trata en esta ocasión de disertar sobre las diferencias existentes entre ambos términos y me permito integrarlos en mi explicación, acogiendo la que también ha llevado a cabo las Naciones Unidas en diversos documentos, de los que tomo como punto de referencia el aprobado en la Cumbre Mundial de la Asamblea general celebrada en 2005, en la que se declaró que “Apoyamos firmemente una globalización justa y resolvemos que los objetivos del empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos, en particular las mujeres y los jóvenes, serán una meta fundamental de nuestras políticas nacionales e internacionales y nuestras estrategias nacionales de desarrollo, incluidas las estrategias de reducción de la pobreza, como parte de nuestro esfuerzo por alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio”. El Tesoro de la OIT define al trabajo como “el conjunto de actividades humanas, remuneradas o no, que producen bienes o servicios en una economía, o que satisfacen las necesidades de una comunidad o proveen los medios de sustento necesarios para los individuos”, mientras que el empleo es definido como “trabajo efectuado a cambio de pago (salario, sueldo, comisiones, propinas, pagos a destajo o pagos en especie)” sin importar la relación jurídica que se formalice.

La referencia a la población femenina cobra si cabe especial relevancia, ya que las presentes Jornadas han estado dedicadas al estudio y análisis de la problemática del trabajo y empleo femenino en materia de acceso al empleo, condiciones de trabajo y protección social.

He dedicado especial atención al trabajo decente en diversos artículos publicados en mi blog, una herramienta útil de acercamiento a todas las personas interesadas en el estudio de la realidad del mundo laboral y que la tecnología permite poner al alcance de quien así lo desee (siempre que disponga, justamente, de acceso a la tecnología, uno de los factores más importantes de los cambios que se han operado en las relaciones de trabajo, desde los inicios de la revolución industrial hasta el desarrollo actual del trabajo 4.0, y permítanme que remita a todas las personas interesadas a la lectura del excelente estudio de la profesora Henar Álvarez “El futuro del trabajo vs.

el trabajo del futuro. Implicaciones laborales de la industria 4.0”). En mi intervención desarrollaré algunas de las tesis y pareceres ya expuestos en la misma, con la obligada actualización, ya que no en vano el mundo del trabajo está cambiando a pasos acelerados, mezclándose una realidad que en ocasiones nos retrotrae al siglo XIX (la palabra explotación todavía tiene, desgraciadamente, sentido en nuestra vida laboral) y en otras nos traslada a un próximo futuro donde el trabajo humano se da la mano con la utilización del realizado por aparatos tecnológicos (robots) que pueden llevar a cabo muchas de las tareas, y no sólo manuales o repetitivas, que todavía hoy realiza una persona (repárese en la llamada economía de los cuidados, la atención a personas necesitadas, y cómo el cambio tecnológico puede ayudar a mejorar su situación).

Será obligado también referirse a los documentos del máximo foro mundial en materia internacional, la OIT, ya que no en vano es la que ha dedicado, desde su creación en 1919, más atención al “empleo pleno y productivo y al trabajo decente”, habiendo abierto desde mediados de 2017 un muy interesante debate, intelectual y práctico, sobre el futuro del trabajo, en el que estamos también participando muchas Universidades españolas, y que culminará con los debates y resoluciones que se aprueben en la Conferencia anual de 2019, año del centenario de su creación.

Un concepto, el de “trabajo decente”, que se utiliza reiteradamente pero que, hasta el presente, salvo error u omisión por mi parte, sólo aparece expresamente recogido en un Convenio, el número 189 dedicado a las trabajadoras y trabajadores domésticos, cuyo art. 6 dispone que “Todo Miembro deberá adoptar medidas a fin de asegurar que los trabajadores domésticos, como los demás trabajadores en general, disfruten de condiciones de empleo equitativas y condiciones de trabajo decente, así como, si residen en el hogar para el que trabajan, de condiciones de vida decentes que respeten su privacidad”. Un muy amplio estudio de la recogida de este concepto en documentos internacionales, y muy especialmente en los de la OIT, con especial atención a los Convenios, se encuentra en otro trabajo de recomendable lectura, llevado a cabo por el profesor de la Universidad de Málaga Francisco Lozano, “La eficacia jurídica del trabajo decente”, en el que recoge todos los Convenios que delimitarían a su parecer la noción jurídica del mismo, partiendo de los cuatro objetivos estratégicos que los documentos de la OIT contemplan para que puede existir aquel, y que son la promoción del empleo, los derechos fundamentales en el trabajo, la protección social y la gobernanza y diálogo social.

Unos derechos fundamentales, y no sólo los recogidos en los ocho Convenios identificados por la OIT para poder hablar de la existencia de trabajo decente, que sufren los embates de la globalización económica, otro de los factores importante de cambio en las relaciones de trabajo, que necesitan de su regulación a escala internacional y no sólo nacional o estatal, ya que como muy bien pone de relieve el profesor Jesús Cruz en su artículo “Oportunidad y desafío de los derechos fundamentales en las relaciones laborales”, “en la medida en que la concurrencia empresarial se desarrolla a nivel global, la efectividad de los derechos fundamentales laborales sólo es susceptible de pervivir en la medida en que estos adquieren grados de homogeneidad en su efectividad también a nivel global”.

2. ¿Qué es el trabajo decente? Hace ya casi veinte años, el entonces director general de la OIT, Juan Somavía, presentaba la Memoria a la Conferencia Internacional de 1999, que llevaba por título “Trabajo decente”, en cuyo prólogo se afirmaba que proponía “una finalidad primordial para la OIT en estos momentos de transición mundial, a saber, la disponibilidad de un trabajo decente para los hombres y las mujeres del mundo entero. Es la necesidad más difundida, que comparten los individuos, las familias y las comunidades en todo tipo de sociedad y nivel de desarrollo. El trabajo decente es una reivindicación mundial con la que están confrontados los dirigentes políticos y de empresa de todo el mundo. Nuestro futuro común depende en gran parte de cómo hagamos frente a ese desafío”.

A partir de entonces han sido numerosos los documentos elaborados sobre el trabajo decente, conceptualizado en términos generales como “el trabajo productivo para los hombres y mujeres en condiciones de libertad, equidad, seguridad y dignidad humana”, y ya concretado en los programas de trabajo decente (PTD) por países, que reposan sobre los cuatro pilares ya enunciados con anterioridad y que conviene recordar ahora con mayor precisión, como son la creación de empleo y el desarrollo de las empresas, la protección social, las normas y derechos en el trabajo, y la gobernanza y diálogo social.

La necesidad de tener en consideración la realidad económica y social de cada país en la puesta en marcha de los PTD, al mismo tiempo que garantizando su cobertura a escala mundial, ha sido reiteradamente subrayada en los estudios e informes de la OIT, de los que ahora me interesar destacar, y remito a su atenta lectura a todas las personas interesadas, la “Guía práctica para la incorporación sistemática del trabajo y empleo decente” en la que se pone de manifiesto, muy correctamente a mi parecer, que “Mientras que, por una parte, es necesario crear un entorno mundial favorable al empleo y al trabajo decente, por otra parte también hace falta fomentar y apoyar la acción en los niveles local y comunitario a fin de beneficiar a la mayor parte de la fuerza de trabajo de todos los países, cualquiera que sea su nivel de desarrollo, y en particular de los países en desarrollo, en los cuales debería prestarse especial atención a la necesidad de mejorar la economía informal, el sector agrícola y las microempresas y pequeñas empresas”.

El reto de todas las políticas sobre el empleo y trabajo decente, sigue señalando la guía con acierto, es el de “generar un cambio de paradigma en nuestro pensamiento, de forma que consideremos los resultados que nuestras políticas y programas pueden tener en el empleo y el trabajo decente antes de su formulación, a fin de minimizar los efectos adversos y de potenciar al máximo los resultados positivos”, enfatizando, y la referencia cobra especial importancia en el marco de las presentes Jornadas, que “se trata de una dificultad a la que también tuvimos que hacer frente durante el proceso de incorporación de las cuestiones de género, pero que se ha superado poco a poco, como lo demuestra el hecho de que la perspectiva de género se utiliza ahora habitualmente en la formulación de las políticas y los programas”.

3. Sin ningún ánimo exhaustivo, me gustaría a continuación referenciar algunos documentos recientes de la OIT en donde se aborda la problemática del trabajo decente y se la vincula con la del desarrollo sostenible, para ir después a la acogida de ese concepto, y el del empleo pleno y productivo, en la “Agenda 2030 para el desarrollo sostenible”, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015. Baste ahora indicar que justamente, en la 332ª reunión del Consejo de Administración de la OIT que tiene lugar de los días 8 a 22 de este mes de marzo en Ginebra, el segundo punto del orden del día lleva por título “El trabajo decente para el desarrollo sostenible”, siendo la finalidad del documento que se presenta a debate de los miembros del Consejo el de ser la base de aportación de la OIT “a la discusión del foro político de alto nivel sobre el desarrollo sostenible 2018”, dedicado a “La transformación hacia sociedades sostenibles y resilientes”, en el que abordarán diversos de los objetivos de la Agenda 2030, si bien el del trabajo decente (número 8) fue objeto de especial atención el pasado año.

A) En la Conferencia internacional de 2017 fue presentado el “Informe VI Principios y derechos fundamentales en el trabajo: Retos y oportunidades (Discusión recurrente sobre el objetivo estratégico relativo a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, 2008)”. En dicho texto se recuerda cuales eran los objetivos estratégicos definidos por la OIT, que desarrollaban las líneas generales apuntadas años antes, sobre el trabajo decente, destacando la importancia de avanzar su seguimiento y actualización, o de puesta en práctica en aquellos países que aún no lo hubieran hecho, dados los nuevos desafíos en el mundo laboral, entre los que se citaban de forma expresa “la gobernanza del mercado de trabajo, la naturaleza de la relación de trabajo y el propio futuro del trabajo”, al tiempo que subraya el crecimiento de las desigualdades, “que han venido a agravar el estancamiento de los salarios y el aumento de la inseguridad del empleo, factores que también han contribuido a la polarización del discurso político en muchos países”.

Sobre las desigualdades en el mundo del trabajo, se está debatiendo la incorporación de un punto del orden del día de la Conferencia Internacional de 2020 dedicado justamente a esta cuestión, argumentándose en el documento elaborado por la Oficina Internacional del Trabajo para justificar su inclusión que podría estudiarse “qué conjunto de instituciones y políticas, incluidas las políticas distributivas y redistributivas,, podrían ofrecer unas condiciones mínimas que garantizaran la justicia social para todos, y qué habría que hacer para que estas se respetaran”, ya que el funcionamiento del mercado de trabajo, es decir no sólo la creación (o no) de puestos de trabajo sino también su calidad y quién puede acceder a los mismos, “determina en buena medida los ingresos de la mayoría de la población mundial y la magnitud de la desigualdad”.

En el antes citado Informe, se afirma que los responsables de las políticas “están teniendo que abordar nuevas cuestiones derivadas de la expansión de diversas formas de empleo y adoptan una combinación de políticas destinadas a fomentar el empleo y que a la vez preservan los derechos en el trabajo”. A buen seguro que, acercándonos a las realidades más concretas de nuestro mercado laboral, las personas asistentes estarán pensando en el debate sobre la existencia de relación laboral contractual

asalariada, o trabajo autónomo, de los conductores de alguna importante empresa de transportes o de los repartidores de comida a domicilio, ¿no les parece?

B) Un año antes, en la Conferencia de 2016, se había aprobado la Resolución sobre “El avance de la justicia social mediante el trabajo decente. Evaluación del impacto de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa y conclusiones sobre la acción futura”, en la que se enfatizaba con acierto que el trabajo decente “se reconoce ahora ampliamente como un objetivo mundial”, y que algunas de las normas aprobadas en los últimos años encuentran su punto de referencia en la citada Declaración, como son la Recomendación (2012) sobre los pisos de protección social, el Protocolo (2014) relativo al Convenio sobre el trabajo forzoso de 1930, y la Recomendación (2015) sobre la transición de la economía informal a la formal”, así como también que en todos los programas puestos en marcha en los distintos Estados se ha tratado de incluir los cuatro objetivos estratégicos, además también de la igualdad de género y la no discriminación “como cuestiones transversales”.

Es probablemente en esta Resolución donde mejor se sintetiza qué políticas debe llevarse a cabo para lograr aquellos objetivos y principios estratégicos, en el marco de una realidad caracterizada por profundos cambios tecnológicos, sociales, demográficos, económicos y ambientales, y que por su importancia me permito ahora reproducir: “a) el empleo mediante la creación de un entorno institucional y económico propicio para que las empresas sean productivas, rentables y sostenibles, junto con una economía social sólida y un sector público viable, a fin de fomentar un crecimiento incluyente, empleo y oportunidades de ingresos; b) la protección social –seguridad social y protección de los trabajadores– a fin de garantizar a todos una distribución equitativa de los frutos del progreso; c) el diálogo social y el tripartismo como medio esencial para el logro efectivo de los cuatro objetivos estratégicos a nivel nacional, regional e internacional; d) los principios y derechos fundamentales en el trabajo, que son universales e inmutables, así como su importancia particular como derechos y como condiciones propicias, en particular la libertad sindical y de asociación y la negociación colectiva; e) la igualdad de género y la no discriminación también como cuestiones transversales en cada uno de los cuatro objetivos estratégicos”.

C) No sólo en el ámbito internacional mundial, sino también en los regionales, el trabajo decente ha sido objeto de especial atención. Sirva como muestra de ello la Conferencia regional de Europa y Asia Central celebrada en Estambul del 2 al 5 de octubre de 2017, en la que se aprobó el documento que lleva por título “Iniciativa de Estambul para el centenario: un futuro para el trabajo decente en pro de una alianza de colaboración social fuerte y responsable en Europa y Asia Central”.

Del conjunto de políticas que se pide a los Estados que pongan en marcha “para aprovechar los beneficios y maximizar los riesgos derivados del futuro del trabajo”, se encuentran varias que tienen un indudable impacto sobre el trabajo en general y las relaciones laborales en particular, como son políticas de mercado de trabajo, salariales y de protección social “para promover el trabajo decente y garantizar la protección de los derechos de los trabajadores”, políticas en pro de una transición equitativa hacia nuevas formas de producción y de relaciones de trabajo, digitalización y

automatización, políticas para mejorar la igualdad de género, políticas sostenibles para aumentar la participación de las mujeres, los jóvenes y los grupos desfavorecidos en el mercado de trabajo, políticas para promover la integración de migrantes y refugiados en el mercado de trabajo, políticas para reforzar la libertad sindical y de asociación, la negociación colectiva, la no discriminación y la eliminación efectiva del trabajo infantil y del trabajo forzoso”.

D) Volviendo al ámbito internacional, pero centrando nuestra atención en una concreta realidad productiva, la de las cadenas mundiales de suministro, es importante destacar que la OIT ha dedicado especial atención a cómo abordar la problemática del trabajo decente en las mismas.

En la Conferencia Internacional de 2016, el Informe IV estuvo dedicado a “El trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro”, justificado por la necesidad de abordar la repercusión que la actividad de dichas cadenas tiene sobre el empleo y las relaciones laborales individuales y colectivas, bastando ahora con recordar que se define como tales a “toda organización transfronteriza de las actividades necesarias para producir bienes o servicios y llevarlos hasta los consumidores, sirviéndose de distintos insumos en las diversas fases de desarrollo, producción y entrega o prestación de dichos bienes y servicios”.

Como continuación de las actividades de la OIT en este ámbito, la reunión de expertos en la materia, celebrada en Ginebra del 21 al 23 de noviembre de 2017, aprobó las conclusiones “sobre la promoción del trabajo decente y la protección de los principios y derechos fundamentales en el trabajo para los trabajadores de las zonas francas industriales (ZFI)”, en las que junto a los aspectos positivos de desarrollo económico y creación de empleo que pueden significar para el país en cuestión, se constatan también “desafíos y déficits en materia de derechos fundamentales y trabajo decente en múltiples ZFI”, por lo que se pide a los Estados que estos “no se vean comprometidos en las políticas destinadas a atraer a inversores a las ZFI”, en especial por lo que respecta a los derechos colectivos de libertad sindical y negociación colectiva.

Más ampliamente, y a fin y efecto de garantizar el respeto a los derechos de las personas trabajadoras, que no es otra cosa que el respeto a un empleo pleno y productivo y al trabajo decente, se indica que los gobiernos deberían “deberían promover la negociación colectiva y velar por un entorno propicio para unas relaciones laborales sostenibles; mejorar las condiciones de trabajo y los dispositivos de protección social, incluida la protección de la maternidad; adoptar medidas apropiadas a fin de que las formas atípicas de empleo no se usen para conculcar los derechos de los trabajadores; desarrollar sistemas de seguridad y salud en el trabajo que también se apliquen en las ZFI; reforzar la inspección del trabajo en las ZFI y facilitar un acceso rápido a vías de reparación efectiva cuando se haya confirmado una vulneración; fomentar el diálogo a nivel nacional, regional y local a fin de identificar los retos que plantean las ZFI; y ayudar a las empresas a ejercer la debida diligencia. En términos más generales, deberían adoptar políticas industriales para posibilitar una diversificación con actividades económicas de mayor valor añadido y reforzar el desarrollo de competencias”.

E) Me refiero a continuación al Estudio general que se presentará en la Conferencia Internacional del próximo mes de junio, “relativo a los instrumentos sobre el tiempo de trabajo” (Informe III, parte B), incluido en el tercer punto del orden del día, dedicado a las informaciones y memorias sobre la aplicación de Convenios y Recomendaciones.

El documento dedica un amplio apartado a la relación entre tiempo de trabajo y trabajo decente, uniendo ambos en el rótulo “tiempo de trabajo decente en un mundo laboral en transformación”, para poner de manifiesto la importancia que tiene la organización del tiempo de trabajo en la vida de las personas y de las empresas (mucho más, añado yo ahora, ante la importancia que ha adquirido la tecnología, que hace muy borrosa en muchas ocasiones la distinción clásica entre “tiempo de trabajo” y “tiempo libre o disponible), y que como consecuencia de ello, y con la posible excepción de los salarios (que ciertamente son el punto de referencia más relevante para la mayor parte de las personas trabajadoras), el tiempo (yo diría más bien “los tiempos”) de trabajo, es la condición laboral “que tiene un impacto más directo en la vida cotidiana de los trabajadores”, ya que su cantidad y distribución afectan no sólo al esfuerzo físico y/o psíquico de quien trabaja, sino también a la calidad del trabajo efectuado, y tiene considerables repercusiones sobre los “tiempos de vida” de las personas fuera del ámbito laboral, e igualmente dicha cantidad y distribución es de interés para el mundo empresarial a fin y efecto de poder organizar el trabajo de manera eficaz y a fin también de conseguir el mayor y mejor resultado en términos de rendimiento, productividad y competitividad: No menos importante es la afectación de la organización de la vida laboral, concretada ahora en los tiempos de trabajo, en la organización de la sociedad en general y cómo debe ser abordada por quienes gobiernan (piénsese, por poner dos ejemplos muy prácticos, en su afectación a la política de transportes y a la de los horarios escolares).

Especialmente importante me parece, y nuevamente lo enlazo con el contenido de las presentes jornadas, que el Estudio subraye que la tecnología tiene aspectos ciertamente positivos por posibilitar una mayor participación en el mercado de trabajo de personas que tienen más dificultades para hacerlo en el marco de una organización empresarial clásica, pero que al mismo tiempo “también puede tener efectos negativos sobre la salud y el bienestar de los trabajadores debido a que los límites entre el trabajo y la vida privada tienden a difuminarse. Aunque tradicionalmente éste ha sido un rasgo del trabajo de las mujeres, quienes suelen realizar una buena parte de su trabajo no remunerado en su domicilio (tal como, lavar la ropa, cuidar a los niños, trabajar a destajo, etc.), con las nuevas tecnologías el fenómeno del trabajo a domicilio se ha incrementado exponencialmente”, encontrando una nueva y relevante referencia al trabajo femenino y la creciente participación de la mujer en la vida laboral, cuando enfatiza que la feminización de los mercados de trabajo “pone de relieve de diferentes maneras los problemas relacionados con el tiempo de trabajo” (¿cómo y cuándo se concilia? ¿cómo se distribuyen las tareas familiares? ¿Qué impacto tiene sobre el mercado de trabajo la externalización de tareas –hacia otras mujeres en su gran mayoría– que anteriormente se desarrollaban en el seno de la unidad familiar por la mujer?).

En conclusión, y tras un amplísimo repaso a toda la problemática de la organización y distribución del tiempo de trabajo, y de sus efectos en términos de cantidad y calidad sobre las personas en general, no sólo sobre las trabajadoras, el documento concluye, con plenos acierto a mi parecer, que la cuestión del tiempo de trabajo “se ha convertido en un elemento clave del Programa de Trabajo Decente de la OIT, en el marco más amplio de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y en particular del Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 8, para promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos”.

F) Por fin, querría hacer referencia al último informe anual elaborado por la OIT sobre las tendencias de empleo, publicado el 22 de enero de este año, ya que es el que nos acerca a las realidades, y problemas, más actuales del mundo del trabajo y nos describe los retos y desafíos que siguen existiendo para avanzar hacia el logro del empleo pleno y productivo y del trabajo decente para todos.

Un amplio capítulo del Informe está destinado a la transformación estructural que se está operando en el trabajo, y por consiguiente también en el mercado laboral, y cuáles son sus implicaciones para la calidad del trabajo, siempre planteada por la OIT desde cómo facilitar a toda persona trabajadora un empleo digno y decente. Hay una constatación generalizada de desplazamiento, o reasignación, de trabajadores entre sectores productivos como consecuencia de diversos factores económicos y sociales que afectan a nuestras sociedades, entre los que se listan “los avances tecnológicos, la acumulación de capital, la globalización, la tecnología y las políticas gubernamentales”, en el bien entendido que el sector servicios seguirá experimentando incrementos (en los países desarrollados supone el 75% de la población trabajadora, y más concretamente un 41% en los servicios de mercado) y el sector de la agricultura mantendrá su tendencia descendente, siendo en este sector muy importantes las diferencias porcentuales entre los países en desarrollo (que ocupan al 70% de su población trabajadora en la agricultura), aquellos con rentas medias bajas (40), los de rentas medias altas (16%) y los países desarrollados (3%).

La llamada “desindustrialización precoz”, es decir el menor crecimiento de la actividad industrial en los países con menores ingresos con ocasión de la reasignación de factores de producción, lleva a la OIT a ser prudente, y manifestar dudas, con respecto al posible cambio positivo de la calidad del empleo en el tránsito del sector agrícola al de servicios, ya que en estos últimos hay una buena gama de empleo cuyas condiciones laborales son inferiores a los de la industria, en el bien entendido que esta problemática también afecta a los países desarrollados y puede provocar un incremento del empleo a tiempo parcial y el subempleo por insuficiencia de horas de trabajo.

De ahí que la OIT tenga un punto de preocupación a mi parecer incluso algo superior al manifestado en Informes de años anteriores, al afirmar que “el rumbo previsto de la transformación estructural parece tener escasas posibilidades de suscitar mejoras generalizadas de las condiciones de trabajo”, que “la mejora de las condiciones de trabajo depende de la capacidad de los trabajadores para encontrar empleos con mejores condiciones de trabajo en los sectores a los que están pasando, lo que no está

garantizado en absoluto”, que un incremento de número de trabajadores que pasen de la agricultura a los servicios no implica necesariamente un descenso en la incidencia de la informalidad laboral, y poniendo de manifiesto que “para obtener los resultados de la transformación estructural en materia de trabajo decente primero se habrán de emprender iniciativas políticas firmes que impulsen la formalización, el empleo de calidad y la productividad en el sector de los servicios”.

Así se explica más detalladamente en el Informe 2018, cuando aborda la problemática de los países desarrollados: “...ciertas pautas de cambio estructural pueden dar lugar a una mayor proporción del empleo temporal y a tiempo parcial, la informalidad y los empleos de baja productividad, y, como tales, requieren atención. Por ejemplo, en muchos países desarrollados se está produciendo un desplazamiento del empleo de la industria manufacturera a los servicios, donde el empleo a tiempo parcial suele ser más importante y a menudo se contrata involuntariamente, debido a la falta de oportunidades de empleo a tiempo completo y permanente. Al mismo tiempo, el sector de los servicios se apoya cada vez más en nuevas formas de empleo, como el trabajo compartido, el trabajo a llamada y el autoempleo dependiente. Estas nuevas formas de empleo, aunque pueden ofrecer una mayor flexibilidad y autonomía que los empleos manufactureros, también pueden estar relacionadas con el empeoramiento de las condiciones de trabajo en general, ya que a menudo se caracterizan por una mayor incidencia de las modalidades de trabajo no convencionales, una mayor intensidad del trabajo, horarios de trabajo excesivos y un acceso limitado o nulo a la protección social”.

4. Decía en un momento anterior de mi exposición que el concepto de trabajo decente ha sido incluido, y con fuerza, entre los objetivos de la Agenda 2030 de la ONU para el desarrollo sostenible, definida esta en su preámbulo como “un plan de acción en favor de las personas, el planeta y la prosperidad”, enfatizando que “Los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y las 169 metas que anunciamos hoy demuestran la magnitud de esta ambiciosa nueva Agenda universal. Con ellos se pretende retomar los Objetivos de Desarrollo del Milenio y conseguir lo que estos no lograron. También se pretende hacer realidad los derechos humanos de todas las personas y alcanzar la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas. Los Objetivos y las metas son de carácter integrado e indivisible y conjugan las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental”.

Con respecto al objetivo 8, el Informe antes citado de la OIT destaca que varias metas fijadas en el mismo tiene especial importancia por su relación con el respeto y cumplimiento de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, básicamente los apartados 5 a 8, aun cuando también en varios de los restantes objetivos encontramos relación con tales principios y derechos, como por ejemplo el número 1 que está centrado en la reducción de la pobreza y en la garantía de una adecuada protección social. Repárese, pues, que la actividad de la OIT para la consecución de las metas fijadas en el objetivo 8 no se detienen únicamente en dicho texto, sino que se extienden a otras muchas, y que requerirá (obsérvese su relación con la gobernanza

y el diálogo social), “disponer de un marco de instituciones, organizaciones, leyes y políticas, y de una cultura de diálogo social que permitan gobernar el mundo del trabajo y el funcionamiento de los mercados laborales”.

En efecto, la Agenda 2030 sobre desarrollo sostenible tiene como Objetivo 1 poner fin a la pobreza en todas sus formas en todo el mundo, fijándose como objetivos concreto “1.1 Para 2030, erradicar la pobreza extrema para todas las personas en el mundo, actualmente medida por un ingreso por persona inferior a 1,25 dólares de los Estados Unidos al día 1.2 Para 2030, reducir al menos a la mitad la proporción de hombres, mujeres y niños de todas las edades que viven en la pobreza en todas sus dimensiones con arreglo a las definiciones nacionales 1.3 Poner en práctica a nivel nacional sistemas y medidas apropiadas de protección social para todos, incluidos niveles mínimos, y, para 2030, lograr una amplia cobertura de los pobres y los vulnerables”. Por otra parte, su objetivo 8 es el de promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos, con mención expresa a “8.3 Promover políticas orientadas al desarrollo que apoyen las actividades productivas, la creación de empleo decente, el emprendimiento, la creatividad y la innovación, y alentar la oficialización y el crecimiento de las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, entre otras cosas mediante el acceso a servicios financieros 8.5 Para 2030, lograr el empleo pleno y productivo y garantizar un trabajo decente para todos los hombres y mujeres, incluidos los jóvenes y las personas con discapacidad, y la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor 8.8 Proteger los derechos laborales y promover un entorno de trabajo seguro y protegido para todos los trabajadores, incluidos los trabajadores migrantes, en particular las mujeres migrantes y las personas con empleos precarios”. Probablemente, lo dejo apuntado, el logro del trabajo decente para los trabajadores migrante sea uno de los retos más acuciante, tanto presente como de inmediato futuro.

La Memoria presentada por el Director General en la Conferencia Internacional de 2016, con el título "La iniciativa para poner fin a la pobreza: la OIT y la Agenda 2030", perseguía tres objetivos específicos como bien se explicaba en su prefacio: “poner en conocimiento de los mandantes las repercusiones que la Agenda 2030 tiene con respecto al trabajo decente, y los desafíos que se han de afrontar; preconizar la participación plena y comprometida de los mandantes en la puesta en práctica de la Agenda; y obtener orientaciones de los mandantes sobre lo que la propia OIT debe hacer para apoyar esos esfuerzos”. Justamente, el Director General enfatizaba la importancia del Objetivo núm. 8 de la Agenda Sostenible y ponía de manifiesto, con acierto, que el logro del crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible no será de ninguna manera automático, sino que “requerirá disponer de un marco de instituciones, organizaciones, leyes y políticas, y de una cultura de diálogo social que permitan gobernar el mundo del trabajo y el funcionamiento de los mercados laborales”, enfatizando además como entre los medios de cumplimiento del objetivo se hace expresa referencia a la aplicación del Pacto Mundial para el Empleo de la OIT aprobado en 2009 y en el que se proponen diversas medidas tendentes a “generar empleo, ampliar la protección social, respetar las normas laborales, promover el diálogo social y fomentar una globalización equitativa”. Igualmente, recordaba que en la Agenda hay otras amplias referencias a políticas que entran dentro del campo de actuación de la OIT, como por ejemplo “5.4 Reconocer y valorar los cuidados no

remunerados y el trabajo doméstico no remunerado mediante la prestación de servicios públicos, la provisión de infraestructuras y la formulación de políticas de protección social, así como mediante la promoción de la responsabilidad compartida en el hogar y la familia, según proceda en cada país”. El Director General iba más lejos aún en la vinculación que establecía entre los objetivos de la Agenda y los de la OIT exponiendo que “De hecho, la idea de que la Agenda 2030 puede considerarse, casi a la letra, como una versión contemporánea del cometido de la OIT en pro de la justicia social está firmemente arraigada en la noción de que la Agenda atribuye un carácter prioritario y primordial a la erradicación de la pobreza y la lucha contra la desigualdad”.

5. Es conveniente referirse ahora al “Informe inicial” elaborado por la Oficina Internacional del Trabajo de manera específica para la primera reunión de la Comisión de Expertas y Expertos creada con ocasión de la puesta en marcha de la Iniciativa sobre el Futuro del Trabajo, celebrada el 21 de septiembre del pasado año. El Informe repasa de manera general cuáles son las grandes tendencias e implicaciones para el futuro del trabajo, y en ellas centro ahora mi atención.

A) Se concentra en primer lugar en la globalización, que abarca “la internacionalización de la producción, las finanzas (incluidas las remesas), el comercio y la migración”, siendo relevante destacar el importante estancamiento del comercio que se ha producido en los últimos años, y que desde luego no parece que vaya a mejorar si se confirma el proteccionismo comercial del gobierno estadounidense, y que tiene además especial impacto sobre el empleo a escala mundial, ya que una parte importante del mismo se concentra en las llamadas cadenas mundiales de suministro (ámbito de actividad en donde se opera la fragmentación de la producción en tareas y actividades), de tal manera que el Informe se plantea, y no tiene respuesta concreta, que conforme se ralentiza el comercio “se desconoce si las cadenas mundiales de suministro y la fragmentación de la producción seguirá creciendo o si cambiará su naturaleza”.

B) Respecto a la tecnología, se destaca su impacto transformador sobre la naturaleza del trabajo, mucho más que en etapas históricas anteriores, poniendo de manifiesto la divergencia de tesis existentes sobre el impacto creador, neutro o destructor de la misma en términos de empleo, aunque de lo que no parece haber duda es de que afecta en gran medida a las competencias y habilidades personales, y que provoca una polarización entre los niveles altos y bajos de cualificación profesional de las personas trabajadoras, con un impacto igualmente importante sobre el crecimiento de las diferencias salariales. Para los autores del Informe, el impacto de la tecnología en el mundo del trabajo dependerá “de cómo se distribuyan los beneficios, dado el aumento de la desigualdad de los ingresos entre países y regiones, y de si la transición crea trabajo decente y de calidad”.

C) El Informe cita, no podría ser de otra, la demografía, el cambio demográfico, como uno de los retos y tendencias más relevantes, poniendo de manifiesto el diferente

impacto que tiene en las diversas regiones mundiales según que en cada una de ellas se produzca un incremento del número de personas jóvenes o de personas de edad avanzada, destacándose la gran diferencia entre países emergentes y en desarrollo, en los que sus dinámicas demográficas “han llevado a un aumento de la población joven que accede al mercado de trabajo”, mientras que en los países desarrollados el dato prevalente es el progresivo envejecimiento de la población y el incremento de la tasa de dependencia, ya que si en 1950 la proporción era de ocho mayores de 65 años por cada cien personas en edad de trabajar, la cifra ya era de doce en 2015, previéndose que puede llegar a dieciocho en 2030, y de ahí que se plantee el recurso de acudir a la migración para dar respuesta a la disminución de la fuerza laboral, sin olvidar el potencial de creación de empleo en sectores vinculados a las personas de edad, como son entre otros los de salud y los de cuidados de larga duración.

D) La importancia del cambio climático a efectos laborales es también enfatizada en el documento, insistiéndose en la importancia de reducir las emisiones y lograr una transición hacia una economía más ecológica que atenué, por los menos, situaciones ya graves que se han producido como “el desplome de la pesca, la degradación del suelo, las migraciones forzadas, la contaminación de la atmósfera y de los acuíferos, y la pérdida de la diversidad”. No es especialmente optimista el Informe al abordar esta temática, poniendo de manifiesto que “La relación entre el desarrollo económico y el medio ambiente ha dado un giro: la degradación continua de nuestro entorno va camino de destruir empleos y medios de subsistencia, y son los grupos vulnerables quienes perciben sus efectos de modo más riguroso, entre ellos los desplazados de sus hogares como resultado de los desastres relacionados con el cambio climático, los pueblos indígenas y tribales y los pobres”.

Al igual que ocurrirá, mejor dicho, que ya está ocurriendo, con el cambio tecnológico por su impacto sobre el empleo, los nuevos empleos que puedan crearse en el marco de esta economía menos contaminante y más ecológica deberán adaptarse a tales cambios, con nuevas cualificaciones y perfiles de los puestos de trabajo, pero además también habrá que tomar en consideración la adaptación de los entornos y las prácticas de trabajo, así como también de los diseños de productos y su manufactura. En definitiva, habrá que adoptar medidas para que se produzca una “transición justa” entre un modelo y otro, que deberán prestar atención especial a las personas trabajadoras, ya que aquello implicará sin duda “desplazamientos entre unos sectores y otros, y cambios en las cualificaciones requeridas, tanto para las empresas como para los individuos”. En este punto, me permito recomendar la lectura de la obra colectiva del profesorado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León, dirigida por la profesora Beatriz Agra “Empleos verdes y prevención de riesgos laborales”.

6. El empleo decente, retos de presente y de futuro, es el título de mi intervención. Hay que cumplir con la obligación impuesta, eso sí de manera muy amable, por la organización de las jornadas, y unirlos en una sola reflexión que al mismo tiempo inevitablemente ha de integrar el pasado reciente (el mundo del trabajo no puede

dividirse o estratificarse por fechas, separando completamente unos periodos de otros, porque todos tienen punto de conexión).

El hecho de poder dedicar menos tiempo a las explicaciones docentes de la parte histórica de la disciplina del Derecho del Trabajo, debido a los ajustes que todas las titulaciones académicas han llevado a cabo con ocasión de las sucesivas reformas de los planes de estudio, no ha impedido en modo alguno, al menos por lo que a mis explicaciones respecta, que haya seguido dedicando una parte de mi tiempo a explicar dicha historia y su conexión con el mundo laboral actual. En primer lugar, abordé la diversidad del mundo del trabajo actual, para poner de manifiesto cómo ha cambiado su composición a lo largo de los tiempos, básicamente desde el inicio de las modernas relaciones laborales, e inmediatamente me refiero a las diversas transiciones que se producen a lo largo de la vida laboral de una persona, o más exactamente desde que pretende acceder a ella desde el ámbito educativo hasta su finalización por razón de la extinción contractual por acceso a la jubilación. No me olvidé tampoco de introducir brevemente al alumnado en el concepto de aquello que vamos a estudiar durante el curso, el Derecho del Trabajo, cuáles son sus notas conceptuales más relevantes y cuáles son las fuentes normativas de las que se alimenta para su aplicación e interpretación.

Llega inmediatamente después la explicación de cómo ha evolucionado el concepto de “trabajo” a lo largo de la historia, y las diferencias entre este término y el de “empleo”, aunque se trate de una distinción conceptual, ciertamente importante (pensemos por ejemplo en el trabajo doméstico no valorado estadísticamente como productivo, y el empleo doméstico que sí lo es en cuanto que llevado a cabo por una persona que tiene una relación contractual con su empleador), que queda muy difusa en el lenguaje habitual de las relaciones laborales.

Y, sin solución de continuidad, paso al análisis histórico, a la regulación del trabajo por el ordenamiento jurídico, con una idea clave inicial cual es que siempre existió un régimen de trabajo por cuenta ajena desde la esclavitud, pero que aquello que no existió hasta bien entrado el siglo XIX era un régimen jurídico laboral propiamente dicho, y si tenemos que hilar más fino deberíamos decir que tendremos que esperar a los primeros años del siglo XX para poder empezar a hablar con propiedad de relaciones laborales reguladas por un marco normativo propio.

En definitiva, durante mucho tiempo a lo largo de toda la historia no existieron las relaciones laborales, no existió el marco normativo laboral y de protección social tal como lo entendemos en la actualidad, pero sí hubo muchas, muchísimas, personas que pusieron su fuerza de trabajo a disposición de otras que se lucraron con su actividad. La explotación acelerada de gran parte de la población desplazada a las fábricas llevó a la organización del movimiento obrero y a la creación de organizaciones sindicales para la protección y defensa de los (entonces casi inexistentes) derechos de los trabajadores. Nuestros antepasados contemplarían hoy con orgullo cómo ha cambiado el mundo del trabajo y cómo la regulación de derechos en materia de tiempo de trabajo, por ejemplo, es considerado como el ADN de una parte importante (no toda, ni mucho menos) de la regulación laboral. Sin su lucha, en condiciones muy difíciles y que podía implicar penas de prisión, despidos fulminantes y aparición en “listas de trabajadores indeseables”, el mundo del trabajo muy probablemente no sería el que es

en la actualidad. Aunque cada vez hay menos tiempo en las actividades docentes para explicar cuál es la historia del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nunca convendrá olvidar el pasado, aunque sólo sea para saber que el presente encuentra gran parte de su origen en aquel.

Hemos de comprender el presente. ¿Y cambiarlo? Sí, porque el mundo del trabajo es extraordinariamente dinámico y mucho más desde que la introducción de la tecnología (no utilizo la expresión “nuevas tecnologías” porque esta hace sonreír, y con razón, a los jóvenes nativos digitales) ha posibilitado cambios extraordinarios en las relaciones entre el tiempo, el lugar y la prestación de trabajo. Si para muestra vale un botón, fijémonos en los numerosos congresos y reuniones que se celebran bajo el título de cambiar, pensar o repensar el mundo del trabajo, en los que se debate, discute y analiza el entorno productivo, la capacitación y aptitudes profesionales, el talento necesario para llevar a buen puerto un proyecto, o la adaptación de las condiciones de trabajo a una cada vez mayor diversidad en el seno de la población trabajadora. Cambiar el presente sí, y desde la certeza, datos estadísticos la avalan, de que sigue habiendo un elevado porcentaje de población que cada día, a través de las múltiples formas jurídicas existentes, por medio de vías regulares, irregulares o informales vende su fuerza de trabajo, presta sus servicios para otros sujetos, empleadores, ya sean personas físicas o jurídicas, que retribuyen aquella prestación. Cambiar el presente es conseguir que las condiciones laborales respondan al reto de una población trabajadora, y empresarial, que se inserta en una realidad económica cada vez más global y que condiciona las decisiones productivas que se adoptan, y en donde no sólo el salario sino otras condiciones laborales como por ejemplo la formación, la posibilidad de conciliar adecuadamente vida propia y vida laboral, el ser “escuchado” y participar en la organización de tu trabajo, son cada vez más importantes. Y en esta tarea, sigue siendo necesaria la participación de los sujetos colectivos, de los agentes sociales, en suma, de las organizaciones sindicales y empresariales para regular en cada sector aquello que sólo puede hacerse de forma general en el ámbito político internacional, europeo y estatal.

¿Mirar hacia el futuro, con propuestas de cambio? Sí, porque el mundo del trabajo debe atender a los retos antes apuntados y dar voz a todas las personas que tienen mucho que decir, en un marco de relaciones laborales que debería ser cada vez menos jerarquizado y más participativo, aunque sigan existiendo relaciones de trabajo subordinadas, que cada vez se combinarán más, que sea de forma voluntaria o involuntaria es otra cuestión, con proyectos emprendedores o de autoocupación puestos en marcha por jóvenes, y no tan jóvenes, que desean ser sujetos activos y no meramente pasivos de la vida económica y social. En este proceso, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social debe adaptarse, sin duda, para no perder sus señas de identidad, que no son otras que la protección y defensa de las personas más necesitadas de aquella y que siguen siendo muchas, muchos millones, en todo el planeta. Cobra importancia, cada vez mayor, el papel de las organizaciones internacionales y supraestatales, y cada vez es más necesaria la implicación de los agentes sociales a escala internacional.

7. Efectuadas estas consideraciones sobre la importancia de la historia para entender, y cambiar, el presente, y mirar, con nuevas propuestas hacia el futuro, acerquémonos ambos a partir de unas reflexiones efectuadas por mi parte con motivo de la participación en una jornada del 1 de mayo, en las que expuse aquello que aprendí de mi maestro social, Joan N. García-Nieto, jesuita, sociólogo especializado en las relaciones laborales, responsable de formación del sindicato Comisiones Obreras del Baix Llobregat, y militante del Partit Socialista Unificat de Catalunya (PSUC).

Mi maestro social nos enseñaba que la memoria histórica es algo fundamental en la conformación de las señas de identidad de un pueblo, y que, para ganar el presente, y el futuro, no se ha de olvidar el pasado. También nos enseñó, y quienes estamos en el ámbito educativo deberíamos aún ser más sensibles a sus reflexiones y pensamientos, que para transformar la realidad no basta solamente con ser idealista, sino que es necesario tener un profundo conocimiento de dicha realidad. Se planteaban en los años 80 y 90 del siglo XX una serie de cuestiones que siguen siendo hoy de rabiosa actualidad adaptadas al momento histórico que vivimos, y que también serán de decisiva importancia en el inmediato futuro.

A) El análisis con seriedad y rigurosidad de los cambios que se producen (añado yo ahora, ayer, hoy y mañana) en el mundo del trabajo, en la actividad productiva y en la composición de la fuerza de trabajo (manual e intelectual).

B) La denuncia de la explotación de los trabajadores en el ámbito de lo que entonces eran las “nuevas formas de organización del trabajo” (del taylorismo al fordismo y después al toyotismo”. En su libro, de 1975, “Tiempos modernos. El control capitalista y la respuesta obrera” explicaba con claridad como las (entonces) modernas técnicas de organización científica del trabajo de rostro más humano, menos agresivas, “no son sin embargo más que otras técnicas solapadas para el ejercicio del poder en la fábrica”). Hoy el poder no se ejerce sólo en la fábrica, sino en el seno de unas relaciones de trabajo mucho más diversificadas y fragmentadas, donde los conceptos de “tiempo de trabajo” y “centro de trabajo” son sustancialmente distintos en muchas ocasiones a los de hace pocos años. Joan ya se planteaba una temática que después alcanzaría mucha más importancia, cuál era la descentralización productiva (más adelante llamada externalización, outsourcing), y a buen seguro que ahora le preocuparían las relaciones de trabajo, el trabajo decente, en las cadenas mundiales de suministro a las que me referido con anterioridad.

C) Una mayor participación de todas las personas trabajadoras en las decisiones que les afectan en el mundo de la empresa. Igualmente, la necesidad de que los ciudadanos y aquellas tuvieran mucho que decir en las decisiones políticas y sociales que les afectarían. Hoy, en el ámbito político y social esa participación debería tener a corregir ese único objetivo que parecen perseguir algunas transformaciones económicas y comerciales, cuál es el de enriquecer abusiva y desmesuradamente al 1 % de la población, con un radical incremento de las desigualdades y el empobrecimiento de una parte importante de la población.

D) Cómo afectaban las entonces denominadas “nuevas tecnologías” y su impacto en el mundo del trabajo. Hoy podemos hablar ya de la cuarta revolución industrial y de la necesidad de responder a los retos que plantea.

En las explicaciones de la parte histórica de las relaciones de trabajo les hablo, y explico, a mi alumnado sobre la primera revolución industrial, la del siglo XVIII, el nacimiento de la producción fabril y la aparición del movimiento obrero y las organizaciones sindicales, y me acerco después a la segunda, con la aparición de las cadenas de montaje, el surgimiento del taylorismo y del fordismo, donde la persona trabajadora era un mero engranaje más de la máquina, y las luchas por las mejoras condiciones de trabajo. No necesito hablarles de la tercera, porque ellos han nacido con la tecnología electrónica y digital, que es algo ya incorporado con plena normalidad a su vida cotidiana y con la que operan en sus estudios y en la vida laboral en la que muchos de ellos ya están integrados. Constató ahora que necesito actualizarme para no quedar fuera de la realidad en la que ya viven personas, no tan jóvenes, a las que imparto docencia en otros cursos, y analizar a fondo, para aprender primero y explicar después, el impacto en el mundo del trabajo de la llamada cuarta revolución industrial o industria 4.0, la que ha sido conceputada y definida en los estudios realizados al efecto como la que utiliza la inteligencia artificial e información en tiempo real para aumentar la productividad y reducir los costos. Creo que el reto que tienen las organizaciones sindicales es no quedarse ancladas en una realidad productiva que está cambiando a pasos agigantados y ser sujetos activos del cambio, poniendo en el centro de la negociación con las organizaciones empresariales, con las empresas y los gobiernos, la puesta en marcha de las medidas adecuadas y necesarias para incentivar la adquisición del conocimiento necesario en una marco productivo donde la persona y la máquina trabajarán, de hecho ya es así, conjuntamente. Sólo aquellos países y aquellas empresas que sean conscientes de la necesaria implicación de personal muy cualificado en la actividad productiva podrán mirar al futuro con garantías de resultados positivos para toda la sociedad.

Llegados a este punto, me parece oportuno detenerme con brevedad en la realidad política y laboral española, para dejar constancia de la moción aprobada el 22 de febrero por el Pleno del Congreso de los Diputados, presentada por el grupo parlamentario socialista “sobre las medidas que piensa adoptar el Gobierno para asegurar unas condiciones de trabajo dignas y de calidad en la economía digital”. La moción fue aprobada con enmiendas incorporadas del grupo parlamentario confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, y del Grupo Parlamentario Mixto (diputado Sr. Campuzano, PDCat).

La moción insta al gobierno a presentar una Estrategia integral, tras haber alcanzado un acuerdo en el marco del diálogo social puesto en marcha el mes de septiembre de 2017 (que marcha a ritmo muy lento, por decirlo de forma suave) y con la cooperación de las autonomías (no se olvide que son competentes en materia de ejecución de la legislación laboral y que tienen amplias competencias en materia de empleo) que permita una regulación que, de forma gradual en el tránsito de las formas económicas actuales a la que supone, y supondrá aún más a medio plazo, la economía digital, favorezca que el empleo que se cree sea de calidad (trabajo decente, digno y con derechos, añadido por mi parte, por utilizar la terminología de la OIT, ampliamente

citada en este texto), y que al mismo tiempo contribuya a “prevenir y mitigar sus riesgos”, cuales son el incremento de personas desempleadas por falta de adecuación a las cualificaciones y competencias requeridas, y el aumento del número de personas que no perciban rentas sustitutivas de la pérdida de su empleo (lo que nos lleva a otro debate de indudable importancia y que dejo aquí apuntado, cual es de la regulación de un ingreso mínimo para toda persona que lo necesite, o bien yendo mucho más lejos una renta básica para todo ciudadano y no vinculada a su actividad laboral).

Dicha estrategia deberá evaluar y valorar el impacto del cambio tecnológico, y deberá hacerlo teniendo en consideración la diversidad de la población trabajadora y de la actividad productiva, así como de las diferentes realidades territoriales; es decir, una evaluación y valoración “con distinción de sexo, edad, formación, renta, hogares y territorio, para lo que elaborará una serie de indicadores de información, con el fin de determinar la brecha digital”.

E) La distribución, reorganización y reparto del trabajo. ¿Hemos avanzado en este punto desde que lo planteara Joan? ¿Combinamos adecuadamente la flexibilidad organizativa demandada por la parte empresarial y el interés por parte laboral de poder conciliar adecuadamente tiempos de vida y de trabajo? Queda mucho, mucho por hacer.

F) La búsqueda de modelos empresariales participativos y solidarios, aquello que ahora se llama la economía social y solidaria (entonces no se había puesto de moda aún el término “emprendimiento” y todo lo que parece llevar consigo, que no siempre es ese valor social y solidario de las empresas de la economía social). Joan apostaba por articular entre los poderes públicos, la iniciativa social y las organizaciones sindicales, políticas de empleo estable que incentivaran su contenido social, en la línea defendida por la OIT, “con una expansión cuantitativa y cualitativamente relevante de los sectores vinculados al tiempo libre, la educación y las actividades sociales y culturales, todas aquellas en suma que después pasaron a denominarse “nuevos yacimientos de empleo”.

G) La lucha contra todo tipo de exclusión y marginación, con especial atención a los problemas de los más excluidos, aquellos que quedan fuera de los circuitos ordinarios o regulares de la vida social y laboral. Hoy sigue siendo necesaria esta lucha, que no afecta sólo a las personas que están fuera del mercado de trabajo (con especial atención a la problemática de los jóvenes y de los mayores de 50 años), sino que también afecta a los “trabajadores pobres”, los que trabajan pero sus ingresos no les permiten salir de la pobreza. Era especial su preocupación por los jóvenes y las mujeres, por el incremento de las situaciones de economía irregular o sumergida y de pérdida de derechos de los trabajadores en tal situación. En la actualidad, su preocupación sería mayor si conociera, por ejemplo, la temática de la utilización del contrato a tiempo parcial, o la figura de los falsos autónomos. Joan se cuestionaba (fijense la actualidad que sigue teniendo su reflexión) como evitar una sociedad dual “compuesta por una minoría de individuos con un trabajo estable y bien remunerado y cualificado, y el resto de la población activa condenada a trabajos precarios, eventuales, sumergidos o simplemente sin ningún trabajo”.

H) Cantidad sí, pero calidad del trabajo también, y atención a las nuevas realidades laborales en donde el trabajo asalariado muchas veces existe, pero está “oculto” en términos jurídicos. Ya se apuntaban algunas preocupaciones en la obra de Joan que ahora se confirman. En efecto, en un estudio del Instituto Sindical de Estudios, de la Confederación Europea de Sindicatos, sobre el mercado de trabajo en los países de la Unión Europea se pone de manifiesto que un análisis del desarrollo del mercado de trabajo, y de sus características sugiere que el debate sobre la calidad del trabajo “debe estar, como nunca lo ha estado antes, en el primer plano de la agenda política”, y que aquella “no debe solo prestar atención a (la mejora) de los sistemas educativos y de la oferta de trabajo, sino que debe prestar mucha atención a la calidad de los puestos de trabajo creados”. En estrecha relación con lo anterior, el documento enfatiza que las políticas tendentes a favorecer el mantenimiento de los trabajadores de edad avanzada en el mercado de trabajo deben prestar especial atención a que este mantenimiento “no se produzca simplemente porque los trabajadores no tienen otra alternativa legal o económica, sino porque son capaces de encontrar un empleo de calidad adecuado a sus cualificaciones, salud y necesidades económicas”. La calidad, más exactamente mala calidad, del empleo afecta en especial a los trabajadores pobres, y es muy interesante destacar el acento que pone el estudio en que dicho aumento afecta en especial a quienes no tienen la condición jurídica de asalariado, grupo que incluye “no sólo a los autónomos sino también a quienes están implicados en las nuevas formas de trabajo que están apareciendo en la economía digital”, algo que es calificado como “un particularmente alarmante desarrollo para el futuro del trabajo”.

I) Abordar la situación difícil de los países del llamado tercer mundo. Hoy hablamos de la inmigración y más recientemente de los refugiados que huyen de las guerras y de la miseria en busca de una vida mejor para ellos y sus familias. Joan ya intuía la importancia que adquiriría el fenómeno migratorio, y estoy seguro que su defensa de todas las personas trabajadoras, con independencia de su origen o lugar de nacimiento, ha dejado huella (¡y que no la borren!), en el mundo político, sindical y eclesial.

J) En fin, nuevas formas de redistribución de la renta, que no podían pasar única y exclusivamente (¡y lo decía ya en el año 1989!), por la percepción de un salario, ante el menor número de personas que iban a percibirlo por el impacto del cambio tecnológico y del incremento del desempleo, apostando por la puesta en marcha de un salario ciudadano, como derecho de toda persona en razón de su participación en el proceso productivo. Joan nos hablaba del impacto de la segunda revolución industrial (no conoció la tercera) y de la necesidad de evitar de “socializar y repartir los costes económicos-sociales que esta implica en términos de empleo productivo”.

A modo de síntesis. ¿Cuáles eran, según Joan, los grandes problemas y retos del mundo del trabajo en la década de los noventa? Y debemos nosotros preguntarnos hoy ¿cuáles son ahora?

- El desempleo estructural de una parte importante de la población.
- Las mutaciones o cambios tecnológicos.
- Los cambios en las estructuras productivas, con transferencia de producción intensiva en mano de obra a países, en aquel entonces, con costes salariales muy inferiores a los de los países desarrollados.

- La importancia de la adquisición de conocimientos y cualificación profesional para poder estar en el mundo del trabajo, en condiciones dignas, en la fase de intensa transformación tecnológica, que en la actualidad es aún superior.
 - Políticas educativas y formativas adecuadas para enfrentarse a los nuevos retos sociales y culturales, “desafío difícil el de la formación que necesita unas voluntades políticas y culturales renovadas. Desafío para los enseñantes, para las comunidades educativas y desde luego para los sindicatos, para todas las fuerzas sociales y para las diversas Administraciones”.
-

8. Quiero terminar mi intervención “poniendo deberes” a todas las personas asistentes, y por supuesto también a todas las interesadas en la temática del empleo decente y del futuro del trabajo, y van a ser los mismos que los que la Oficina Internacional del Trabajo preparó para la segunda reunión de la comisión mundial de expertas y expertos creada para debatir sobre aquel, y de esta forma se amplía considerablemente el abanico de personas que podrán exponer su parecer, ya que están abiertos los canales para hacerlas llegar a la OIT.

En esta reunión, celebrada del 15 al 17 de febrero, sus miembros se concentraron en seis ámbitos concretos, para cada uno de los cuales la Oficina ha elaborado unos documentos de síntesis en los que se plantean las cuestiones más relevantes de cada uno de ellos para debate. Los temas son los siguientes: “El papel del trabajo para los individuos y las sociedades. Poner fin a la desigualdad generalizada de las mujeres en el mundo del trabajo. La tecnología al servicio del desarrollo social, económico y medioambiental. Gestionar el cambio durante cada fase de la transformación y la educación. Nuevos enfoques de crecimiento y desarrollo. La futura gobernanza del trabajo”.

En el primero de ellos, tras exponer que “La reconfiguración del momento, la forma y el lugar en que trabajamos augura promesas y peligros. Las implicaciones de estos cambios para las personas y la sociedad en el futuro del trabajo dependerán de nuestros valores y de nuestro compromiso con la justicia social, y de los marcos que ideemos para modelar ese futuro”, se formulan las siguientes preguntas:

“¿De qué manera propiciamos cambios para que el futuro del trabajo atienda la necesidad de flexibilidad de las empresas y la de equilibrio entre vida laboral y vida privada de los trabajadores? ¿Cómo se pueden aprovechar los beneficios de la productividad de las nuevas tecnologías para ir reduciendo el tiempo de trabajo, tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo?”

En el contexto de rápida dispersión espacial del trabajo, ¿de qué modo se promueve una función significativa del trabajo en nuestras comunidades y nuestra sociedad?

¿Qué posibilidades ofrecen las nuevas tecnologías para anclar el trabajo a nivel local y crear un sentido de comunidad potencialmente nuevo?

¿Qué otras medidas deberíamos utilizar para valorar y cuantificar el trabajo con más precisión? ¿Qué políticas podrían adoptarse para valorar adecuadamente la totalidad del trabajo, tanto remunerado como no remunerado?

¿Serán suficientes los marcos de gobernanza existentes para que el futuro del trabajo sea seguro, inclusivo y equitativo?”.

Añado yo ahora: ¿Y saben quiénes obtendrán matrícula de honor? Aquellas personas cuyas respuestas, y su aplicación práctica, sirvan para construir una sociedad más inclusiva, justa y solidaria, y con las que caminemos hacia la desaparición de las desigualdades y discriminaciones. Como pueden comprobar, se pone el listón muy alto para la obtención de la matrícula, pero ¿no les parece que vale la pena intentarlo? Manos a la obra (= ordenador).

¡Ah! Me olvidaba de algo importante. Espero que no me califiquen en algún documento empresarial como un “activista doctrinal”, porque lo único que he pretendido poner de manifiesto en mi intervención es la importancia de la puesta en práctica de políticas y medidas, y del cumplimiento de las normas, que tienden a potenciar la justicia social y mejorar las condiciones de trabajo y empleo de la gran mayoría de la población. Si hago esta observación es por la sorpresa, no exenta de indignación, que me ha motivado la lectura del documento recientemente elaborado por el Círculo de Empresario, con la participación de destacados juristas, que lleva por título “La calidad del sistema jurídico como clave del crecimiento económico y progreso social”, en el que se incluye un apartado dedicado al “problema del llamado activismo judicial”, en el que se efectúa una “llamada al orden” de aquellos jueces y tribunales que realizan, siempre según los autores del documento (fuertemente criticado, con la contundencia político-jurídica que le caracteriza, por el profesor Antonio Baylos en su blog) “interpretaciones que no se ajustan a la letra y el espíritu de las leyes”, siendo cuando menos curioso que quienes han redactado el documento se irrogue la sabiduría de conocer no sólo la letra sino también el espíritu de las leyes, y que descalifiquen a quienes no piensan, ni actúan, como ellos desearían. ¿Será acaso porque esos jueces y tribunales “indomables” tratan de aplicar las normas internacionales, europeas y española con la perspectiva de dar cumplimiento en todas sus actuaciones a los derechos y principios sociales enunciados en tales normas?

Muchas gracias

BIBLIOGRAFÍA

1. OIT (2018). Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: Tendencias 2018. Disponible en http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_615695/lang--es/index.htm
2. OIT (2017). Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo: sus reflexiones. Disponible en http://www.ilo.org/global/topics/future-of-work/news/WCMS_613522/lang--es/index.htm
3. OIT (2017). Trabajo decente y la Agenda 2030 de desarrollo sostenible. Disponible en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_470340.pdf

4. Ferran Camas (2017). Trabajo decente e inmigrantes en España. Ed. Huygens.
5. Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y de Derecho del Empleo (2016, Vol. 4, Número 4). Número monográfico dedicado al trabajo decente. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/447603>
6. Ramón Baeza, Fernando Rocha y Elvira S. Llopis (2011). El trabajo decente en España 2011. Fundación 1º de mayo. Disponible en <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/Informe41.pdf>
7. Red Regional de Bibliotecas de la OIT para América Latina y el Caribe (2010). Trabajo decente: Bibliografía y fuentes de información OIT. Disponible en http://www.ilo.org/americas/publicaciones/bibliografias/WCMS_180282/lang--es/index.htm
8. Amartya Kumar Sen; Joseph Eugene Stiglitz; Imanol Zubero Beascoechea (2007). Se busca trabajo decente. Ed. HOAC.

LA ARMONIZACIÓN FISCAL DE LOS IMPUESTOS ESPECIALES

María Teresa Mata Sierra

mtmats@unileon.es
Catedrática de Derecho Financiero y Tributario
Universidad de León

Recibido: 23/08/2018 – Aceptado: 14/09/2018

Resumen

Este artículo doctrinal analiza el estado de la armonización fiscal de los impuestos especiales o accisas, en denominación comunitaria, poniendo de evidencia que todavía queda mucho por hacer.

■ **Palabras clave:**
Armonización fiscal;
Impuestos especiales;
Accisas; Fiscalidad

Abstract

■ **Keywords:**
Fiscal harmonization;
Excises duties; Accisas;
Tax system

This essay tries to analyze the fiscal harmonization of the Excises duties or accisas, in community name, putting of evidence that still remains great for doing.

I. Introducción – II. Régimen jurídico de los impuestos especiales – III. La armonización fiscal de los impuestos – IV. Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

La denominación de impuestos especiales y sobre consumos específicos, también denominados accisas en nomenclatura comunitaria¹, agrupa un conjunto de impuestos parte de la llamada imposición especial sobre el consumo, que completa la del Impuesto sobre el Valor Añadido; se trata de una imposición adicional que pasa a

¹ Siguiendo el mandato del artículo 99 del Tratado de Roma, que estableció la necesidad de armonizar las legislaciones fiscales de los Estados miembros, la Comisión a partir de 1972, como paso previo, establece una clasificación de las que denomina accisas y emana una serie de propuestas de Directiva tendentes a lograr la citada armonización, así como una propuesta de decisión por la que se crea un Comité de Accisas.

computarse dentro de la base imponible del IVA², doble gravamen que, como señala la Exposición de Motivos de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de los Impuestos Especiales (en adelante, LIIEE)³, “*se justifica en razón a que el consumo de los bienes que son objeto de estos impuestos genera unos costes sociales, no tenidos en cuenta a la hora de fijar sus precios privados, que deben ser sufragados por los consumidores, mediante una imposición específica que grave selectivamente estos consumos*”. A ello se añade que los productos sujetos a los impuestos especiales pueden estar gravados por otros impuestos indirectos que persigan una finalidad concreta siempre que los mismos no tengan el carácter de impuesto sobre el volumen de negocios ni, como es lógico, contravengan ninguno de los principios del Mercado Único⁴.

Se trata de impuestos de finalidad extrafiscal⁵ en la medida en que, de nuevo, según la propia Exposición de Motivos mencionada, actúan como instrumentos de las

² Respecto a la problemática que suscita esta cuestión desde la capacidad económica, puede verse LÓPEZ ESPADAFOR, C: “*La inclusión de los Impuestos Especiales en la base imponible del IVA como situación de sobreimposición*”, *Quincena fiscal*, Aranzadi, núm. 1/2018, Estudios, **BIB 2017/43649**.

³ Esta Ley incluye a los tradicionales impuestos sobre consumos específicos con la denominación de “impuestos de fabricación” –hidrocarburos, tabacos y alcohol– introduciendo el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte, inaugurando una clase de impuesto especial, que no era de «fabricación», muy diferente de aquéllos a los que, no obstante, se les otorgaba el mismo fundamento. Con posterioridad, se incorporan a esta Ley, el Impuesto especial de fabricación sobre la Electricidad por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social y el Impuesto especial sobre el Carbón mediante la Ley 22/2005, de 18 de noviembre que es una trasposición de la Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre. (En la última modificación de la Ley, el impuesto sobre la electricidad deja de configurarse como un impuesto de fabricación para convertirse en un impuesto especial sobre el consumo, más acorde con la Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre y pasa a denominarse Impuesto Especial sobre la Electricidad).

Fuera de esta norma la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social añade otro impuesto indirecto que recae especialmente sobre determinados consumos, el Impuesto sobre las Primas de Seguros.

Por su parte, el Impuesto sobre Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, creado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social está derogado, desde 1 de enero de 2013, tras su integración en el Impuesto sobre Hidrocarburos.

⁴ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y ARRANZ, A.: *Fiscalidad de los productos sometidos a Impuestos Especiales*, Ed- THOMSON-ARANZADI- IBERDROLA, 1ª ed., 2016, pág. 38.

⁵ Como ya hemos mantenido en alguna oportunidad la naturaleza extrafiscal de los tributos supone que al tiempo que proporcionar ingresos al erario público, persiguen otros fines de carácter económico o social; dicho de otra forma, aquellos que sin perder su condición, añaden a su función recaudatoria o fiscal otra distinta que, en principio, nada tiene que ver con la de obtener ingresos.

Siguiendo la jurisprudencia constitucional –en particular RTC 1987/37– la extra fiscalidad de un determinado tributo no se define meramente por la exclusión o por oposición respecto del carácter principalmente recaudatorio de la mayor parte de los tributos; al contrario, la extra fiscalidad viene enmarcada por la orientación del instrumento fiscal a fines de ordenación de la conducta de los administrados. Por lo tanto, si la finalidad de este tipo de

políticas sanitarias, energéticas, de transporte, de medio ambiente... etc., en las que el consumo de estos bienes genera “...unos costes sociales, no tenidos en cuenta a la hora de fijar sus precios privados, que deben ser sufragados por los consumidores...”⁶; aún así, coincidimos con C. LÓPEZ ESPADAFOR en que esta extrafiscalidad no debe llevarse a extremos, en la medida en que puede resultar sólo parcialmente real⁷.

tributos es ordenar la conducta de los administrados estableciendo un sistema de incentivos adecuado para tratar de eliminar el comportamiento que se considera lesivo para el interés general, la estructura de los mismos deberá, en todo caso y sin excepción, incluir mecanismos de exención para aquellos sujetos pasivos que se adapten su conducta al mandato legal (Vid., a mayores MATA SIERRA, M.T.: “La tributación medioambiental: perspectivas de futuro”, *Tratado de tributación medioambiental* (2 volúmenes), BECKER ZUAZUA, F., CAZORLA PRIETO, L.M., MARTÍNEZ SIMANCAS, J.M., (Coord.), Ed-Thomson-Aranzadi-Iberdrola, 1ª ed., 2008 págs. 521 y ss. Sobre la cuestión del carácter extrafiscal de los impuestos especiales puede verse ALONSO GONZÁLEZ, L.M.: “*Los impuestos especiales como tributos medioambientales*”, *Derecho del medio ambiente y administración local*, ESTEVE PARDO, J- (Coord.) 2ª ed., Fundación, Democracia y Gobierno local, Madrid, 2006 y COBOS GÓMEZ, J.M.: “*Trayectoria y principios de la tributación ambiental en la Unión europea*”, *Tratado de tributación medioambiental* (2 volúmenes), Vol. 2, ob., cit., pág. 863 y ss.

⁶ En concreto, esta Ley 38/92, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales, en lo que parece una mera declaración de intenciones, indica que el consumo de los bienes que son objeto de los impuestos especiales genera unos costes sociales, no tenidos en cuenta a la hora de fijar sus precios privados, que deben ser sufragados por los consumidores, mediante una imposición específica que grave selectivamente estos consumos, cumpliendo, además de su función recaudatoria, una finalidad extrafiscal como instrumento de las políticas sanitarias, energéticas, de transportes, de medio ambiente, etcétera. Esta declaración de intenciones de la LIIEE se cuestiona por ALONSO GONZÁLEZ, L. M., en “*Los impuestos especiales como tributos medioambientales*”, en *Derecho del medio ambiente y administración local*, ob., cit., pág. 237.

⁷ Frente a supuestos en los que la posibilidad de utilización del expediente de la extrafiscalidad es real, lógica y viable en los casos de consumos en cierta medida superfluos o innecesarios, que se consumen por placer, encontraríamos otros casos en los que el consumo se vincula mayormente un elemento de necesidad. En esta línea, coincidimos con el autor mencionado en el texto en que “*por ejemplo, no se puede poner a un mismo nivel el consumo de tabaco y de bebidas alcohólicas de alta graduación y el consumo de los carburantes necesarios para la circulación rodada habitual. Quizás en relación a los primeros la mayoría de la sociedad o, por lo menos, «un buen padre o una buena madre de familia», no tendría tanto inconveniente en aceptar como legítima, en un plano de lógica constitucional de justicia, una tributación por encima del 100%, como con respecto al consumo de carburantes, donde ya el límite del 100% le parecerá alto, aunque un respiro en comparación con las situaciones que se han venido dando, sobre todo si para su vida normal y cotidiana no puede prescindir del vehículo propio al no disponer en su ámbito de unas redes de transporte público que cubran sus necesidades*” (...) Cosa distinta pueden ser otros hidrocarburos menos esenciales, altamente contaminantes y más sustituibles, donde la extrafiscalidad pueda jugar abiertamente determinando una mayor presión fiscal” (...) Frente a esa falsa extrafiscalidad, pues en poco ayuda a la solución de los problemas que pretende combatir, la lucha contra la contaminación por carburantes se debería hacer de otra forma. Se debería incentivar en mayor medida con subvenciones directas, por altas que éstas tengan que ser, la investigación y producción de biocarburantes y carburantes menos contaminantes y de vehículos aptos para su uso, a

No obstante, y pese a que la justificación de la existencia de este tipo de impuestos puede apoyarse en que su finalidad es internalizar las externalidades negativas, su finalidad no es exclusivamente extrafiscal⁸, sino que tienen una alta eficacia recaudatoria⁹ al gravar bienes de baja elasticidad de demanda –lo que supone que el aumento de precio que genera el impuesto no perjudica la recaudación– y sirven para corregir problemas de información asimétrica e incompleta¹⁰.

En todo caso, y como ha señalado la doctrina, los impuestos especiales, también denominados impuestos correctores¹¹, “*no nacen sino para recaudar ingresos; ahora bien, se admite que, tangencialmente, puedan utilizarse para otros fines distintos del fiscal, fines que, por su resonancia social, justifican ampliamente ante la sociedad unos supuestos palmarios de sobreimposición o doble imposición*”¹² por lo que con ellos se pretende conseguir la finalidad de distribuir los costes sociales en daño para los demás que genera el consumo de las sustancias gravadas por los mismos en –lo que no siempre es fácil de calcular¹³–, reducir sus consumos, considerados nocivos para la salud¹⁴.

precios asequibles incluso para sujetos de baja capacidad económica. Cuando cualquier sujeto pueda acceder a precios asequibles a vehículos no contaminantes y tales vehículos den unas prestaciones en cierta medida similares a las de los actuales, entonces estará legitimada una presión fiscal elevada sobre el gasóleo y las gasolinaz; mientras no” (Cfr. LÓPEZ ESPADAFOR, C.: “*La inclusión de los Impuestos Especiales en la base imponible del IVA como situación de sobreimposición*”, *Quincena fiscal*, Aranzadi, núm. 1/2018, Estudios, **BIB 2017/43649**).

- ⁸ Vid. ESCOBAR LASALA, J.J.: “*Tratamiento de las mermas y pérdidas en la normativa de los impuestos especiales*”, *Impuestos*, Tomo II, 1990, pág. 111. En opinión de este mismo autor los tipos aplicables a estos impuestos “*no se trata de los tipos prohibitivos que hubieran debido establecerse si la finalidad de estos impuestos fuera ser, exclusivamente, instrumentos de políticas no fiscales*”.
- ⁹ Incide J. GASCÓN en esta idea de que los Impuestos Especiales tienen una importante capacidad recaudatoria en su trabajo, GASCÓN, J.: *Diagnóstico y propuestas para una reforma fiscal*, Ed. Civitas -Thomson Reuters, 2013, pág. 235.
- ¹⁰ Cfr. SANZ SANZ, J. F. y ROMERO JORDÁN, D.: “*La imposición indirecta en España: Situación y perspectivas de reforma*”, *Una reforma fiscal para el crecimiento y el empleo* (Dir. MARÍN, M., Coord. ELORRIAGA, G. y SANZ J. F.), FAES, 2013, pág. 161.
- ¹¹ Cfr. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y ARRANZ, A.: *Fiscalidad de los productos sometidos a Impuestos Especiales*, cit., pág. 327.
- ¹² AA.VV.: *Efectos económicos de los impuestos especiales: Análisis de las repercusiones derivadas de la variación en los tipos impositivos* (Coord. SOLANA VILLAMOR, F.), Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 1989, pág. 31.
- ¹³ Cfr. *Informe Mirrlees, Diseño de un sistema tributario óptimo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2013, Introducción LII.
- ¹⁴ Sobre la función socioeconómica de este tipo de tributos puede verse ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.: “*Los impuestos especiales: su función socioeconómica*”, en AAVV.: *Estudios sobre los impuestos especiales*, Ministerio de Economía y Hacienda. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pág. 15 y ss.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS IMPUESTOS ESPECIALES

El régimen jurídico de estos impuestos¹⁵ se regula fundamentalmente en la mencionada Ley 38/1992, de 28 diciembre, (en adelante, LIIEE) con desarrollo reglamentario en el Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio, norma que ha sido objeto de modificaciones importantes, entre las que destacamos las del Real Decreto 191/2010, de 26 de febrero que introdujo las modificaciones necesarias para transponer, parcialmente, la Directiva 2008/118/CE del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, transposición que se ha completado en lo que se refiere a la documentación electrónica, a través del Real Decreto 1715/2012, de 28 de diciembre, con incidencia en aspectos formales de los impuestos¹⁶.

Los impuestos especiales que se regulan en la LIIEE son tributos indirectos, reales, objetivos, instantáneos y monofásicos que gravan la fabricación, importación y, en su caso, introducción en el ámbito territorial interno de determinados bienes. Los impuestos especiales de fabricación están armonizados a nivel europeo generalmente a través de sendas Directivas: la primera que se ha ocupado de la armonización de la estructura y, la segunda, que se ha ocupado de la aproximación de los tipos de gravamen. Sobre ambas se proyectó la Directiva 92/12/CEE, de 25 de febrero, relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales, la cual fue derogada por la Directiva 2008/118/CE, del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa al régimen general de los impuestos especiales que actúa como una norma transversal.

Así, la Ley 28/2014, de 27 de diciembre ha procedido a modificar el artículo 1 de la LIIEE, de forma que en la actualidad este precepto no sólo define los impuestos especiales, sino que también enumera cuáles de ellos componen esta categoría; conforme a esto, los Impuestos Especiales son tributos de naturaleza indirecta que recaen sobre consumos específicos y gravan, en fase única, la fabricación, importación y, en su caso, introducción, en el ámbito territorial interno de determinados bienes, así como la matriculación de determinados medios de transporte, el suministro de energía eléctrica y la puesta a consumo de carbón, de acuerdo con las normas de esta Ley.

Tienen la consideración de impuestos especiales los Impuestos Especiales de Fabricación –armonizados a nivel europeo– entre los que se encuentran: los Impuestos sobre el Alcohol y las Bebidas Alcohólicas (Impuesto sobre la Cerveza, Impuesto sobre el Vino y Bebidas Fermentadas, Impuesto sobre Productos Intermedios, Impuesto sobre el Alcohol y Bebidas Derivadas, Impuesto sobre Hidrocarburos e

¹⁵ *Practicum Fiscal*. **BIB 2015/64** Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2015.

¹⁶ La reforma reglamentaria de 2012 extiende la utilización del documento administrativo electrónico a la circulación dentro del ámbito territorial interno de productos objeto de los impuestos especiales de fabricación en régimen suspensivo. Asimismo, se ha considerado oportuno que el documento administrativo electrónico también ampare la circulación de estos productos en circulación dentro del ámbito territorial interno con impuesto devengado con aplicación de una exención o de un tipo reducido. Todo ello ha obligado a una profunda modificación del Reglamento.

Impuesto sobre las Labores del Tabaco), el Impuesto Especial sobre la Electricidad¹⁷, el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte y el Impuesto Especial sobre el Carbón, figura ésta última que se introdujo por la Ley 22/2005, de 18 noviembre, con motivo de la incorporación al ordenamiento jurídico de la Directiva 2003/96/CE por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad. A los anteriores se añadía el Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte (IEDMT), incrustado en la normativa de los impuestos especiales por motivos puramente formales con una regulación específica de carácter no comunitario recogida en la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y que actualmente está derogado, desde 1 de enero de 2013, tras su integración en el Impuesto sobre Hidrocarburos. Tampoco tiene regulación comunitaria el Impuesto sobre las Primas de Seguros creado por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Estamos, ante tributos cedidos a las Comunidades autónomas¹⁸ las que, no obstante, y dado el carácter armonizado de estos impuestos, carecen de competencias normativas o de gestión¹⁹, con excepción de tipo autonómico aplicable en el Impuesto sobre Hidrocarburos para determinados productos como las gasolinas y gasóleos²⁰.

Es preciso puntualizar que estos tributos no son de aplicación en Ceuta y Melilla, donde se aplicará un tipo complementario del Impuesto sobre la Producción de Servicios y la Importación (en adelante IPSI) sobre las labores del tabaco, el

¹⁷ La Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social creó el Impuesto sobre la Electricidad como impuesto de fabricación. En la última modificación de la Ley, el impuesto sobre la electricidad deja de configurarse como un impuesto de fabricación para convertirse en un impuesto especial sobre el consumo, más acorde con la Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre y pasa a denominarse Impuesto Especial sobre la Electricidad.

¹⁸ En relación con la cesión de estos tributos a las Comunidades Autónomas de régimen común, hemos de atender a la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias. En tal sentido, esta norma establece para lo referente a los impuestos especiales de fabricación la cesión del 58% de la recaudación líquida por los Impuestos Especiales de Fabricación sobre la Cerveza, sobre el Vino y Bebidas Fermentadas, sobre Productos Intermedios, sobre el Alcohol y Bebidas Derivadas, sobre Hidrocarburos y sobre las Labores del Tabaco.

¹⁹ Como se señala en el *Informe de la Comisión de Expertos para a Reforma del sistema tributario español*, de entre las figuras impositivas de responsabilidad directa de la AEAT, los impuestos de estructura más fragmentada son los que se agrupan bajo la denominación presupuestaria de «Impuestos especiales», conjunto que está constituido por una gran variedad de figuras tributarias (Cfr. *Informe de la Comisión de Expertos para la reforma del sistema tributario español*, febrero de 2014, http://www.minhap.gob.es/ES/Prensa/EnPortada/2014/Documents/Informe_expertos.pdf, pág. 46).

²⁰ Las Comunidades autónomas pueden establecer un tipo impositivo autonómico del Impuesto sobre Hidrocarburos para gravar suplementariamente los productos a los que resulten de aplicación los tipos impositivos comprendidos en determinados epígrafes.

carburante y los combustibles²¹; por su parte, en Canarias se aplican los Impuestos sobre la Cerveza, sobre Productos Intermedios y sobre el Alcohol y Bebidas Derivadas, el resto, no son de aplicación. Por su parte, el tabaco es objeto de gravamen especial, más elevado que el tipo general, en el impuesto General Indirecto Canario (en adelante, IGIC)²², así como de un Impuesto Especial sobre el Tabaco de aplicación exclusiva en las Islas Canarias²³. Por lo que respecta a los hidrocarburos en este mismo territorio, resulta de aplicación el Impuesto sobre Combustibles Derivados del Petróleo²⁴.

Lo que si tienen completamente cedida las Comunidades autónomas de régimen común es la recaudación del Impuesto sobre Determinados Medios de Transporte a lo que se añade la cesión de las competencias en su gestión. La LIIEE articula tres tarifas impositivas diferentes para de Ceuta y Melilla, para Canarias y para la Península y Baleares. Consecuencia de lo anterior este impuesto no resulta de aplicación efectiva en las ciudades autónomas que establecen un tipo cero mientras que en Canarias se aplica un tipo más reducido que en el resto del territorio nacional.

Con carácter general, las Comunidades autónomas de régimen común tienen potestad para aumentar hasta en un 15% el tipo impositivo regulado en LIIEE, si bien, no muchas de ellas han optado por aprobar tipos incrementados en este impuesto²⁵.

Asimismo, se cede íntegramente a las Comunidades autónomas de régimen común –lo que añade a Canarias, Ceuta y Melilla– la recaudación del Impuesto sobre la Electricidad sin que se ceda ninguna competencia en materia normativa o gestión, mientras que el Impuesto Especial sobre el Carbón no se exigirá ni en Canarias ni en las Ciudades de Ceuta y Melilla, por disposición expresa de la LIIEE²⁶

III. LA ARMONIZACIÓN FISCAL DE LOS IMPUESTOS ESPECIALES

Nos interesa particularmente respecto a los IIEE, analizar cómo les afecta el proceso de armonización fiscal europea²⁷, realidad esencial desde los inicios del proceso de

²¹ Impuesto sobre la Producción los servicios y la importación, regulado en la Ley 8/1991, de 25 de marzo, por la que se aprueba el arbitrio sobre la producción y la importación en las ciudades de Ceuta y Melilla, que lo constituye como impuesto municipal, por lo que su aplicación se verá afectada por lo dispuesto en las diferentes Ordenanzas Fiscales de Ceuta y de Melilla.

²² El Impuesto General Indirecto Canario se encuentra regulado en la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del Régimen Económico Fiscal de Canarias.

²³ Que se regula en la Ley 1/2011, de 21 de enero, del impuesto sobre las labores del tabaco y otras medidas tributarias. Normativa aprobada por el Parlamento Canario.

²⁴ Regulado en la Ley 5/1986, de 28 de julio, del Impuesto Especial de la Comunidad Autónoma de Canarias sobre combustibles derivados del petróleo.

²⁵ Han aprobado tipos incrementados Andalucía, Asturias, Baleares, Cantabria, Cataluña, Extremadura y Murcia.

²⁶ Artículo 76 de la LIIEE.

²⁷ En su momento, analizamos en profundidad esta temática en nuestro trabajo MATA SIERRA, M. T.: *La armonización fiscal en la Unión Europea*. Ed., Lex Nova, Valladolid,

integración europea²⁸ que comporta, desde la fundación de las Comunidades Europeas, la aproximación de las legislaciones fiscales nacionales; en esta línea, los Tratados Constitutivos se vieron obligados a diseñar este proceso con la finalidad de evitar las distorsiones fiscales a la competencia contrarias al Mercado común actualmente llamado Mercado interior²⁹. Es importante aclarar que éste último se concibió como un espacio económico único en el que había que garantizar que no existieran trabas –incluidas las de naturaleza fiscal– que condicionaran el ejercicio de las libertades comunitarias y, en particular, la libre competencia de los operadores económicos³⁰.

El problema ésta en que, mientras en otros ámbitos se han producido grandes avances³¹, la normativa tributaria se tamiza absolutamente por la soberanía estatal³²

1996; con posterioridad a esta monografía han sido numerosos los autores que se han ocupado y siguen ocupándose de este tema entre los que cabría mencionar, ROCHE LAGUNA, I.: *La integración europea como límite a la soberanía fiscal de los Estados miembros (armonización de la fiscalidad directa en la Comunidad europea)*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000; y, más recientes, LÓPEZ ESPADAFOR, C.: “*La armonización fiscal en la Unión europea y los límites constitucionales a la imposición*”, *Revista Estudios Financieros (Revista de contabilidad y tributación. Casos Prácticos)*, núm. 302, 2008, págs. 99 y ss.; CARBAJO VASCO, D.: “*La armonización fiscal comunitaria. Síntesis de los últimos trabajos en la materia*”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 302, marzo de 2010; CARRASCO PARRILLA, J.: “*La armonización fiscal en la Unión europea*”, *Estudios de la Unión europea*, (Coord. L.I. Ortega Álvarez y S. de la Sierra Morón), Universidad de Castilla- La Mancha, 2011, págs. 661 y ss., RUIZ-HUERTA CARBONELL, J.: “*Tendencias de la fiscalidad en Europa: la armonización fiscal*”, *EURO Y CRISIS ECONÓMICA* núm. 863, Noviembre-Diciembre 2011, págs. 75 y ss. entre otros que también citaremos en notas ulteriores.

²⁸ AAVV.: *Armonización fiscal*, Ed. Publicaciones monográficas, Círculo de Empresarios, Madrid, 1998, pág.1.

²⁹ El artículo 2, A 2, g del Tratado de Lisboa sustituyó el término «*mercado común*» por el de «*mercado interior*» en el texto del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -en adelante, TFUE- (DO C115 de 09/05/08, antiguo Tratado Constitutivo de la UE, modificado por el Tratado de Lisboa).

³⁰ Cfr. CASADO OLLERO, G.: “*Fundamento jurídico y límites de la armonización fiscal en el Tratado de la C.E.E.*” en CASADO OLLERO, G., RUFIAN LIZANA, D. M^a., y SÁNCHEZ GALIANA, J. A.: *Estudios sobre armonización fiscal y Derecho Presupuestario Europeo*, Ed. TAT, Granada, 1987.

³¹ Se han producido importantes avances integradores en campos tan diversos como la Política Comercial, la Política Agrícola y especialmente en Política la Monetaria que, curiosamente, es una de las vertientes más importantes de la *soberanía nacional*, y que a nivel de la Unión Europea se articula en torno a las decisiones adoptadas por el Banco Central Europeo. Con la entrada en vigor de la Unión económica y monetaria se ha producido la pérdida por parte de los EEMM de los más significativos instrumentos de política económica en la medida en que pierden la posibilidad de utilizar sus políticas monetarias y cambiarias por estar condicionada la política presupuestaria al pacto de Estabilidad y Crecimiento.

³² La política fiscal se utiliza por las distintas economías nacionales frente a perturbaciones exógenas de forma que les interesa retener la posibilidad de modificar a la baja los impuestos para reducir costes si los precios y salarios se muestran rígidos a la baja. De este modo, la política fiscal puede jugar un importante papel amortiguador frente a las perturbaciones y diferenciales de productividad, para estabilizar a corto plazo la economía

lo que se demuestra en la conservación de la regla de la unanimidad, contenida en el artículo 113 del TFUE³³, en el proceso decisorio de esta materia, que ha dificultado claramente el logro de un espacio único europeo en materia de tributación, manteniéndose las barreras fiscales y las diferencias tributarias nacionales en muchas materias³⁴.

Esta regla de la unanimidad³⁵ evidencia la “resistencia” de los Estados miembros (en adelante, EEMM) a transferir la parte necesaria de su soberanía para que sea Europa

y afrontar los ajustes estructurales que sean necesarios en el largo plazo. En este sentido, la armonización fiscal puede resultar contraproducente cuando existen marcadas diferencias en los niveles de desarrollo y en el PIB de los distintos países integrados en un área de mercado único, que pueden necesitar hacer uso de la propia política fiscal como uno de los instrumentos para acercar su nivel de renta al de los Estados más avanzados de la UE. La política fiscal actúa como factor diferenciador de las economías y permite por tanto atraer factores productivos y actividad económica a un territorio. Como tempranamente evidenció F. SAINZ DE BUJANDA “*el presupuesto y el impuesto se han convertido en instrumentos poderosos de la política económico-social dirigida, con signo nacionalista, por los distintos Estados. Así se desvela el secreto de la oculta y pertinaz resistencia a todo intento de unificación fiscal que se observa en nuestros días, y se explica también nuestra creencia de que la unidad política de Europa o, al menos, la creación de una autoridad política supranacional haya de preceder a la coordinación económica y fiscal que se desea*» SAINZ DE BUJANDA, F.: “*El factor financiero en la unión europea*”, *Revista de Administración Pública*, 1950, pág. 240.

³³ Señala este precepto (antiguo artículo 93 del TCE) que “*El Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, adoptará las disposiciones referentes a la armonización de las legislaciones relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos, en la medida en que dicha armonización sea necesaria para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior y evitar las distorsiones de la competencia*”. Los avances en la armonización se basan en este precepto que la prevé expresamente -eso sí, sin fijar plazos ni procedimiento jurídico a través del cual dicho proceso debe acometerse.

³⁴ Afirma WEGNEZ que la fiscalidad, “*muy diferenciada de un país a otro, compleja dentro de su concepción y su puesta en práctica, muy próxima a los intereses de los individuos, es, por excelencia, un dossier sensible*” en WEGNEZ, L.: *La nouvelle Europe*, Office International de Librairie, Technique Documentation, París, pág. 230, citado en mi trabajo MATA SIERRA, M^a. T.: *La armonización fiscal en la C.E.E.*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1993, pág. 77.

³⁵ De esta forma, la unanimidad en esta materia ha supuesto un derecho de veto por parte de los Estados que ha retrasado, e incluso en muchos casos paralizado, numerosas propuestas presentadas por la Comisión europea por falta de ese consenso ineludible y unánime (Cfr. *Comunicación de la Comisión. Contribución suplementaria de la Comisión a la Conferencia Intergubernamental sobre las Reformas Institucionales. Votación por mayoría cualificada en los aspectos relacionados con el mercado único de los ámbitos de la fiscalidad y la seguridad social.* COM (2000) 114 final. Bruselas, 14 de marzo de 2000, págs. 5 y 6). Como ha apuntado la propia Comisión, la única solución posible a la realidad con la que nos enfrentamos en materia de fiscalidad sería la adopción del sistema de cooperación reforzada (artículos 326 a 334 del TFUE) que supone el voto de un tercio de los Estados miembros (en este caso nueve Estados) que haría más factible cualquier avance en materia de armonización fiscal; con ello, se lograría que los Estados miembros

la que decida por ellos el establecimiento y regulación de sus impuestos, impuestos que, debemos tenerlo en cuenta, les facilitan los ingresos necesarios para alcanzar sus objetivos de política económica.

Así, los EEMM de la Unión Europea plantean diferencias sustanciales en la cantidad de impuestos a recaudar y cómo emplearlos, diferencias que desgraciadamente prevalecen respecto a la necesidad de profundizar y fortalecer la coordinación de políticas económicas, en un ámbito como el de la fiscalidad³⁶ que resulta esencial para la pervivencia de la construcción europea.

En esta línea, han sido constantes las reticencias de los EEMM al proceso armonizador, demostrando su deseo de mantener sus propias estructuras fiscales como manifestación de sus especificidades en materia económica y social. Como ha señalado **D. CASAS AGUDO** “*se trata de la llamada cultura fiscal, que conforma la conciencia fiscal de la ciudadanía y dibuja el margen de la política fiscal (por ejemplo, la preferencia en un país por un determinado impuesto sobre otro u otros que reflejan las diferentes percepciones sobre cuál es el tamaño adecuado del sector público, la estructura económica de los países, etc.)*”³⁷.

Pese a las dificultades expuestas, actualmente no existe prácticamente ningún tributo o área de imposición que no haya sido objeto de alguna medida armonizadora por parte de la Unión Europea; de esta forma, en materia de imposición indirecta, contemplada expresamente en los Tratados constitutivos en la medida en que sea necesaria “*para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del Mercado interior*”³⁸, destaca la supresión de las aduanas intracomunitarias, el establecimiento del arancel aduanero común, la creación y armonización considerable del IVA³⁹ y de

interesados puedan profundizar en mayores dosis de integración, dando la posibilidad a los demás Estados miembros de que puedan participar ulteriormente.

³⁶ Sobre este tema puede verse el trabajo de MARZINOTTO, B., SAPIR A. & WOLFF G. B.: “*What Kind of Fiscal Union?*”, *Policy Brief* 2011/06, Bruegel, y CHEA, A.C.: “*The Global Financial Meltdown of 2008, Sub-Saharan Africa, and the Way Forward for Sustainable Economic Growth and Development*”, *International Journal of Economics and Finance*, 4(1), 2012, págs. 3 a 13.

³⁷ CASAS AGUDO, D.: “*Estado actual y últimos avances en materia de armonización comunitaria de la imposición indirecta*”, *Revista Española de Derecho Financiero*, num.154/2012 parte Estudios, **BIB 2012\946**.

³⁸ Los avances en la armonización de la fiscalidad indirecta se fundamentan en el artículo 93 del TCE (actual 113 del TFUE) que la prevé expresamente –eso sí, sin fijar plazos ni procedimiento jurídico a través del cual dicho proceso debe acometerse–.

³⁹ La Comunidad Europea introduce el IVA con carácter obligatorio en 1967, impuesto general que grava el valor en el que se va incrementando el bien o servicio a lo largo de su ciclo de producción y de distribución; en este sentido, se trata de un impuesto que grava el volumen de negocios neto –o lo que es lo mismo, el valor añadido– de forma proporcional y con independencia del número de transacciones que se lleven a cabo. Con el fin de que resulte totalmente operativo y garantice la neutralidad impositiva en los intercambios intracomunitarios, ha de llevarse a cabo la armonización de sus elementos estructurales y, particularmente, su base imponible y su tipo de gravamen, aspectos que se abordaron han sido abordaron en sendas Directivas, la 67/227/CEE de 11 de abril de 1967 (que acabó entrando en vigor en 1973), la 77/388/CEE (Sexta Directiva), de 17 de mayo de 1977 (que

los IIEE, de los que nos ocuparemos de forma detenida mas adelante, y otras actuaciones de menor calado⁴⁰. Por su parte, en la imposición directa, que afecta a la

se ocuparon de las bases impositivas) y la 92/77/CEE de 19 de octubre de 1992. Con posterioridad la normativa comunitaria se reduce a establecer, con carácter temporal, un límite mínimo del 10% para el tipo normal vigente hasta antes de 2005 (Directiva del 7 de diciembre de 2010) al tiempo que mantienen la aplicación de los mismos tipos especiales (reducidos, superreducidos, cero y tipos parking).

Asimismo, desde el 1 de enero de 1993, y como consecuencia de la consolidación del Mercado Único, el proceso de armonización de esta figura se completa con la regulación del tratamiento del IVA en los intercambios intracomunitarios por la Directiva 91/680/CEE de 16 de diciembre, que establece el régimen transitorio que fue previsto hasta el 31 de diciembre de 1996 que todavía continúa y que con carácter general mantiene un principio de *tributación en destino*, aun cuando admite ciertas excepciones en las que se aplica el principio de tributación en origen (Sobre este tema remitimos a nuestro trabajo *El IVA comunitario. Configuración de un sistema definitivo*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1995). Con posterioridad a esa fecha, se aprueba la Directiva **2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido** (DO L 347 de 11 de diciembre de 2006)- modificada parcialmente por otras posteriores (entre otras, las Directivas 2007/75/CE, 2008/8/CE, 2008/117/CE, 2009/47/CE, 2009/69/CE, 2009/162/CE, 2010/23/UE, 2010/45/UE), que regula los aspectos esenciales del impuesto. Por su parte, el Reglamento núm. 282/2011, concede fuerza de ley a diversos planteamientos comunes relativos a determinados elementos de la legislación sobre el IVA, asegurando la transparencia y la seguridad jurídica a los empresarios y las Administraciones, mientras que el 15 de marzo de 2011 se aprueba la Regulación para clarificar las normas de aplicación del IVA.

En abril de 2016, la Comisión Europea ha presentado un plan de reforma del IVA con una serie de claves de reforma del impuesto:

Primero. Autonomía fiscal para los países miembros en la que se apuesta por dar más libertad a los EEMM y plantea dos alternativas para que los Estados puedan elegir:

- a) Mantener el tipo general mínimo del 15%, permitiendo que la lista de productos que se pueden beneficiar de un tipo reducido se actualice regularmente con las propuestas de los Gobiernos.
- b) Suprimir el mínimo del 15%, otorgando total libertad a cada país para decidir el tipo a aplicar. En este caso se fijaría una serie de reglas básicas para enmarcar los casos en los que se pueden aplicar tipos reducidos y se exigiría una serie de salvaguardas para evitar la competencia fiscal desleal.

Segundo. Igualdad de trato entre las publicaciones electrónicas y el papel, pues actualmente tanto los libros como los periódicos se benefician del IVA reducido, mientras que a los ebooks y a la prensa digital se les aplica el tipo general.

Tercero. Un espacio único en materia de IVA que ponga límites al fraude fiscal transfronterizo. Para evitarlo, Bruselas apuesta por crear un “*espacio europeo único en el ámbito del IVA*” que permita tratar las operaciones transfronterizas como si fueran operaciones nacionales.

Cuarto. Menos cargas administrativas para las empresas mediante la creación de un sistema “único y simplificado”.

⁴⁰ También ha habido otras actuaciones que inciden en la armonización de la fiscalidad indirecta de los Estados miembros como la aprobación de Directiva 1999/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 1999 (*DO L 187 de 20 de julio de 1999*) relativa a la aplicación de gravámenes a los vehículos pesados de transporte de mercancías por la utilización de determinadas infraestructura que se ocupa de armonizar los sistemas de exacción, impuestos sobre los vehículos, peajes y gravámenes vinculados a las

libre circulación de personas y capitales, como los Tratados no contemplan un nivel tal de armonización⁴¹, los avances han sido mucho más modestos y se han movido en el marco de la coordinación fiscal⁴².

infraestructuras varias, instituyendo mecanismos equitativos de imputación de los costes de infraestructuras a los transportistas; en la misma línea pueden citarse las actuaciones llevadas a cabo en el marco de la reorganización de los sistemas de impuestos aplicables a los automóviles de turismo de los países de la UE con el objetivo de suprimir los obstáculos fiscales a los traslados de automóviles de turismo de un país europeo a otro para su uso permanente a través de la reestructuración de la base imponible de los impuestos aplicables a estos vehículos, lo que de momento es un proyecto de Directiva (Propuesta de Directiva del Consejo, de 5 de julio de 2005, sobre los impuestos aplicables a los automóviles de turismo (COM (2005) 261 final) que pretende también favorecer un medio ambiente sostenible, reduciendo las emisiones de dióxido de carbono.

⁴¹ En este sentido, debemos señalar que los impuestos directos, y en particular el impuesto que grava la renta de los ciudadanos, que con distinta denominación se reproduce en todos los Estados, suele ser el impuesto central en el sistema tributario de todos ellos; y no solo en términos cuantitativos o de recaudación, sino, y esto es importantísimo, porque es entendido como un innegable instrumento político en su percepción desde la ciudadanía. La regulación que se haga de este impuesto tiene repercusiones directas sobre las decisiones de los ciudadanos lo que ha dificultado que se contemplen medidas armonizadoras expresas de esta materia en los Tratados Constitutivos.

Consecuencia de ello, cualquier logro en este ámbito concreto de la fiscalidad ha de apoyarse en los artículos 94 y 96 del TCE (actuales 114 y 116 del TFUE) por cuanto que la adopción de medidas en este campo no es competencia exclusiva de la UE, perteneciendo, en el mejor de los casos, y siempre y cuando afecte a materias de libertades económicas o de libre competencia, al ámbito de las competencias compartidas⁴¹, lo que supone que quede sometida al principio de subsidiariedad que impone que las instancias europeas solo intervengan cuando los objetivos pretendidos no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros. Dicho de otra forma, en materia de fiscalidad directa, como la UE no tiene competencia exclusiva, frente a las mayores dosis de uniformidad que exigiría llevar a cabo una armonización fiscal, los Estados se decantan por medidas de coordinación de carácter menos vinculante y resultados más escasos centrados, fundamentalmente, en los impuestos que gravan la renta de las sociedades, en determinados aspectos de la imposición sobre empresarios personas físicas y de los rendimientos del capital mobiliario que generan distorsiones en el marco de la construcción del Mercado único.

⁴² Dicha coordinación, como explican F. MAGRANER MORENO y J. MARTIN LÓPEZ *“comperta, a diferencia de la «armonización fiscal», que la aproximación de sus legislaciones no se efectúe mediante instrumentos de Derecho derivado de carácter vinculante, sino que, por el contrario, sean los propios Estados miembros los que se comprometan colectivamente, si bien influenciados por dicho «derecho blando», a orientar su fiscalidad en la dirección señalada por el mismo, obteniéndose, por consiguiente, un acercamiento sutil de sus regímenes tributarios directos: en tanto la «coordinación fiscal» entraña que la actividad legislativa en la esfera de la imposición directa, aunque propuesta y controlada por la Comisión, se realice en puridad por los Estados miembros”* (Cfr. *Cuadernos de Integración Europea*, Marzo 2006, págs. 111 a 121 (puede verse en <http://www.cuadernosie.info>).

Por un lado, se han producido algunos avances en la fiscalidad de los rendimientos del ahorro⁴³, y pequeños avances⁴⁴ en lo que respecta a de trabajadores transfronterizos⁴⁵; en materia de sociedades se han aprobado algunas Directivas relativas a fusiones y escisiones, matrices y filiales, y sobre intereses y cánones dirigidas a eliminar las retenciones en origen asociadas a los pagos de intereses y cánones entre empresas del mismo grupo⁴⁶; de forma más reciente se abre camino una propuesta de armonización de la base común consolidada del Impuesto de Sociedades⁴⁷ y se han producido avances significativos en la armonización de los impuestos sobre las transacciones financieras de los Estados miembros, con el fin de

⁴³ Cfr. Directiva 2003/48/CE del Consejo de 3 de junio de 2003 en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses. (DO L 157 de 26 de junio de 2003).

⁴⁴ La Comisión europea ha demostrado siempre su preocupación por facilitar la libre circulación de trabajadores en el ámbito comunitario, evitando aquellas discriminaciones de origen fiscal de las que, tradicionalmente, han sido objeto los aquellos sujetos que viven en un Estado miembro, pero que desarrollan su actividad laboral en otro distinto llamados "trabajadores no residentes" inquietud que se plasmó en una Propuesta de Directiva de 21 de diciembre de 1979, relativa a la tributación de las rentas en relación con la libre circulación de trabajadores en el marco comunitario que no encontró el apoyo necesario por parte de los Estados, lo que provocó que la misma se retire en el año 1992. (Sobre este tema puede verse RUIZ ALMENDRAL, V.: "La armonización del impuesto sobre la renta de las personas físicas en el marco del debate federalista. Posibilidades y límites". *Estudios de progreso*, Universidad Carlos III, Madrid, mayo de 2002, pág. 21 y ss.).

⁴⁵ Sobre esta cuestión véase el Dictamen del Comité de las Regiones: *Trabajadores fronterizos. Balance de la situación tras veinte años de mercado interior: problemas y perspectivas*, (2013/C 280/03), (DO C 280, de 27 de septiembre de 2013).

⁴⁶ Para aprovechar las ventajas que brindaba la configuración del Mercado único, en cuanto a la actuación de las empresas situadas en dos o más Estados, en 1990 el Consejo adoptó dos Directivas: la Directiva sobre fusiones (90/434/CEE) del Consejo de 23 de julio de 1990 que pretende reducir las medidas fiscales que podrían obstaculizar la reorganización de empresas situadas en dos o más Estados miembros para lo que difiere la tributación de las plusvalías que se generan en las operaciones transfronterizas de reestructuración empresarial con el fin de no generar costes fiscales inmediatos que dificultarían su competitividad, y la Directiva sobre matrices y filiales (90/435/CEE) que elimina la doble imposición de los beneficios distribuidos entre las empresas matrices en un Estado miembro y sus filiales en otro Estado miembro. Asimismo, los Estados miembros procedieron a firmar un Convenio (90/436/CEE) que introducía, basado en el artículo 293 del TCE, un procedimiento de arbitraje para evitar la doble imposición en caso de corrección de los beneficios entre empresas asociadas de distintos Estados miembros. En 2003 el Consejo aprueba una propuesta que es la base para la modificación de la Directiva 90/434/CEE y que se plasma en la Directiva 2005/19/CE que introduce determinadas novedades como son la incorporación de nuevas operaciones como las escisiones parciales y el cambio de domicilio social entre Estados miembros diferentes. En su momento, ya analizamos este tema en nuestro trabajo MATA SIERRA, M. T.: "Perspectivas de la armonización de la fiscalidad directa ante la Unión Europea", en *Sistema fiscal español y armonización europea*, (Dir. YEBRA MARTUL-ORTEGA, P.), Ed. Marcial Pons, Madrid, 1995 y de forma más recientemente en "La armonización de la fiscalidad directa en la Unión europea", *Forum Fiscal*, núm 219, 2016, págs. 39 y ss.

⁴⁷ Propuesta de Directiva del Consejo de 16 de marzo de 2011 relativa a una base imponible consolidada común del impuesto sobre sociedades (BICIS). (COM 2011. 121 final) que se revisa en 2015.

garantizar el buen funcionamiento del Mercado interior⁴⁸ y ello sin olvidar los esfuerzos por flexibilizar y agilizar la coordinación entre las diferentes Administraciones o para ayudar a disminuir la evasión y la elusión fiscal intracomunitaria⁴⁹.

Precisamente, esa necesidad de reforzar la cooperación, que tantas veces ha sido puesta de manifiesto por parte de las Instituciones comunitarias⁵⁰, recientemente ha encontrado plasmación en el decidido impulso otorgado al intercambio automático de información tributaria, como demuestra la Directiva 2015/2376, del Consejo, de 8 de diciembre de 2015, que modifica la Directiva 2011/16/UE, en lo que respecta al intercambio automático y obligatorio de información en el ámbito de la fiscalidad⁵¹.

⁴⁸ En esta línea, puede verse la Propuesta de Directiva del Consejo relativa a un sistema común del impuesto sobre las transacciones financieras y por la que se modifica la Directiva 2008/7/CE de 28 de septiembre de 2011, COM (2011) 594 final que, además, y según reza en la propia norma, está en consonancia con la Propuesta de la Comisión de Decisión del Consejo sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea de 29 de junio de 2011, al tener por objeto la creación de una nueva fuente de recursos, con el objetivo de que esta vaya sustituyendo gradualmente las contribuciones nacionales al presupuesto de la UE, aliviando en cierta medida la carga de las Haciendas públicas nacionales.

⁴⁹ Directiva 2011/16/UE del Consejo, de 15 de febrero de 2011, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad y por la que se deroga la Directiva 77/799/CEE (DO L 64, de 11 de marzo de 2011). La cooperación administrativa siempre ha sido uno de los fines esenciales a conseguir en el marco de la UE. Así, la Resolución del Consejo de 4 de febrero 1975 ya incluía el intercambio de información entre los Estados miembros y la utilización de la armonización fiscal para combatir el fraude y la evasión fiscal. En este sentido, se establecen tres formas de intercambio de información: por petición, automática –para los casos en el marco de los procedimientos de consulta– y espontánea, que tiene efecto en aquellas circunstancias sospechosas que requieran acción.

Con motivo de mejorar las condiciones del mercado único, se adoptan nuevas medidas de forma simultánea sobre la cooperación administrativa, el intercambio de información, y el programa Matthaeus-Tax (1993-1997) dirigido a los funcionarios responsables de los sistemas de impuestos indirectos cuya financiación se lleva a cabo con el programa Fiscalis, aprobado en 1998 y vigente hasta el 31 de diciembre de 2002 y que posteriormente se amplió entre 2003-2007 y 2007-2013 con el objetivo de que los empleados del gobierno adquieran un elevado nivel de conocimiento del Derecho comunitario en el contexto de los impuestos indirectos y garantizar una amplia cooperación, eficaz y eficiente entre los Estados miembros. Para ello la Comisión y los Estados miembros pueden crear un sistema de comunicación e intercambio de información, manuales y guías, intercambio de trabajo, así como seminarios y ejercicios sobre el control bilateral y multilateral en el marco jurídico europeo.

Precisamente, la Decisión 1482/2007/CE, (DO L 330, de 15 de diciembre de 2007) amplió el desarrollo del mencionado programa hasta 2013, señala que su cometido es el de mejorar el sistema fiscal del mercado interior y reforzar la cooperación a través de la aplicación uniforme de la legislación fiscal en los Estados miembros, la protección de los intereses financieros nacionales y locales, un mejor funcionamiento del mercado interior y una lucha contra el fraude y la competencia desleal.

⁵⁰ Cfr. BUCCIANO, A.: “Cooperazione amministrativa internazionale in materia fiscale”, *Rivista di Diritto Tributario*, fasc. 7-8, 2012, pág. 669.

⁵¹ Directiva 2015/2376 (LCEur 2015, 2173).

Centrándonos ahora en el proceso armonizador llevado a cabo en el ámbito de los IIEE es obligado señalar que el mismo ha sido muy diferente al seguido por el Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, IVA), en el que se han conseguido avances notorios, si bien la propia Comisión apunta la necesidad cada vez mayor de reformar el impuesto, que se ha acentuado en la época de crisis en la que el papel del IVA ha sido esencial en los distintos sistemas fiscales de los países europeos⁵².

No obstante, la armonización fiscal en el caso de las accisas ha sido más lenta y menos intensa⁵³ debido a que el punto de partida resulta mucho más complicado al existir múltiples dificultades derivadas de las particularidades propias de estos impuestos caracterizados por la diversidad de hechos imponible, la variedad de productos gravados y las distintas denominaciones adoptadas; por si todo ello no fuera bastante, también resulta muy dispar la cuantificación de las obligaciones tributarias en cada Estado miembro lo que, sumado a lo anterior, origina un gran distanciamiento entre las respectivas legislaciones estatales, ocasionando una presión fiscal muy distinta soportada por un mismo producto en los diferentes países⁵⁴.

No obstante, esa manifiesta disparidad se convierte en la razón fundamental para que resulte tan necesaria la armonización de las accisas ya que los mismos productos pueden ser gravados en un Estado y no serlo o serlo en menor medida en los demás Estados comunitarios⁵⁵, lo que supone una clarísima distorsión de los principios básicos del Mercado común que entorpece la libertad de circulación de los productos sometidos a este tipo de tributos (accisas)⁵⁶.

⁵² Vid. *Ut supra*, nota 39.

⁵³ FRAILE FERNANDEZ, R.: “*Impuestos especiales*”. *Introducción al Sistema Tributario Español*. Editorial Aranzadi, 2018. **BIB 2018/10813**.

⁵⁴ Cfr. CASAS AGUDO, D.: “*Estado actual y últimos avances en materia de armonización comunitaria de la imposición indirecta*”, *Revista Española de Derecho Financiero*, num.154/2012 parte Estudios, **BIB 2012/946**.

⁵⁵ En el diferente tratamiento de la tributación y en las disparidades entre los tipos de gravamen aplicados por los Estados han pesado tanto los intereses de los principales países que producen o distribuyen los bienes gravados como los hábitos o consideración social de su consumo (particularmente en los casos del alcohol y del tabaco), así como la incidencia de su precio en la economía (caso de los hidrocarburos). Las cuantías de los tipos expresan políticas tributarias distintas frente a consumos muy significativos desde el punto de vista social.

⁵⁶ En 1960 se constituyó, en la entonces Comunidad Económica Europea (CEE), un Comité Fiscal y Financiero presidido por Neumark cuya función consistía en proponer soluciones adecuadas a los problemas fiscales que podrían derivarse de los intercambios intracomunitarios de bienes habida cuenta de las distorsiones existentes entre los Estados miembros en dicho ámbito. El informe elaborado por el citado Comité, conocido como Informe Neumark, centró el grueso de sus preocupaciones sobre la imposición indirecta y señalaba que para la eliminación de los problemas fiscales sobre los intercambios de bienes, era necesario que, siguiendo una serie de etapas se estableciese un impuesto sobre el volumen de negocio neto, que fuese uniforme en sus elementos estructurales (hecho imponible, sujeto pasivo, exenciones, base imponible, etc.) para todos los países comunitarios, que el tipo impositivo fuese también uniforme o incluso único y que el régimen de tributación se estableciese inicialmente en destino. Consecuencia de ello la CEE introdujo el IVA con carácter obligatorio en 1967. Este mismo Informe, señaló que no sería

Tampoco favorece al proceso de armonización fiscal llevado a cabo hasta la fecha que se trate de impuestos que se repercuten al consumidor final, como ya evidenciamos anteriormente, y que consiguen un importante montante recaudatorio al que los diferentes Estados no están dispuestos a renunciar⁵⁷, a lo que se añade, como también dijimos antes, el hecho de que, dadas las características y efectos del consumo de los productos gravados por los mismos, se utilicen como instrumentos de política social sin que las prioridades sean idénticas en todos los países⁵⁸.

Estas razones avalan el hecho de que los primeros pasos de las Instituciones comunitarias en su armonización fiscal se encaminaron a determinar qué impuestos debían mantenerse en todos los Estados miembros y cuáles otros, por el contrario, debían suprimirse. Una vez se decidió que los impuestos que debían mantenerse son los actuales impuestos de fabricación, antes mencionados, el siguiente paso fue armonizar sus estructuras y posteriormente los tipos impositivos.

De esta forma, las diferentes directivas armonizadoras de las accisas han afectado a un número de aspectos relativamente limitado, tamizado siempre por la necesidad de superar todos aquellos obstáculos que pudieran dificultar la libre competencia en el marco del Mercado común. Ello ha dado lugar a que la estructura de los IIEE armonizados haya pretendido el doble objetivo, por un lado, de permitir a las autoridades fiscales de los distintos países europeos mantener un control adecuado de la fabricación, circulación y tenencia de los productos gravados absolutamente necesario tras la eliminación de las fronteras físicas entre los Estados de la Unión

necesario armonizar los impuestos especiales si gravaran únicamente el consumo, salvo que se suprimieran las fronteras fiscales y se adoptara el principio de gravamen en el país de origen, en cuyo caso sería imprescindible proceder a su armonización. (*Informe Neumark*, Informe del Comité Fiscal y Financiero de la Comunidad Económica Europea, Ed. De la Comisaría del Plan de Desarrollo Económico y Social, Madrid, 1965).

A este respecto, puede verse ORTIZ CALLE, E.: "*Armonización comunitaria de la imposición especial sobre hidrocarburos y fiscalidad medioambiental (comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 10 de junio de 1999, dictada en el asunto C-346/97 y relativa a las cuestiones prejudiciales planteadas en el litigio entre «Transwede Airways AB» y la Administración tributaria sueca»*", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 189, octubre de 2000, pág. 91.

⁵⁷ Cfr. SÁNCHEZ GALIANA, J. A.: "*La tributación sobre el vino: la adaptación española a la normativa comunitaria*", *Impuestos. Revista de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*, 2001, Ref. D-99, tomo 2, pág. 1.

⁵⁸ En este sentido, puede resultar difícil en algunos países instaurar gravámenes sobre productos que han estado tradicionalmente exentos, con lo que ello conlleva de inestabilidad de los precios por el fuerte impacto que esta figuras pueden tener en su formación, lo que supone en muchas ocasiones la necesidad de establecer derogaciones transitorias o medidas especiales en determinados Estados miembros (Cfr. CUENCA GARCÍA, E. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.: "*El proceso de armonización fiscal e integración económica en la Unión Europea*", en *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma* (LASARTE ÁLVAREZ, J. y ADAME MARTÍNEZ, F. (Coords.)), Ed. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2010, pág. 94.

européa y, por otro, mantener el principio de tributación en destino⁵⁹, o lo que es igual donde se produce el consumo de los productos⁶⁰.

De forma breve, y atendiendo al *iter* armonizador llevado a cabo en estas figuras, cabe señalar cómo en 1970, el Informe Werner postuló sin éxito la elaboración de un programa de aproximación de los tipos de gravamen de los impuestos sobre consumos específicos que tuvieran incidencia directa en la libre circulación a través de las fronteras⁶¹.

En 1972, y partiendo de un contexto de veintiocho impuestos diferentes sobre consumos específicos muy dispar, la *Propuesta de Directiva sobre Derechos de accisa*⁶² seleccionó los tributos que se debían mantener y armonizar (y que gravaban aceites minerales, tabacos manufacturados, alcohol, cerveza y vino⁶³) delimitando así implícitamente el concepto de accisa y previendo la posibilidad de mantenimiento del *status quo* de los Estados respecto a determinados derechos y gravámenes. La armonización fiscal, pues, debía producirse solo con respecto a aquellos productos que tributasen como accisas en la generalidad de los países miembros, en la medida en que cualquier otra forma de proceder habría resultado excesivamente ambiciosa. De esta forma, sólo resultaron armonizados en esta primera etapa, los productos que estaban gravados por impuestos indirectos sobre consumos específicos en la generalidad de los Estados miembros. En cuanto a los impuestos cuyo mantenimiento no fue decidido por la Directiva-marco, la Comisión ordenaba su supresión sólo si daban lugar a distorsiones fiscales en los intercambios comerciales entre los Estados.

Esta proposición de Directiva-marco sentó los criterios que debían presidir el proceso armonizador de estos tributos, que se estructuraba en dos etapas: en la primera de ellas se produciría la armonización de la estructura básica de los impuestos (en lo que se

⁵⁹ Esto significa que en el caso de que un particular adquiriera productos objeto de accisas en un Estado miembro y los transporte él mismo con destino a otro Estado miembro, para satisfacer sus propias necesidades y sin finalidad comercial alguna, el impuesto especial será percibido por el Estado miembro en el que se adquieren los bienes.

⁶⁰ CORNEJO PÉREZ, A.: “La nueva Directiva sobre fiscalidad de los productos energéticos”, *Crónica Tributaria*, núm. 111/2004, págs. 99 y 100.

⁶¹ Precisamente en 1970 que se observa la materialización de los primeros esfuerzos armonizadores cuando el 21 de abril de 1970, el Consejo de Ministros de los entonces seis Estados miembros acordó tres resoluciones relativas a los impuestos distintos del IVA: sobre el consumo de tabacos elaborados, para la adecuación de los monopolios de tabaco existentes en Francia e Italia, y para la mejor dirección de los mercados agrícolas, entre los que se encontraba el de tabaco bruto.

⁶² SÁNCHEZ GALIANA, J. A.: “Los impuestos especiales y la C.E.E.”, en CASADO OLLERO, G., RUFÍAN LIZANA, D. M^a. Y SÁNCHEZ GALIANA, J. A.: *Estudios sobre armonización fiscal y Derecho Presupuestario Europeo* Ed. TAT, Granada, 1987, 2^a ed., pág. 341.

⁶³ La selección se realizó conforme a los siguientes parámetros que siguen: primero) que los impuestos que subsistiesen presentasen un interés presupuestario y económico en todos los EEMM, teniendo en cuenta los gastos de gestión que su recaudación provocaba; segundo) que no gravasen productos de primera necesidad; tercero) que estuvieran vigentes en todos los EEMM; y cuarto) que se mantuviesen las razones de sanidad pública para el establecimiento de impuestos sobre determinados consumos.

refiere al hecho imponible, exenciones, base imponible, etc.) siendo la segunda fase el momento en el que se produciría la armonización de los tipos de gravamen, sin alcanzar una completa uniformidad.

A pesar de que esta propuesta de Directiva, al no ser aprobada por el Consejo, no resultó vinculante para los Estados (de hecho, de los cinco impuestos seleccionados sólo se avanzó en la armonización del impuesto sobre el tabaco, donde encontramos las únicas Directivas aprobadas⁶⁴), puede afirmarse que nuestro país fue el más permeable a los fines perseguidos por la misma, como lo demuestra el hecho de que la Ley 45/1985, de 23 de diciembre, de Impuestos Especiales, suprimiera los impuestos sobre bebidas refrescantes y uso del teléfono, bienes y servicios.

Pese a que a lo largo de las décadas de los setenta y ochenta se presentaron numerosas propuestas, e incluso se aprobaron dos Directivas relativas a las labores del tabaco⁶⁵, hasta 1987 no se produjeron más modificaciones en esta materia, fecha en la que aunque el Informe Cockfield pretendió fijar la estructura de estos impuestos y sus tipos de gravamen, intentando que todos los países adoptaran un tipo de gravamen fijo.

No obstante, la gran disparidad existente en los tipos impositivos provocó el rechazo hacia esa convergencia en un tipo fijo, articulándose su armonización a través de un sistema de doble tipo: mínimo, por un lado, por encima del cual deberían situarse todos los países, y objetivo, por otro, hacia el que se debería converger a largo plazo⁶⁶.

Es en 1992, en aras a la consecución del Mercado interior único, cuando se aprueban las Directivas⁶⁷ que regulan el régimen que tenemos actualmente, en las se concretan los únicos impuestos que pueden mantenerse, se homogeneiza su estructura, medios

⁶⁴ Se trata de la Directiva del Consejo de 19 de diciembre de 1972, relativa a los impuestos distintos de los impuestos sobre el volumen de negocio que gravan el consumo de tabaco, Directiva que fue modificada por las núm. 78, 79 y 80 de 19 de octubre de 1992, y la de 27 de noviembre de 1995, relativas al acercamiento de los gravámenes sobre el tabaco.

⁶⁵ Tras numerosas modificaciones, el 18 de diciembre de 1978 se publicó una Segunda Directiva del Consejo relativa a los impuestos distintos a los del volumen de ventas que gravan el consumo de tabacos manufacturados.

⁶⁶ ÁLVAREZ GARCÍA, S. y ÁLVAREZ VILLA, M^a. T.: “*Los impuestos especiales en la Unión Europea ¿De una finalidad recaudatoria a la de protección del medio ambiente?*”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 183, abril de 2000, pág. 89.

⁶⁷ Las Directivas 92/12/CEE, del Consejo, de 25 de febrero de 1992, sobre el régimen general, tenencia, circulación y control de los productos objeto de los IEE que constituye una recopilación del contenido de las distintas Directivas relativas al régimen de productos sujetos a impuestos especiales y otros impuestos indirectos, excluido el IVA y los impuestos establecidos por la Comunidad; la 92/78/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, por la que se modifican las Directivas 72/464/CEE y 79/32/CEE, relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios que gravan el consumo de las labores de tabaco, la 92/81/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la armonización de la estructura del impuesto especial sobre hidrocarburos (esta última derogada por la vigente Directiva 2003/96/CE, del Consejo, de 27 de octubre, por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad), y la 92/83/CEE, del Consejo, de 19 de octubre de 1992, sobre la armonización de la estructura de los impuestos especiales sobre el alcohol y las bebidas alcohólicas.

de control y sistema de circulación que facilitarían la desaparición de las fronteras fiscales⁶⁸ y que configuran ya un régimen armonizado de estos impuestos que afectan a los hidrocarburos, el alcohol, las bebidas alcohólicas y las labores del tabaco.

Los impuestos que fueron armonizados en esta primera etapa son los llamados impuestos especiales clásicos, todos ellos son conocidos como impuestos especiales de fabricación, pues es en esta fase, así como en la importación, cuando se entiende realizado el hecho imponible⁶⁹.

A partir de este momento, en todos los Estados miembros deben existir Impuestos Especiales que graven el consumo de alcohol y bebidas alcohólicas, productos energéticos, electricidad y labores del tabaco⁷⁰. Este primer acercamiento, posibilita que se pueda seguir avanzando hacia un mayor grado de convergencia en los tipos impositivos.

No obstante, y pese a los esfuerzos realizados, las Instancias comunitarias reconocían que seguían existiendo importantes diferencias en los niveles nacionales de imposición a la energía aplicados por los Estados miembros, lo que unido a la falta de disposiciones comunitarias que sometieran a una imposición mínima la electricidad y los productos energéticos distintos de los hidrocarburos motivaron que en el año 2003

⁶⁸ La Directiva 92/12/CEE aclara que los tipos tributarios y la estructura de los impuestos especiales varían entre los Estados miembros y repercuten sobre la competencia. El hecho de gravar los productos de otros Estados miembros con tipos superiores a los aplicables a los productos nacionales es discriminatorio y está prohibido por el artículo 110 del TFUE. La existencia de discrepancias importantes en los impuestos que gravan un producto concreto puede generar movimientos de bienes por razones fiscales, pérdidas de ingresos y fraudes. En materia de hidrocarburos, se ha de prestar atención a la especial sensibilidad que se manifiesta ante las restricciones o limitaciones que pueda observar el transporte, si nos situamos ante un escenario de libertad de movimientos de personas, de servicios, así como de mercancías. También se presentan como fundamento para la armonización de la imposición del consumo de hidrocarburos las políticas comunes en materia de medio ambiente, empleo, agraria, así como la política energética en general.

⁶⁹ Con el fin de evaluar si la Directiva 92/83/CEE sigue siendo adecuada para su propósito, la Comisión llevó a cabo una evaluación REFIT (programa de adecuación y eficacia de la reglamentación). El REFIT es un programa destinado a revisar toda la legislación de la UE (para identificar cargas, incoherencias, lagunas o medidas ineficaces) y a realizar todas las propuestas necesarias para el seguimiento de los resultados de la revisión. En octubre de 2016, la Comisión publicó un informe (**INFORME DE LA COMISIÓN AL CONSEJO sobre la evaluación de la Directiva 92/83/CEE del Consejo relativa a la armonización de las estructuras de los impuestos especiales sobre el alcohol y las bebidas alcohólicas** {SWD(2016) 336 final} y {SWD(2016) 337 final} Bruselas, 28.10.2016 COM(2016) 676 final) en el que se evaluaba la Directiva 92/83/CEE, así como un documento de trabajo de los servicios de la Comisión. Pese a las recomendaciones de mejora del Anexo I, en opinión de los expertos la Directiva ha demostrado ser eficaz y, en general, apropiada para permitir la adecuada recaudación de impuestos especiales para la gran mayoría de las partes interesadas.

⁷⁰ Los Estados miembros pueden mantener o introducir en cualquier momento otros Impuestos Especiales distintos de los señalados a condición de que no den lugar a controles de ninguna clase en los intercambios comunitarios de productos objeto de los mismos.

se aprobara una Directiva⁷¹, que entró en vigor el 1 de enero de 2004, y que se ocupó de regular un régimen global en la imposición de los productos energéticos y de la electricidad de forma similar a la del resto de Impuestos Especiales (estructura y tipos mínimos).

De esta forma, y después de mucho tiempo reservado únicamente a los aceites minerales, el sistema de los mínimos europeos de imposición se amplía al carbón, al gas natural y a la electricidad. Así, se fijan los tipos mínimos de imposición aplicables a los productos energéticos, cuando estos productos se utilizasen como carburante o combustible de calefacción, y a la electricidad con el fin, según expone la propia Directiva, de mejorar el funcionamiento del Mercado interior, reduciendo las distorsiones en competencia entre los aceites minerales y los demás productos energéticos.

Para alcanzar los objetivos ecológicos de la Unión Europea y del Protocolo de Kioto, se promueve desde la Instancias comunitarias una utilización más eficaz de la energía con el fin de reducir la dependencia de las energías importadas y limitar las emisiones de gases de efecto invernadero en la que, y siempre en la perspectiva de la protección del medio ambiente, tiene cabida autorizar a los países miembros de la Unión Europea para que puedan conceder ventajas fiscales a las empresas que adoptan medidas específicas de reducción de sus emisiones.

Por su parte, y en relación con el alcohol y las bebidas alcohólicas, la Comisión europea considera que es necesaria una mayor convergencia en los tipos impositivos aplicados por los Estados miembros para reducir las distorsiones en la competencia y reducir el fraude para lo que en septiembre de 2006 presenta la propuesta de Directiva en la que se propone incrementar los tipos mínimos previstos en la Directiva del año 1992 de acuerdo con la inflación existente desde ese año hasta 2005, cifrada en el 31%.

En diciembre de 2008, el Consejo Europeo aprobó la Directiva 2008/118/CE, que trataba de recopilar y de aclarar, a la vista de la experiencia práctica, toda la normativa previa relativa al régimen general de los Impuestos Especiales. Los Estados miembros deberían recoger en sus disposiciones nacionales, antes del 1 de abril de 2010, el contenido de esta Directiva que entró en vigor el 15 de enero de 2009.

En esta norma se establece un régimen general en relación con los productos objeto de impuestos especiales a fin de garantizar su libre circulación y, al mismo tiempo, el adecuado funcionamiento del Mercado Interior de la Unión Europea con los mismos objetivos que han marcado la prioridad en las normas armonizadoras previas.

⁷¹ En tal sentido, se regula en la Directiva 2003/96/CE del Consejo, de 27 de octubre de 2003 (DO L 283 de 31 de octubre de 2003), modificada, a su vez por las Directivas 2004/74/CE y 2004/75/CE por la que se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad.

Por lo que al tabaco se refiere, el Consejo Europeo aprobó en junio de 2011 una Directiva en la que define más claramente los distintos tipos de tabaco al tiempo que establece las líneas generales de tributación y fija los tipos mínimos de gravamen.

Por último, en cuanto a los intentos por parte de la Unión Europea por introducir la fiscalidad sobre el carbón, se ha chocado con la oposición de varios países europeos, entre ellos España⁷², lo que ha supuesto que, vigente la regla de la unanimidad, se haya retrasado la introducción de un impuesto sobre este producto⁷³. En definitiva, en el tema del carbón se han primado otros intereses sobre el tema medioambiental y su inclusión como producto energético susceptible de armonización se ha retrasado hasta la promulgación de la Directiva Europea 2003/96/CE, de 27 de octubre de 2003.

Con esta Directiva se reestructura el régimen comunitario de imposición de los productos energéticos y de la electricidad suponiendo un gran avance en la armonización de los productos energéticos a nivel comunitario.

En la norma mencionada, se definen unos principios básicos como son, por un lado, la búsqueda de la armonización tributaria que reduzca las diferencias actuales en los niveles nacionales de imposición y por otro, el compromiso en materia de protección del medioambiente ya que la Unión Europea ha ratificado el Protocolo de Kioto siendo uno de sus principales impulsores y constituyendo el ámbito fiscal uno de los elementos para alcanzar los objetivos establecidos en el mismo.

Es claramente una prueba mas de cómo, a medida en que a nivel comunitario existe una mayor concienciación sobre el impacto que tiene la generación y uso de energía sobre el medio ambiente, se fomenta el uso instrumental de la fiscalidad en la política ambiental, lo que, a medio plazo, exigirá la armonización fiscal de la imposición energética en un doble sentido: por un lado, potenciando un uso energético eficiente y, por otro, fomentando el consumo de los productos más favorables con el medio ambiente.

La Directiva, no obstante, da un amplio margen a los Estados para su introducción, pero se deben respetar dos principios básicos:

Primero que los productos energéticos deben estar encuadrados en un marco comunitario cuando se usen como combustible para calefacción o carburante de automoción, excluyendo de su ámbito de aplicación el doble uso y el uso

⁷² Históricamente para España el carbón ha sido una fuente energética que ha sido subvencionada con la finalidad última de facilitar su uso ya que su extracción no era excesivamente competitiva y suponía mayores costes que el que podía adquirirse en otros países del exterior, incluso de la Unión Europea. Por otro lado, la autonomía energética ha sido otra potente una razón que han apoyado que se procediera a la protección de este recurso autóctono, al ser España un país muy deficitario en materia energética; a ello se han unido tradicionalmente otras razones socio-económicas en la medida en que el carbón ha sido siempre un gran soporte económico en algunas zonas del país en las que el carbón era prácticamente su monocultivo.

⁷³ DEL BLANCO GARCÍA, E.: *Fiscalidad de la energía*, IEF, Doc 4/2010, http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/documentostrabajo/2010_04.pdf.

de productos energéticos con fines distintos a los carburantes o combustibles, así como los procesos mineralógicos.

Segundo, que con el fin de promover las energías alternativas y dentro de la preocupación ambiental, así como la suficiencia energética, las energías renovables deberán tener derecho a un trato preferente.

En todo caso y en la medida en que algunos de los Impuestos Especiales referidos recaen sobre la energía, no es impensable que algunos de ellos puedan llegar a reorientarse para, junto con su finalidad recaudatoria, asumir otros objetivos de naturaleza ambiental y de eficiencia energética que sirvan para eliminar las actuales distorsiones que se generan por las disparidades existentes en los sistemas fiscales de los Estados miembros.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C.: “*Los impuestos especiales: su función socioeconómica*”, en AAVV.: *Estudios sobre los impuestos especiales*, Ministerio de Economía y Hacienda. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.
- ALONSO GONZÁLEZ, L.M.: “*Los impuestos especiales como tributos medioambientales*”, *Derecho del medio ambiente y administración local*, ESTEVE PARDO, J- (Coord.), 2ª ed., Fundación, Democracia y Gobierno local, Madrid, 2006.
- ÁLVAREZ GARCÍA, S. y ÁLVAREZ VILLA, Mª. T.: “*Los impuestos especiales en la Unión Europea ¿De una finalidad recaudatoria a la de protección del medio ambiente?*”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 183, abril de 2000.
- AA.VV.: *Efectos económicos de los impuestos especiales: Análisis de las repercusiones derivadas de la variación en los tipos impositivos* (Coord. SOLANA VILLAMOR, F.), Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, 1989.
- AAVV.: *Armonización fiscal*, Ed. Publicaciones monográficas, Círculo de Empresarios, Madrid, 1998.
- BUCCIANO, A.: “*Cooperazione amministrativa internazionale in materia fiscale*”, *Rivista di Diritto Tributario*, fasc. 7-8, 2012.
- CARBAJO VASCO, D.: “*La armonización fiscal comunitaria. Síntesis de los últimos trabajos en la materia*”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 302, marzo de 2010.
- CARRASCO PARRILLA, J.: “*La armonización fiscal en la Unión europea*”, *Estudios de la Unión europea*, (Coord. L.I. Ortega Álvarez y S. de la Sierra Morón), Universidad de Castilla-La Mancha, 2011.
- CASADO OLLERO, G.: “*Fundamento jurídico y límites de la armonización fiscal en el Tratado de la C.E.E.*” en CASADO OLLERO, G., RUFIAN LIZANA, D. Mª., y SÁNCHEZ GALIANA, J. A.: *Estudios sobre armonización fiscal y Derecho Presupuestario Europeo*, Ed. TAT, Granada, 1987.
- CASAS AGUDO, D.: “*Estado actual y últimos avances en materia de armonización comunitaria de la imposición indirecta*”, *Revista Española de Derecho Financiero*, num.154/2012 parte Estudios, [BIB 2012\946](#).
- COBOS GÓMEZ, J.M.: “*Trayectoria y principios de la tributación ambiental en la Unión europea*”, *Tratado de tributación medioambiental* (2 volúmenes), Vol. 2, BECKER

- ZUAZUA, F., CAZORLA PRIETO, L.M., MARTÍNEZ SIMANCAS, J.M., (Coord.), Ed-Thomson-Aranzadi-Iberdrola, 1ª ed., 2008.
- CORNEJO PÉREZ, A.: “La nueva Directiva sobre fiscalidad de los productos energéticos”, *Crónica Tributaria*, núm. 111/2004.
- CUENCA GARCÍA, E. y LÓPEZ RODRÍGUEZ, J.: “El proceso de armonización fiscal e integración económica en la Unión Europea”, en *Armonización y coordinación fiscal en la Unión Europea. Situación actual y posibles líneas de reforma* (LASARTE ÁLVAREZ, J. y ADAME MARTÍNEZ, F. (Coords.)), Ed. Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2010.
- ESCOBAR LASALA, J.J.: “Tratamiento de las mermas y pérdidas en la normativa de los impuestos especiales”, *Impuestos*, Tomo II, 1990.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN y ARRANZ, A.: *Fiscalidad de los productos sometidos a Impuestos Especiales*, Ed- THOMSON-ARANZADI- IBERDROLA, 1ª ed., 2016.
- FRAILE FERNANDEZ, R.: “Impuestos especiales”. *Introducción al Sistema Tributario Español*. Editorial Aranzadi, 2018. [BIB 2018\10813](#).
- GASCÓN, J.: *Diagnóstico y propuestas para una reforma fiscal*, Ed. Cívitas -Thomson Reuters, 2013, pág. 235.
- Informe Mirrlees, Diseño de un sistema tributario óptimo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2013.
- LÓPEZ ESPADAFOR, C.: “La armonización fiscal en la Unión europea y los límites constitucionales a la imposición”, *Revista Estudios Financieros (Revista de contabilidad y tributación. Casos Prácticos)*, núm. 302, 2008.
- LÓPEZ ESPADAFOR, C.: “La inclusión de los Impuestos Especiales en la base imponible del IVA como situación de sobreimposición”, *Quincena fiscal*, Aranzadi, núm. 1/2018, Estudios, [BIB 2017\43649](#).
- MAGRANER MORENO, F. y MARTIN LÓPEZ, J.: *Cuadernos de Integración Europea*, Marzo 2006, págs. 111 a 121 (puede verse en <http://www.cuadernosie.info>).
- MARZINOTTO, B., SAPIR A. & WOLFF G. B.: “What Kind of Fiscal Union?”, *Policy Brief* 2011/06, Bruegel, y CHEA, A.C.: “The Global Financial Meltdown of 2008, Sub-Saharan Africa, and the Way Forward for Sustainable Economic Growth and Development”, *International Journal of Economics and Finance*, 4(1), 2012.
- MATA SIERRA, Mª. T.: *La armonización fiscal en la C.E.E*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1993.
- MATA SIERRA, M. T.: *La armonización fiscal en la Unión Europea*. Ed., Lex Nova, Valladolid, 1996.
- MATA SIERRA, M. T.: “La tributación medioambiental: perspectivas de futuro”, *Tratado de tributación medioambiental* (2 volúmenes), BECKER ZUAZUA, F., CAZORLA PRIETO, L.M., MARTÍNEZ SIMANCAS, J.M., (Coord.), Ed- Thomson-Aranzadi-Iberdrola, 1ª ed., 2008.
- ORTIZ CALLE, E.: “Armonización comunitaria de la imposición especial sobre hidrocarburos y fiscalidad medioambiental (comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 10 de junio de 1999, dictada en el asunto C-346/97 y relativa a las cuestiones prejudiciales planteadas en el litigio entre «Transwede Airways AB» y la Administración tributaria sueca”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 189, octubre de 2000.
- Practicum Fiscal*. [BIB 2015\64](#) Editorial Aranzadi, S.A.U., Enero de 2015.

- ROCHE LAGUNA, I.: *La integración europea como límite a la soberanía fiscal de los Estados miembros (armonización de la fiscalidad directa en la Comunidad europea)*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.
- RUIZ-HUERTA CARBONELL, J.: “Tendencias de la fiscalidad en Europa: la armonización fiscal”, *EURO Y CRISIS ECONÓMICA* núm. 863, Noviembre-Diciembre 2011.
- SAINZ DE BUJANDA, F.: “El factor financiero en la unión europea”, *Revista de Administración Pública*, 1950.
- SÁNCHEZ GALIANA, J. A.: “Los impuestos especiales y la C.E.E.”, en CASADO OLLERO, G., RUFÍAN LIZANA, D. M^a. Y SÁNCHEZ GALIANA, J. A.: *Estudios sobre armonización fiscal y Derecho Presupuestario Europeo* Ed. TAT, Granada, 1987, 2^a ed.
- SÁNCHEZ GALIANA, J. A.: “La tributación sobre el vino: la adaptación española a la normativa comunitaria”, *Impuestos. Revista de Doctrina, Legislación y Jurisprudencia*, 2001, Ref. D-99, Tomo 2.
- SANZ SANZ, J. F. y ROMERO JORDÁN, D.: “La imposición indirecta en España: Situación y perspectivas de reforma”, *Una reforma fiscal para el crecimiento y el empleo* (Dir. MARÍN, M., Coord. ELORRIAGA, G. y SANZ J. F.), FAES, 2013.
- WEGNEZ, L.: *La nouvelle Europe*, Office International de Libraire, Technique Documentation, París.

LE CONSEGUENZE DEI VIZI DI FORMA E PROCEDURA NEI LICENZIAMENTI INDIVIDUALI E COLLETTIVI/LAS CONSECUENCIAS DE LOS VICIOS DE FORMA Y PROCEDIMIENTO EN EL DESPIDO INDIVIDUAL Y COLECTIVO

Marco Mocella

marco.mocella@unisannio.it

Ricercatore nell'Università degli Studi del Sannio

Recibido: 05/06/2018 – Aceptado: 31/10/2018

Sommario

L'autore analizza, in una prospettiva evolutiva, il vincolo di forma nei licenziamenti. Vengono in primo luogo esaminate le conseguenze della mancanza di forma scritta del licenziamento per distinguerla dalla mancata indicazione dei motivi, oggi distinti anche sotto il profilo sanzionatorio come ipotizzato in passato da attenta dottrina. Esaminate quindi le procedure previste per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e giusta causa, l'autore verifica la procedura dei licenziamenti collettivi di matrice europea e le modificazioni introdotte dalle riforme del 2012 e del 2015, evidenziando le problematiche connesse al depotenziamento dei vincoli formali.

■ Parole chiave:

Licenziamenti individuali e collettivi; Obblighi di forma e procedura; Sanzioni; Modifiche 2012 e 2015

Abstract

■ Keywords:

Individual and collective redundancies; Formal and procedures obligations; Penalties; Italian law; Changes 2012 and 2015

The author analyzes, in an evolutionary perspective, the obligation of the form in dismissals. Firstly, the consequences of the absence of a written form of dismissal are examined to distinguish them from the lack of reasons indication, which are presently distinct from the point of view of sanctions, as it has been hypothesized in the past by careful interpretation. After examining the procedures for dismissals for economic and disciplinary reasons, the author checks the procedure of collective redundancies of European origin, and the changes introduced by the reforms of 2012 and 2015, highlighting the problems related to the weakening of the form.

Resumen

El autor analiza, en una perspectiva evolutiva, la restricción de la forma en los despidos. En primer lugar, se examinan las consecuencias de la falta de forma escrita del despido para distinguirlo de la falta de indicación de las razones, que hoy se distinguen por la sanción tal como fue hipotizada en el pasado por la

■ Palabras clave:

Despidos individuales y colectivos; Requisitos de forma y procedimiento; Sanciones; Ley italiana; Modificaciones 2012 y 2015

doctrina. Después de examinar los procedimientos para el despido por razones objetivas justificadas y justa causa, el autor verifica el procedimiento de despidos colectivos de la matriz europea y los cambios introducidos por las reformas de 2012 y 2015, destacando los problemas relacionados con el debilitamiento de las limitaciones formales.

1. L'introduzione dell'obbligo della forma scritta del licenziamento nell'ordinamento italiano: individuazione delle conseguenze e inefficacia del recesso – 2. L'obbligo di comunicazione dei motivi – 3. La procedura per il licenziamento disciplinare e per giustificato motivo oggettivo – 4. Le conseguenze delle violazioni della procedura prevista per i licenziamenti collettivi – 5. Conclusioni

1. L'INTRODUZIONE DELL'OBBLIGO DELLA FORMA SCRITTA DEL LICENZIAMENTO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

La disciplina degli obblighi formali connessi al recesso ha subito sostanziali modifiche ad opera delle recenti riforme dei licenziamenti, in particolare, la l. 28/6/2012 n.92 e il d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23.

Per comprendere appieno la portata delle nuove norme, tuttavia, è necessario premettere una breve ricognizione degli obblighi di forma e procedura relativi ai licenziamenti, con particolare riguardo all'importante funzione svolta da dottrina e giurisprudenza nell'esegesi, spesso creativa, di tali regole.

Originariamente, l'ordinamento italiano non prevedeva nessun obbligo relativamente alla forma e alla procedura dei licenziamenti che, pertanto, potevano essere intimati anche oralmente, senza alcuna formalità. La prima previsione di un obbligo di forma e motivazione del licenziamento individuale venne introdotta con la legge 15 luglio 1966 n. 604, mentre la successiva l. 11/5/90 n.108 ne estese l'ambito applicativo a tutti i datori di lavoro; la l. 23/7/91 n.223 ha previsto poi anche per i licenziamenti collettivi la necessità di una forma e procedura vincolata, in attuazione (invero assai tardiva) della direttiva 129/75/CE.

Pertanto, come per i licenziamenti collettivi, anche per quelli individuali forma e procedura erano già state introdotte dalla contrattazione collettiva (cfr. accordi interconfederali del 1950 e del 1965) di cui la legge recepì sostanzialmente i contenuti.

L'estensione operata dal secondo comma dell'art. 2 della l. 11/5/90 n.108 della comunicazione per iscritto del licenziamento a tutti i datori di lavoro, con pochissime eccezioni¹, concluse infine un processo interpretativo, iniziato in dottrina e

¹ Le uniche eccezioni all'obbligo di forma scritta sono quelle relative ai datori di lavoro domestici (art. 4, comma 1, l. 108/1990, che esclude i "rapporti disciplinati dalla legge 2 aprile 1958 n. 339"), in ragione della peculiarità del rapporto, e ai prestatori di lavoro ultra sessantenni aventi i requisiti pensionistici, sempre che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto (art. 4, comma 2, l. 108/1990), gli sportivi professionisti nonché i lavoratori in prova, esclusi ex art. 10 L.604/66 dall'intera legge (art. 10, l. 604/1966). Finanche per i dirigenti, (art. 2, comma 4, l. 604/1966), il licenziamento deve essere

giurisprudenza subito dopo l'emanazione della l. 15/7/66 n.604, tendente a generalizzare tale obbligo². Alla luce del nuovo ambito applicativo generale della forma scritta, il licenziamento finisce col divenire un atto a forma vincolata *ad substantiam*³.

La *ratio* dell'imposizione della forma scritta per il recesso è stata ricondotta da un lato all'esigenza di certezza del diritto, quindi alla garanzia dell'esistenza stessa dell'atto a tutela del lavoratore da arbitrii del datore di lavoro, che in taluni casi poteva negare addirittura il recesso⁴; dall'altro, alla necessità di imporre una particolare attenzione nella fase normalmente più traumatica del rapporto, i cui effetti travalicano l'aspetto lavorativo⁵.

intimato per iscritto ancorché senza necessità di alcuna motivazione. F. MAZZIOTTI, "Forma e procedura dei licenziamenti" in F. CARINCI, *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Napoli 1991, 71; M. ZILIOTTI, "Commento all'art.2" in L. GALANTINO, *La disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 1993, 22.

² Prima dell'entrata in vigore della L. 108/90, l'obbligo di forma previsto dall'art. 2 L. 604/66 riguardava solo i datori di lavoro con più di 35 dipendenti, ex art. 11, 1° comma. A seguito dell'emanazione della L. 300/70, art. 18, l'obbligo di forma era stato ritenuto applicabile anche alle imprese industriali o commerciali, naturalmente nelle unità produttive con più di 15 dipendenti. Cfr. Corte Cost. 6/3/74 n°55 in *Foro It.*, 1974, I, 959 con nota di G. PERA; M.V. BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Milano, 1975, 276; P. GENOVIVA, *I licenziamenti*, Torino 1988, 20; ROCCELLA M., "I licenziamenti nella piccola impresa" in *Dir. Prat. Lav.*, 1990, 666.

³ Sulla forma come garanzia per il prestatore P. PERLINGIERI, *Forma degli atti e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, 80ss; ID., "La forma legale del licenziamento individuale come "garanzia"" in *Rass. Dir. Civ.*, 1986, 1071, ed in particolare la nota 19; M. D'ONGHIA, *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Milano, 2005, 85SS; G. FERRARO, "Formalismo giuridico e diritto del lavoro", in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1989, 555. Più di recente, M. D'ONGHIA, V. BAVARO, "Profili costituzionali del licenziamento nullo" in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 2016, 305, 17ss.

⁴ P. PERLINGIERI, *Forma degli atti e formalismo degli interpreti*, cit., 84; G. FERRARO, *Formalismo giuridico e diritto del lavoro* cit., 544. Sull'esigenza di certezza del diritto anche per il datore di lavoro, sia per ragioni legate all'individuazione corretta della modalità risolutiva del rapporto sia oggi per la possibilità offerta allo stesso di revocare il licenziamento v. *infra*. Corte Cost. 6/3/74 n. 55 cit.; M.V. BALLESTRERO, *I licenziamenti*, cit., 276; GENOVIVA, *I licenziamenti*, Torino 1988, 20; M. ROCCELLA, "I licenziamenti nella piccola impresa" in *Dir. Prat. Lav.*, 1990, 666; NERI BERNARDI, "I licenziamenti individuali e indennità risarcitoria in caso di tutela obbligatoria del posto di lavoro" in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1993, 917; NICCOLAI, "Gli effetti del licenziamento individuale illegittimo" in *Lav. Dir.*, 1982, 119; P. PERLINGIERI, *Forma degli atti e formalismo degli interpreti*, cit., 84; G. FERRARO, *Formalismo giuridico e diritto del lavoro* cit., 544. In giurisprudenza Cass. 29/1/85 n. 519, in *Giust. Civ.* 1985, I, 2788.

⁵ Corte Cost. 23/11/94 n°398 in *Resp. Civ. Prev.*, 1995, 516 con nota L. NOGLER; in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, 3 con nota di G. PERA; in *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 1995, 249 con nota di F. AMATO; in *Riv. Giur. Lav.*, 1995, II, 443 con nota di DI FRANCESCO; in *Giust. Civ.*, 1995, 571 con nota di SCARTOZZI; in *Giur. It.*, 1995, I, 471 con nota di DI FRANCESCO; in *Dir. Lav.*, 1995, II, 253 con nota di BATTISTA; in *Dir. Lav.*, 1994, II, 507 con nota di M. MOCELLA; in *Giust. Civ.*, 1995, I, 2757 con nota di NANNIPIERI; *Foro It.*, 1995, I, 9. Corte Cost. 7/7/86 n°176 in *RassDC*, 1986, 1069 ed in *Giust. Civ.*, 1986, 1368.

Va subito notato che tale obbligo non ha subito alcuna modifica sostanziale dalle riforme del 2012 e 2015 ed è quindi rimasto sostanzialmente immutato.

Con riguardo alle conseguenze della mancanza di forma scritta del licenziamento, occorre evidenziare che, anteriormente alle riforme suddette, in caso di mancanza di forma scritta dell'atto di licenziamento, qualora il datore fosse stato soggetto al regime di stabilità reale si applicava pacificamente quest'ultimo⁶. Negli altri casi, la prevalente dottrina e giurisprudenza riteneva dovesse applicarsi la cosiddetta tutela reale di diritto comune: il licenziamento era considerato inefficace non producendo quindi alcun effetto sulla continuità del rapporto che doveva considerarsi come mai interrotto⁷. Sebbene in questo modo si cercasse di estendere ai lavoratori cui non fosse applicabile l'art. 18 L. 300/70 una tutela quasi equivalente⁸, le differenze tra le due ipotesi non erano trascurabili: infatti la tutela reale di diritto comune non era soggetta al risarcimento minimo delle 5 mensilità previsto dall'art. 18 Statuto dei lavoratori (l. 20/5/70 n.300) né alle decurtazioni dell'*aliunde perceptum* e il lavoratore non aveva la facoltà di optare per l'indennità alternativa alla reintegra pari a 15 mensilità di cui all'art. 18 Statuto dei lavoratori⁹.

⁶ P. GENOVIVA, *op. cit.*, 83; M. PAPALEONI, *La fine del libero licenziamento*, Milano, 1991, 229; E. BALLETTI, "Riassunzione o risarcimento del danno" in *I licenziamenti individuali* a cura di G. FERRARO, Napoli 1990, 95; R. DE LUCA TAMAJO, "Disciplina dei licenziamenti individuali" in *Le nuove leggi civili commentate*, a cura di R. DE LUCA TAMAJO, M. D'ANTONA, 1991, 187; M. ZILIOTTI, *op. cit.*, 26. Corte Cost. 22/1/87 n. 17, in *Giur. Cost.*, 1987, I, 118; in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1987, II, 431; in *Dir.Lav.*, 1987, II, 130.

⁷ Per la tesi della nullità di diritto comune P. TULLINI, "La cd. tutela reale di diritto comune", in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 8, 1990, 103 ss. In giurisprudenza, Cass. 22/1/91 n°542 in *Foro It.*, 1992, 1142 con nota di DE LUCA; Cass. 3/6/92 n°6741 in *Giust. Civ.*, 1993, I, 81 con nota di M. PAPALEONI; Cass. 4/3/92 n°2596 *ivi*, 1993, I, 840 con nota di PROIETTI; Cass. 8/7/88 n°4521, in *Foro It.*, 1988, I, 3592; Cass. 28/10/97 n°10624 in *Guida Dir.*, 1997, 44, 72 (per gli obblighi contributivi), Cass. 20/2/99 n°1444 in *Guida Lav.*, 1999, 14, 54. Questa interpretazione è stata quindi avallata da Cass. S.U. 27/7/99 n°508 in *Guida Dir.*, 1999, 32, 30. Per l'applicazione della tutela di diritto comune in ipotesi di nullità diverse dal licenziamento orale Cass.4/2/92 n°1159 in *Giust. Civ.*, 1992, I, 2123 (sul licenziamento per causa di matrimonio); Cass. 9/9/95 n°9549 in *Not. Giur. Lav.*, 1995, 769 (sul licenziamento nel periodo di interdizione). Una autorevole ma minoritaria corrente di pensiero propendeva invece per l'applicazione dell'art. 8 dellal.604/66: Cass.23/11/92 n°12486 in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, II, 355; Trib. Milano 9/2/94 in *Lav. Giur.*, 1994, 913 con nota di D'AVOSSA. In dottrina G. PERA, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Padova, 1993, 68 ss; M.PAPALEONI, "Licenziamento disciplinare e nullità di diritto comune" in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, 653; MARINO, "Il vizio di forma del licenziamento viziato nella procedura: una svolta di rilievo", in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, II, 357ss; G. PERA, *Ancora sul vizio di forma nella zona della tutela debole contro il licenziamento* in *Giust. Civ.*, 1997, I, 938. Sul punto Corte Cost 23/11/94 n°398 cit.; Cass. 20/5/94 n°4938 in *Rep. Foro It.*, voce *Lavoro (rapporto)*, 1994, 1511.

⁸ Cass. 3/1/86 n°23 in *Dir. Prat. Lav.*, 1986, 1029; Cass. 18/10/82 n°5394 in *Not. Giur. Lav.*, 1982, 906; Cass. 1/8/91 n°8483, *ivi*, 1991, 243.

⁹ R. DE LUCA TAMAJO, *Disciplina dei licenziamenti individuali* cit., 184. La decurtazione dell'*aliundem perceptum* viene da alcuni autori considerata possibile nella tutela reale di diritto comune e non nel caso di applicazione dell'art. 18 Statuto, dopo la novella dell'art. 1 L.108/90.

Tali aspetti sono stati risolti con la riforma Fornero (l. 28/6/2012 n.92) che, nel riscrivere il nuovo testo art. 18, c. 1, l. n. 20/5/70 n.300, ha esteso la tutela reintegratoria a tutti i datori indipendentemente dal numero dei dipendenti occupati, comprese quindi le piccole imprese.

Analogamente, il d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183, recante disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti (cd. Jobs Act), non ha sostanzialmente modificato la disciplina riproponendo quanto previsto sul punto dalla l. 28/6/2012 n.92¹⁰.

In breve, entrambe le normative prevedono la nullità del licenziamento con conseguente condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno subito dal lavoratore commisurato all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative. Restano immutati l'ammontare minimo del risarcimento, che non potrà essere inferiore a cinque mensilità oltre al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali, e la facoltà del lavoratore di richiedere l'indennità in sostituzione della reintegrazione in misura pari a quindici mensilità non assoggettata a contribuzione previdenziale.

2. L'OBBLIGO DI COMUNICAZIONE DEI MOTIVI

Con riguardo alla comunicazione dei motivi del licenziamento, prima del 2012 essa non era obbligatoria per il datore di lavoro a meno che non venisse richiesta dal

¹⁰ F. CARINCI, C. CESTER. (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, Modena, 2015; E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Bari, 2015; L. FIORILLO, A. PERULLI, *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Torino 2015; R. PESSI, C. PISANI, G. PROIA, A. VALLEBONA (a cura di), *Jobs Act e licenziamento*, Torino, 2015; AA.VV., *La riforma del lavoro (c.d. Jobs Act). Il contratto di lavoro a tutele crescenti e gli strumenti di contrasto alla disoccupazione (d.leg. 4 marzo 2015 nn. 22 e 23)*, in *Foro It.*, 2015, V, col. 229; G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs act"*, Padova, 2016; F. CARINCI, "Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)", in F. CARINCI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, Modena, 2015, 65ss; ID., *Il tramonto dello Statuto dei lavoratori (dalla L. N. 300/1970 al Jobs Act)*, in *ADAPT LABOUR STUDIES e-Book series*, n. 41/2015; L. NOGLER, "I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015", in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 3, 507ss.; R. DE LUCA TAMAJO, "Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, "fatto" contestato", *ivi*, 2, 269ss.; M. MARAZZA, "Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act", in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 2, 310ss.; M. PERSIANI, "Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti", *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 393ss.; G. VIDIRI, "Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del Jobs Act tra luci e (non poche) ombre", in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 353ss.; P. ICHINO, "La riforma del lavoro in Italia. Una nuova cultura delle relazioni industriali", in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, 1, 205ss.

lavoratore nei termini di legge, nel cui caso il datore di lavoro doveva di comunicare per iscritto entro sette giorni le motivazioni alla base del recesso.

L'art. 2 secondo comma della legge 604/66 era stato modificato dalla legge 108/90 solo per i termini per la richiesta e la comunicazione dei motivi, mentre la proposta di unificare la comunicazione del recesso con quella dei motivi non era stata, invece, accolta dal legislatore in quella sede; anche la comunicazione dei motivi doveva certamente rivestire la forma scritta¹¹.

Lo scopo di tale obbligo era stato identificato da dottrina e giurisprudenza nell'esigenza di garantire al lavoratore la possibilità di conoscere i fatti posti a fondamento del recesso, onde poter valutare se impugnarlo o meno, per cui essa doveva avvenire non solo tempestivamente ma anche in forma analitica e completa¹².

La mancata comunicazione dei motivi o anche la sua tardività ovvero incompletezza era sanzionata dal legislatore analogamente alla mancata comunicazione del licenziamento, quindi con l'inefficacia dell'atto¹³.

A seguito della riforma della l. 92/2012, viene operata una differenziazione tra nullità ed inefficacia del licenziamento, sul presupposto che l'inefficacia in senso stretto si avrebbe solo quando difetti un elemento esterno all'atto stesso, come nel caso dell'omessa comunicazione dei motivi¹⁴; diversamente, in caso di mancanza della forma l'atto sarebbe nullo¹⁵.

¹¹ Sulla nullità del licenziamento in caso di comunicazione orale dei motivi Cfr. Cass. S.U. 18/10/82 n°5394 *Foro It.*, 1983, I, 2206; Cass. 3/11/77 n°4687 in *Riv. Giur. Lav.*, 1978, II, 939; E. BALLETTI, "Riassunzione o risarcimento del danno" in *I licenziamenti individuali a cura di FERRARO*, Napoli 1990, 94; ZILIOTTI, "La forma del licenziamento" in *Commento alla l.604/66 a cura di GALANTINO*, Torino 1990, 21.

¹² Cass. 21/11/89 n°5040 in *Not. Giur. Lav.*, 1990, 403. In dottrina M. ZILIOTTI, *op. cit.*, 21; F. MAZZIOTTI, *Forma e procedura dei licenziamenti cit.*, 76.

¹³ Cass. 23/12/96 n°11497 in *Guida Dir.*, 1997, 12, 36 con nota adesiva di A. PELAGGI secondo cui occorrerebbe distinguere tra inefficacia derivante da mancanza di forma scritta e inefficacia derivante da omessa o tardiva comunicazione dei motivi. In dottrina A. DI MAJO, "I licenziamenti illegittimi tra diritto comune e diritto speciale" in *Riv. Giur. Lav.*, 1974, I, 272; M.V. BALLESTRERO, *I licenziamenti, cit.*, 104; U. ROMAGNOLI, "Sub. art. 18" in GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna - Roma, 1972, 95; P. TULLINI, *op. cit.*, 104; G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, in *Enc. Giur. Lav.* a cura di MAZZONI, V, Padova 1980, 178.

¹⁴ F. MAZZIOTTI, "Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari", in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Torino, 16-17 maggio 1987, Milano, 1988, 162. Cass. S.U. 2/3/87 n. 2180, in *Giust. Civ.*, 1986, I, 1055; Cass. 28/10/89 n°4542, in *Not. Giur. Lav.*, 1989, 706; in *Orient. Giur. Lav.*, 1990, 154; Cass. 1/8/91 n. 8483, in *Dir. Prat. Lav.*, 1991, 2793; Cass. S.U. 21/2/84 n. 1236, in *Foro It.*, 1984, 2552; in *Giust. Civ.*, 1984, I, 1784 con nota di PAPALEONI; in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1984, II, 682 con nota di ORSI VERGIATI; in *Not. Giur. Lav.*, 1984, 277; A. TAZZI, *Sul licenziamento disciplinare nelle piccole imprese* in *Dir. Lav.*, 1993, II, 434.

¹⁵ F. MAZZIOTTI, *Forma e procedura dei licenziamenti cit.*, 72; G. NAPOLETANO, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Napoli 1990, 97; M.V. BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Milano 1975, 95; G. GIANPICCOLO, "Dichiarazione recettizia", in

Pertanto, mentre la mancanza di forma del licenziamento continua ad essere sanzionata con l'inefficacia del recesso, l'omissione della comunicazione dei motivi, che ora devono essere inclusi nella comunicazione del licenziamento, viene colpita da una sanzione conservativa assai più lieve, da un minimo di sei ad un massimo di dodici mensilità (art. 18 comma sesto). Si assiste, dunque, ad un notevole capovolgimento di prospettiva che si riflette, evidentemente, anche sulla *ratio* sottesa alle prescrizioni formali: da un lato queste vengono ampliate, dall'altro si distingue nettamente tra la mancanza di forma dell'atto e l'omissione o irregolarità delle ulteriori formalità imposte dalla legge.

Tale differenziazione finisce con l'affermarsi ancor più nettamente a seguito della riforma del 2015, in quanto, nell'ipotesi in cui il recesso sia intimato per iscritto ma con violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 o della procedura del licenziamento disciplinare di cui all'articolo 7 della legge n. 300 del 1970, il rapporto di lavoro si estingue comunque ed il datore di lavoro può essere condannato esclusivamente al pagamento di un'indennità pari ad una mensilità per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità; peraltro, nell'art. 4 d.lgs. 23/2015 il Legislatore non utilizza più, condivisibilmente, il termine "inefficacia".

La declinazione di una diversa tipologia sanzionatoria riflette una diversa funzione della prescrizione formale nelle diverse ipotesi esaminate e, in quest'ottica, la scelta del Legislatore di valorizzare una funzione rispetto all'altra risponde ad una logica che sembrerebbe non contrastare con alcuna norma costituzionale.

Il depotenziamento delle sanzioni formali diviene invece maggiormente penalizzante per il prestatore con riferimento ai vizi relativi alla comunicazione dei motivi del recesso e, in parte, alla procedura per i licenziamenti disciplinari (*infra*). Nel primo caso, infatti, si rende estremamente difficoltoso per il prestatore individuare le ragioni che hanno portato alla scelta di recedere dal rapporto e quindi valutare eventuali profili che potrebbero rendere l'atto nullo; nel secondo, in quanto dalla inesistenza del fatto può ancora derivare la sanzione reintegratoria, per cui la conoscenza esatta dell'addebito diviene essenziale per valutare l'esistenza o meno dello stesso.

Non sembra revocabile in dubbio che la scelta di ridurre le conseguenze previste per tale violazione si ponga in contrasto con il ruolo attribuito alla comunicazione dei motivi nel licenziamento individuale, vale a dire l'esigenza di garantire al lavoratore di avere piena conoscenza dei fatti posti a fondamento del recesso, allo scopo di porlo in condizione di valutare scientemente se impugnare o meno l'atto e consentirgli

Enciclopedia del diritto, XII, Milano 1964, 389; M. GIORGIANNI, "Forma degli atti (diritto privato)", in *Enciclopedia del diritto*, XVII, 1968, Milano 1968, 993; A. LISERRE, "Forma degli atti (diritto civile)", in *Enciclopedia del diritto*, XIV, 1989; G.B. FERRI, "Forma e contenuto degli atti giuridici", in *Riv. Dir. Comm.*, 1990, I, 1; V. SCALISI, "Inefficacia" in *Enciclopedia del diritto*, 1971, 325; G. MIRABELLI, "Dei contratti in generale" in *Commentario Codice civile*, Torino 1958, 371; SACCO R., *Il contratto*, Torino 1993.

quindi un pieno esercizio di difesa nel momento in cui intenda effettivamente agire in giudizio¹⁶.

Inoltre, sebbene resti fermo l'obbligo del datore di lavoro di comunicare in maniera analitica e completa la motivazione, un'eventuale incompletezza della motivazione non potrebbe ovviamente essere sanzionata in misura più grave dalla sua mancanza. Dunque, in caso di motivazione insufficiente, si dovrebbe ritenere questa del tutto inesistente, con applicazione della relativa nuova sanzione.

3. LA PROCEDURA PER IL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE E PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO

Il procedimento disciplinare in Italia è previsto dall'art. 7 dello Statuto dei Lavoratori (l. 20 maggio 1970 n.300) che ai primi tre commi dell'art. 7 della L. 300/70 regola in generale il procedimento disciplinare valido per tutte le sanzioni, compresi i licenziamenti disciplinari, come stabilito in via interpretativa dalla Corte Costituzionale¹⁷ e da quella di Cassazione¹⁸.

La prima aveva inoltre chiarito che, in caso di violazione della procedura dell'art. 7, l'infrazione disciplinare non poteva essere posta a giustificazione del licenziamento, il quale era quindi sanzionato in ragione dei requisiti dimensionali¹⁹.

¹⁶ Per il licenziamento ingiurioso, peraltro, già in precedenza si riteneva che la comunicazione non potesse essere contestuale al recesso; l'interesse del lavoratore sarebbe stato quindi comunque salvaguardato: Cass. 21/6/79 n°3488 in *Giur. It.*, 1980, I, 1, 505; Cass. 22/1/66 n°557 in *Foro It.*, 1966, I, 1762. In dottrina MAZZIOTTI F., *Forma e procedura*, cit., 73; M. ZILLOTTI, *op. cit.*, 21. Per la risarcibilità del danno nel caso di comunicazione di motivazione ingiuriosa Cass. 22/1/66 n°557 cit.; Cass. 29/4/81 n°2637 *Foro It.*, 1981, I, 1557. Sulla mancata contestazione dell'addebito disciplinare v. però Cass. 6/11/14 n. 23669 in *Arg. Dir. Lav.*, 2014, 6, 1381; *Lav. Giur.*, 2015, 2, 152 nota di BUCONI; in *Foro It.*, 2014, 12, 1, 3418 GI, 2014, 12, 2788 nota di FIORILLO.

¹⁷ Corte Cost. 30/11/82 n.204542, *Foro It.*, 1982, I, 2981. Con la sentenza n° 427/89 la Corte aveva poi esteso le garanzie procedurali dell'art. 7 anche ai datori di lavoro non assoggettati alle norme limitatrici dei licenziamenti

¹⁸ Cfr. Cass. 27/10/83 n°6356 in *Foro It.*, Rep., 1983, voce *Lavoro*, (Rapporto), 2328; Cass. 7/11/83 n° 6579, *ivi*, 1984, I, 97; Cass. 25/7/90 n° 7520, *ivi*, Rep., 1990, voce cit., 1788; Cass. 27/11/92 n° 12666, *ivi*, Rep. 1992 voce cit., 1689; Cass. 27/1/93 n° 1000, *ivi*, Rep 1993, voce cit., 1394.

¹⁹ Cass. n° 5262/88 in *Foro It.*, Rep. 1988, *Lavoro* (rapporto), 1979. In dottrina F. FOCARETA, "L'articolo 18 St. lav. fra tendenze espansive e problemi irrisolti", in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1989, 6, 269; R. DE LUCA TAMAJO, F. BIANCHI D'URSO, "Licenziamento disciplinare e Corte costituzionale", in *Not. Giur. Lav.*, 1989, 148. *Contra*, per la tesi dell'applicazione espansiva dell'art. 18 a tutte le ipotesi di licenziamento invalido, compreso quello per violazione dell'art. 7 St.: M. G. GAROFALO, "La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni", in *Riv. Giur. Lav.*, 1990, I, 184; V. CERRITELLI, A. PICCININI, *Il licenziamento individuale*, Roma, 1991, 111-112; Cass. 8/7/88 n° 4521 in *Not. Giur. Lav.*, 1988, 725; Cass. 22/1/91 n°542 in *Giust. Civ.*, 1991, I, 1185 con nota di POSO *Ancora sulle conseguenze del licenziamento disciplinare nelle piccole imprese*. Altri ritenevano invece che a tale nullità corrispondesse solo l'obbligo del preavviso (Cass.

Dunque, fino al 2012 il licenziamento disciplinare non preceduto dall'espletamento della procedura di cui all'art. 7 dello Statuto veniva assimilato al recesso ingiustificato con la conseguenza che ad esso veniva applicato il regime relativo alla dimensione del datore di lavoro.

Diversamente, la l.92/2012 pur qualificando il licenziamento non preceduto da detta procedura come inefficace, lo ha sanzionato al nuovo sesto comma dell'art. 18 con la sola sanzione indennitaria dimezzata, senza alcun diritto alla conservazione del posto di lavoro.

Il d.lgs 23/2015 ha ridotto ulteriormente la sanzione parificandola a quella prevista per la mancata comunicazione dei motivi del recesso, vale a dire un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale da un minimo di 2 ed un massimo di 12 mensilità²⁰.

L'affievolimento delle tutele per i vizi formali della fase procedimentale del recesso deve essere letta unitamente al depotenziamento delle sanzioni per i vizi sostanziali del licenziamento, in quanto la tutela reintegratoria viene oggi garantita al lavoratore, oltre che per la mancanza di forma dell'atto, solo nelle ipotesi più gravi (mancanza di forma, discriminazione, lavoratrice in maternità, gravidanza e così via). In tale ottica, il vizio procedimentale impedisce o rende maggiormente difficoltoso al prestatore l'impugnazione del recesso che tuttavia lo porterebbe ad ottenere comunque esclusivamente una sanzione risarcitoria e non ripristinatoria del rapporto. In questo senso, la scelta di ridurre la sanzione per i vizi della procedura prevista per i licenziamenti collettivi e per quella dell'art. 7 l. 604/66 non appare in grado di indebolire irrazionalmente la posizione del lavoratore in quanto questi, in tali ipotesi, non potrebbe ottenere una tutela ripristinatoria del rapporto.

La violazione delle procedure di cui all'art. 7 dello Statuto appare tuttavia meno grave della mancata comunicazione dei motivi del recesso. In quest'ultimo caso, la motivazione consente al lavoratore un pieno diritto di difesa altrimenti certamente

4/3/93 n° 2596 in *Riv. Giur. Lav.*, 1993, II, 542; Cass. 27/3/85 n°1035 in *Foro It.*, Rep. 1985, Voce *Lavoro* (Rapporto), 1974.). Altri ancora ritenevano ingiustificato il licenziamento intimato senza le prescritte formalità, con conseguente applicazione del regime relativo al numero di dipendenti occupati (Cass. 6/4/93 n° 4131 in *Riv. Giur. Lav.*, 1993, II, 541; Cass. 24/2/93 n° 2249 *ivi*, 543. Cass. 23/11/92 n° 12486 in *Dir. Prat. Lav.*, 1993, 713. ed in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, II, 355 con nota di MARINO. La prima ad argomentare in tal senso dopo la L. 108/90 è stata Cass 23/11/92 n° 12486 cit., Pret. Milano, 22/11/93, Crescenzo c/Emme e E. S.r.l. in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994, II, 545 con nota di MARINO che tende ad estendere anche al licenziamento orale tale teoria. Conf. TAZZI, *op. cit.*, 435. *Contra* Cass. 542/91, cit.

²⁰ La l. 92/2012 aveva altresì introdotto una procedura di conciliazione preventiva per il recesso intimato per motivi economici al dichiarato scopo di trasformare il licenziamento da atto unilaterale dell'imprenditore in una scelta quanto più possibile condivisa, sul modello della procedura dei licenziamenti collettivi, al fine di ridurre il contenzioso che ne potrebbe derivare. Il mancato rispetto della procedura veniva sanzionato, sempre che il licenziamento non venga invalidato per altri motivi, con una sanzione compresa tra 6 e 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Tale procedura non è stata tuttavia riproposta dal Legislatore con il d.lgs. 23/2015.

menomato; il mancato rispetto delle garanzie procedurali dell'articolo 7, e segnatamente la comunicazione preventiva delle contestazioni ed il diritto di presentare una propria difesa, non sembrerebbe violare il medesimo art. 24 Cost. giacché la fase pre-giudiziale di cui all'art. 7 Statuto non appare sorretta dalle medesime garanzie costituzionali che tutelano invece il diritto di agire in giudizio dopo il recesso.

Irrazionale appare piuttosto che per le sanzioni disciplinari non precedute dalla prevista procedura sia ancora applicabile la sanzione individuata da tempo dalla giurisprudenza vale a dire l'assoluta nullità del provvedimento disciplinare. Pertanto le sanzioni conservative sono ancora colpite da nullità laddove per la massima sanzione, quella espulsiva, viene prevista una conseguenza più lieve, con non pochi dubbi di ragionevolezza del sistema.

4. LE CONSEGUENZE DELLE VIOLAZIONI DELLA PROCEDURA PREVISTA PER I LICENZIAMENTI COLLETTIVI

La disciplina dei licenziamenti collettivi è stata oggetto di regolamentazione legislativa in Italia solo a partire dal 1991 quando, con la l. 23/7/91 n.223, è stata recepita in Italia la direttiva C.E.E. 75/129; in precedenza, il mancato recepimento aveva provocato una serie di condanne del nostro Paese da parte della Corte di Giustizia²¹.

La legge, nel disciplinare per la prima volta compiutamente i licenziamenti collettivi, ha predisposto una procedura di confronto tra le parti sociali con l'eventuale intervento dell'autorità pubblica che rappresenta uno degli aspetti maggiormente innovativi rispetto alla precedente regolamentazioni di origine patrizia, contenuta negli Accordi Interconfederali del 1950 e del 1965²².

E' opinione prevalente che, a seguito della legge, non esista più alcuna differenza tra licenziamento individuale o plurimo per ragioni oggettive e collettivo, in quanto è esclusivamente la portata degli interessi coinvolti, desunta dalla dimensione dell'impresa e dal numero dei licenziamenti, e l'allarme sociale che ne deriva a

²¹ Corte Giust. CEE 8/6/82 in *FI*, 1982, IV, 353 con nota di MAZZOTTA; Corte Giust. CEE6/11/85 *ivi*, 1986, IV, 109 con nota di DE LUCA.

²² M. D'ANTONA, "Riduzione di personale e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l.223/91" in *Foro It.*, 1993, V, 2027ss; PIVETTI, "Alcune osservazione su licenziamenti collettivi e mobilità nella l.223/91" in *RGL*, 1993, I, 51ss; L. MONTUSCHI, "Mobilità e licenziamenti: primi appunti ricostruttivi ed esegetici in margine alla L. n°223 del 23/7/91" in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, I, 413; C. ALESSI, "Il licenziamento collettivo per riduzione di personale: fattispecie e disciplina" in *Riv.Giur.Lav.*, 1995, I, 225; U. CARABELLI, "I licenziamenti per riduzione di personale" in *DLRI*, 1994, 213; F. PATERNÒ, "Sulla nozione di licenziamento per riduzione di personale" in *ADL*, 1995, 2, 77; SPAGNUOLO VIGORITA, GUAGLIONE, SCARPELLI, "Commento all'art.24 della L.223/91" in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1994, 1091. Sulla procedura C. ZOLI, "La procedura" in *QDLRI*, 1997, 73ss. Sull'obbligo dell'imprenditore di trattare secondo correttezza e buona fede R. DEL PUNTA, "La L.223/91 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio" in *QDLRI*, 1997, 18.

giustificare il ricorso ad una complessa procedura con il coinvolgimento sindacale ed amministrativo e l'applicabilità ai lavoratori coinvolti di strumenti di protezione sociale²³.

In ossequio alla disciplina europea, la normativa italiana prevede all'art. 24 dei requisiti quantitativi e temporali per la qualificazione del licenziamento come collettivo: il datore di lavoro deve avere più di 15 addetti, deve effettuare 5 licenziamenti nell'arco di 120 giorni nell'ambito della stessa provincia e i licenziamenti dovranno essere "tutti riconducibili alla medesima riduzione o trasformazione"²⁴. Rientrano pure nel campo di applicazione della normativa i licenziamenti per cessazione di attività, espressamente compresi dall'art.24 secondo comma.

La normativa si applica altresì ex art.4 ai licenziamenti intimati a lavoratori di imprese in Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria, il cui ambito di applicazione è sensibilmente più ristretto rispetto ai limiti di cui all'art. 24, tranne che per il settore industriale; in tal caso, tuttavia, non è posto alcun limite al numero minimo di licenziamenti.

La normativa ha subito interventi successivi, tra cui va segnalato quello del decreto legislativo 8 aprile 2004, n°110 per adeguare, sotto il profilo dell'ambito soggettivo di applicazione, la norma alla direttiva n°98/59/CE²⁵, estendendo l'ambito di applicazione a tutti i privati datori di lavoro compresi quelli non imprenditori.

Restano invece esclusi i licenziamenti per fine lavori edili, la cessazione di rapporti di lavoro a termine, compresi i dipendenti in prova.

Per quanto attiene al numero di 15 dipendenti, deve intendersi, ai sensi dell'art. 1, il computo dei dipendenti occupati mediamente nel semestre precedente²⁶, da effettuarsi

²³ In dottrina M. MISCIONE, "I licenziamenti per riduzione di personale e la mobilità" in F. CARINCI (a cura di) *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/90 e 223/91*, Napoli, 1991, 299ss; O. MAZZOTTA, *I licenziamenti*, Milano, 1999, 640ss; R. DEL PUNTA, *La L.223/91 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio*, cit., 15; M. D'ANTONA, *Riduzione di personale e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della L.223/91 cit*, 2028. Già nella previgente normativa cfr. in dottrina F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli 1982, 169; G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980, 99; M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano 1980. In giurisprudenza Cass. 26/4/96 n°3896 in *LG*, 1996, 865; Cass. 218/86 n° 538, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1987, II, 593; in *Dir. Prat. Lav.*, 1989, 1217. *Contra*, Per la tesi della distinzione ontologica Cass. 26/4/96 n°3896 in *Lav. Giur.*, 1996, 865.

²⁴ R. DEL PUNTA, "I licenziamenti collettivi" in PAPALEONI, DEL PUNTA, MARIANI, *La nuova Cassa integrazione guadagni e la mobilità*, cit., 379. Sulla nozione di stabilimento nella direttiva Corte Giust. CE 1/2/07, causa C-270/05 in *FI*, 2007, IV, 270. Sulla non computabilità delle dimissioni incentivate nel numero dei rapporti cessati Cass. 23/6/06 n. 1463 in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, 425.

²⁵ M. TATARELLI, "Estesa ai datori di lavoro non imprenditori la procedura sui licenziamenti collettivi", in *Guida Lav.*, 2004, 20, 32.

²⁶ In tal senso anche la circolare ministeriale 155/91, in *DPL*, 1991, 3321.

al momento dell'avvio della procedura, mentre l'ambito nel quale calcolare il numero dei dipendenti dell'impresa è l'intero complesso aziendale sul territorio nazionale. La procedura sindacale con il controllo amministrativo prevede che il datore che voglia procedere a riduzioni di personale o messa in mobilità sia obbligato a comunicare per iscritto agli organismi sindacali indicati dalla legge tale intenzione specificando una serie di informazioni previste dal terzo comma dell'art.4²⁷.

La comunicazione deve contenere i motivi che hanno determinato la situazione di eccedenza, i motivi tecnici organizzativi e produttivi a fronte dei quali appaiono inattuabili altri rimedi idonei ad evitare i licenziamenti, ed infine numero, collocazione aziendale e profili professionali del personale eccedentario nonché i tempi di attuazione del programma e le misure programmate per evitare le conseguenze sociali dei licenziamenti. Tale contenuto è stato ulteriormente ampliato dalla l.151/97 con l'introduzione dell'obbligo di comunicare il personale normalmente occupato ed il metodo di calcolo degli incentivi ed integrazioni al reddito aggiuntivi rispetto a quelli legali, oltre all'obbligo di fornire le informazioni richieste anche in caso di procedura posta in essere da impresa controllata qualora l'avvio della procedura sia stata decisa dall'impresa controllante (art. 4 comma 15 bis). Lo scopo di tale procedura è quello di fornire tutte le informazioni necessarie al sindacato per valutare le azioni da intraprendere²⁸.

Successivamente, su richiesta delle organizzazioni sindacali, si procede ad un esame congiunto prima con il solo sindacato e, in caso di mancato accordo, con l'intervento della Direzione territoriale del lavoro.

Nel caso in cui non vengano raggiunti accordi in grado di evitare del tutto o in parte i licenziamenti, il datore ha facoltà di procedere ai recessi comunicandoli per iscritto a ciascun lavoratore nel rispetto dei termini del preavviso, inviando contestualmente all'autorità amministrativa e alle organizzazioni sindacali oggetto della prima comunicazione gli elenchi del personale licenziato completi dei dati anagrafici e familiari e delle modalità applicative dei criteri di scelta (art.4 nono comma).

La finalità della comunicazione iniziale alle organizzazioni sindacali è facilmente individuabile nella necessità di porre queste ultime a conoscenza della situazione che ha determinato la necessità di licenziare il personale onde poter valutare se intervenire o meno, con quali strumenti e se addivenire o meno ad un accordo ed a quali condizioni. La *ratio* della comunicazione finale di cui al nono comma è invece più complessa, nel senso che essa appare diversa a seconda degli adempimenti previsti dalla norma e dei soggetti destinatari della stessa. La comunicazione delle modalità applicative è infatti un atto che deve precedere quella dei recessi, giacché logicamente il datore deve prima elaborarle e poi applicarle al caso concreto, individuando i singoli

²⁷ Sui soggetti destinatari delle comunicazioni Cass. 14/1/05 n.639 in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2005, II, 950; Cass. 24/3/04 n. 5942 *ivi*, II, 657.

²⁸ Sul momento iniziale della procedura Corte Giust. 27/1/05 c.188/03 in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, 385; in *Foro It.*, 2005, 185; in *Guida Lav.*, 2005, 10, 32.

lavoratori da licenziare: è per tale motivo che le due comunicazioni devono avvenire contestualmente²⁹.

L'art. 5 della legge in esame individua dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare e precisamente i criteri tecnico produttivi ed organizzativi, i carichi di famiglia e l'anzianità del lavoratore. Essi sono però sussidiari rispetto ad altri eventuali criteri che le parti abbiano concordato tra loro; in tal caso, gli accordi che prevedono i criteri di scelta hanno natura gestionale e si applicano a tutti i lavoratori, iscritti o meno alle organizzazioni stipulanti³⁰.

Diversamente dai licenziamenti individuali, il lavoratore non può richiedere al datore di lavoro i motivi del recesso né gli atti della procedura. Va segnalato tuttavia come tale impostazione appaia gravemente lesiva del diritto di difesa del lavoratore il quale, soprattutto qualora non iscritto ad uno dei sindacati firmatari degli accordi, può non essere posto in condizioni di consultare preventivamente la procedura ed i criteri di scelta per valutarne la correttezza, pur restando obbligato nei sessanta giorni dal recesso ad impugnarlo³¹.

Anche la disciplina dei licenziamenti collettivi, ed in particolare la procedura di consultazione, è stata modificata dalla l. 92 del 2012. In dettaglio, la novella ha previsto la possibilità per l'imprenditore di inviare la comunicazione finale non più necessariamente contestualmente ai licenziamenti degli elementi previsti dall'art. 4 comma nono; delle modifiche al regime sanzionatorio, l'efficacia sanante di eventuali vizi della procedura dell'accordo raggiunto in sede sindacale e l'applicabilità del nuovo termine di decadenza previsto per i licenziamenti individuali.

La previsione in base alla quale il raggiungimento di un accordo ha effetto sanante di eventuali vizi della procedura recepisce fondamentalmente un'interpretazione già fatta propria dalla giurisprudenza maggioritaria, che aveva riconosciuto tale possibilità alle parti nel corso della procedura. In precedenza, la violazione della procedura era sanzionata con l'inefficacia dei licenziamenti, mentre il mancato rispetto dei criteri di scelta comportava l'annullabilità dei recessi, in ogni caso con la sanzione della reintegrazione di cui all'art. 18 St.

Le modificazioni operate al regime sanzionatorio dalla riforma del 2012 rispondono invece all'esigenza di raccordare le novità in tema di sanzioni per i licenziamenti ai vizi dei licenziamenti collettivi. Mentre in caso di violazione dei criteri di scelta si applicherà la reintegrazione con risarcimento del danno forfettizzato, viene previsto

²⁹ Cass. 8/3/06 n. 4970 in *Mass. Giur. Lav.*, 2006, 778; in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, 163; Cass. 7/12/07 n. 25668 in *Guida Dir.*, 2008, 3, 63; Cass. 28/7/05 n.15898, in *Mass. Giur. Lav.*, 2006, 141 con nota di TOMASSINI.

³⁰ Corte Cost. 22/6/94 n.268 in *Foro It.*, 1994, 2307; in *Mass. Giur. Lav.*, 1994, 473 con nota di MANNACCIO; in *Dir. Lav.*, 1994, II, 160 con nota di N. BETTINI.

³¹ Sulla necessità che il lavoratore indichi le specifiche omissioni ed irregolarità della procedura Cass. 8/8/05 n. 16629 in *Mass. Giur. Lav.*, 2006, 192. Per la carenza di interesse ad agire del lavoratore per segnalare l'incompletezza della procedura che non abbia avuto conseguenze sul proprio licenziamento Cass. 11/1/08 n. 528 in *Guida Dir.*, 2008, 7, 22.

un ridimensionamento della tutela accordata in caso di violazione della procedura. In particolare, nel caso del licenziamento collettivo si applica invece la tutela risarcitoria forte da 12 a 24 mensilità. In tal modo, sebbene la tutela non sia più la reintegrazione, che si applicherà solo per la violazione dei criteri di scelta, appare evidente che il Legislatore continua a ritenere il rispetto della procedura più rilevante nel licenziamento collettivo che nel licenziamento individuale, dove la violazione degli aspetti procedurali comporta la tutela risarcitoria debole, da 6 a 12 mensilità³².

Con la riforma del 2015, invece, la tutela reintegratoria viene del tutto eliminata unificandosi la sanzione prevista in caso di violazione delle procedure richiamate all'articolo 4, comma 12, con quella dei criteri di scelta di cui all'art. 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991, applicando per entrambe il regime risarcitorio nella forma forfettizzata in relazione all'anzianità di servizio e alle dimensioni dell'impresa prevista dal Jobs act innanzi vista³³.

Appare evidente come soprattutto questa modificazione possa comportare per i lavoratori rischi di abusi nella fase di individuazione dei lavoratori da licenziare.

In definitiva, con la riforma del 2015, per i licenziamenti per ragioni economiche, siano essi individuali o collettivi, viene del tutto meno la possibilità di ottenere la reintegrazione anche nel caso in cui si dimostrasse l'assoluta inesistenza della ragione oggettiva posta a base del recesso, come nell'ipotesi in cui venissero omesse le garanzie procedurali.

5. CONCLUSIONI

Il depotenziamento delle sanzioni operato prima dalla l. 92/2012 quindi dal d.lgs 23/2015 per la violazione delle garanzie di forma e procedura costituisce un profilo estremamente delicato in grado di ledere in maniera sensibile il diritto di difesa del prestatore di lavoro.

La riduzione delle sanzioni per la procedura del licenziamento disciplinare, in particolare, sarebbe meno grave se non si aggiungesse al depotenziamento delle sanzioni previste per la mancata comunicazione delle motivazioni, in quanto esporrebbe il lavoratore esclusivamente alla necessità di attendere il momento espulsivo per conoscere le ragioni dell'atto e valutare se impugnarle o meno, facendo valere in quella sede le proprie difese. Diversamente, il prestatore potrebbe oggi trovarsi di fronte ad un licenziamento disciplinare del quale ignori non solo le

³² P. LAMBERTUCCI, *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012 n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni* in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 242ss; L. LOREA, *Riduzione di personale e articolazione della disciplina del licenziamento: le tutele procedurali* in *Dir. Mer. Lav.*, 2012, 487ss.

³³ In particolare, una o due mensilità per ciascun anno di servizio in relazione alla dimensione dell'impresa fino ad un massimo di dodici anni, quindi un importo pari al più a 12 o 24 mensilità.

specifiche motivazioni ma perfino la natura stessa del recesso, che potrebbe essere privo di qualunque indicazione.

Diviene quindi fondamentale l'articolazione dell'onere della prova in quanto il lavoratore, al quale non è stato consentito di conoscere preventivamente le ragioni del recesso e che non può richiedere nuovi mezzi di prova dopo il deposito del ricorso, trova unica e fondamentale garanzia nella circostanza che l'onere della prova delle ragioni del licenziamento spetta ex art. 6 l.604/66 al datore di lavoro. La soluzione che può quindi prospettarsi onde evitare eventuali vizi di incostituzionalità della norma è quella di consentire al lavoratore di integrare le ragioni del ricorso una volta che il datore di lavoro abbia esplicitato le motivazioni del ricorso del recesso per la prima volta nella comparsa di costituzione.

Un'ulteriore diversa soluzione potrebbe essere quella di considerare la tempestività (e quindi completezza) della contestazione quale elemento costitutivo del diritto di recesso con conseguente inesistenza giuridica del fatto contestato e conseguente applicabilità del regime reintegratorio del quinto comma dell'art. 18³⁴.

Può notarsi come una situazione simile si verifica per i licenziamenti collettivi dove pure non è previsto l'invio al prestatore di lavoro degli atti della procedura; conseguentemente, il lavoratore che non sia iscritto ad un sindacato coinvolto nella consultazione non è in grado di conoscere la procedura stessa e, quindi, di individuarne eventuali vizi.

In questo caso, tuttavia, la rimodulazione delle sanzioni previste sia sul piano sostanziale sia su quello formale finiscono col rendere meno rilevante l'individuazione della funzione, precedentemente essenziale, della procedura. In particolare, la comunicazione al termine della procedura delle modalità di applicazione dei criteri di scelta alle OO.SS nelle comunicazioni finali ha il fine evidente di consentire al Sindacato un accurato controllo sulla corretta individuazione dei nominativi da licenziare ma finisce con il perdere rilievo nel momento in cui un'applicazione inesatta, se non arbitraria, dei criteri non viene sanzionata con la reintegrazione ma con il mero risarcimento del danno. Diversamente, nel caso del licenziamento disciplinare, quando il fatto materiale sia insussistente al lavoratore spetterebbe la reintegrazione, e dunque la violazione appare in grado di ledere irrimediabilmente i diritti del prestatore licenziato.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *La riforma del lavoro (c.d. Jobs Act). Il contratto di lavoro a tutele crescenti e gli strumenti di contrasto alla disoccupazione (d.leg. 4 marzo 2015 nn. 22 e 23)*, in *Foro It.*, 2015, V, col. 229.

³⁴ Cass. 6/11/14 n. 23669 cit. In dottrina A. TAMPIERI, "I vizi formali del licenziamento" in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI, *Commentario breve alla riforma Jobs Act cit.*, 254 ed ivi per ulteriori riferimenti.

- Alessi C., “*Il licenziamento collettivo per riduzione di personale: fattispecie e disciplina*” in *Riv. Giur. Lav.*, 1995, I, 225.
- Ballestrero M.V., *I licenziamenti*, Milano, 1975, 276.
- Balletti E., “*Riassunzione o risarcimento del danno*” in *I licenziamenti individuali* a cura di G. Ferraro, Napoli 1990, 93.
- Carabelli U., “*I licenziamenti per riduzione di personale*” in *DLRI*, 1994, 213.
- Carinci F., “*Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*”, in F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, Modena, 2015, 65ss.
- Carinci F., Cester C. (a cura di), *Il licenziamento all’indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, Modena, 2015.
- D’antona M., “*Riduzione di personale e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l.223/91*” in *Foro It.*, 1993, V, 2027ss.
- D’onghia M., Bavaro V., “*Profili costituzionali del licenziamento nullo*” in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT*, 2016, 305, 17ss.
- D’onghia M., *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Milano, 2005, 85ss.
- De R. Luca Tamajo, “*Disciplina dei licenziamenti individuali*” in *Le nuove leggi civili commentate*, a cura di R. De Luca Tamajo, M. D’Antona, 1991, 187.
- De Luca Tamajo R., F. Bianchi D’Urso, “*Licenziamento disciplinare e Corte costituzionale*”, in *Not. Giur. Lav.*, 1989, 148.
- Del Punta R., “*La L.223/91 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio*” in *QDLRI*, 1997, 18.
- Di Majò A., “*I licenziamenti illegittimi tra diritto comune e diritto speciale*” in *Riv. Giur. Lav.*, 1974, I, 272.
- Ferraro G., “*Formalismo giuridico e diritto del lavoro*”, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1989, 555.
- Ferri G.B., “*Forma e contenuto degli atti giuridici*”, in *Riv. Dir. Comm.*, 1990, I, 1.
- Fiorillo L., Perulli A., *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Torino 2015.
- Focareta F., “*L’articolo 18 St. lav. fra tendenze espansive e problemi irrisolti*”, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1989, 6, 269.
- Garofalo M. G., “*La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni*”, in *Riv. Giur. Lav.*, 1990, I, 184.
- Genoviva P., *I licenziamenti*, Torino 1988.
- Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Bari, 2015.
- Gianpiccolo G., “*Dichiarazione recettizia*”, in *Enciclopedia del diritto*, XII, Milano 1964, 389.
- Giorgianni M., “*Forma degli atti (diritto privato)*”, in *Enciclopedia del diritto*, XVII, 1968, Milano 1968, 993.
- Ichino P., “*La riforma del lavoro in Italia. Una nuova cultura delle relazioni industriali*”, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, I, 205ss.
- Lambertucci P., *La disciplina dei licenziamenti collettivi nella legge 28 giugno 2012 n. 92 in materia di riforma del mercato del lavoro: prime riflessioni* in *Arg. Dir. Lav.*, 2013, 242ss.
- Marazza M., “*Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*”, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 2, 310ss.

- Marino, “*Il vizio di forma del licenziamento viziato nella procedura: una svolta di rilievo*”, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, II, 357ss.
- Mazziotti F., “*Forma e procedura dei licenziamenti*” in F. Carinci, *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Napoli 1991, 71.
- Mazziotti F., “*Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*”, in *Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro*, Torino, 16-17 maggio 1987, Milano, 1988, 162.
- Mazziotti F., *Il licenziamento illegittimo*, Napoli 1982.
- Mazzotta O., *I licenziamenti*, Milano, 1999.
- Miscione M., “*I licenziamenti per riduzione di personale e la mobilità*” in F. Carinci (a cura di) *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/90 e 223/91*, Napoli, 1991, 299ss.
- Montuschi L., “*Mobilità e licenziamenti: primi appunti ricostruttivi ed esegetici in margine alla L. n°223 del 23/7/91*” in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1991, I, 413.
- Napoletano G., *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali*, Napoli 1990, 97.
- Napoli M., *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano 1980. In giurisprudenza Cass. 26/4/96 n°3896 in *LG*, 1996, 865.
- Niccolai, “*Gli effetti del licenziamento individuale illegittimo*” in *Lav. Dir.*, 1982, 119.
- Nogler L., “*I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*”, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 3, 507ss.
- Papaleoni M., “*Licenziamento disciplinare e nullità di diritto comune*” in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1995, II, 653.
- Papaleoni M., *La fine del libero licenziamento*, Milano, 1991.
- Pera G., *Ancora sul vizio di forma nella zona della tutela debole contro il licenziamento in Giust. Civ.*, 1997, I, 938.
- Pera G., *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980.
- Pera G., *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Padova, 1993.
- Perlingieri P., “*La forma legale del licenziamento individuale come "garanzia"*” in *Rass. Dir. Civ.*, 1986, 1071.
- Perlingieri P., *Forma degli atti e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987.
- Persiani M., “*Noterelle su due problemi di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*”, *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 393ss.
- Pessi R., Pisani C., Proia G., Vallebona A. (a cura di), *Jobs Act e licenziamento*, Torino, 2015.
- Pivetti, “*Alcune osservazioni su licenziamenti collettivi e mobilità nella l.223/91*” in *RGL*, 1993, I, 51ss.
- Roccella M., “*I licenziamenti nella piccola impresa*” in *Dir. Prat. Lav.*, 1990, 666.
- Romagnoli U., “*Sub. art. 18*” in Ghezzi, Mancini, Montuschi, Romagnoli, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna - Roma, 1972, 95.
- Sacco R., *Il contratto*, Torino 1993.
- Scalisi V., “*Inefficacia*” in *Enciclopedia del diritto*, 1971, 325.
- Spagnuolo Vigorita, Guaglione, Scarpelli, “*Commento all’art.24 della L.223/91*” in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, 1994, 1091.
- Tatarelli M., “*Estesa ai datori di lavoro non imprenditori la procedura sui licenziamenti collettivi*”, in *Guida Lav.*, 2004, 20, 32.

Tullini P., “*La cd. tutela reale di diritto comune*”, in *Quad. Dir. Lav. Rel. Ind.*, n. 8, 1990, 103 ss.

Vidiri G., “*Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del Jobs Act tra luci e (non poche) ombre*”, in *Arg. Dir. Lav.*, 2015, 353ss.

Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve alla riforma “Jobs act”*, Padova, 2016.

Ziliotti M., “*Commento all’art.2*” in L. Galantino, *La disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi*, Torino, 1993, 22.

LA GIG ECONOMY Y LA OBLIGACIÓN DE COORDINAR LA SEGURIDAD Y SALUD DE SUS “AUTÓNOMOS”*

Henar Álvarez Cuesta

halvc@unileon.es
TU Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de León

Recibido: 06/03/2018 – Aceptado: 02/05/2018

Resumen

El artículo analiza, en primer lugar, la construcción jurídico-laboral de las prestaciones de servicios vía aplicación o plataforma tecnológica para su consideración como redes de empresa; en segundo término, las obligaciones en materia de coordinación de actividades existentes entre las empresas que colaboran entre ellas y su posible aplicación en el marco de la economía colaborativa; para, en un último apartado, avanzar en las exigencias de protección de la salud y seguridad de los trabajadores (por cuenta propia o ajena) de estas actividades para extender determinadas obligaciones de las empresas concurrentes o incluso de la principal, a las mismas.

■ **Palabras clave:**
Economía colaborativa;
Redes de empresa;
Prevención de riesgos laborales; Trabajo autónomo; Coordinación de actividades

Abstract

■ **Keywords:**
Collaborative economy;
Business networks; Labour risk prevention; Self-employed; Coordination of enterprises

The paper analyzes, in the first place, the legal construction of the service provision via application or technological platform for their consideration as business networks; secondly, the obligations regarding the coordination of enterprises among the companies that collaborate among them and their possible application within the framework of the collaborative economy; to, in a final section, advance in the requirements of protection of risk prevention (of workers, employees or self employed) of these activities in order to extend certain obligations of the concurrent companies or even of the principal, to them.

I. Introducción: 1. Conceptos de economía colaborativa; 2. Características de la prestación de servicios en plataforma *on line* o vía *app* – II. Los riesgos psicosociales en la economía colaborativa: tradición e innovación – III. Riesgos psicosociales ¿propios? de los e-nómadas – IV. Coordinación de actividades en la *gig economy* – V. Bibliografía

* El presente trabajo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación LE091U14.

I. INTRODUCCIÓN

La economía colaborativa ha agrupado una ingente cantidad de fenómenos, manifestaciones y derivaciones, muchas veces camufladas bajo tal término. Al tiempo, no existe, salvo intentos o aproximaciones por parte de instancias supranacionales, una legislación *ad hoc* o la extensión de la ya existente de una forma decidida. Mientras tanto, al configurarse como empresas tecnológicas que contratan con trabajadores autónomos, aun cuando materialmente deberían recibir otra calificación, constituyen redes de empresa a las que aplicar la normativa preventiva en tal aspecto (art. 24 LPRL y su normativa de desarrollo), al menos hasta que su configuración jurídica coincida con la realidad de su práctica.

1. Conceptos de economía colaborativa

Dentro de los conceptos de economía colaborativa, caben varias clasificaciones de dicho término: desde instancias europeas se divide en dos importantes categorías y cuatro modalidades diferentes¹. Por un lado, la economía colaborativa en sentido estricto o economía a la carta, dividida entre la “economía de acceso” (*access economy*), para aquellas iniciativas cuyo modelo de negocio implica la comercialización del acceso a bienes y servicios, no su tenencia, y la “economía de los trabajos ocasionales” (*gig economy*), para iniciativas basadas en trabajos esporádicos cuya transacción se hace a través del mercado digital. Por otro, la economía de puesta en común, asimismo partida entre la “economía inter pares” (*collaborative economy*), es decir, iniciativas que implican a los usuarios en el diseño del proceso de producción o convierten a los clientes en una comunidad; y la “economía de puesta en común de los bienes de utilidad pública” (*commoning economy*) para aquellas iniciativas de propiedad o gestión colectiva².

En otras ocasiones, opta por parcelarla en “la economía del acceso”, que pone en el mercado propiedades infrautilizadas, creando mayor oferta para los consumidores y un uso más eficiente de los recursos, pero conlleva el riesgo de estimular la producción global a través del efecto rebote; la “economía bajo demanda”, donde se atomiza la fuerza de trabajo creando más flexibilidad, pero aumentando el riesgo de precarización laboral; y la “*gift economy*, o economía del regalo” en que se comparten bienes y servicios de manera altruista, permite el fortalecimiento de las comunidades, pero se mantiene a menudo invisible a los ojos de las Administraciones³. Cualquier ámbito de la vida puede ser objeto de consumo colaborativo o participativo: la movilidad, la eficiencia energética, la habitabilidad y los espacios de cultivo, las comunicaciones, los negocios, el trabajo, la cultura, la educación, el tiempo y las

¹ Comité de las Regiones: Dictamen sobre “La dimensión local y regional de la economía colaborativa”, 2015, pág. 4.

² Comité de las Regiones: Dictamen sobre “La dimensión local y regional de la economía colaborativa”, 2015, pág. 5.

³ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, 2016, págs. 3 y 4.

actividades, el ocio, las finanzas, el turismo, el arte, las energías renovables⁴. “Su mercado está dominado por cuatro sectores (transporte, servicios financieros, alojamiento, distribución), pero no se reduce a estos últimos. Hace emerger actividades nuevas (por ejemplo, repartidores de comida de restaurante), moderniza otras (por ejemplo, chóferes), al tiempo que desestabiliza profesiones antiguas (por ejemplo, taxis, guías de museo o turísticos)”⁵.

Sea cual sea la clasificación seguida, hay que diferenciar las plataformas que hagan un servicio puramente de intermediación (por la que habrán de estar sometidos a la regulación administrativa, fiscal y laboral oportuna), de aquéllas otras que proveen directamente el servicio subyacente (que han de asumir unas cargas mayores)⁶. El proveedor del servicio, en tal caso, ha de responder a una de estas dos situaciones: puede ser un autónomo que subcontrata con la plataforma la prestación de un servicio, o bien un trabajador por cuenta ajena⁷. Desde luego, presentan más zonas grises para el Derecho del Trabajo y merecen un análisis más reposado de sus repercusiones son cuantas implican la prestación de servicios o economía bajo demanda. En tales actividades, los servicios se llaman “gigs”, “tasks”, o “favors” y los prestadores de los mismos se denominan “turkers”, “taskers”, o incluso “rabbits”, evitando con ello denominaciones como trabajo, trabajadores, empleados u obreros⁸; y entre ellos y la plataforma media un “clickwrap”⁹ (no un contrato de trabajo) invariablemente escrito por la plataforma¹⁰.

Ante estos fenómenos, desde la Unión Europea se ha aconsejado a los Estados que tengan en cuenta “criterios como la relación de subordinación a la plataforma, la naturaleza del trabajo o la remuneración a la hora de decidir si puede considerarse a una determinada persona como trabajador de una plataforma”¹¹. Desde luego, el Derecho del Trabajo se enfrenta al reto de encuadrar estas prestaciones bajo su órbita,

⁴ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI”, 2014.

⁵ AUBERGNON, P., “Angustias de Uberización y retos que plantea el trabajo digital al Derecho Laboral”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 6, 2016, pág. 27.

⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un desafío para el Derecho del Trabajo”, *RTSS (CEF)*, núm. 406, 2017, pág. 43.

⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un desafío para el Derecho del Trabajo”, cit., pág. 45.

⁸ DE STEFANO, V.: “Introduction: crowdsourcing, the gig-economy and the law”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 37, núm. 3, <https://ssrn.com/abstract=2767383>, 2016, pág. 2.

⁹ “Clickwrap refers to terms and conditions imposed on users of a software platform, usually through a pop-up window or check box on their computer screen. Users are obligated to agree to the terms and conditions before they can utilize the software”, FELSTINER, A.: “Working the Crowd: Employment and Labor Law in the Crowdsourcing Industry”, *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, vol. 32, núm. 1, 2011, pág. 146.

¹⁰ FELSTINER, A.: “Working the Crowd: Employment and Labor Law in the Crowdsourcing Industry”, cit., pág. 148.

¹¹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, 2016, pág. 6.

expulsándoles hacia el trabajo autónomo o más allá, hacia una prestación amistosa, benevolente o de buena vecindad 4.0. En la actualidad, la mayoría expulsan a quienes prestan servicios del manto protector del Derecho del Trabajo por cuenta ajena para situarles en el ámbito del empleo por cuenta propia (1099 *economy*¹²). En Estados Unidos se ha propuesto la creación de una categoría intermedia entre trabajador por cuenta ajena y autónomo¹³ (a semejanza de un económicamente dependiente, pero con otra definición jurídica de dependencia basada en la economía bajo demanda y no en la obtención de los ingresos mayoritarios de un único cliente). Pero la regulación de esa zona gris también suscita dudas y rechazo, al considerar cómo pueden suponer un obstáculo para alcanzar la protección completa generada por un contrato de trabajo¹⁴. También en Gran Bretaña, recientes resoluciones judiciales del Tribunal de Empleo y el Tribunal de Apelación¹⁵, ha confirmado la creación de una categoría intermedia, denominada (*non-employee workers*)¹⁶.

2. Características de la prestación de servicios en plataforma *on line* o *vía app*

En España, como formalmente aparecen considerados como autónomos, aunque sean falsos, procede examinar las características de estas prestaciones de servicios para considerar los riesgos en materia preventiva a ellas vinculados¹⁷, atendiendo a las dos posibilidades más importantes en presencia, ambas bajo el término común de *on demand economy*¹⁸, el cual hace referencia a un modelo de negocio donde las nuevas tecnologías en internet permiten a las empresas virtuales disponer de grandes grupos de prestadores de servicios, a la espera de que un consumidor solicite un servicio a través de una *app* o internet¹⁹.

¹² Expresión que hace referencia a una clasificación realizada por el sistema fiscal estadounidense para el trabajo autónomo, DAGNINO, E.: “Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 3, 2015, pág. 11.

¹³ SACHS, B.: “A New Category of Worker for the On-Demand Economy?”, *Onlabor*, 22/06/2015.

¹⁴ DE STEFANO, V.: “The rise of the ‘just-in-time workforce’: On-demand work, crowdwork and labour protection in the ‘gig economy’”, *Comparative labor law and policy journal*, Vol. 37, núm. 3, 2016, pág. 20.

¹⁵ *Aslam & Ors v. Uber*, 28 October 2016; *Dewhurst v. Citysprint UK Ltd* ET/2202512/2016; *Pimlico Plumbers Ltd & Anor v. Smith* [2017] EWCA Civ 51.

¹⁶ FREEDLAND M. y PRASSL, J.: “Employees, workers and the ‘sharing economy’ changing practices and changing concepts in the United Kingdom”, *Oxford Legal Studies Research Paper*, núm. 19, 2017, pág. 3.

¹⁷ Un estudio en profundidad en ÁLVAREZ CUESTA, H.: *El futuro del trabajo: el trabajo del futuro*, La Coruña (Colex), 2017.

¹⁸ DE STEFANO, V.: “The rise of the ‘just-in-time workforce’: On-demand work, crowdwork and labour protection in the ‘gig economy’”, cit., pág. 1.

¹⁹ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un desafío para el Derecho del Trabajo”, cit., pág. 43.

Por un lado, en el *crowdwork* (trabajo colaborativo *on line*), el trabajo se lleva a cabo a través de plataformas online que reúnen a un número indefinido de organizaciones, empresas e individuos, y conectan a clientes y trabajadores de todo el mundo. Las plataformas a menudo se dedican a actividades extremadamente repartidas, con frecuencia monótonas y poco importantes, pero con características que superan la comprensión de la inteligencia artificial; en otros casos, se trata de trabajos de mayor entidad y enjundia. En todo caso, el *crowdwork* hace referencia a tareas que se completan de forma remota y para las que no se requiere que el trabajador se encuentre en una ubicación específica o como medio de externalización²⁰, como el ejemplo examinado de Amazon Mechanical Turk.

Por otro, "en el trabajo a demanda vía *apps*, se ofrecen y asignan tanto actividades relacionadas con trabajos tradicionales como transporte, limpieza o hacer recados, utilizando aplicaciones móviles. La empresa encargada de dichas aplicaciones normalmente interviene para garantizar unos estándares mínimos de calidad en el servicio y la selección y gestión de la mano de obra"²¹, tal sucede con Uber.

Las primeras se llevan a cabo básicamente por internet, y las plataformas, clientes y trabajadores pueden operar desde cualquier parte del mundo, mientras que la segunda pone en común la oferta y la demanda de actividades en la red para que estas puedan ejecutarse a nivel local²².

Las plataformas destacan por la heterogeneidad de su funcionamiento: algunas hacen competir a varias personas y el cliente selecciona y paga el mejor producto; otras utilizan el método orden de llegada; en la mayoría no existe relación alguna entre el cliente y el trabajador, éste ejecuta la tarea y le paga la plataforma; y respecto al quantum, en ciertas existe un pago mínimo, en otras estandarizado, o, en fin, en otras decide el cliente²³. Algunas plataformas (como Topdesigner.cz, Boblr o Adtriboo.com, actual twango) invitan a los trabajadores a competir por una tarea de acuerdo con algunas especificaciones y el cliente a continuación, selecciona la solución que les gusta más y sólo el ganador es pagado, lo cual podría ocasionar problemas si no hay protección de los derechos de propiedad intelectual, porque un cliente podría utilizar las ideas de los trabajadores sin pagar por ellas. En otros sistemas, el cliente especifica los servicios requeridos e invita a los trabajadores a presentar sus propuestas de cómo cumplir la tarea (pero no para completar la tarea en sí) y el cliente selecciona la solución que prefiere y acuerda la realización del trabajo completo. En algunas plataformas, los trabajadores comienzan el proceso, describen sus actividades y habilidades y las ofrecen a los clientes potenciales. Por último,

²⁰ J EVANS J. y BYHOVSKAYA, A.: "La gestión de la economía digital, hacia un cambio tecnológico abierto, equitativo e inclusivo: una perspectiva sindical", *Gaceta sindical*, núm. 27, 2016, pág. 111.

²¹ DE STEFANO, V.: "La *gig economy* y los cambios en el empleo y la protección social", *Gaceta sindical*, núm. 27, 2016, pág. 151.

²² DE STEFANO, V.: "La *gig economy* y los cambios en el empleo y la protección social", cit., pág. 152.

²³ DE STEFANO, V.: "La *gig economy* y los cambios en el empleo y la protección social", cit., pág. 152.

ciertas plataformas (como Taskhub.co.uk) se pone en contacto entre cliente y trabajador en línea, pero la prestación de servicios real se lleva a cabo en persona²⁴.

Respecto a las aplicaciones, la distinción más relevante a estos efectos pasa por diferenciar entre las que vinculan la oferta y la demanda de distintas actividades y cuantas ofrecen servicios más especializados; algunas pueden discernir entre servicios de la misma naturaleza o intentando acceder a distintos grupos de trabajadores²⁵.

Tanto unas como otras acaban generando el nacimiento de una nueva subclase social, el “preariado” colaborativo o tecnológico (e-preariado), o “legiones de esclavos del click”²⁶, personas que obtienen la mayor parte de sus ingresos realizando prestaciones de servicios de forma esporádica, dependiendo de la llamada del cliente, sin horario alguno ni ingreso mínimo a percibir, sin descansos, sin protección social y sometidos al escrutinio y valoración del mundo entero para continuar obteniendo retribución (quién necesita vigilancia y control si deciden las redes sociales la valía del trabajo). El reverso es el empresario, que ha troceado su actividad en un sinnúmero de pequeñas tareas que puede asignar a numerosos y no conectados entre sí empleados, dando forma al Taylorismo del siglo XXI²⁷ (o capitalismo posmoderno²⁸).

El trabajo precario sitúa a los trabajadores en una trampa: necesitan un trabajo extra para sobrevivir, y al tiempo, los horarios del segundo pueden ser incompatibles y ponerle en riesgo de despido del primero²⁹. Es más, no tienen en muchos casos el pago asegurado y el trabajo de forma continua en ninguno, al ser trabajadores autónomos carecen de protección social (en la mayor parte de los casos) y tienen información asimétrica (falta de información sobre los empleadores y las tareas a realizar), falta de un sistema de solución de conflictos ágil, rápido y gratuito, posibilidad de violación de la privacidad (como los trabajadores a menudo tienen que revelar información personal sin una clara garantía de confidencialidad) y la falta de representación colectiva³⁰.

II. LOS RIESGOS PSICOSOCIALES EN LA ECONOMÍA COLABORATIVA: TRADICIÓN E INNOVACIÓN

Tanto si se consideran trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia, las consecuencias que comportan los parámetros analizados resultan semejantes en

²⁴ EUROFOUND: *New forms of employment*, 2015, pág. 109.

²⁵ DE STEFANO, V.: “La *gig economy* y los cambios en el empleo y la protección social”, cit., pág. 152.

²⁶ FELSTINER, A.: “Working the Crowd: Employment and Labor Law in the Crowdsourcing Industry”, cit., pág. 160.

²⁷ TODOLÍ SIGNES, A.: *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017, pág. 27.

²⁸ GINÈS I FABRELLAS, A.: “Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo el caso de Amazon Mechanical Turk”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 6, 2016, pág. 69.

²⁹ CHERRY, M.A.: “Beyond misclassification: the digital transformation of work”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, núm. 2, 2016, pág. 22.

³⁰ EUROFOUND: *New forms of employment*, 2015, pág. 115.

cuanto concierne a los riesgos que sufren y son compartidos. Ante las características de las empresas, no son aquellos físicos, sino los derivados de las características del trabajo que realizan: los psicosociales.

Estas nuevas formas de prestación de servicios, como sucede con la tecnología como herramienta laboral, son neutras³¹. Pero sus características aúnan dos potenciales riesgos, de un lado, la extrema precariedad que sufren quienes obtienen todos sus ingresos de estas plataformas; de otro, los derivados del trabajo a distancia a través de medios tecnológicos (tecnoestrés, disponibilidad perpetua...); en fin, las tensiones fruto de la revisión que sufren por parte de los potenciales clientes y de la difusión mundial de la misma. Es más, de comparar los factores de riesgo (tiempo de trabajo, autonomía, carga de trabajo, demandas psicológicas, variedad/contenido, participación/supervisión, interés por el trabajador/compensación, desempeño de rol, y relaciones y apoyo social)³² varios de ellos presentan gran incidencia en la actividad analizada.

Al final, las consecuencias de esos riesgos son de todos conocidas: estrés, acoso, burnout, pero también surgen otros nuevos o variantes de los tradicionalmente analizados. El papel del Derecho consiste en proteger al trabajador, incluso a su pesar³³, y advertir tanto a los empresarios como obligados y a todos los implicados en la prevención de riesgos, los nuevos “enemigos” a batir, o al menos, a identificar, evaluar y minimizar.

III. RIESGOS PSICOSOCIALES ¿PROPIOS? DE LOS E-NÓMADAS

Además de los referidos al teletrabajo, trabajo con pantallas y la movilidad en la prestación de servicios, quienes desarrollan su actividad en este sector emergente de la economía han de afrontar riesgos psicosociales derivados de las concretas características de la misma, presentes también en otros sectores pero con dimensiones diferentes.

Así, en primer lugar, conviene incidir en la ansiedad y estrés generados por prestaciones de servicios inciertas³⁴, con una mayor precariedad debido a la dependencia última de las plataformas o de las aplicaciones. En el Reino Unido ya se ha constatado cómo estas formas de trabajo flexibles, entre ellas, los contratos de cero

³¹ ÁLVAREZ CUESTA, H.: “La prevención de riesgos laborales en la economía colaborativa: los e-nómadas”, en AA.VV.: *Tiempos de cambio y salud mental de los trabajadores*, Albacete (Bomarzo), 2017, págs. 55 y ss.

³² NTP 926: *Factores psicosociales: metodología de evaluación*, 2012 (PÉREZ BILBAO, J. y NOGAREDA CUIXART, C.).

³³ USHAKOVA, T.: “De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 192, 2016, pág. 128.

³⁴ Al respecto, por todos, DAGNINO, E.: “Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 3, 2015, págs. 13 y ss.

horas, causan ansiedad generalizada, estrés, y estados mentales depresivos en los trabajadores como consecuencia de la incertidumbre³⁵.

En segundo, estos trabajadores se encuentran aislados, no solamente respecto a sus compañeros, sino del concepto mismo de su existencia como tales, pues no perciben con dicho carácter al resto de prestadores de servicios, quienes muchas veces se encuentran en otros países, compiten contra ellos en la obtención de retribución o la duración de su vínculo es efímera.

Los tres siguientes aparecen interrelacionados, y de ahí precisamente su peculiaridad: adicción al trabajo (*workalcoholic*), nomofobia y acoso laboral. Respecto a aquel, el elemento central definidor viene dado por el compromiso irracional establecido con el trabajo excesivo, hasta el punto de ser incapaz de tener otros intereses o de emplear el tiempo en tareas diferentes³⁶ y –al tiempo– sufriendo por la involuntaria imposibilidad para romper con dicha compulsión³⁷; estaría caracterizado por una excesiva dedicación laboral, por hacer de ella el único objetivo de su vida, por su desinterés por todo lo que no sea su trabajo y por su incapacidad para parar de trabajar³⁸, acentuado en este caso por las presiones o incentivos derivados, de un lado, de la necesidad de recursos y de otro, de los incentivos que ofrecen las empresas colaborativas para que aumentes tu participación³⁹.

En cuanto a la nomofobia, entendida como miedo irracional a estar sin teléfono móvil, genera una “infundada” sensación de incomunicación en el usuario cuando este no puede disponer de él y gemela al concepto de fomo (proveniente de la expresión inglesa *fear of missing out*, “miedo a estar desconectado”⁴⁰), surge en estos trabajadores debido a la dependencia del móvil (o dispositivo que se trate) para trabajar. En verdad la esclavitud se produciría respecto de internet y de la cuenta utilizada para acceder a sus potenciales tareas, dado el temor a perder potenciales ocupaciones, puntos, calificaciones o beneplácito, en resumen, de la entidad. De hecho, a determinados trabajadores de la economía colaborativa cabe aplicarles el término e-nomads, “personas en las que la tecnología ha invadido su vida profesional y personal con un horario de trabajo que no tiene hora de fin establecida; la carga de trabajo y la complejidad de tareas se multiplica en proporción al número de tecnologías utilizadas” y se pierde totalmente la vida personal⁴¹.

³⁵ Citado por GONZÁLEZ COBALEDA, E.: “Riesgos psicosociales, derechos fundamentales y NTIC: una perspectiva de protección diferente”, *RTSS (CEF)*, núm. 387, 2015, pág. 28, nota a pie 24.

³⁶ CHERRINGTON, D.J.: *The work ethic*, Nueva York (AMACON), 1980.

³⁷ OVERBECK, T.J.: “The workaholic”, *Psychology*, Universidad de Santa Clara, 1980.

³⁸ ÁLVAREZ CUESTA H. y QUIRÓS HIDALGO, J.G.: “Precisiones conceptuales sobre los riesgos psicosociales”, cit., págs. 25 y ss. Sobre las características y su evaluación, NTP 759: *La adicción al trabajo* (SALANOVA, M., et alii).

³⁹ ÁLVAREZ CUESTA, H.: “La prevención de riesgos laborales en la economía colaborativa: los e-nómadas”, cit., págs. 55 y ss.

⁴⁰ DALMAU PONS. I. y FERRER PUIG, R.: “Preservar la salud teletrabajando”, *RTSS (CEF)*, núm. 300, 2015, pág. 54.

⁴¹ DALMAU PONS. I. y FERRER PUIG, R.: “Preservar la salud teletrabajando”, cit., pág. 54.

En fin, están sometidos a un acoso global, virtual y potencial mucho más intenso que el resto de trabajadores, por lo que el *mobbing* aparece sobredimensionado y al tiempo diluido. Desde luego, el acoso tiene perfil laboral en tanto las conductas descritas han de tener lugar en el espacio físico donde se desarrolla la prestación de servicios y deben provenir del empresario, de los directivos o de otros trabajadores, mas no de terceros ajenos a la organización productiva y fuera de ella⁴², por cuanto el acoso ha sido concebido como una “patología de las organizaciones”⁴³. Asimismo, el *mobbing* podrá tener como sujeto activo a un tercero que no presta servicios en el propio centro de trabajo (clientes y usuarios), pero cuya actuación se produce con el conocimiento y consentimiento de la empresa”⁴⁴. Es precisamente este último caso el supuesto en presencia: quienes prestan servicios a través de plataformas o aplicaciones se ven sometidos a la valoración de los clientes (incluso al odio de los mismos) y la entidad acude a dicha evaluación, en ocasiones, para asignarles retribución, más actividad o ventajas. Cuando, además, no les proteja respecto a las potenciales actitudes de hostigamiento, procederá otorgar tal calificativo de acoso laboral. En este sentido, el citado Acuerdo Marco Europeo sobre Acoso y Violencia en el Trabajo deja la puerta abierta para aplicar a estas situaciones las reglas sobre prevención y tratamiento “en los casos apropiados”.

IV. COORDINACIÓN DE ACTIVIDADES EN LA *GIG ECONOMY*

Ante la importancia de los riesgos que han de afrontar los autónomos en la nueva economía, y sin entrar a analizar las obligaciones de las empresas con los trabajadores reconocidos, conviene cuestionar el nivel de coordinación *ex art.* 24 LPRL que hayan de asumir las empresas de la *gig economy* respecto a sus “autónomos”.

Desde luego, no se encuentran en el primer nivel, dado que sí mantienen una relación jurídica entre ellas. Por tanto, cabe cuestionar si están en el segundo nivel (empresario titular del centro de trabajo) o en el tercero (empresario principal y propia actividad). El obstáculo que surge inmediatamente es la ausencia de lugar de trabajo compartido donde se transmitan los riesgos. Sin embargo, cabe cuestionar dicha negación de aplicar un concepto de lugar de trabajo más amplio y adaptado a las nuevas relaciones laborales. En el *crowdwork* el espacio compartido entre empresa y autónomos es un espacio virtual, la plataforma, y en el trabajo vía app la aplicación compartida, el medio por excelencia donde unos y otros desarrollan su actividad (con mayores dificultades para hacerlo extensivo en este último supuesto, cierto es, dado que la

⁴² Que el acoso moral al trabajador se produzca en el lugar de trabajo y como consecuencia del mismo es inherente al concepto de *mobbing*, ya que con esta conducta lo que se pretende es precisamente la expulsión del trabajador del marco de la empresa, ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Protección frente al acoso en el trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004, pág. 33.

⁴³ CORREA CARRASCO, M.: “El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo”, en AA.VV.: *Acoso moral en el trabajo: concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Cizur Menor (Aranzadi), 2006, pág. 64.

⁴⁴ COLLADO, L.: “Concepto, calificación jurídica y tipología del acoso moral en el trabajo (*mobbing*). Diferencias con otras figuras”, *Cuadernos de Derecho Laboral*, núm. XII, 2004, págs. 68-69.

actividad la desarrollan en el entorno físico), en tanto que el RD 171/2004 da la misma respuesta⁴⁵ al definir al empresario titular como “la persona que tiene la capacidad de poner a disposición y gestionar el centro de trabajo” (art. 2)⁴⁶ y el centro de trabajo es la red; es más, los riesgos compartidos no son físicos, como se apuntó *supra*, sino psicosociales, creados (*rectius*, controlados) por la “empresa principal”.

Por tanto, asumido el espacio virtual compartido, la segunda cuestión es la propia actividad desempeñada por el empresario titular de la plataforma o la app. De no considerarlo como tal, la empresa tecnológica tiene un deber de información a los autónomos; y estos, en la otra dirección, informarse recíprocamente entre todos ellos y al titular; en fin, el titular ha de impartir instrucciones coherentes con los medios de coordinación adoptada por los concurrentes⁴⁷. El paso previo, como *supra* ha sido constatado, sería proporcionar la información pertinente, la cual, y acudiendo a lo previsto en el artículo 18 LPRL, versará sobre “los riesgos específicos que afecten a su puesto de trabajo o función y de las medidas de protección y prevención aplicables a dichos riesgos”, o bien más ampliamente, en caso de carecer de representantes, a “los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo, tanto aquéllos que afecten a la empresa en su conjunto como a cada tipo de puesto de trabajo o función y las medidas y actividades de protección y prevención aplicables a los riesgos señalados”. Por tanto, la comunicación a efectuar no consiste en “la confección de documentos generales de cumplimiento formal de la obligación de seguridad, sino de la concreta adaptación a las circunstancias del caso, con las instrucciones adecuadas y los medios de prevención pertinentes a cada situación, subsiguientes al concreto análisis de la situación particular en que el trabajo ha de realizarse”⁴⁸.

Con este precepto recae sobre el titular mayor responsabilidad tanto en la coordinación de actividades como en la prevención de los riesgos, debiendo cumplir tales deberes antes de que las distintas corporaciones comiencen sus prestaciones⁴⁹ o bien siempre que exista alguna modificación de las condiciones con influencia en la seguridad y salud. La razón de este mayor gravamen estriba en la posición de ventaja de éste respecto al resto debido a su mayor conocimiento y posibilidades de control de los riesgos en el lugar de trabajo⁵⁰. Además de ese paso *sine qua non*, el Reglamento insta

⁴⁵ NAVARRO NIETO, F.: *Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales*, Albacete (Bomarzo), 2005, pág. 33 y PÉREZ CAPITÁN, L.: “El nuevo marco regulador de la coordinación preventiva. Un análisis del RD 171/2004, de 30 de enero”, *RDS*, núm. 26, 2004, pág. 52.

⁴⁶ AGUILERA IZQUIERDO, R.: “El desarrollo reglamentario del art. 24 de la LPRL: la coordinación de actividades empresariales”, *RMTAS*, núm. 53, 2004, pág. 269.

⁴⁷ NAVARRO NIETO, F.: *Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 37, especialmente nota 72.

⁴⁸ STSJ Cataluña 4 septiembre 2006 (Jur. 111468/2007).

⁴⁹ Imponiéndole recargo en las prestaciones a la principal por no llevar a cabo un plan de coordinación, SSTSJ Cataluña 20 octubre 2004 (AS 3551) y País Vasco 19 julio 2005 (AS 2553).

⁵⁰ ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Capítulo IV: Obligaciones de empresarios especiales y otros sujetos relacionados con el empresario, en especial empresas de trabajo temporal, contratas y subcontratas”, en *Doctrina Jurisprudencial en materia preventiva. Especial referencia a los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. 1 Jornadas*

a adoptar los medios siguientes: el intercambio de información y de comunicaciones entre las empresas concurrentes; la celebración de reuniones periódicas; las reuniones conjuntas de los comités de seguridad y salud de las empresas concurrentes o, en su defecto, de los empresarios que carezcan de dichos comités con los delegados de prevención; la impartición de instrucciones; el establecimiento conjunto de medidas específicas de prevención de los riesgos existentes en el centro de trabajo que puedan afectar a los trabajadores de las empresas concurrentes o de procedimientos o protocolos de actuación; la presencia en el centro de trabajo de los recursos preventivos de las empresas concurrentes; o, en fin, la designación de una o más personas encargadas de la coordinación de las actividades preventivas (art. 11 RD 171/2004).

Para que la empresa tecnológica asuma la coordinación impuesta por el tercer nivel, ha de considerarse, conforme el criterio del Tribunal Supremo a la hora de aplicar el requisito, como propia actividad, la “potencial sustituibilidad” por la principal de la actividad desarrollada en la auxiliar: “diferenciando entre las actividades que coadyuvan directamente a la elaboración del producto o servicio finalmente ofrecido por la empresa principal y otras que tienen un carácter más marginal o externo al objeto central de esta empresa”⁵¹. Desde luego, la actividad desempeñada por los autónomos (falsos) no es potencialmente sustituible, consiste en la actividad nuclear de la empresa tecnológica y ésta, entonces, ha de asumir un deber reforzado de garantizar, mediante el control directo y la exigencia a las otras empresas (autónomos) los niveles de seguridad necesarios⁵²: va a constituirse en la vigilante y controladora del resto, en tanto en cuanto “no puede limitarse a contratar y desentenderse de la ejecución y control de la obra, sino que mantiene en todo momento su deber de control y vigilancia, como fundamento de su responsabilidad en caso de accidente”⁵³; sin que pueda eludir esta obligación en virtud de pacto o acuerdo con el resto⁵⁴.

El artículo 10 RD 171/2004 recoge el deber *in vigilando* exigiendo al principal la adopción de una conducta activa y de control en la vigilancia de las obligaciones preventivas de las empresas concurrentes sin dejar de lado el resto de obligaciones de las contratadas de nivel medio⁵⁵:

Universitarias castellano y leonesas sobre prevención de riesgos laborales, León (Eolas), 2008, págs. 187 y ss.

⁵¹ CRUZ VILLALÓN, J.: “Descentralización productiva sistema de relaciones laborales”, *RTSS*, núm. 13, 1994, pág. 25 y GARCÍA PIQUERAS, M.: “Obligaciones y responsabilidades en la Ley de prevención de riesgos laborales: de la insuficiencia a la indeterminación”, *TL*, núm. 47, 1998, pág. 67. En contra de tal “esquizofrenia conceptual”, CABEZA PEREIRO, J.: “Artículo 24”, en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Granada (Comares), 1998, pág. 139.

⁵² GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales*, Madrid (Trotta), 1996, pág. 164.

⁵³ STSJ Cataluña 14 abril 2005 (JUR 123159).

⁵⁴ STSJ Madrid 13 junio 2005 (AS 2332).

⁵⁵ ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Capítulo II: Los intentos legislativos por cambiar la descorazonadora realidad preventiva en contratadas y subcontratadas”, cit.

A.- En primer lugar, antes del inicio de la actividad en su centro, el principal exigirá a las contratistas y subcontratistas que acrediten por escrito la realización de la evaluación de riesgos y la planificación de su actividad preventiva; así como sus obligaciones en materia de información y formación respecto de los trabajadores que vayan a prestar sus servicios en el centro de trabajo.

B.- Asimismo, exigirá la acreditación por escrito a las contratistas y subcontratistas de haber cumplido sus obligaciones en materia de información y formación respecto a los trabajadores empleados en el centro compartido. Esta imposición debe tener continuidad mientras dura la contrata, para los casos, tan frecuentes, de rotaciones o incorporaciones de nuevos trabajadores⁵⁶.

C.- El empresario principal deberá comprobar que las contratistas y subcontratistas concurrentes en su centro de trabajo han establecido los necesarios medios de coordinación entre ellas (art. 10.3 RD 171/2004). Este precepto establece una nueva obligación, pues de él se deduce que dichas corporaciones deberán establecer entre ellas los medios de coordinación para la prevención de riesgos laborales que consideren necesarios⁵⁷.

D.- Como cima del sistema diseñado, aparece una obligación más concreta: el principal, además de cumplir las medidas establecidas, deberá vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por parte de las empresas contratistas o subcontratistas de obras y servicios, otorgándole, pues, una función fiscalizadora⁵⁸.

La consecuencia de estas obligaciones aparece en la imposición “rotunda y terminantemente”⁵⁹ de una responsabilidad solidaria entre la empresa contratista y la subcontratista en caso de ocurrir el hecho en el centro de trabajo de la principal⁶⁰. Tal previsión es reiterada en el artículo 42.3 LISOS: “la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas y subcontratistas... del cumplimiento, durante el período de la contrata, de las obligaciones impuestas por la LPRL en relación con los trabajadores que aquéllos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que la infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicho empresario principal”. El principal escollo en la extensión de la coordinación máxima a la gig economy radica en que la referencia a las empresas contratistas y subcontratistas ha de entenderse hecha a los autónomos, con las dificultades de todos

⁵⁶ NAVARRO NIETO, F.: *Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales*, cit., pág. 55.

⁵⁷ AGUILERA IZQUIERDO, R.: “El desarrollo reglamentario del art. 24 de la LPRL: la coordinación de actividades empresariales”, cit., pág. 278.

⁵⁸ GONZÁLEZ LABRADA, M.: “Las modificaciones del marco normativo de la prevención de riesgos laborales: la organización de la prevención y obligaciones en los supuestos de subcontratación”, *RDS*, núm. 27, 2004, pág. 60.

⁵⁹ STS, Cont-Admtivo, 7 octubre 1997 (RJ 7209).

⁶⁰ SSTSJ Castilla y León/Valladolid 28 octubre 2003 (AS 534/2004) y 18 octubre 2004 (AS 2765); en el caso, responsabilidad administrativa, STSJ Castilla y León/Valladolid, Cont-Admtivo, 31 enero 2001 (JUR 122850).

conocidas en cuanto a la aplicación de la normativa preventiva, y más, si, como sucede en este caso, son trabajadores por cuenta ajena.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, R.: "El desarrollo reglamentario del art. 24 de la LPRL: la coordinación de actividades empresariales", *RMTAS*, núm. 53, 2004.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: "Capítulo IV: Obligaciones de empresarios especiales y otros sujetos relacionados con el empresario, en especial empresas de trabajo temporal, contratas y subcontratas", en *Doctrina Jurisprudencial en materia preventiva. Especial referencia a los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. I Jornadas Universitarias castellano y leonesas sobre prevención de riesgos laborales*, León (Eolas), 2008.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: "La prevención de riesgos laborales en la economía colaborativa: los e-nómadas", en AA.VV.: *Tiempos de cambio y salud mental de los trabajadores*, Albacete (Bomarzo), 2017.
- ÁLVAREZ CUESTA, H.: *El futuro del trabajo: el trabajo del futuro*, La Coruña (Colex), 2017.
- AUBERGNON, P.: "Angustias de Uberización y retos que plantea el trabajo digital al Derecho Laboral", *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 6, 2016.
- CABEZA PEREIRO, J.: "Artículo 24", en AA.VV., *Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Granada (Comares), 1998.
- CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un desafío para el Derecho del Trabajo", *RTSS (CEF)*, núm. 406, 2017.
- CORREA CARRASCO, M.: "El concepto jurídico de acoso moral en el trabajo", en AA.VV.: *Acoso moral en el trabajo: concepto, prevención, tutela procesal y reparación de daños*, Cizur Menor (Aranzadi), 2006.
- CHERRINGTON, D.J.: *The work ethic*, Nueva York (AMACON), 1980.
- CHERRY, M.A.: "Beyond misclassification: the digital transformation of work", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, núm. 2, 2016.
- COLLADO, L.: "Concepto, calificación jurídica y tipología del acoso moral en el trabajo (mobbing). Diferencias con otras figuras", *Cuadernos de Derecho Laboral*, núm. XII, 2004.
- CRUZ VILLALÓN, J.: "Descentralización productiva sistema de relaciones laborales", *RTSS*, núm. 13, 1994.
- DAGNINO, E.: "Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 3, 2015.
- DALMAU PONS, I. y FERRER PUIG, R.: "Preservar la salud teletrabajando", *RTSS (CEF)*, núm. 300, 2015.
- DE STEFANO, V.: "Introduction: crowdsourcing, the gig-economy and the law", *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 37, núm. 3, <https://ssrn.com/abstract=2767383>, 2016.
- DE STEFANO, V.: "La gig economy y los cambios en el empleo y la protección social", *Gaceta sindical*, núm. 27, 2016.

- DE STEFANO, “The rise of the ‘just-in-time workforce’: On-demand work, crowdwork and labour protection in the ‘gig economy’”, *Comparative labor law and policy journal*, Vol. 37, núm. 3, 2016.
- EUROFOUND: *New forms of employment*, 2015.
- EVANS J. y BYHOVSKAYA, A.: “La gestión de la economía digital, hacia un cambio tecnológico abierto, equitativo e inclusivo: una perspectiva sindical”, *Gaceta sindical*, núm. 27, 2016.
- FELSTINER, A.: “Working the Crowd: Employment and Labor Law in the Crowdsourcing Industry”, *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*, vol. 32, núm. 1, 2011.
- FREEDLAND M. y PRASSL, J.: “Employees, workers and the ‘sharing economy’ changing practices and changing concepts in the United Kingdom”, *Oxford Legal Studies Research Paper*, núm. 19, 2017.
- GARCÍA PIQUERAS, M.: “Obligaciones y responsabilidades en la Ley de prevención de riesgos laborales: de la insuficiencia a la indeterminación”, *TL*, núm. 47, 1998.
- GINÈS I FABRELLAS, A.: “Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo el caso de Amazon Mechanical Turk”, *Revista Derecho Social y Empresa*, núm. 6, 2016.
- GONZÁLEZ COBALEDA, E.: “Riesgos psicosociales, derechos fundamentales y NTIC: una perspectiva de protección diferente”, *RTSS (CEF)*, núm. 387, 2015.
- GONZÁLEZ LABRADA, M.: “Las modificaciones del marco normativo de la prevención de riesgos laborales: la organización de la prevención y obligaciones en los supuestos de subcontratación”, *RDS*, núm. 27, 2004.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. y APARICIO TOVAR, J.: *Comentarios a la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales*, Madrid (Trotta), 1996.
- NAVARRO NIETO, F.: *Coordinación de actividades empresariales y prevención de riesgos laborales*, Albacete (Bomarzo), 2005.
- OVERBECK, T.J.: “The workaholic”, *Psychology*, Universidad de Santa Clara, 1980.
- PÉREZ CAPITÁN, L.: “El nuevo marco regulador de la coordinación preventiva. Un análisis del RD 171/2004, de 30 de enero”, *RDS*, núm. 26, 2004.
- ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Protección frente al acoso en el trabajo*, Albacete (Bomarzo), 2004.
- SACHS, B.: “A New Category of Worker for the On-Demand Economy?”, *Onlabor*, 22/06/2015.
- TODOLÍ SIGNES, A.: *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2017.
- USHAKOVA, T.: “De la conciliación a la desconexión tecnológica. Apuntes para el debate”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 192, 2016.

À PROPOS DU STATUT CONSTITUTIONNEL DE L'ASSURANCE VIEILLESSE FRANÇAISE/ SOBRE EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DEL SEGURO FRANCÉS DE VEJEZ

Juliano Barra

jsbarra@uol.com.br

Docteur en droit à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne
Enseignant ATER à l'École de Droit de la Sorbonne
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Recibido: 13/07/2018 – Aceptado: 31/10/2018

Résumé

Pouvons-nous affirmer l'existence d'un régime juridique constitutionnel pour les retraites de base française? Quelle est l'importance de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière d'assurance vieillesse? Comment, en effet, le Conseil constitutionnel appréhende-t-il les changements de la législation des retraites dans un sens moins favorable aux assurés à l'aune de la théorie du *cliquet anti-retour*? Les retraites de base de la sécurité sociale peuvent-elles être perçues à partir de la notion de droit de propriété? Comprendre l'existence ou non d'un statut constitutionnel concernant les prestations de retraite en France permettra d'établir quelques réponses à partir de l'analyse de la jurisprudence de son Conseil constitutionnel.

■ Mots-clés:

Interprétation constitutionnelle;
Assurance vieillesse; Droits
sociaux; Conseil
constitutionnel; Effet cliquet;
France; Droit de propriété;
Service public constitutionnel

Abstract

■ Keywords:

Constitutional interpretation;
Statutory pension scheme;
Retirement; Social rights;
Constitutional Court; *Effet
cliquet*; France; Property
rights; Constitutionally
protected public service

Can we affirm the existence of a constitutional regime for the French retirement system? What is the importance of the jurisprudence of the «Conseil constitutionnel»? How does the “Conseil constitutionnel” apply the anti-return theory (théorie du *cliquet anti-retour*)? Can pensions be qualified from the concept of property rights? The answers of the existence or not of a constitutional regime for the French retirement system can be found in the decisions of the «Conseil constitutionnel».

Introduction – 1. Le principe de la solidarité nationale et de l'intangibilité des droits: une non-régression des droits à partir d'une réflexion sur la jurisprudence du cliquet – 2. Le droit à la prestation de retraite et le droit de propriété – Bibliographie

INTRODUCTION

L'assurance vieillesse française peut-elle être qualifiée sur une optique constitutionnelle compte tenu la jurisprudence du Conseil constitutionnel, ce dernier venant en premier lieu assurer la primauté de la *norme fondamentale*?

Dans les différentes constitutions françaises qui précédaient, on ne trouve aucune mention expresse au terme de «*sécurité sociale*» jusqu'à la Constitution de la Vème République de 1958¹. Celle-ci est mentionnée à l'article 34, relatif à la répartition des compétences législatives et, plus récemment, dans d'autres passages, lorsque l'on se réfère à la loi de financement de la sécurité sociale.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel, d'après l'arrêt *Liberté d'association* du 16 juillet 1971, a inauguré ce que la doctrine appelle le *bloc de constitutionnalité*. Il s'agit du *Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958*, qui renvoie au *préambule de la Constitution du 27 octobre 1946* et à la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*. Une loi constitutionnelle en 2004 a modifié le préambule de la Constitution de 1958 afin d'y introduire un renvoi à la *Charte de l'environnement*, laquelle fait désormais partie de ce bloc. La sécurité sociale, il est vrai, n'a pas été mentionnée dans les dispositions dudit bloc, ce qui n'a pas empêché, en revanche, que certains principes fondamentaux fussent interprétés en sa faveur.

Sur le préambule de la Constitution de 1946, par exemple, les alinéas suivants sont retenus par le Conseil constitutionnel en matière de sécurité sociale. Son alinéa 5 dispose que «chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances». L'alinéa 10 dispose que «la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement». L'alinéa 11 dispose que la Nation «*garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence*».

Il est possible de déduire de ce fait certains éléments qui donnent un *statut* constitutionnel à l'assurance vieillesse considérant qu'elle doit assurer aux vieux travailleurs et aux personnes âgées le droit de repos ainsi comme le droit d'obtenir les moyens appropriés pour sa subsistance à la charge de la collectivité, conformément à

¹ Pour des renseignements sur le droit de la sécurité sociale française et son régime de retraites, consulter: DUPEYROUX, Jean-Jacques, BORGETTO, Michel et LAFORE, Robert, *Droit de la sécurité sociale*, 18^{ème} éd., Dalloz, 2015; EWALD, François, *L'État-providence*, Grasset, 1986, p. 261; PRÉTOT, Xavier, «Les bases constitutionnelles du droit social», *Dr. soc.*, 1991, p. 187; NETTER, Francis, *La sécurité sociale et ses principes*, Dalloz, 2005, p. 16; DURAND, Paul, *La politique contemporaine de sécurité sociale*, Dalloz, [reproduction en fac-similé de 1953], 2005, p. 193; KESSLER, Francis, *Droit de la protection sociale*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2014; MORVAN, Patrick, *Droit de la protection sociale*, 7^{ème} éd., LexisNexis, 2015.

l'alinéa 11 du préambule de la Constitution de 1946. Nous pouvons noter dès lors l'importance de cet encadrement constitutionnel. Cela n'empêche pas que le Conseil constitutionnel admette des changements de législation dans un sens moins favorable aux assurés, en repoussant la formulation de la théorie du *cliquet anti-retour* (1), ainsi que la notion de prestation de retraite comme étant un *droit de propriété* (2).

1. LE PRINCIPE DE LA SOLIDARITÉ NATIONALE ET DE L'INTANGIBILITÉ DES DROITS: UNE NON-RÉGRESSION DES DROITS À PARTIR D'UNE RÉFLEXION SUR LA JURISPRUDENCE DU CLIQUET

La législation sur le système de retraites peut subir des changements qui contiennent, par exemple, des conditions plus strictes pour l'éligibilité à une prestation ou une augmentation du taux de cotisation sociale. À travers *la décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987*, le Conseil constitutionnel a reconnu la possibilité au législateur de subordonner à une durée de résidence en France aux fins de recevoir une prestation sociale, à condition que cette condition ne mette pas en cause le «droit de chacun à des moyens convenables d'existence». Toutefois, les *Sages* ont tranché qu'il est totalement admis que le législateur vienne établir d'autres conditions supplémentaires à la prestation, *même plus restrictives*, sans que cela soit qualifié comme un fait qui méconnaisse l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946. Le considérant 17 a ainsi établi «qu'il incombe, tant au législateur qu'au Gouvernement, conformément à leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes proclamés par le onzième alinéa du Préambule, les modalités de leur mise en œuvre; qu'il suit de là qu'il appartient au pouvoir réglementaire, dans chacun des cas prévus à l'article 4 de la loi, de fixer la durée de la condition de résidence de façon à ne pas aboutir à mettre en cause les dispositions précitées du Préambule et en tenant compte à cet effet des diverses prestations d'assistance dont sont susceptibles de bénéficier les intéressés; que toute autre interprétation serait contraire à la Constitution»².

Même plus restrictives ou avec des conditions d'éligibilité moins favorables, c'est au législateur d'opérer cette pondération entre l'intérêt public et l'existence de droits acquis, dont cette altération ne serait pas admise en cas d'atteinte portée à l'exercice d'un droit ou d'une liberté ayant valeur constitutionnelle³. Sur la question relative au

² Cf. *Cons. const.*, décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987.

«[...] 12. Considérant que l'article 4 de la loi a pour objet d'introduire une condition de durée minimale de résidence sur le territoire français, dans des conditions fixées par décret, pour l'attribution de l'allocation spéciale prévue par les articles L. 814-1 et suivants du code de la sécurité sociale, de l'allocation supplémentaire du fonds national de solidarité régie par les articles L. 815-1 et suivants de ce code et de l'allocation aux adultes handicapés visée par les articles L. 821-1 et suivants du code précité;

[...] 18. Considérant que sous les réserves ci-dessus énoncées l'article 4 de la loi n'est pas contraire à la Constitution;».

³ «A. La protection limitée des droits acquis

La faiblesse de la protection constitutionnelle des droits acquis est révélée par la reconnaissance de la prévalence de la mutabilité législative: 'le législateur ne peut lui-même se lier [et] une loi peut toujours et sans condition, fût-ce implicitement, abroger ou modifier une loi antérieure ou y déroger'. Une exception générale à cette possibilité existe

principe de l'intangibilité des droits à retraite liquidés, le Conseil s'est déjà manifesté en estimant qu'aucune règle ni aucun principe constitutionnel ne le garantissait⁴, ce qui accorde au pouvoir public une très large marge d'appréciation⁵.

De ce fait, dans sa décision du 9 novembre 2010, le Conseil constitutionnel a décidé que l'exigence constitutionnelle résultant du onzième alinéa du Préambule de 1946 implique la mise en œuvre d'une *politique de solidarité nationale* en faveur des

*cependant: une loi ne peut en abroger une autre 'si cette abrogation [a] pour effet de porter atteinte à l'exercice d'un droit ou d'une liberté ayant valeur constitutionnelle'. Cette exception n'en est pas réellement une, car l'interdiction de porter atteinte à une exigence constitutionnelle pèse toujours sur le législateur, que ce soit ou non à l'occasion de l'abrogation ou de la modification d'une loi antérieure. Quoi qu'il en soit, les lois qui en modifient ou en abrogent d'autres sont considérées comme poursuivant un intérêt général actualisé, qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel d'apprécier, et la pérennité des lois antérieures ne saurait de ce fait leur être opposée ». VALEMBOIS, Anne-Laure, «La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français», *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 17, mars 2005. Disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-17/la-constitutionnalisation-de-l-exigence-de-securite-juridique-en-droit-francais.51965.html>. Accès le 14/04/2015.*

⁴ Cf. *Cons. const.*, décision n° 94-348 DC du 03 août 1994. Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes.

« [...] 4. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution, la loi détermine les principes fondamentaux 'du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale'; qu'il est loisible au législateur, dans le domaine de compétence qui est le sien, de modifier, compléter ou abroger des dispositions antérieures; qu'il lui incombe seulement de ne pas priver de garanties légales des principes constitutionnels; [...]

13. *Considérant que les sénateurs, auteurs de la saisine, soutiennent qu'en ne rendant obligatoire que la constitution de provisions correspondant aux engagements nés après l'intervention de la loi, celle-ci méconnaît 'le principe de l'intangibilité des droits à retraite liquidés'; qu'ils affirment aussi que le principe d'égalité est méconnu à l'encontre de certains salariés faute pour eux de bénéficier de la qualité de créancier privilégié lorsque leurs droits sont garantis au bilan de l'entreprise; qu'enfin, ils font valoir qu'est également contraire au principe d'égalité le dernier alinéa de l'article L. 941-2 dès lors qu'il exonère totalement certaines institutions de retraite de l'obligation de garantir leurs engagements;*

14. Considérant en premier lieu qu'aucune règle ni aucun principe constitutionnel ne garantit 'l'intangibilité des droits à retraite liquidés'; que par suite ce grief ne saurait qu'être écarté; [...]

⁵ Le législateur a par exemple changé les conditions pour l'ouverture des droits sans être censuré par le Conseil constitutionnel: «[...] 127. Considérant d'autre part que le législateur a subordonné le bénéfice des autres formes d'aide sociale à la régularité du séjour des personnes concernées; que toutefois il a confié au ministre chargé de l'action sociale la responsabilité de déroger à cette règle générale ainsi qu'à la condition de résidence prévue s'agissant de l'aide médicale à domicile pour tenir compte de circonstances exceptionnelles; que cette disposition doit être entendue comme destinée à assurer la mise en œuvre effective des principes énoncés par les dispositions précitées du Préambule de la Constitution de 1946; que sous cette réserve d'interprétation, les dispositions contestées ne sont pas contraires à la Constitution; [...]». *Cons. const.*, décision n° 93-325 DC du 13 août 1993. Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

travailleurs retraités⁶. Toutefois, il est possible pour le législateur, afin de satisfaire cette exigence, de choisir les modalités concrètes qui lui paraissent appropriées. En particulier, il lui est à tout moment loisible, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions. Il ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité⁷. Cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel⁸.

Dans une autre décision, le Conseil constitutionnel a tranché que l'exigence constitutionnelle résultant du onzième alinéa du Préambule de 1946 implique également la mise en œuvre d'une politique de *solidarité nationale* en faveur des travailleurs retraités. Il appartient au législateur de choisir les modalités concrètes qui lui paraissent appropriées. En instaurant un régime de retraite anticipée pour les professionnels libéraux reconnus inaptes au travail en conformité à l'article L 643-5 du CSS, le législateur a mis en œuvre, sans le méconnaître, les exigences constitutionnelles précitées du onzième alinéa du Préambule de 1946⁹.

⁶ Consulter, PRÉTOT, Xavier, «L'alinéa 11 du Préambule», in COGNAC, Gérard, PRÉTOT, Xavier, TEBOUL, Gérard, (dir.), *Le préambule de la constitution du 27 octobre 1946*, Dalloz, 2001, p. 261.

⁷ «9. Considérant qu'en adoptant la loi déferée, le législateur a voulu préserver le système de retraite par répartition, confronté à d'importantes difficultés de financement; qu'il a notamment tenu compte de l'allongement de l'espérance de vie; qu'au nombre des mesures qu'il a prises figure le report à soixante-deux ans de l'âge légal de départ à la retraite, applicable, de façon progressive jusqu'en 2018, tant aux salariés du secteur public qu'à ceux du secteur privé; qu'il a prévu ou maintenu des possibilités de retraite anticipée au bénéfice des personnes ayant eu des carrières longues, de celles ayant un taux d'incapacité de travail fixé par voie réglementaire, de celles exposées à des 'facteurs de pénibilité' et atteintes d'incapacité permanente, des travailleurs handicapés ou des personnes exposées à l'amiante; que, ce faisant, il a pris des mesures qui visent à garantir la sécurité des vieux travailleurs conformément au Préambule de 1946; que ces mesures ne sont pas inappropriées à l'objectif qu'il s'est fixé; [...]» *Cons. const.*, 2010-617 DC, 9 novembre 2010, JORF du 10 novembre 2010, p. 20056, texte n° 2, Rec. p. 310. Dans le même sens, *Cons. const.*, 2011-123 QPC, 29 avril 2011, Journal officiel du 30 avril 2011, p. 7536.

⁸ «En dépit de l'obligation jurisprudentielle du Parlement de ne pas priver des exigences constitutionnelles de garanties légales, le Conseil constitutionnel admet clairement la possibilité, pour le législateur, de supprimer une garantie légale sans pour autant y substituer une autre. La canalisation de l'action du pouvoir législatif permet donc une relative régression. Il suffit pour cela que l'exercice du pouvoir législatif n'aboutisse pas à priver de garanties légales les principes ou les exigences constitutionnelles. Dans la stricte limite de ne pas priver les exigences constitutionnelles de telles garanties, la loi peut mettre fin à une disposition ou une mesure législative sans faire l'objet d'une censure de la part du juge». MOLLION, Grégory, «Les garanties légales des exigences constitutionnelles», *RFD const.*, n° 62, 2005, p. 262.

⁹ *Cons. const.*, 2011-170 QPC, 23 septembre 2011, Journal officiel du 24 septembre 2011, p. 16017, texte n° 78, cons. 4 et 6.

Dans sa décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003 portant sur la *réforme des retraites*, loi du 21 août 2003, le Conseil constitutionnel a maintenu cette jurisprudence qui a mis en évidence l'intérêt de la solidarité nationale conjointement à la possibilité de mutabilité des droits sociaux par convenance et opportunité du législateur: «[...] 7. Considérant que l'exigence constitutionnelle résultant des dispositions précitées implique la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des travailleurs retraités; qu'il est cependant possible au législateur, pour satisfaire à cette exigence, de choisir les modalités concrètes qui lui paraissent appropriées; qu'en particulier, il lui est à tout moment loisible, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions; qu'il ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles; que, cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel; 8. Considérant que, du point de vue de son économie générale, la loi déférée a mis en œuvre l'exigence constitutionnelle précitée sans la priver de garanties légales; 9. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le grief doit être rejeté; [...]»¹⁰.

On retiendra pourtant que le Conseil constitutionnel a admis la possibilité de changer les critères des prestations de retraite, même si ces changements sont moins favorables. Ce positionnement peut être vu comme un contrepoids à la jurisprudence de plusieurs cours constitutionnelles étrangères désignée sous le nom «d'obligation de non régression des droits sociaux». En France nous aurions la jurisprudence du « cliquet *anti-retour* », laquelle a été introduite par la décision du Conseil constitutionnel 84-181 DC, 10 octobre 1984. Cette jurisprudence prétendrait établir que des dispositions législatives qui reviendraient sur des droits reconnus dans une loi déjà existante seraient censurées par les gardiens de la Constitution si les conditions prévues ne n'étaient pas maintenues. Ainsi, une nouvelle législation pourrait être seulement valide si elle est apte à rendre plus effectif un droit, évitant ainsi les régressions d'une garantie précédemment consacrée. Ce même Conseil, par contre, en 1986, a changé sa position permettant au législateur de faire des changements qui pourraient être qualifiés comme en mouvement descendant, soit «moins favorable», avec la remarque que «l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel»¹¹.

¹⁰ *Cons. const.*, décision n° 2003-483 DC du 14 août 2003. Loi portant réforme des retraites.

¹¹ [...] 2. Considérant qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions; qu'il ne lui est pas moins loisible d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité et qui peuvent comporter la modification ou la suppression de dispositions qu'il estime excessives ou inutiles; que, cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel; [...]. Cf. *Cons. const.* 86-210 DC, 29 juillet 1986, Rec. p. 110. Voir aussi *Cons. const.* 2009-577 DC, 3 mars 2009,

Le Conseil constitutionnel a déjà autorisé à plusieurs reprises des changements et réformes considérables dans le système de protection français¹². Cela met en évidence le relativisme d'une argumentation pure et simple d'un soi-disant *droit social acquis* à tel ou tel régime juridique de protection. Cependant, nous pensons qu'en considération de l'actuel contentieux constitutionnel, une reformulation de la théorie sur l'existence d'une «obligation de non-régression» des droits sociaux à partir des jurisprudences *Encliquetage* ou *standstill* du droit belge¹³ ou même une relecture de la jurisprudence *cliquet* dans le droit français, ne seraient pas totalement exclus à l'avenir¹⁴. Ce raisonnement serait fondé sur la théorie du «non-retour» lié à la formulation d'un «contenu minimal» ou «essentiel» pour la jouissance de droits constitutionnellement prévus.

Bien que la Haute Cour ait déjà jugée de façon contraire dans sa décision n° 385 DC du 30 décembre 1996¹⁵, nous sommes d'avis que ne pourrait être totalement écartée

JO 7 mars 2009, p. 4336 et Cons. const. 2009-588 DC, 6 août 2009, JO 11 août 2009, p. 13319.

¹² «L'instabilité est de l'essence même des systèmes de Sécurité sociale», conforme DUPEYROUX, Jean-Jacques, «Le plan Juppé», *Dr. soc.*, 1996, p. 753.

¹³ HAUMONT, Francis, «Le droit constitutionnel belge à la protection d'un environnement sain État de la jurisprudence», *Revue juridique de l'environnement*, n° Extra 1, 2005. p. 41-52. V. décision de la Cour constitutionnelle belge: Arrêt 5/2004 R.G. 2618. Obligation de *Standstill* déduite de l'article 23 alinéa 3, 2° et 4° de la constitution belge en matière d'aide sociale. Consulter également les arrêts n° 169/2002, 5/2004 et n° 123/2006 de la Cour d'arbitrage belge; HACHEZ, Isabelle, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*. Bruylant, Athènes, Sakkoulas, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2008.

¹⁴ « Cet aspect de la conception des libertés est moins développé chez le juge constitutionnel français mais il existe à travers la jurisprudence dite de l'«effet cliquet». Le Conseil constitutionnel considère le législateur ne saurait modifier ou abroger des dispositions législatives touchant une liberté comme la liberté de communication qu'«en vue d'en rendre l'exercice plus effectif»). Il ne s'agit pas à proprement parler d'une obligation positive mais c'est une forme d'action positive en faveur d'une protection de la liberté. Ce souci de faire prévaloir certaines libertés se traduit aussi dans la création de la catégorie des objectifs de valeur constitutionnelle sans que celle-ci ne crée une véritable obligation à la charge du législateur. Significative à cet égard est la consécration comme objectif de valeur constitutionnelle de «la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent» ». ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, «La conception des libertés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme», *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32 (*Dossier: Convention européenne des droits de l'homme*), juillet 2011. Disponible sur <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-32/la-conception-des-libertes-par-le-conseil-constitutionnel-et-par-la-cour-europeenne-des-droits-de-l-homme.99053.html>. Accès le 25/02/2014.

¹⁵ «14. Considérant qu'ils allèguent également que la «spoliation organisée par le législateur» constituerait une violation d'une part du principe de liberté contractuelle, qui protégerait les partenaires sociaux contre toute remise en cause de leur capacité de négociation, et d'autre part d'un principe de «confiance légitime», dès lors que serait remis en cause par un prélèvement brutal de 40 % l'équilibre d'un système géré depuis longtemps avec l'accord des pouvoirs publics; [...]

une nouvelle appréciation, au niveau d'une *Question prioritaire de constitutionnalité* – QPC, par exemple, de partir d'une (re)lecture du *principe de confiance légitime* lequel est présent dans la jurisprudence du *droit allemand* et utilisé également par la CJUE¹⁶. Ce principe porte, pour l'essentiel, que dans le cas où le législateur supprime tel ou tel élément de l'ordre juridique, il doit au moins prévoir des conditions d'accompagnement ou des mesures transitoires en faveur des personnes qui ont naturellement une *espérance légitimement fondée*. Cela serait commun en matière de retraites comme le cas d'un assuré qui entre jeune dans un régime étatique et obligatoire de retraites et après des années de cotisations et d'affiliation, alors qu'il n'a pas encore rempli toutes les conditions pour la prestation, le Parlement approuve une loi qui prolonge la période d'assurance ou augmente l'âge pour le droit à liquidation des prestations. Il n'existerait pas un droit acquis à proprement parler, mais une espèce de *droit cumulé* et, dans ce « contrat social » existant entre générations, le maintien d'un pacte de confiance est essentiel pour stabiliser les relations sociales et assurer la sécurité juridique nécessaire¹⁷.

18. Considérant que, dès lors que le prélèvement contesté n'a pas davantage pour effet de porter atteinte à la capacité de négociation des partenaires sociaux, il ne méconnaît pas la liberté contractuelle et que par suite le moyen manque en fait; *qu'aucune norme constitutionnelle ne garantit par ailleurs un principe dit 'de confiance légitime'*; [...]. *Cons. const.*, décision n° 96-385 DC du 30 décembre 1996. Loi de finances pour 1997.

¹⁶ «En France, l'expression 'droit à' n'a évidemment pas un sens aussi fort. Elle ne désigne pas un droit individuel mais un droit collectif. Si elle est 'justiciable', c'est au niveau de la norme, d'où l'expression de 'justiciabilité normative'. *Cela signifie que si un État ou la Communauté européenne a reconnu un 'droit au logement', c'est-à-dire en pratique un droit à l'aide au logement, l'autorité qui l'a accordée ne peut plus le retirer ni même le réduire. C'est en somme une 'clause de non régression'. En cas de régression, ceux qui en sont victimes peuvent s'en plaindre devant le juge des normes, qu'il s'agisse d'une juridiction constitutionnelle ou internationale. J'avais choisi l'exemple suivant: si la Commission décidait de réduire ou de supprimer certaines formes d'aide au logement social, au nom de la concurrence, cette mesure pourrait être censurée par la Cour de justice des Communautés européennes comme contraire au droit à une aide au logement reconnue par l'article 34.3 de la Charte. Cette disposition est strictement encadrée: 'Afin de lutter contre l'exclusion sociale et la pauvreté, l'Union reconnaît et respecte le droit à une aide sociale et à une aide au logement destinées à assurer une existence digne à ceux qui ne disposent pas de revenus suffisants, selon les modalités établies par le droit communautaire et les législations et pratiques nationales'». BRAIBANT, Guy, «L'environnement dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne», *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 15 (Dossier: Constitution et environnement), janvier 2004. Disponible sur: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-15/l-environnement-dans-la-charte-des-droits-fondamentaux-de-l-union-europeenne.52002.html>. Accès le 25/02/2014.*

¹⁷ «Il nous paraît donc plus prudent de ne pas opérer un tel choix, et de nous en tenir à la réserve manifestée jusqu'à présent par les juges français face à la pression des requérants. Il nous semblerait tout au plus possible d'envisager que, ponctuellement, les acteurs du droit positif français tiennent compte explicitement –s'agissant, par exemple, des questions relatives aux droits fondamentaux, à la responsabilité, à la rétroactivité, aux mesures transitoires, ou aux droits acquis–, notamment dans le cadre du 'principe' de proportionnalité –qui mériterait peut-être une consécration digne de son importance pratique–, des 'intérêts privés de confiance' des personnes. Cela paraîtrait d'autant plus faisable que [...] derrière la défense des droits acquis et du principe de la non-rétroactivité,

De toute façon, à l'aune de la parcimonie et de l'encadrement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel aujourd'hui, cette «révolution» jurisprudentielle devra attendre un peu plus de temps pour revenir. Il appartient au législateur de choisir les critères d'un potentiel changement. L'argumentation d'une non-régression sociale seulement pourrait être retenue actuellement en cas d'abrogation totale d'un régime ou d'une prestation essentielle comme des prestations de retraite, mais cela à condition de vérifier quels sont les principes et valeurs constitutionnels en jeu, spécialement les valeurs d'ordre public et d'intérêt public.

Avec la mise en place du contrôle de constitutionnalité a posteriori par le biais de la Question prioritaire de constitutionnalité – QPC, un nouveau visage pourrait et peut encore être donné à la jurisprudence constitutionnelle française en matière de non-régression des droits sociaux. Sur *l'effet cliquet*, cela a déjà été tenté d'être fait à plus de dix reprises en saisissant le Conseil constitutionnel¹⁸. Toutefois, les membres du Conseil restent très attachés à la jurisprudence actuellement applicable. La question est de savoir alors s'il faut arriver à une situation extrême comme en Grèce où les retraites ont été coupées à hauteur de 40% pour que le Conseil constitutionnel français se prononce de manière claire sur le principe de non-régression en matière de droits sociaux. Nous ne pouvons pas oublier que le raisonnement «la France est une République sociale», (article premier de la Constitution de 1958 «La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale») n'a jamais connu de véritable portée pour permettre de déclarer une loi comme non-conforme au texte constitutionnel¹⁹.

Il faut reconnaître en effet que le Conseil constitutionnel admet présentement que le législateur a la prérogative de poser des conditions plus restrictives à l'octroi d'une prestation sociale. Il est également libre de réduire la protection en amont accordée aux droits sociaux constitutionnels sous réserve, toutefois, de ne pas les priver de toute garantie légale. La doctrine parlerait dans ce cas alors d'«*effet de seuil*» du fait que le législateur ne pourrait descendre en dessous d'un certain seuil de protection²⁰. À notre

se trouve, à l'état latent, le souci humain et très justifié de la sécurité individuelle'. 'La considération, pour ne pas dire la conviction, qu'il est nécessaire de concilier les prérogatives de l'administration avec les droits et intérêts des administrés est trop naturelle pour être une innovation. Elle apparaît dans les termes mêmes de l'arrêt [Blanco] fondateur du droit administratif. Mais elle est, à notre époque, beaucoup plus présente et ne cesse de se traduire par de notables renforcements des droits et garanties des administrés' ». CALMES, Sylvia, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2001, p. 662/63.

¹⁸ BOYER-CAPELLE, Caroline, «L'effet cliquet à l'épreuve de la question prioritaire de Constitutionnalité», *AJDA*, 2011, n° 30, p. 1718/172.

¹⁹ En faveur d'une interprétation plus extensive de *l'effet cliquet*, consulter également BORGETTO, Michel et LAFORE, Robert, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2009, p. 56 et ROUSSEAU, Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2008, p. 436. En considérant cette jurisprudence *cliquet* seulement pour fins de droits-libertés, voir PRÉTOT, Xavier, «Les bases constitutionnelles du droit social», *Dr. soc.*, 1991, p. 187.

²⁰ MATHIEU, Bertrand et VERPEAUX, Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002, p. 497/98.

avis, ce concept, si proche de *l'effet cliquet*, serait cependant un «*effet cliquet souple*», qui n'a pas le même potentiel anti-retour²¹.

Une autre position de la doctrine qui nous semble être abordable et qui remettrait à ces deux principes, *de non-retour et de respect d'un seuil*, est soutenu par le professeur Michel Borgetto²² pour qui certains droits sociaux qualifiés de *services publics constitutionnels*, dont la protection sociale ferait partie, ne pourraient être supprimés «sans qu'intervienne au préalable une révision corrélative de la Constitution»²³. Cette position peut être confirmée à partir d'un raisonnement du propre préambule de la Constitution française²⁴, dont la source protectrice des droits sociaux est évidente, de manière qu'il «ne fait guère de doute qu'une loi qui se proposerait de supprimer un service public constitutionnel s'exposerait au risque d'être considérée par ce juge comme étant non conforme au texte suprême»²⁵.

Il nous semble alors que dans le champ du contentieux constitutionnel, la théorie de non-régression des droits sociaux ne serait pas totalement épuisée et elle peut et doit d'une certaine façon être renouvelée désormais. Le caractère dynamique des droits sociaux, ajouté à des futures réformes qui seront certainement envisagées par le législateur, devra toujours faire l'objet d'une attention certaine de la part du juge dans le but de la défense d'une France indivisible, laïque, démocratique et sociale²⁶. Dans

²¹ «Peuvent toutefois être considérées, à certains égards, comme des tempéraments au principe de mutabilité législative les jurisprudences dites du 'cliquet' et du 'seuil'. La première, qui a été abandonnée, interdisait toute régression au niveau des garanties légales données aux sujets de droit concernant leurs libertés publiques, voire imposait un exercice plus effectif de ces libertés grâce à la loi. La seconde implique plus modestement que le législateur ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles». VALEMBOSIS, Anne-Laure, «La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français», *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17*, mars 2005. Disponible en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-17/la-constitutionnalisation-de-l-exigence-de-securite-juridique-en-droit-francais.51965.html>. Accès en 14/04/2015.

²² BORGETTO, Michel, «La notion de service public constitutionnel face au droit de la protection sociale», in *Mél. Jean-François Lachaume. Le droit administratif: permanences et convergences*, Dalloz, 2007, p. 98.

²³ DUPEYROUX, Jean-Jacques, BORGETTO, Michel, et LAFORE, Robert, *Droit de la sécurité sociale*, 18^{ème} éd., Dalloz, 2015, p. 352.

²⁴ V. *Cons. const.*, décision n° 86-207 DC des 25-26 juin 1986, Rec. 61; v. aussi décision n° 86-217 DC du 18 sept. 1986, Rec. 141 et décision n° 88-232 DC du 7 janv. 1988, Rec. 17.

²⁵ DUPEYROUX, Jean-Jacques, BORGETTO, Michel, et LAFORE, Robert, *op. cit.*, p. 352.

²⁶ «Ce type de raisonnement qui permet au législateur, au nom de principes sociaux ayant une valeur constitutionnelle (droit à la santé, droit à l'emploi, droit au logement) de porter atteinte aux libertés fondamentales constitue une très grande originalité des pays européens vis-à-vis des pays anglo-saxons. Jouant une fonction essentielle dans la jurisprudence des Cours constitutionnelles européennes, ce type de raisonnement totalement étranger, par exemple, à la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, traduit un équilibre très différent entre l'intervention de l'État et la protection des libertés. Ce conflit, ou en tout cas cette tension permanente entre les droits-créances et les droits-libertés est au cœur du modèle social européen». DUTHEILLET de LAMOTHE, Olivier, «Les normes constitutionnelles en matière sociale», *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, octobre

l'optique constitutionnelle, le juge aborde également la question du droit aux prestations de retraite par le prisme du droit de propriété.

2. LE DROIT À LA PRESTATION DE RETRAITE ET LE DROIT DE PROPRIÉTÉ

À la différence de la jurisprudence de la Cour suprême allemande et de la Cour EDH²⁷, le Conseil constitutionnel maintient son avis dans le sens que les prestations de retraite n'ont pas de nature juridique de bien, et donc n'est pas qualifiée comme une propriété dans la conception privatiste du terme²⁸. Cette jurisprudence a comme base la *décision du 16 janvier 1986, n° 85-200 DC*, sur la loi relative à la limitation des possibilités de cumul entre pensions de retraite et revenus d'activité²⁹. Les sénateurs et députés auteurs du contrôle de constitutionnalité préalable (*a priori*) estimaient que cette loi

2010. Disponible en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-29/les-normes-constitutionnelles-en-matiere-sociale.52733.html>. Accès en 18/01/2015.

²⁷ «[...] l'article 1^{er} du Protocole n° 1 ne comporte pas un droit à acquérir des biens. Il ne limite en rien la liberté qu'ont les États contractants de décider s'il convient ou non de mettre en place un quelconque régime de sécurité sociale ou de choisir le type ou le niveau des prestations devant être accordées au titre de pareil régime. Dès lors qu'un État contractant met en place une législation prévoyant le versement automatique d'une prestation sociale –que l'octroi de cette prestation dépende ou non du versement préalable de cotisations–, cette législation doit être considérée comme engendrant un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1er du Protocole n° 1 pour les personnes remplissant ces conditions». CEDH, *Stec et autres c. Royaume-Uni* [GC], (déc.) n° 65731/01 et 65900/01, par. 53; *Rasmussen c. Pologne*, n° 38886/05, arrêt du 28 avril 2009, par. 71.

²⁸ «La conception extensive de la protection constitutionnelle du droit de propriété n'est toutefois pas sans limite. Le Conseil a ainsi, à plusieurs reprises, refusé de reconnaître le caractère de droit de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789. Il en est allé ainsi:

- des autorisations d'exploiter des services de transport publics de personnes;
- de certains droits à pension de retraite;
- du monopole des officiers ministériels qu'il s'agisse des courtiers interprètes et conducteurs de navires ou des avoués, l'indemnisation de la perte du droit de présentation du successeur s'analysant à l'aune du principe d'égalité devant les charges publiques garanti par l'article 13 de la Déclaration de 1789 et non de son article ». de MONTGOLFIER, Jean-François, «Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées», *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 31 (Dossier: le droit des biens et des obligations)*, mars 2011. Disponible en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/nouveaux-cahiers-du-conseil/cahier-n-31/conseil-constitutionnel-et-la-propriete-privée-des-personnes-privées.96753.html>. Accès en 17/04/2015.

²⁹ «S'il s'agit de désigner la première décision qui s'est référée formellement à l'idée de solidarité, il convient de citer la décision n° 85-200 DC du 16 janvier 1986: le juge ayant alors considéré, dans la mesure où il revenait au législateur 'd'organiser la solidarité entre personnes en activité, personnes sans emploi et retraités et de maintenir l'équilibre financier permettant à l'ensemble des institutions de sécurité sociale de remplir leur rôle', que rien ne s'opposait à ce que les règles régissant les régimes de vieillesse aient «pour objet de permettre une contribution au financement de régimes défavorisés par la situation économique ou sociale». BORGETTO, Michel, *La Fraternité*, ACCPUF éd., 2004, p. 286.

obligeait les retraités à se priver de leur prestation de retraite. Ainsi, ils auraient dû alors recevoir une indemnisation selon l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789³⁰ (privation du droit de propriété à condition d'une indemnité juste et préalable) et une autre indemnité provoquée par la suppression d'un droit acquis. Les *Sages* ont rejeté les arguments sur l'analogie existante entre les prestations de retraite de base et le droit de propriété. Les considérants suivants démontrent cet aspect pour déclarer la loi conforme à la Constitution: «2. Considérant que, selon les auteurs des saisines, ces dispositions méconnaissent le droit au travail garanti par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et le droit de propriété dont la privation doit, en vertu de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, être assortie d'une juste et préalable indemnité; que les sénateurs auteurs de l'une des saisines estiment, en outre, qu'elles portent atteinte au principe d'égalité et à la liberté d'entreprendre; [...] 5. Considérant que les députés auteurs d'une saisine soutiennent que la loi, en obligeant certains retraités à renoncer momentanément à percevoir leur pension pour éviter les charges excessives de la contribution de solidarité, aboutit à les priver de leur retraite; qu'ils estiment que la pension de retraite est une rente viagère, constituée à titre onéreux, et que la loi ne saurait, sans méconnaître les garanties constitutionnelles du droit de propriété énoncées par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, priver les retraités du paiement de leur pension sans juste et préalable indemnité;». Toutefois, aux yeux du Conseil constitutionnel, les droits à pension ne peuvent pas être «civilisés» et ne font pas l'objet du droit de propriété³¹.

Nonobstant cette jurisprudence, la Cour de cassation, quelques années après, est venue trancher l'affaire *Consorts X c/ Procureur général auprès de la cour d'appel de Basse-Terre* et a donné un avis différent de celui des membres du Conseil Constitutionnel en considérant les prestations sociales comme une catégorie des biens, conformément à la jurisprudence de la Cour EDH³². Le Conseil d'État également a déjà rendu des arrêts en qualifiant les prestations sociales de biens, à l'exemple de la décision prise en 27 mars 1997, *Département de la Saône-et-Loire et Centre communal d'action sociale de La Rochelle*, laquelle s'est appuyée sur le caractère civil du droit à l'aide sociale³³. Nous constatons aussi que le Conseil d'État dans l'arrêt du 5 mars 1999, *M.*

³⁰ «Art. 17. La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité».

³¹ PRÉTOT, Xavier, «La protection sociale est-elle soluble dans le droit de propriété?», in ALFANDARI, Elie (Mél.), *Drôle(s) de droit(s)*, Dalloz, 2000, p. 163; COURSIER, Philippe, «La révision d'un accord de retraite supplémentaire et ses conséquences», *Dr. soc.*, 2002, p. 874.

³² *Cass. civ.* 3, 1997-02-04, 95-10639, inédit. Pour plus renseignements, consulter MICHELET, Karine, «La conception européenne du droit à des prestations sociales et la jurisprudence administrative», *Dr. soc.*, 2002, p. 760.

³³ «[...] Considérant que la décision attaquée, par laquelle la commission centrale d'aide sociale, saisie par la voie de l'appel, a statué sur le refus de prise en charge des repas de Mlle X... au foyer-restaurant pour personnes âgées géré par le centre communal d'action sociale de la Rochelle, a le caractère d'une décision juridictionnelle qui, relative à une prestation d'aide sociale, tranche une contestation sur des droits et obligations de caractère civil au sens des stipulations précitées de la convention européenne de sauvegarde des droits

Rouquette et Mme Lipietz et autres, les arguments des demandeurs ont été déboutés, retenant ainsi la nature civile de ces prestations³⁴. Le Conseil d'État a rendu une autre décision importante à l'occasion d'arrêt «*Diop*» du 30 novembre 2001 par lequel a été reconnu le caractère discriminatoire du «gel» des pensions versées aux fonctionnaires civils et militaires des ressortissants des ex-colonies françaises. Par cet arrêt la Haute juridiction a validé la décision de la cour administrative d'appel de Paris du 7 juillet 1999 dans le sens que les pensions civiles et militaires «constituent des créances qui doivent être regardées comme des biens au sens de l'article 1er du premier Protocole additionnel à la CEDH» compte tenu du fait qu'il s'agit «des allocations pécuniaires, personnelles et viagères auxquelles donnent droit les services accomplis par les agents publics [...] jusqu'à la cessation régulière de leurs fonctions»³⁵.

Tout compte fait, la jurisprudence du Conseil constitutionnel serait-elle contraire à celle de la Cour EDH qui a appliqué la notion de bien aux prestations sociales à partir

de l'homme et des libertés fondamentales; [...] ». CE, Section, du 27 mars 1998, 161659, publié au recueil Lebon.

³⁴ « [...] Considérant qu'aux termes de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales: 'La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur (...) la fortune'; qu'aux termes de l'article premier du premier protocole additionnel à la convention: 'Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens;

Considérant que le législateur, en subordonnant à une condition de ressources le bénéfice des allocations familiales, a entendu maintenir l'équilibre financier de la branche famille de la sécurité sociale, qui est un objectif d'utilité publique, et s'est fondé sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec les buts de la loi; que, dès lors, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que les dispositions de l'article L. 521-1 du code de la sécurité sociale porteraient une atteinte disproportionnée au droit au respect de leurs biens ou méconnaîtraient le principe de non-discrimination dans le droit au respect des biens qui résulte des stipulations combinées de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de l'article premier du premier protocole additionnel à la convention; [...] ». CE, Assemblée, du 5 mars 1999, 194658 et 196116, publié au recueil Lebon.

³⁵ « [...] Considérant [...] qu'en vertu des stipulations de l'article 1er du 1er protocole additionnel à cette convention: 'Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes'.

Considérant qu'en vertu de l'article L. 1 du code des pensions civiles et militaires de retraite, dans sa rédaction issue de la loi du 20 septembre 1948, applicable en l'espèce, les pensions sont des allocations pécuniaires, personnelles et viagères auxquelles donnent droit les services accomplis par les agents publics énumérés par cet article, jusqu'à la cessation régulière de leurs fonctions; que, dès lors, la cour n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que ces pensions constituent des créances qui doivent être regardées comme des biens au sens de l'article 1er, précité, du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; [...] ». *Conseil d'État*, Assemblée, du 30 novembre 2001, 212179, publié au recueil Lebon.

de la lecture de l'article 1^{er} du protocole 1^{er} de la CEDH³⁶? À notre avis, en principe, non, car que la Cour de Strasbourg précise bien que la Convention ne consacre aucun droit intrinsèque à percevoir la moindre prestation de sécurité sociale, en même temps que dans le cas de la reconnaissance comme un bien ce droit ne saurait pas être interprété comme conférant au bénéficiaire le droit de percevoir une pension d'un montant particulier (même si une réduction substantielle pouvait être considérée comme affectant l'essence même du droit), ce qui autorise les États à modifier les montants versés dans le cadre de sa politique économique³⁷.

Ce positionnement peut être représenté, par exemple, par l'arrêt *Koufaki et Adedy / Grèce* du 7 mai 2013 où la Cour EDH a conclu par la non violation du droit à la propriété de l'article 1^{er} du Protocole n° 1^{er} de la CEDH en décidant que «les États partis à la CEDH jouissent d'une ample marge d'appréciation quant à la détermination de leur politique sociale et économique puisque leurs autorités se trouvent mieux placées qu'un tribunal international pour choisir les moyens appropriés et pour fixer les priorités quant à l'affectation des ressources limitées de l'État. Ainsi, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du législateur national. Étant donné que les priorités susmentionnées tombent sous la notion de 'l'utilité publique', visée à l'article 1 du Protocole n° 1, les choix politiques et sociaux des États sont respectés par la Cour EDH sauf s'ils se révèlent manifestement dépourvus de base raisonnable et si les ingérences qu'ils causent ne sont pas proportionnelles au but légitime poursuivi»³⁸. Ainsi, le Conseil constitutionnel français autorise le législateur à

³⁶ *La Cour interaméricaine de droits de l'homme* a fait également cette relation entre le droit à une pension et le droit de propriété, Cf. CIDH, 01 juillet 2009, aff. *Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y Jubilados de la Contraloría") vs. Perú*: «85. En un caso similar al presente, esta Corte declaró una violación del derecho a la propiedad por la afectación patrimonial causada por el incumplimiento de sentencias que pretendían proteger el derecho a una pensión – derecho que había sido adquirido por las víctimas en aquel caso, de conformidad con la normativa interna. En esa sentencia el Tribunal señaló que, desde el momento en que un pensionista paga sus contribuciones a un fondo de pensiones y deja de prestar servicios a la institución concernida para acogerse al régimen de jubilaciones previsto en la ley, adquiere el derecho a que su pensión se rija en los términos y condiciones previstas en dicha ley. Asimismo, declaró que el derecho a la pensión que adquiere dicha persona tiene 'efectos patrimoniales', los cuales están protegidos bajo el artículo 21 de la Convención. Consecuentemente, en aquél caso el Tribunal declaró que al haber cambiado arbitrariamente el monto de las pensiones que venían percibiendo las presuntas víctimas y al no haber dado cumplimiento a las sentencias judiciales emitidas con ocasión de las acciones de garantía interpuestas por éstos, el Estado violó el derecho a la propiedad reconocido en el artículo 21 de la Convención. [...]»

91. *Por todo lo anteriormente expuesto, la Corte reitera que el Estado violó el derecho a la protección judicial reconocido en el artículo 25.1 y 25.2.c de la Convención Americana (supra párr. 79) y también violó el derecho a la propiedad privada reconocido en el artículo 21.1 y 21.2 de dicho instrumento, todo ello en relación con el artículo 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de las doscientas setenta y tres personas indicadas en el párrafo 113 de la presente Sentencia».*

³⁷ Cf. CEDH, 8 décembre 2005, *Dumanovski c. «l'ex-République yougoslave de Macédoine»*, n° 13898/02; CEDH, *Domalewski c. Pologne* (déc.), n° 34610/97, CEDH 1999-IV.

³⁸ CEDH, 7 mai 2013, *Koufaki et Adedy / Grèce*, n°s 57657/12 et 57665/12. Par contre, le Comité européenne de droits sociaux –CEDS a déclaré les réformes des retraites grecques

modifier des textes antérieurs ou à abroger ceux-ci en leur substituant d'autres textes pour la réalisation ou pour la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, dans les attentes de l'intérêt public³⁹. Il n'y a alors pas de «conflit» jurisprudentiel entre les deux juridictions⁴⁰.

Malgré ces apports de la jurisprudence permettant de rapprocher certaines prestations sociales de la qualification du droit de propriété, le fait est qu'en France ces prestations «ne revêtent pas le caractère de droits patrimoniaux au sens du droit civil, mais sont de nature statutaire, c'est-à-dire attachées à des institutions et des mécanismes publics»⁴¹. Le caractère du principe de solidarité, très rattaché au régime de retraite

en non-conformité avec la Charte sociale européenne. Cf. CEDS, 7 décembre 2012, IKA-ETAM (*Fédération des Pensionnés Salariés de Grèce*), réclamation n°76/2012. Consulter aussi l'affaire da *Silva Carvalho Rico c. Portugal* (requête n° 13341/14), dont la Cour EDH a déclaré, à l'unanimité, la requête irrecevable. *La requérante invoquait la violation de l'article 1 du Protocole n° 1 (protection de la propriété) à la Convention européenne des droits de l'homme*, se plaignait de la réduction du montant de sa pension en 2014, alléguant en particulier que la CES (contribution extraordinaire de solidarité) n'était plus une mesure temporaire dès lors qu'elle était appliquée à sa pension depuis 2013. *La Cour de Strasbourg a rappelé que l'article 1 du Protocole n° 1 ne crée pas un droit à acquérir des biens. Il ne garantit donc, en tant que tel, aucun droit à une pension d'un montant donné*. Elle conclut, en effet, que compte tenu des intérêts généraux qui étaient en jeu au Portugal à l'époque considérée (plan d'austérité) et du caractère limité et temporaire de l'application de la CES à la pension, les mesures prises au Portugal étaient proportionnées au but légitime qui consistait à obtenir un redressement économique à moyen terme.

³⁹ « [...] 55. *Considérant qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine de sa compétence, de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions; que l'exercice de ce pouvoir ne doit cependant pas aboutir à priver de garanties légales des principes de valeur constitutionnelle; [...]* ». *Cons. const.*, décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000. Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

« [...] 4. *Considérant qu'aux termes du dixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946: 'La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement'; que, selon son onzième alinéa: 'Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs...'*;

5. *Considérant qu'il incombe au législateur, comme à l'autorité réglementaire, conformément à leurs compétences respectives, de déterminer, dans le respect des principes posés par ces dispositions, les modalités concrètes de leur mise en œuvre;*

6. *Considérant, en particulier, qu'il est à tout moment loisible au législateur, statuant dans le domaine qui lui est réservé par l'article 34 de la Constitution, d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité; que, cependant, l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel; [...]* ». *Cons. const.*, décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999. Loi portant création d'une couverture maladie universelle.

⁴⁰ Cf. *Cons. const.*, 2010-617 DC, 9 novembre 2010, JORF du 10 novembre 2010, p. 20056, texte n° 2, Rec. p. 310.

⁴¹ DUPEYROUX, Jean-Jacques, BORGETTO, Michel et LAFORE, Robert, *Droit de la sécurité sociale*, 18^{ème} éd., Dalloz, 2015, p. 351.

*français*⁴², fournit un raisonnement dont la proportionnalité entre ceci et le droit de propriété fait, qu'au moins dans une approche constitutionnelle de la question, la nature institutionnelle statutaire prévaut sur la nature patrimoniale de la prestation ou de la cotisation sociale⁴³.

Les retraites publiques du régime général sont d'ordre légal, statutaire, et ont la solidarité nationale comme fondement essentiel⁴⁴. Ils n'ont pas le contrat comme source de droits et la nature de la prestation ne peut pas être rattachée aux droits de propriété. Nous avons vu que le législateur est porteur d'un large pouvoir pouvant

⁴² La question de la solidarité a un poids et est placée au cœur du régime français. Regardons par exemple, en matière d'assurance chômage, la création d'une *prime transitoire de solidarité* en 2015 pour les demandeurs d'emploi bénéficiaires de l'allocation de solidarité spécifique ou du revenu de solidarité active nés entre le 1er janvier 1954 et le 31 décembre 1955. Cette prime sera versée mensuellement, sous conditions, à ces demandeurs d'emploi ayant *atteint l'âge de 60 ans et qui ont validé le nombre de trimestres requis au titre du régime d'assurance vieillesse pour l'ouverture d'une pension de retraite à taux plein à l'extinction de leur droit à l'allocation d'assurance chômage*. Pour bénéficier de cette prime, les demandeurs doivent bénéficier de l'allocation de solidarité spécifique ou du revenu de solidarité active et avoir été indemnisables au titre de l'allocation d'aide au retour à l'emploi, de l'allocation spécifique de reclassement, de l'allocation de transition professionnelle ou de l'allocation de sécurisation professionnelle au moins un jour entre le 1er janvier 2011 et le 31 décembre 2014. Cf. Décret n° 2015-860 du 15 juillet 2015 - JORF du 16 juillet 2015.

⁴³ «En ce qui concerne l'assurance vieillesse, où jouait néanmoins déjà une logique d'articulation des contributions avec les pensions, et bien que l'ensemble ait été inscrit dans un cadre solidariste, on note au long des réformes des années 2000 une individualisation des systèmes dans lesquels on recherche de plus en plus l'établissement d'un lien entre d'un côté, la carrière professionnelle de chaque assuré et, de l'autre, l'âge de départ et le montant de sa pension.

Au final, qu'elle l'impacte directement en sa qualité de service public ou qu'elle intervienne comme une conséquence de la mise en œuvre des droits sociaux consacrés par le juge constitutionnel, l'égalité dans le champ de la sécurité sociale est au cœur des défis qu'elle affronte depuis une vingtaine d'années: quelles formes pour la ou les solidarités, quel équilibre entre solidarité et responsabilité individuelle, quels modes d'organisation entre le service public et les logiques marchandes?». LAFORE, Robert, «L'égalité en matière de sécurité sociale», *RDSS*, 2013, p. 379.

⁴⁴ «[...] À défaut d'être remplies, l'assuré ne peut obtenir le bénéfice des prestations. S'il en est ainsi, c'est parce que le droit à prestations est, à titre principal, *un droit contributif*: en échange du versement de cotisations, l'assuré social acquiert un droit à prestations qui se réalisera lors de la survenance du risque.

Il est aussi *un droit statutaire*. Les règles du droit de la sécurité sociale qui le mettent en œuvre s'imposent aux bénéficiaires comme aux organismes gestionnaires et aux cotisants. Les conditions d'octroi des prestations étant remplies, l'organisme de sécurité sociale est tenu de verser les prestations correspondantes sans pouvoir d'appréciation (sauf exception). Autrement dit, les assurés se trouvent dans une situation légale et réglementaire à l'égard de la caisse de sécurité sociale, leurs droits et leurs obligations respectives étant déterminés selon les lois et les règlements applicables lors de la demande de prestations. Il en résulte que cette dernière, qui incombe à l'assuré, ne peut se faire que pour les risques dont la loi a organisé la prise en charge et aux conditions qu'elle a fixées. Ainsi, le droit aux prestations est un droit légalement institué. Encore faut-il qu'une loi ait agi en ce sens», CHAUCHARD, Jean-Pierre, «La sécurité sociale et les droits de l'Homme (à propos du droit à la sécurité sociale)», *Dr. soc.*, 1997, p. 48.

réaliser des changements dans la législation sans que la notion de *bien* puisse venir être donnée à la prestation de retraite⁴⁵.

Enfin, Jean Jaurès, en 1895, dans le contexte de la loi sur les retraites ouvrières et paysannes, a prononcé «qu'il n'y avait plus là une organisation de charité, mais comme la reconnaissance du droit»⁴⁶. La retraite passerait donc à être un droit par excellence, subjectivement exigible et saisissable, qui pourrait différencier les propriétaires des non-propriétaires et permettrait ainsi à ces derniers d'accéder à une sorte de *propriété sociale*, conformément au raisonnement de Robert Castel, dont la «reformulation de la question sociale va consister non pas à abolir cette opposition propriétaire-non propriétaire, mais à la redéfinir, c'est-à-dire à juxtaposer à la propriété privée un autre type de propriété, la *propriété sociale*, de sorte que l'on puisse rester en dehors de la propriété privée sans être en manque de sécurité»⁴⁷.

⁴⁵ Plus récemment la Cour constitutionnelle a maintenu sa jurisprudence sur l'inexistence de violation au droit de propriété en matière de droits à pension, cette fois-ci en appréciant une Question prioritaire de constitutionnalité – QPC:

«[...] 2. Considérant que, selon la requérante, en habilitant le pouvoir réglementaire à organiser des régimes spéciaux de sécurité sociale, au nombre desquels celui des mines, le législateur a méconnu l'étendue de sa compétence; qu'en privant de garanties légales le droit à la protection sociale et le droit à la vie privée des personnes affiliées à ces régimes spéciaux ainsi que leur droit de propriété sur les prestations sociales, cette méconnaissance par le législateur de sa compétence affecterait les droits ou les libertés garantis par le onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 et les articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789; [...]

4. Considérant qu'aux termes de l'article 34 de la Constitution: 'La loi détermine les principes fondamentaux... du droit... De la sécurité sociale'; qu'en vertu du onzième alinéa du Préambule de 1946, la Nation 'garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs. Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental, de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence'; qu'aux termes de l'article 2 de la Déclaration de 1789: 'Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression' [...]

Toutefois, en l'espèce, la méconnaissance par le législateur de sa compétence ne prive pas de garanties légales les exigences découlant du onzième alinéa du Préambule de 1946. Elle n'affecte par elle-même aucun droit ou liberté que la Constitution garantit. Par suite, le grief tiré de la méconnaissance par le législateur de sa compétence doit être écarté ». Cons. const., 2012-254 QPC, 18 juin 2012, Journal officiel du 19 juin 2012, p. 10179.

⁴⁶ Cf. <http://www.jaures.eu/>.

⁴⁷ CASTEL, Robert, *Les métamorphoses de la question sociale: une chronique du salariat*, coll. Folio, éd. Gallimard, 1999, p. 483/84.

Voir encore du même auteur: «Seconde manière de qualifier cette transformation décisive: les membres de la société salariale ont eu *massivement accès à la propriété sociale* qui représente un homologue de la propriété privée, une *propriété pour la sécurité* désormais mise à la disposition de ceux qui étaient exclus des protections que procure la propriété privée. On pourrait caractériser la propriété sociale comme la production d'équivalents sociaux des protections qui étaient auparavant seulement donnés par la propriété privée. Soit l'exemple de la retraite. En termes de sécurité, le retraité pourra rivaliser avec le rentier assuré par son patrimoine. La retraite apporte ainsi une solution à l'une des manifestations

La thèse de la *propriété sociale* toutefois, pour les privatistes classiques, resterait plus dans une dimension sociologique que dans la sphère du droit. Nous trouvons par contre que face aux éventuelles offensives contre les droits de la retraite, la théorie de la propriété sociale pourrait être un fil conducteur pour un raisonnement alternatif à la notion classique de *bien*. Les retraites publiques françaises, de toute façon, en considérant son caractère légal, non contractuel, ne peuvent pas être synonymes d'un droit de propriété classique.

BIBLIOGRAPHIE

- J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, «La conception des libertés par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme», *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 32 (Dossier: Convention européenne des droits de l'homme), juillet 2011.
- BORGETTO, Michel, « La notion de service public constitutionnel face au droit de la protection sociale », in *Mél. Jean-François Lachaume. Le droit administratif: permanences et convergences*, Dalloz, 2007, p. 98.
- BORGETTO, Michel et LAFORE, Robert, *Droit de l'aide et de l'action sociale*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2009.
- BORGETTO, Michel, « Égalité et protection sociale », *RDSS*, 2013, p. 377.
- BRAIBANT, Guy, « L'environnement dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 15 (Dossier: Constitution et environnement), janvier 2004.
- CALMES, Sylvia, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2001.
- CASTEL, Robert, *Les métamorphoses de la question sociale: une chronique du salariat*, coll. Folio, éd. Gallimard, 1999.
- CASTEL, Robert, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?* Seuil, La république des idées, 2003.
- CHAUCHARD, Jean-Pierre, « La sécurité sociale et les droits de l'Homme (à propos du droit à la sécurité sociale) », *Dr. soc.*, 1997, p. 48.
- DUPEYROUX, Jean-Jacques, BORGETTO, Michel et LAFORE, Robert, *Droit de la sécurité sociale*, 18^{ème} éd., Dalloz, 2015.
- DUTHEILLET de LAMOTHE, Olivier, « Les normes constitutionnelles en matière sociale », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, octobre 2010.

les plus tragiques de l'insécurité sociale, la situation du vieux travailleur qui ne pouvait plus travailler et risquait la déchéance totale et le recours obligé à des formes infamantes d'assistance comme l'hospice. Mais la retraite n'est pas une mesure d'assistance, elle est *un droit construit à partir du travail*. Elle est la propriété du travailleur constitué non pas selon la logique du marché, mais à travers la socialisation du salaire: une part du salaire fait retour au bénéficiaire du travailleur (salaire indirect). C'est, pourrait-on dire, une propriété pour la sécurité, qui assure la sécurité du travailleur hors travail», CASTEL, Robert, *L'insécurité sociale. Qu'est-ce qu'être protégé?*, Seuil, La république des idées, 2003, p.31/32.

- GAY, Laurence, « L'égalité et la protection sociale dans les premières décisions QPC du Conseil constitutionnel: un bilan mitigé », *RDSS*, 2010, p. 1061.
- HACHEZ, Isabelle, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*. Bruylant, Athènes, Sakkoulas, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2008.
- HAUMONT, Francis, « Le droit constitutionnel belge à la protection d'un environnement sain État de la jurisprudence », *Revue juridique de l'environnement*, n° Extra 1, 2005. p. 41-52.
- KESSLER, Francis, *Droit de la protection sociale*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2014.
- KESSLER, Francis, « Égalité et protection sociale complémentaire », *RDSS*, 2013, p. 392.
- LAFORE, Robert, « L'égalité en matière de sécurité sociale », *RDSS*, 2013, p. 379.
- LAROQUE, Pierre, « Sécurité sociale et vie publique », *Dr. soc.*, 1960, p. 665.
- MATHIEU, Bertrand et VERPEAUX, Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, LGDJ, 2002.
- MICHELET, Karine, « La conception européenne du droit à des prestations sociales et la jurisprudence administrative », *Dr. soc.*, 2002, p. 760.
- MOLLION, Grégory, « Les garanties légales des exigences constitutionnelles », *RFD const.*, n° 62, 2005, p. 262.
- de MONTGOLFIER, Jean-François, « Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées », *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 31 (Dossier: le droit des biens et des obligations)*, mars 2011.
- PRÉTOT, Xavier, « Les bases constitutionnelles du droit social », *Dr. soc.*, 1991, p. 187.
- PRÉTOT, Xavier, « La protection sociale est-elle soluble dans le droit de propriété? », in ALFANDARI, Elie (Mél.), *Drôle(s) de droit(s)*, Dalloz, 2000, p. 163.
- PRÉTOT, Xavier, « L'alinéa 11 du Préambule », in COGNAC, Gérard, PRÉTOT, Xavier, TEBOUL, Gérard (dir.), *Le préambule de la constitution du 27 octobre 1946*, Dalloz, 2001, p. 261.
- ROUSSEAU, Dominique, *Droit du contentieux constitutionnel*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2008.
- VALEMBOIS, Anne-Laure, « La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français », *Cahiers du Conseil constitutionnel n° 17*, mars 2005.

LOS ESTUDIOS DE DERECHO EN ALEMANIA: UN EJEMPLO DE FORMACIÓN JURÍDICA AL MARGEN DEL SISTEMA DE BOLONIA*

Marta García Mosquera

mmosquera@uvigo.es
Profesora Contratada Doctora de Derecho Penal
Universidad de Vigo

Recibido: 26/11/2018 – Aceptado: 04/12/2018

Resumen

Una de las principales características del denominado «proceso de Bolonia» consiste en ordenar los estudios universitarios a partir de dos fases principales: Grado y Máster. En Alemania, sin embargo, los estudios de Derecho no se han sometido a este proceso, sino que han optado por mantener esencialmente su estructura tradicional. El trabajo pretende dar a conocer los rasgos fundamentales de la formación jurídica en Alemania y reflexionar sobre las consecuencias básicas que de ahí se derivan para las principales profesiones jurídicas: judicatura, fiscalía y abogacía.

■ Palabras clave:

Proceso de Bolonia;
Estudios universitarios de
Derecho; Profesiones
jurídicas; Formación jurídica
en Alemania

■ Keywords:

Bologna process; University
law studies; Legal
professions; Legal
education in Germany

One of the main characteristics of the so-called «Bologna process» consists of implementing the two-tier structure in university studies: Bachelor and Master. Nevertheless German did not join the Bologna Process in law studies, but have chosen to essentially keep their previous traditional structure. The paper aims to raise awareness of the fundamental features of legal education in Germany and to reflect on the basic consequences that derive from this for the main legal professions: the judiciary, the prosecutor's office and the attorney.

Abstract

I. Introducción – II. Marco normativo y estructura general de los estudios en Alemania – III. Reflexiones valorativas – IV Bibliografía

* El presente trabajo se corresponde con la comunicación presentada en las *Jornadas Internacionales sobre el Espacio Europeo de educación superior y los estudios de Derecho*, celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz, los días 22 y 23 de noviembre de 2018.

I. INTRODUCCIÓN

Una buena parte de quienes en España nos hemos formado como profesores de Derecho penal (aunque también ocurre, en parte, en otras especialidades) hemos tenido en nuestra etapa formativa una estrecha vinculación con Alemania que, en muchos casos, suele mantenerse después mediante estancias de investigación y otras colaboraciones o contactos académicos. Hasta hoy la formación académica y universitaria de muchos penalistas españoles es de raigambre marcadamente germánica y eso ha permitido que, a través de las usuales estancias de investigación en aquel país, hayamos tenido contacto con sus estudios de Derecho y, en tal medida, hayamos podido percibir sus características básicas y sus peculiaridades. A menudo estas particularidades se dejan sentir asimismo en el perfil que proyecta el alumnado de aquellas facultades jurídicas, que exhibe en sus hábitos un amplio manejo de técnicas y métodos de estudio también divergentes de los usuales en nuestras facultades españolas.

La singularidad de la formación jurídica en Alemania en comparación con España ya se dejaba sentir ciertamente mucho antes de que se plantease siquiera el proceso de Bolonia. Y parece oportuno recordar este aspecto a quienes aún se mantienen con vehemencia como detractores del sistema actual, asentados en la añoranza de que aquel tiempo pasado fue mejor. Las diferencias –en mi opinión, con clara ventaja para el sistema germano– existían ya entonces. Lo que, sin embargo, sí parece haber ocurrido es que, mientras Alemania ha mantenido hasta hoy sin muchos cambios la estructura de estudios que tenía con anterioridad al denominado proceso de Bolonia, las profundas modificaciones que en virtud de aquella transformación se han dado en España en los estudios de Derecho han venido probablemente a incrementar exponencialmente la brecha ya existente entre los niveles de formación de las personas tituladas en uno y otro país.

En todo caso, lo que ahora interesa señalar es que el denominado «plan Bolonia» nunca tuvo carácter imperativo, y por tal motivo no se produjo una implantación totalmente homogénea a nivel internacional. Frente a lo que pudiera pensarse, el denominado sistema de Bolonia referido a los estudios universitarios nunca fue de obligada implantación en Europa. Y ello por la sencilla razón de que Europa no tiene competencias en materia de educación. Se trató, por tanto, de un mero acuerdo no vinculante entre los Ministros de Educación de los países europeos, a raíz de la conocida «Declaración de Bolonia» de 1999, a la que el proceso debe su nombre por haberse adoptado el acuerdo en la mencionada ciudad italiana.

Resultado de aquel carácter no obligatorio, los estudios de Derecho (así como los de Medicina) en Alemania quedaron al margen en su momento de esa adaptación al sistema de Bolonia, manteniendo la estructura que tenían hasta entonces.

En el apartado siguiente nos proponemos aproximarnos a esas líneas generales que configuran los estudios de Derecho en la República Federal, como paso previo a algunas consideraciones valorativas sobre determinadas proyecciones de calado en que se manifiesta el diverso enfoque de la formación jurídica en uno y otro país.

II. MARCO NORMATIVO Y ESTRUCTURA GENERAL DE LOS ESTUDIOS EN ALEMANIA

A nivel Federal, el marco normativo general de los estudios de Derecho en la República alemana aparece recogido en la sección segunda de la Ley alemana de la Judicatura (*Deutsches Richtergesetz*¹) que, bajo la rúbrica de «*Habilitación para la judicatura*» y a lo largo de siete párrafos, regula los requisitos básicos de las etapas formativas y de las pruebas requeridas para alcanzar la capacitación para desempeñarse como juez. En todo lo demás, no expresamente ahí regulado, la competencia es del correspondiente Estado Federado (*Land*).

El § 5 (1) de la DRiG prevé que «*Adquiere la habilitación para la judicatura quien concluye los estudios de Derecho en una Universidad con el primer examen estatal, y concluye a continuación un servicio preparatorio con el segundo examen estatal (...)*».

Esta capacitación se exige no solo para acceder a la judicatura, sino también para acceder a la fiscalía, a las profesiones de notario y abogado, así como a determinados niveles de la administración².

De modo que, sintéticamente, la estructura se divide en dos fases: la primera de ellas corresponde a la Universidad y finaliza con el primer examen estatal; la segunda corresponde a la Administración de Justicia del respectivo Estado Federado, y concluye con el segundo examen estatal.

Por lo que se refiere a la primera fase, en las universidades los estudiantes han de cursar estudios a lo largo de cuatro años³, divididos en ocho semestres. El contenido de los estudios se compone de materias obligatorias y áreas de especialización con optatividad, además de la necesidad de demostrar una competencia en lengua extranjera.

Las materias obligatorias son las áreas fundamentales del Derecho civil, del Derecho penal, del Derecho público y del Derecho procesal, incluyendo las relaciones con el Derecho europeo, los métodos de la ciencia jurídica y los fundamentos filosóficos, históricos y sociales. Las áreas de especialización se orientan a complementar los estudios, profundizar en las materias obligatorias a las que se refieren, así como a proporcionar las relaciones interdisciplinares e internacionales del Derecho⁴.

¹ *Deutsches Richtergesetz* (en adelante, DRiG), en la versión de la promulgación de 19 de abril de 1972 (BGBl. I S. 713), modificada por última vez a través del art. 9 de la Ley de 8 de junio de 2017 (BGBl. I S. 1570).

² LLABRÉS FUSTER, Antoni, «Els estudis de Dret a Alemanya», en: García Añón, José, *Los estudios de Derecho en Europa: Alemania, Francia, Italia, Reino Unido e Irlanda*, Universitat de Valencia, 2008, p. 34.

³ Así se establece en el § 5a (1) DRiG, donde se prevé sin embargo que este tiempo puede reducirse, aunque como mínimo han de cursarse dos años de estudio en una Universidad.

⁴ § 5a (2) DRiG.

La estructura general suele ser relativamente sencilla. Las denominadas materias obligatorias, concentradas principalmente en los dos primeros años, se constituyen en grandes módulos, cada uno de los cuales abarca dos semestres⁵. El papel central lo ocupan las materias dogmáticas en los órdenes del Derecho civil, del Derecho penal y del Derecho público. La presencia de las materias referidas a los fundamentos del Derecho es relativamente escasa en comparación con aquellas referidas al Derecho positivo.

En la tradición alemana la universidad enseña la teoría. La formación práctica de los juristas no le corresponde a la universidad⁶ aun cuando, dentro de los cuatro años, los estudiantes deban realizar un mínimo de tres meses de prácticas como requisito de esta fase formativa (prácticas que desarrollan en período no lectivo)⁷.

El tercer año de estudios suele ocuparse con las áreas de especialización (*Schwerpunktbereiche*) optativas, a través de las cuales se pretende consolidar y complementar el estudio de las materias obligatorias, así como proporcionar una formación algo más específica en determinadas áreas (Derecho europeo, Derecho internacional, Derecho penal, Derecho económico, y otras muchas áreas, en función de cada universidad). El resultado alcanzado por el estudiante en esta concreta parte de los estudios tiene un peso de un 30% en el primer examen estatal⁸, a través de exámenes que corresponden a la respectiva universidad⁹.

El cuarto año se dedica a menudo a la profundización y repetición de contenidos de las materias obligatorias, así como a la preparación y entrenamiento en relación con el examen estatal obligatorio.

Algo particularmente característico de la formación teórica en la ciencia jurídica en Alemania es que descansa decididamente en la enseñanza de la dogmática. Desde el principio de los estudios el aprendizaje de la dogmática se realiza a través de la solución de casos, mediante el conocido como «método del dictamen» (*Gutachtenstil*). De ahí que la dogmática alemana, lejos de puro dogmatismo o teoría, se oriente a capacitar al estudiante para trabajar de manera metódica y crítica con las normas en el caso concreto¹⁰. Esa es la tarea del jurista: solucionar casos reales con el método dogmático de la ciencia jurídica.

⁵ Como ejemplo, puede consultarse el desarrollo de los estudios de Derecho en la Universidad Humboldt de Berlín en el siguiente enlace: <https://www.rewi.hu-berlin.de/de/sp/2015/allg> (consultado el 07/11/2018).

⁶ BALDUS, Christian, «Perspectivas de la ciencia jurídica en Alemania. A propósito del informe del *Wissenschaftsrat*», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, I (2013), pp. 9 s.

⁷ § 5a (3) DriG.

⁸ § 5d (2) DriG.

⁹ La denominada *Schwerpunktbereichsprüfung*.

¹⁰ BALDUS, Christian, «Perspectivas de la ciencia jurídica en Alemania. A propósito del informe del *Wissenschaftsrat*», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, I (2013), p. 23.

Esto conduce a una retroalimentación constante entre docencia e investigación en Alemania, y a un permanente y continuo diálogo entre la dogmática académica y las decisiones judiciales¹¹.

Tras los cuatro años de estudio se accede al primer examen estatal¹², que consta de entre seis y siete pruebas escritas (los denominados *Klausuren*), en días consecutivos, con una duración cada una de ellas de cinco horas de desarrollo, a lo que se suma una prueba oral (y en ocasiones, además una exposición oral a modo de disertación)¹³. El resultado de estas pruebas tiene un peso del 70% en la nota global del primer examen estatal¹⁴. En principio, solo existen dos oportunidades de presentarse al examen¹⁵, y el porcentaje de aprobados raras veces supera el 80%. A nivel global en toda Alemania, el porcentaje medio de aprobados en los tres últimos años de los que existen datos disponibles no ha superado el 70,9%¹⁶.

Después de superar el primer examen estatal, se obtiene el título de «*Diplom Jurist*» (que podría traducirse como «Jurista Diplomado» o «Jurista Graduado»), con el que concluye la etapa de estudios universitarios¹⁷. Con este título, si bien se puede iniciar el doctorado, no se obtiene aún la titulación que habilita para el ejercicio de las

¹¹ Así lo reconocía ya en 2012 el Consejo de las Ciencias alemán (*Wissenschaftsrat*), en su informe sobre «Perspectivas de la Ciencia jurídica en Alemania. Situación, análisis, recomendaciones» (*Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen*, p. 27. Accesible en: <https://www.wissenschaftsrat.de/download/archiv/2558-12.pdf>; fecha de consulta: 10/11/2018): «Es característico de la ciencia jurídica alemana que la ciencia universitaria y la práctica del Derecho, especialmente la jurisdicción, están estrechamente vinculadas entre sí».

¹² Téngase en cuenta que el calificativo de «estatal» ha de entenderse aquí referido al correspondiente Estado Federado, pues es a este (y no al Estado central) a quien corresponde organizar la prueba de acceso.

¹³ El número total de pruebas escritas, así como el porcentaje que respectivamente se atribuye a estas y a la prueba oral (y, en su caso, a la exposición adicional) dependen de cada Estado Federado. Se puede encontrar información actualizada al respecto en las estadísticas anuales sobre formación jurídica que publica el Ministerio Federal de Justicia y Protección del Consumidor (accesibles en: https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Juristen/Ausbildung_node.html; fecha de consulta: 7/11/2018).

¹⁴ Tal y como se apuntó *supra*, el 30% restante se atribuye a los resultados alcanzados en la respectiva universidad en relación con las áreas de especialización (*Schwerpunktbereiche*).

¹⁵ Según lo que dispone el § 5d (5) DRiG.

¹⁶ En el año 2014 ha alcanzado el 70,9%; en 2015, el 69,4%, y en 2016 nuevamente el 70,9%, según los datos disponibles en las estadísticas del Ministerio Federal de Justicia y Protección del Consumidor (https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Juristen/Ausbildung_node.html; fecha de consulta: 9/11/2018).

¹⁷ Conviene indicar que, si bien es posible alcanzar esta titulación en un total de nueve semestres (es decir, cuatro años y medio), lo normal es que se precise más tiempo para superar el primer examen estatal. En el año 2016, la duración media de los estudios de quienes finalizaron con éxito el primer examen estatal en toda la República Federal de Alemania fue de 11,3 semestres, según los datos estadísticos del Ministerio Federal de Justicia y Protección del Consumidor (https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Juristen/Ausbildung_node.html; fecha de consulta: 9/11/2018).

profesiones jurídicas, pues para ello aún han de superar un período bianual de prácticas, seguido del segundo examen estatal.

La fase formativa de prácticas está a cargo de los organismos de justicia¹⁸ y recibe el nombre de *Vorbereitungsdienst*, que podría traducirse por «servicio preparatorio». El § 5b DRiG le atribuye la duración de dos años, y establece como destinos mínimos obligatorios de la formación los cuatro siguientes: un tribunal civil ordinario, una fiscalía o tribunal penal, un órgano administrativo y un abogado. La estancia en cada uno de los destinos de prácticas tiene una duración mínima de tres meses, salvo las prácticas con un abogado, que tienen una duración mínima de nueve meses. El período de prácticas concluye con la superación del segundo examen estatal (*zweite Staatsprüfung*), que consta de una parte escrita relacionada con la formación en los destinos obligatorios de prácticas, y una parte oral referida al total de la formación.

También en este segundo examen el porcentaje de aprobados, aun siendo elevado, se aleja del 100%¹⁹. Y solo tras la superación de este segundo examen estatal se obtiene el título de «*Volljurist*» (que se traduciría por «jurista pleno» o «completo»), título que habilita para el ejercicio de la judicatura, la fiscalía, la abogacía y el notariado.

III. REFLEXIONES VALORATIVAS

Todo este sistema, esbozado a grandes rasgos en el apartado anterior, contribuye a que los juristas alemanes gocen de un reconocido prestigio social.

El objetivo de la formación jurídica en Alemania, que se extiende más allá de la Universidad, es formar un «jurista-generalista» (*Einheitsjurist*), capaz de ejercer la profesión, típicamente como juez, en los distintos órdenes jurisdiccionales (civil, penal o administrativo). No se aspira a formar especialistas en distintos ámbitos del Derecho, sino a dar una formación integral en las disciplinas jurídicas²⁰.

Recapitulando las ideas principales hasta ahora expuestas, podríamos sintetizar como puntos fuertes de la formación jurídica alemana los tres siguientes: (1) una sólida y asentada formación dogmática como base de la capacitación de los juristas; (2) una estrecha vinculación entre la teoría y la práctica del Derecho, y (3) una fluida y enriquecedora relación entre la investigación y la docencia, en permanente interacción.

¹⁸ Como señala BALDUS, Christian, «Perspectivas de la ciencia jurídica en Alemania. A propósito del informe del *Wissenschaftsrat*», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, I (2013), p. 9, este sistema es de competencia exclusiva del ministerio de justicia del Estado Federal respectivo, sin que tenga injerencia alguna el ministerio de educación.

¹⁹ En concreto, el porcentaje medio de aprobados a nivel global en toda Alemania en los tres últimos años de los que existen datos disponibles ha sido: el 85,7% en 2014; el 86,2% en 2015 y el 85,8% en 2016 (https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/Justizstatistik/Juristen/Ausbildung_node.html; fecha de consulta: 9/11/2018).

²⁰ RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno, «La adaptación a Bolonia de los estudios jurídicos: autocomplacencia inglesa, resistencia alemana», *Revista Jurídica de investigación e Innovación educativa*, núm. 3, 2011, p. 61.

En mi opinión, todo lo anterior genera algunas proyecciones de largo alcance y profundo calado en la sociedad en general, y en el sistema de justicia en particular, que se dejan sentir (con enormes diferencias) entre Alemania y España. Tres reflexiones finales son las que quiero plantear como propuesta de debate en este contexto.

La **primera** descansa en la consideración de la formación jurídica en Alemania como una formación exigente y selectiva. La responsabilidad que asumen en una sociedad quienes desempeñan las principales profesiones jurídicas requiere establecer unos estándares de exigencia que garanticen una preparación acorde con la esencial función que se les atribuye en un Estado de Derecho.

Como señala RODRÍGUEZ ROSADO, en Alemania el Estado entiende que le corresponde velar por la existencia de un alto nivel de formación en las profesiones jurídicas, dado que todas ellas colaboran en la tarea, asumida por él, de impartir justicia, y por eso impone unos controles a través de los exámenes de estado y la fase de prácticas²¹.

En el caso de España, la adaptación de los estudios de Derecho al plan Bolonia ha venido acompañado del establecimiento de unos denominados objetivos de calidad de las titulaciones de Grado que, entre otros aspectos, reclaman elevadas tasas de eficiencia, éxito y rendimiento de todos aquellos que acceden a los estudios. Por decirlo más claramente: los índices de calidad de la formación que se otorga en nuestras facultades de Derecho se mide precisamente por el éxito alcanzado en la superación de los estudios, lo cual genera, en mi opinión, importantes disfunciones a la hora de establecer los objetivos y metodologías de la enseñanza. En definitiva, hoy en día en España no parece sostenible afirmar que los estudios de Grado en Derecho constituyan una opción ni selectiva ni particularmente exigente.

Por lo demás, la división de los estudios en Grado y Máster tampoco ha contribuido en modo alguno en el ámbito de la formación jurídica a que el título de Máster se configure como ulterior etapa formativa de consolidación especialmente dificultosa o compleja.

La **segunda** de mis reflexiones descansa en la deseable formación unitaria para jueces, fiscales y abogados, que se da en Alemania y que, según creo, contribuye muy decisivamente a generar las bases de reconocimiento y respeto interprofesional, necesarias para un adecuado equilibrio posterior de las partes en los procesos judiciales.

En España, desde la implantación del sistema de Bolonia, lo que ha ocurrido es que solo se requiere el título de Máster para acceder a la profesión de abogado; mientras que para acceder a la judicatura y a la fiscalía es suficiente el título de Grado como nivel de estudios, seguido –eso sí– de la superación de las conocidas oposiciones.

²¹ RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno, «La adaptación a Bolonia de los estudios jurídicos: autocomplacencia inglesa, resistencia alemana», *Revista Jurídica de investigación e Innovación educativa*, núm. 3, 2011, p. 61.

De este modo, una vez finalizado el Grado en Derecho, se bifurcan dos caminos para las profesiones jurídicas fundamentales: uno de ellos, para quienes aspiran a ejercer la abogacía; y un segundo, por el que transitarán de manera conjunta los aspirantes a la judicatura y a la fiscalía.

En efecto, como es sabido, el acceso a la carrera judicial se produce mediante la superación de una oposición que, desde hace años, se realiza conjuntamente con la de ingreso en la carrera fiscal²². Este proceso selectivo sí comporta una elevada dificultad –más allá de lo discutible y discutido de su propia configuración–, lo que determina que existan un alto porcentaje de personas candidatas que alcanzan el aprobado en la cuarta, en la quinta o en superiores convocatorias²³.

En mi opinión, este hecho de que el acceso a la judicatura y a la fiscalía sea unitario, pero muy alejado y distinto del acceso a la abogacía, contribuye de manera indeseable a que posteriormente, en el funcionamiento mismo de la Administración de Justicia, se consoliden esas cercanías entre juez y fiscal, y se asienten también las distancias de estos con aquellos otros que se encargan de la defensa letrada. Distancias y cercanías que, observadas desde el plano más concreto de la práctica diaria en un orden especialmente sensible, como puede ser el orden penal, hacen temer una relajación (sutil, pero cierta) de los escrupulosos principios de contradicción e imparcialidad judicial en el proceso²⁴.

En definitiva, considero que una formación unitaria para (al menos) jueces, fiscales y abogados, contribuiría a una mejora de la calidad de la justicia que se administra al ciudadano, y también a un reforzamiento del maltrecho y debilitado Estado de Derecho en nuestro país.

²² El sistema de acceso se regula en los arts. 301 ss. de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

²³ Cfr. estadísticas al respecto en la página web oficial del Consejo General del Poder Judicial (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Servicios/Acceso-a-la-categoria-de-Juez-a/Informacion-general/>, consultado por última vez el 12/11/2018).

²⁴ Es práctica habitual en las salas de vista en el orden penal que, finalizada la vista, salgan de la sala todos los intervinientes, salvo el Juez o la Juez, y el Fiscal o la Fiscal, quienes permanecen en el interior, a la espera de la siguiente vista en la que ambos vuelven a intervenir. Las conversaciones espontáneas que en ese tiempo intermedio (entre una actuación y otra) pueden surgir en ese lugar entre jueces y fiscales contribuye indudablemente a contaminar la imparcialidad judicial. Y existen ejemplos recientes en España que confirman que esto no es fantasía ni alucinación, sino que de facto ocurre. En octubre de 2018, la Cadena Ser acaba de revelar un vídeo grabado tras una vista en la sala del Juzgado de Violencia sobre la Mujer número 7 de Madrid, en el que se recoge la «distendida charla» mantenida entre el Juez del caso, la representante del Ministerio Fiscal y la Letrada de la Administración de Justicia. En ella se incluyen insultos, escarnios, prejuicios y valoraciones ofensivas e injustificadas por parte del Juez encargado del caso, sobre la mujer que, en ese proceso, estaba constituida en parte como víctima (cfr. http://cadenaser.com/ser/2018/10/03/sociedad/1538581619_584708.html, fecha de la última consulta: 12/11/2018).

Por último, y como *tercera* reflexión, quisiera referirme al hecho de que la propia formación jurídica en Alemania favorece de forma considerable un diálogo permanente (o, cuando menos, más fluido) entre doctrina y jurisprudencia. Esto se refleja en un doble sentido: por un lado, la doctrina se nutre en muchas ocasiones de las resoluciones jurisprudenciales más importantes de los tribunales, sometiéndolas a análisis, discusión y debate, con una actualización permanente. Por otro lado, la jurisprudencia suele incorporar profusamente en sus resoluciones las elaboraciones alcanzadas por la doctrina, en relación con el tema objeto de decisión.

En gran medida estas son también tareas pendientes en España, cuya consecución dependerá sensiblemente de la capacidad de ambas partes para incorporar una cultura de la dialéctica en las relaciones mutuas entre la academia y los prácticos del Derecho²⁵. Incrementar la autocrítica, despojados de estrechos resabios corporativistas, es, a mi modo de ver, un reto tan urgente como necesario para unos y para otros.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BALDUS, Christian, «Perspectivas de la ciencia jurídica en Alemania. A propósito del informe del Wissenschaftsrat», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 66, I (2013).

LLABRÉS FUSTER, Antoni, «Els estudis de Dret a Alemanya», en: García Añón, José, *Los estudios de Derecho en Europa: Alemania, Francia, Italia, Reino Unido e Irlanda*, Universitat de Valencia, 2008.

RODRÍGUEZ ROSADO, Bruno, «La adaptación a Bolonia de los estudios jurídicos: autocomplacencia inglesa, resistencia alemana», *Revista Jurídica de investigación e Innovación educativa*, núm. 3, 2011.

²⁵ Evidentemente, otros factores que ahora no puedo desarrollar aquí, también tendrían que ser revisados para alcanzar esa realidad. Entre otros, probablemente, el sistema de valoración y medición de la producción científica en el ámbito de la investigación jurídica en España (que, en gran medida, determina su tipología y características). Y también, sin duda, la planta judicial y el número de jueces por habitante, muy inferior en España que la media de los países de Europa (particularmente, Alemania).

B) COMENTARIOS DE SENTENCIAS

HACIA LA “PARLAMENTARIZACIÓN” DE LOS PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO: VISIÓN CRÍTICA DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 34/2018, DE 12 DE ABRIL

M^a Nieves Alonso García

marianieves.alonso@es

Profesora Doctora de Derecho Constitucional. Coordinadora del Grado en Derecho. Universidad Isabel I

Resumen: En esta contribución se analiza la reciente STC 34/2018, de 12 de abril, en la que por primera vez el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre el alcance de la potestad del Ejecutivo de otorgar su disconformidad a las iniciativas legislativas parlamentarias que supongan un aumento de los créditos o, disminución de los ingresos presupuestarios en virtud el artículo 134.6 de la Constitución Española (CE) y de su desarrollo reglamentario en el artículo 126.2 del Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD).

Palabras clave: *Presupuestos; Veto; Gobierno; Parlamento*

Abstract:

This contribution study the recent STC 34/2018, of 12 April, in which for the first time the Constitutional Court pronounces on the scope of the power of the Government to grant its dissatisfaction to the parliamentary legislative initiatives that suppose an increase of the credits or, decrease of budgetary budgets in the article 134.6 of the Spanish Constitution (CE) and of its regulatory development in the article 126.2 of the Regulation of the Congress of the Deputies (RCD).

Keywords: *Budgets; Veto; Government; Parliament*

I. Fundamentación constitucional del “veto presupuestario” – II. Los límites del Gobierno en la aplicación del artículo 134.6 CE a la luz de la STC 34/2018, de 12 de abril: 1. Antecedentes: SSTC 223/2006, de 6 de julio y 242/2006, de 24 de julio; 2. El artículo 134. 6 CE a examen: STC 34/2018, de 12 de abril – III. A modo de reflexión final – IV. Referencias bibliográficas

I. Fundamentación constitucional del “veto presupuestario”

La relación de confianza entre el Congreso y el Gobierno, característica de las formas parlamentarias de gobierno otorga potestades en exclusiva al Ejecutivo en el procedimiento legislativo. En base a esa relación de confianza instaurada entre el ejecutivo y el legislativo, se reconoce constitucionalmente en el artículo 134.6 la potestad del Gobierno de expresar su disconformidad a las iniciativas legislativas que puedan suponer aumento de los gastos o disminución de los ingresos presupuestarios del ejercicio¹. El Tribunal Constitucional avala esta relación de confianza entre ambos poderes, sosteniendo que la ejecución de un presupuesto en curso supone la verificación de dos confianzas: de un lado la obtenida por el Gobierno con la investidura de su Presidente; de otro la concedida específicamente por la Cámara a su programa anual de política económica. Así como la primera sólo se pierde en los casos expresamente establecidos, la segunda se conserva a lo largo del período de vigencia natural, o prorrogada, del presupuesto, de suerte que el Gobierno puede pretender legítimamente que las previsiones económicas en él contenidas se observen rigurosamente en el curso de su ejecución. Puede pretender, en definitiva, que sólo sea relevante la oposición a su programa de gobierno traducida en una retirada formal de la confianza obtenida con la investidura y que, constante esa confianza, no se dificulte la ejecución del programa del Gobierno haciéndolo impracticable con la desnaturalización del programa económico sobre el que se asienta. Éste es el fundamento de la facultad que se le reconoce al Ejecutivo para oponerse a la tramitación de iniciativas legislativas que puedan desvirtuar el instrumento económico de su acción de gobierno².

Tal y como sostiene Aragón Reyes “este veto gubernamental configura una característica muy relevante del parlamentarismo racionalizado, mediante la cual se garantiza que, una vez aprobado el Presupuesto por la Cámara, la dirección y ejecución del mismo queda en manos del Gobierno, sin que el Parlamento pueda, sin la aquiescencia del Gobierno, modificarlo o desfigurarlo a lo largo de su vigencia anual”³.

II. Los límites del Gobierno en la aplicación del artículo 134.6 CE a la luz de la STC 34/2018, de 12 de abril

1. Antecedentes: SSTC 223/2006, de 6 de julio y 242/2006, de 24 de julio

Sobre esta Facultad del Gobierno, por primera vez desde la entrada en vigor de la Constitución, el Ejecutivo y la Cámara Baja se enfrentan ante el Tribunal Constitucional sobre que el ejercicio de la potestad que le atribuye en exclusiva y

¹ Para un análisis más amplio a este respecto, *Vid.* MARTÍNEZ LAGO, M.A.: “Notas sobre el veto presupuestario en las relaciones Gobierno-Parlamento”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 21, 2011, págs. 52-63.

² STC 223/2006, de 6 de julio, *BOE* núm. 185, de 04 de agosto de 2006, ECLI:ES:TC:2006:223, FJ 5º.

³ ARAGÓN REES, M.: “La organización institucional de las Comunidades Autónomas”, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 79, 2007, pág. 24.

expresamente el artículo 134.6 CE al primero para mostrar su disconformidad a la tramitación de una proposición presentada por el segundo.

En el marco de esta potestad, el Gobierno plantea un conflicto de atribuciones⁴ sobre la base de los artículos 134.6 CE y 126.2 RCD contra el acuerdo de la Mesa del Congreso por el que se rechaza la disconformidad del Gobierno a la tramitación por el Pleno de la proposición de ley orgánica presentada por el Grupo Parlamentario Socialista sobre la suspensión del calendario de implantación de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE)⁵. El Gobierno manifestó su disconformidad y pese a ello, la Mesa del Congreso acordó admitir a trámite la toma en consideración de la citada proposición de Ley.

El alcance de esta atribución constitucional al Ejecutivo será el objeto en el que se centrará el Tribunal Constitucional en la resolución de este conflicto entre órganos constitucionales del Estado⁶.

Tal y como manifiesta el Tribunal en la Sentencia 34/2018, de 12 de abril de 2018⁷ es la primera ocasión en la que este precepto es sometido a interpretación jurisprudencial, si bien, ya existen pronunciamientos previos referidos a disposiciones similares vinculados a la relación entre los gobiernos autonómicos y sus respectivas asambleas legislativas⁸.

En este sentido, las SSTC 223/2006, de 6 de julio, y 242/2006, de 24 de julio⁹ resuelven un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la reforma del

⁴ GARROTE DE MARCOS, M.: “Los conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales”, VILLANUEVA TURNES, A. (Coord.), *El Tribunal Constitucional español: una visión actualizada del supremo intérprete de la Constitución*, Tébar Flores, Madrid, 2018, págs. 209-224.

⁵ BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013.

⁶ El Tribunal Constitucional entrar a valorar la adecuación de este conflicto al objeto propio del conflicto entre órganos constitucionales del Estado. Conforme a la STC 42/1986, de 17 de abril se circunscribió este tipo de conflictos a aquellos casos en los cuales se hubiera producido un acto ilegítimo por vicio de incompetencia, y no por tanto a actuaciones de la propia competencia del órgano cuya decisión se impugna que puedan hipotéticamente lesionar el ejercicio de las competencias propias de otro órgano. Con posterioridad, se matizó el alcance posible de este tipo de procesos constitucionales en la STC 234/2000 en la que se consideró que cabría también en un supuesto en el que un acuerdo de la Mesa (en este caso, la del Senado) no presente un contenido invasor en los aludidos términos de la STC 45/1986, ya que dicho órgano parlamentario no habría ejercido por sí mismo a través del referido Acuerdo la atribución que reclama al Gobierno sino que más bien impugna una concreta actuación de la Mesa del Senado que lesiona la facultad que le confiere el artículo 90.3 CE (STC 34/2018, de 12 de abril, FJ 3º).

⁷ STC 34/2018, de 12 de abril de 2018, BOE núm. 124, de 22 de mayo de 2018, ECLI:ES:TC:2018:34.

⁸ Sobre este particular, *Vid.*: PÉREZ TREMPES, P. / GARCÍA MORILLO, J.: “Legislativo vs. Ejecutivo autonómicos: el problema del control del “veto presupuestario”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 2, 1998, págs. 9-44.

⁹ STC 242/2006, de 24 de julio, BOE núm. 197, de 18 de agosto de 2006, ECLI:ES:TC:2006:242.

Reglamento de la Asamblea de Extremadura¹⁰ y un recurso de amparo parlamentario contra un acuerdo de inadmisión de la Mesa del Parlamento Vasco¹¹, respectivamente, basados en preceptos de contenido similar a lo previsto en los artículos 134.6 CE y 126.2 RCD.

Estos dos pronunciamientos sucesivos en los que se reconoce esta facultad al Ejecutivo como consecuencia del parlamentarismo racionalizado, resultan contradictorios, en tanto en cuanto, mientras la STC 223/2006¹² defiende el carácter “políticamente libre” del Gobierno en el ejercicio de dicha facultad, en cambio la posterior STC 242/2006 considera que la Mesa del Parlamento, en ese caso el vasco, sí tenía margen de decisión y control frente al veto del Gobierno¹³.

El Tribunal Constitucional estima que si bien, la doctrina sentada en las citadas sentencias resulta de aplicación para resolver el conflicto, resulta por sí misma insuficiente para resolver el conflicto planteado.

2. El artículo 134. 6 CE a examen: STC 34/2018, de 12 de abril

En la STC 34/2018, de 12 de abril, el Tribunal Constitucional entra a resolver si la Mesa del Congreso ha producido el menoscabo de una competencia exclusiva al Gobierno, impidiendo ilegítimamente el ejercicio de la potestad que le atribuye expresamente el artículo 134.6 CE.

Con la doctrina sobre el reparto de competencias presupuestarias entre el Ejecutivo y el Legislativo como fundamento, estima que la Ley de Presupuestos Generales del Estado es una norma singular cuya elaboración corresponde de forma exclusiva al Ejecutivo y cuya aprobación es competencia exclusiva del Legislativo. La Sentencia hace hincapié en recordar que, una vez aprobados los presupuestos, el Gobierno “puede incidir de forma directa sobre el volumen del gasto público autorizado e ingresos estimados, bien de forma positiva, mediante la presentación de proyectos de

¹⁰ Este recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto por el Gobierno de la Junta de Extremadura y por ochenta y un senadores del Grupo Socialista, contra el Reglamento de la Asamblea de Extremadura, en la redacción dada por la reforma de 29 de mayo de 1997 en virtud de la cual se atribuía a la Mesa el papel de filtro previo ante discrepancias con las decisiones del Gobierno en la tramitación de procedimientos de ley que supusieran aumento o disminución del techo del gasto público previamente autorizado por el Parlamento, cuya decisión última recaía en manos del Pleno de la Cámara.

¹¹ Este recurso de amparo fue interpuesto por varios diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Parlamento Vasco, contra el acuerdo de la Mesa de inadmitir a trámite la Proposición de ley sobre modificación del artículo 133 del Decreto Legislativo 1/1994, de 27 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes sobre régimen presupuestario de la Comunidad Autónoma.

¹² MARRERO GARCÍA-ROJO, A.: “El control del ejercicio por el Gobierno de la facultad de veto presupuestario (Comentario a la STC 223/2006, con consideración de la STC 242/2006)”, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 80, 2007, págs. 309-359.

¹³ GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I.M.: “El control del Parlamento sobre el llamado “veto presupuestario” del Gobierno”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 42, 2017, pág. 94.

ley que introduzcan cambios –art. 134.5 CE– bien de forma negativa, mostrando su disconformidad con proposiciones de ley o enmiendas que alteren las cuentas públicas –art. 134.6 CE–” (FJ 6°).

La capacidad de veto del Gobierno prevista por el artículo 134.6 CE está sujeta a límites expuestos en el citado precepto: en primer lugar, solo puede afectar a aquellas medidas que “incidan directamente sobre el Presupuesto aprobado, esto es, sobre los gastos e ingresos del sector público estatal”; en segundo lugar, dicha incidencia sobre las cuentas públicas debe ser “real y efectiva” y, además, debe referirse al presupuesto en vigor, no a presupuestos futuros. La Mesa del Congreso, por su parte, puede “rechazar la falta de conformidad del Ejecutivo” cuando compruebe que el Gobierno no ha cumplido los requisitos que se le exigen. Por tanto, en el ejercicio de esta función de control deberá constatar que la iniciativa legislativa vetada por el Ejecutivo afecta de una forma real y efectiva a los presupuestos en vigor¹⁴.

El Tribunal Constitucional avala la decisión de la Mesa y rechaza que haya menoscabado la potestad de veto que le otorga al Ejecutivo. Considera, por un lado, que el Gobierno no constató de qué manera habrían resultado afectados los Presupuestos en vigor y advierte que se refirió “a una pérdida eventual de ingresos procedentes del Fondo Social Europeo”; es decir, planteó un escenario hipotético que dependía de las decisiones que las instituciones europeas pudieran adoptar en el futuro. Igualmente, los argumentos del Gobierno resultaron insuficientes para demostrar la “efectiva conexión” de la iniciativa legislativa con los ingresos y gastos públicos.

Conforme a la interpretación jurisprudencial, la potestad del art. 134.6 CE exige que esta conexión sea directa e inmediata, actual, por tanto, y no meramente hipotética. Debe, asimismo, referirse al Presupuesto en particular, sin que pueda aceptarse un veto del Ejecutivo a proposiciones que, *a posteriori*, pudieran afectar a los ingresos y gastos públicos, pues ello supondría una ampliación de la potestad de veto incompatible con el protagonismo que la Constitución Española otorga a las Cámaras en el procedimiento legislativo (FJ 9).

III. A modo de reflexión final

El artículo 134 CE y el artículo 126 del Reglamento del Congreso permiten al Gobierno oponerse a cualquier enmienda que se presente en el Congreso a todo proyecto o proposición de ley, siempre que se entienda que genera incremento de crédito o disminución de ingresos respecto del presupuesto en vigor.

En la medida en que el Presupuesto puede considerarse la plasmación económico-financiera de la acción política diseñada por el Gobierno, encuentra justificación que el constituyente le reconozca alguna potestad para obstaculizar la aprobación de medidas legislativas que supongan una modificación de sus previsiones de ingresos y gastos.

¹⁴ Vid. GARCÍA ESCUDERO, P.: “Sobre la calificación de las Enmiendas de contenido presupuestario”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 13, 2006, págs. 45-55.

La aplicación de esta prerrogativa ha sido poco frecuente en la práctica parlamentaria, fundamentalmente por la existencia de mayorías parlamentarias, pero comienza a adquirir protagonismo en los últimos años por la tendencia a la formación de Gobiernos en minoría.

En la STC 34/2018, de 12 de abril, el Tribunal Constitucional delimita el alcance del Ejecutivo en la aplicación de este precepto, clarificando el papel del Parlamento como elemento de control ante la discrecionalidad del Gobierno. De este modo, va a ser la institución parlamentaria la que valore si la disconformidad del Ejecutivo está razonada de forma objetiva y suficiente y decida, en consecuencia, sobre la admisibilidad del pretendido “veto presupuestario”.

El carácter del mismo puede desprenderse fundamentalmente a través dos elementos: una perspectiva material/sustancial vinculada a que la enmienda o la proposición de ley sobre la que se manifiesta disconformidad suponga un aumento real y efectivo de los créditos o disminución de los ingresos presupuestarios y un elemento formal que se refiere a la declaración de voluntad del Gobierno mostrando su disconformidad con la tramitación de la enmienda o de la proposición de ley, que deberá incluir una justificación y explícita de la adecuada conexión –directa, inmediata y actual– entre la medida que se propone y los ingresos y gastos presupuestarios.

Es preciso tener en consideración a este respecto, y así lo ha matizado el Tribunal Constitucional en su pronunciamiento, que cualquier propuesta de medida legislativa es susceptible de tener un impacto sobre el volumen de los ingresos y gastos públicos o, en todo caso, un impacto económico sobre alguna política pública. Esta prerrogativa del Ejecutivo ha de ceñirse a aquellas medidas cuya incidencia sobre el presupuesto del Estado sea real y efectiva. Lo contrario supondría una interpretación extensiva de los límites contenidos en el artículo 134 CE.

IV. Referencias bibliográficas

- ARAGÓN REYES, M.: “La organización institucional de las Comunidades Autónomas”, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 79, 2007, págs. 9-32.
- GARCÍA ESCUDERO, P.: “Sobre la calificación de las Enmiendas de contenido presupuestario”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 13, 2006, págs. 45-55.
- GARROTE DE MARCOS, M.: “Los conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales”, VILLANUEVA TURNES, A. (Coord.), *El Tribunal Constitucional español: una visión actualizada del supremo intérprete de la Constitución*, Tébar Flores, Madrid, 2018, págs. 209-224.
- GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I.: “El control del Parlamento sobre el llamado “veto presupuestario” del Gobierno”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 42, 2017, pág. 94.
- MARTÍNEZ LAGO, M.A.: “Notas sobre el veto presupuestario en las relaciones Gobierno-Parlamento”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 21, 2011, págs. 52-63.

MARRERO GARCÍA-ROJO, A.: "El control del ejercicio por el Gobierno de la facultad de veto presupuestario (Comentario a la STC 223/2006, con consideración de la STC 242/2006)", *Revista española de derecho constitucional*, núm. 80, 2007, págs. 309-359.

PÉREZ TREMPES, P. / GARCÍA MORILLO, J.: "Legislativo vs. Ejecutivo autonómicos: el problema del control del "veto presupuestario", *Parlamento y Constitución*. Anuario, núm. 2, 1998, págs. 9-44.

¿DESPIDO IMPROCEDENTE DE VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO O VULNERACIÓN DE SU DERECHO A LA INDEMNIDAD? (SOBRE LA STSJ CATALUÑA 9 FEBRERO 2017)*

Francisco Xabiere Gómez García

Investigador Contratado Predoctoral. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León

Resumen: La protección a la víctima de violencia de género en el ordenamiento español se despliega también sobre el ámbito laboral, incluyendo una serie de medidas que buscan garantizar su permanencia en el empleo como factor de autonomía personal. Una de las garantías principales es la declaración de nulidad del despido de las víctimas que hayan ejercido alguno de los específicos derechos laborales que el legislador les concede, al objeto de evitar las represalias empresariales ante las molestias que dicha situación les pudiera ocasionar. La STSJ Cataluña 9 febrero 2017 (rec. 6964/2016) sirve de ejemplo tanto del nivel de cobertura que actualmente se puede obtener como de sus limitaciones, por lo que se proponen ciertas mejoras para cumplir el mandato legal de evitar que cualquier circunstancia ligada a la situación de violencia de género pueda influir en la relación de trabajo.

Palabras clave: *Despido; Violencia de género; Protección; Carga de la prueba; Nulidad*

Abstract: The protection of the gender-based violence victim in the Spanish legal system also extends to the field of employment, including a series of measures that seek to guarantee their permanence in employment as a factor of personal autonomy. One of the main guarantees is the declaration of nullity of the dismissal of victims who have exercised one of the specific labour rights granted to them by the legislator, in order to avoid employer reprisals for the inconvenience that this situation could cause. The STSJ Cataluña 9 February 2017 (rec. 6964/2016) serves as an example both of the level of coverage that can currently be obtained and of its limitations, so certain improvements are proposed to comply with the legal mandate to prevent any circumstance linked to the situation of gender violence from influencing the work relationship.

Keywords: *Dismissal; Gender-based violence; Protection; Burden of proof; Nullity*

* Este artículo forma parte de la investigación “La relación laboral ante la violencia de género: protección y carencias de atención”, cofinanciada por el Fondo Social Europeo y la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León.

I. Introducción – II. El supuesto de hecho – III. Fundamentación jurídica y fallo – IV. Análisis crítico – V. Conclusiones – VI. Bibliografía

I. Introducción

Las bajas, el absentismo, las incapacidades y el descenso de la productividad que se dan entre las mujeres víctimas de violencia de género, hicieron necesaria la articulación de toda una serie de medidas legislativas específicas para intentar dar una protección efectiva a este colectivo, habida cuenta de que para muchas de ellas el empleo es el único medio de autonomía personal e, igualmente, de valoración social. A través del reconocimiento de estos derechos, se procura paliar que la situación de violencia de género que padecen pueda perjudicar negativamente el desempeño de su actividad laboral, siendo su finalidad última el mantenimiento de la relación de trabajo, salvaguardándola de las implicaciones del fenómeno violento.

Mediante el estudio de la STSJ Cataluña 9 febrero 2017 (rec. 6964/2016) se puede valorar, en un caso real, el nivel de protección legal ofrecido y, si se considera necesario, plantear algunos cambios que mejoren dicha protección.

II. El supuesto de hecho

El litigio se refiere a una trabajadora que desempeñaba sus funciones como teleoperadora en una aseguradora, quedando extinguida su relación laboral por «despido disciplinario en base a disminución continuada y voluntaria del rendimiento en el trabajo, habiendo sido advertida previamente por los responsables de su servicio, así como por el gerente». En la fecha de la comunicación del despido, 24-07-2015, la empresa le propone por escrito la extinción indemnizada con reconocimiento de la improcedencia del mismo en un futuro acto de conciliación administrativa. Además, se da la circunstancia que la mujer tenía solicitadas las vacaciones para el inminente mes de agosto.

En el Juzgado de lo Social de Terrassa se constata que la actora viene sufriendo violencia de género en el ámbito familiar, existiendo condena penal contra su ahora ex esposo, de fecha 16-03-2015, la cual impone una pena de 4 meses de prisión por un delito de coacciones, con prohibición de comunicación y acercamiento a distancia menor a mil metros, durante los 12 meses siguientes. A consecuencia de estos hechos la víctima recibe asistencia psicosocial, desde el 09-06-2015, en el Centro de Atención a la Mujer del Ayuntamiento de Sabadell.

La empresa alega que la carta de despido fue entregada por la responsable de recursos humanos de la empresa, desplazada a tal efecto desde Madrid, la cual desconocía la condición de víctima de violencia de género de la mujer. Sin embargo, resulta probado que, en fecha 02-07-2015, la trabajadora había remitido comunicación, vía email, a uno de los responsables de su servicio, indicando que disponía de una orden de

protección por agresión de su marido y que el juzgado le había entregado un teléfono directo con el policía asignado al caso, por lo que solicitaba un certificado de la empresa donde se informase de la dirección del centro de trabajo así como de los horarios de entrada y de salida, e igualmente, preguntaba la posibilidad de poder estacionar dentro de las instalaciones de la empresa y la documentación que, en su caso, sería necesario aportar.

El 07-07-2015, el responsable contesta con otro email remitiendo el certificado solicitado y comunicando que para el tema del parking se ponga en contacto con el Comité de Empresa, pues es quien realiza directamente la gestión del mismo. En realidad, el protocolo del aparcamiento establece que la solicitud se debe enviar a una dirección electrónica y esperar en lista de espera la posible asignación, lista que tramita un trabajador del citado Comité, pero cuyas decisiones finales las adopta la propia empresa.

El 28-07-2015 se intenta la conciliación administrativa con el resultado de «sin avenencia», tras ofrecer la empresa la reincorporación con el mismo salario y categoría, aunque sin precisar las condiciones del puesto ni la fecha de reincorporación. De resultas, la representación legal de la trabajadora presenta demanda sobre despido disciplinario, interesando la nulidad de la decisión extintiva. La sentencia de instancia, de 22-06-2016, estima parcialmente la demanda al no considerar acreditada la causa del despido, por lo que declara la improcedencia del mismo.

Contra dicha decisión la actora acude en suplicación al TSJ de Cataluña, solicitando la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales, según los arts. 14, 15 y 24 CE en relación con el art. 55.5 ET., dado que la demandante es víctima de violencia de género.

III. Fundamentación jurídica y fallo

La Sala examina este último artículo del Estatuto de los Trabajadores, el cual dispone que será nulo el despido, entre otros supuestos, en el caso «de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en esta ley».

De la dicción literal del mismo, entiende que no basta que quien sea objeto de un despido sea víctima de violencia de género para que, de modo inmediato y sin ningún otro requisito, sea calificado como nulo, sino que es preciso que además aquella haya pretendido ejercitar determinados derechos. Por lo tanto, en el presente caso no afecta si la empresa conocía o no dicha condición, pues la demandante en ningún caso ejercitó los mencionados derechos en los términos reconocidos legalmente, sino que se limitó a pedir una certificación que la empresa libró inmediatamente, además de solicitar información sobre la forma de acceder al parking, lo que no debe considerarse una petición concreta y formal.

En cualquier caso, en vista de que la recurrente alega que se han vulnerado sus derechos fundamentales, el Tribunal infiere que este argumento implicaría que la verdadera razón del despido es la de querer ejercitar los derechos que la legislación laboral concede a las víctimas de violencia de género, actuando la empresa en represalia por dicho ejercicio, vulnerando así el art. 24 CE, el cual establece el principio de tutela judicial efectiva. La Sala remite a la doctrina del Tribunal Constitucional (STC 14/1993, de 18 de enero, rec. 1315/1989), la cual pone de manifiesto que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza, lo que, en el ámbito de las relaciones laborales se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos —la denominada «garantía de indemnidad»—. En este sentido, añade que la medida disciplinaria del despido como respuesta al ejercicio de acción judicial también aparece expresamente proscrita en el art. 5.c) del Convenio núm. 158 de la OIT, ratificado por España el 26 de abril de 1985.

Entraría aquí en juego la doctrina constitucional sobre la inversión de la carga de la prueba¹, es decir, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad (art. 181.2 LRJS). Sin embargo, la Sala niega que existan tales indicios al considerar que, en base al mencionado art. 5.c), la víctima «en ningún caso ha presentado una queja o participado en un procedimiento entablado contra la empleadora por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, ni tampoco presentó ningún recurso ante las autoridades administrativas competentes», interpretando que simplemente pidió unas certificaciones e información, por lo que no procede la aludida inversión de la carga de la prueba.

Por todo ello, desestima el recurso de suplicación y confirma íntegramente la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social.

IV. Análisis crítico

Fue la Disposición adicional séptima de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante, LOMPIVG) la que modificó la letra b) del apartado 5 del artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores ampliando la consideración de despido nulo para el supuesto de las trabajadoras víctimas de violencia de género «por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral, en los términos y condiciones reconocidos en esta ley». Posteriormente, la trascendental Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante,

¹ Por todas, STC 101/2000, de 10 de abril, rec. 2652/1997.

LOIMH), extendió esta protección al art. 53.4.b) ET, amparando así a la víctima de violencia de género tanto frente a despidos disciplinarios improcedentes carentes de causa como a los despidos objetivos que enmascaren esta².

Lo primero que llama la atención es la deficiente técnica legislativa empleada en estos artículos, por cuanto se establece una sorprendente conexión de causalidad –que precisaría de una prueba específica–, a diferencia de lo que se dispone en los mismos para las trabajadoras embarazadas y las personas que ponen en práctica derechos referidos al tiempo de trabajo vinculados con los cuidados. Así, la doctrina ha cuestionado el objeto de una norma que considera nulo el despido de quien ha ejercido unos derechos y que se limita a disponer que así será si la extinción contractual se produce «por el ejercicio de los derechos» en cuestión, ya que el mero sistema indiciario, las reglas sobre desplazamiento del *onus probandi* y la garantía de indemnidad conducirían a resultado, no ya igual sino, más tuitivo³.

En cualquier caso, la literalidad del precepto parece no amparar la cualidad subjetiva de víctima por sí sola –aunque, como en este supuesto, esté acreditada mediante título habilitante– pues, aparentemente, la LOMPIVG solo ha extendido el sistema dual de calificación del despido (nulo o procedente) a aquellos casos donde la víctima efectivamente ha ejercido derechos, no protegiendo a las que optan por compatibilizar su situación y trabajo sin activar ninguno de ellos⁴, en un resultado paradójico en tanto que dicha ley tiene como finalidad declarada «garantizar derechos en el ámbito laboral y funcional que concilien los requerimientos de la relación laboral y de empleo público con las circunstancias de aquellas trabajadoras o funcionarias que sufran violencia de género» (art.2.d LOMPIVG). Para evitar esta situación, se ha hecho notar que el legislador pudo haber incluido en la cláusula de los artículos 55.5.b) y 53.4.b) ET una protección amplia y genérica ante despidos motivados por su condición de víctima, o bien haber incluido expresamente la de la violencia de género entre las causas de discriminación prohibidas del artículo 17.1 ET, adquiriendo así la calificación de discriminatorio, con la consecuencia de nulidad y falta de efectos de cualquier decisión o disposición basada en la situación de víctima de violencia de género⁵.

² ÁLVAREZ CUESTA, H.: “La incidencia de la situación de violencia de género en las distintas vías de extinción del contrato de la trabajadora”, en AA.VV. (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., Coord.): *La extinción del contrato de trabajo*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, pág. 1236.

³ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables: prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzados”, *Aranzadi Social*, núm. 14, 2008, págs. 11-21.

⁴ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en AA.VV. (MUERZA ESPARZA J., Coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005, págs. 149-151.

⁵ PERÁN QUESADA, S.: “La protección de la trabajadora víctima de violencia de género ante el despido. Comentario a la Sentencia del TSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 3 de octubre de 2008”, *Aranzadi Social*, núm. 16, 2009, págs. 33-40.

Más allá de la eventual inadecuación entre espíritu protector y texto legal, es necesario destacar que este impedimento para que opere la nulidad cualificada, no obstante, no imposibilita que, si la motivación del despido proviene de la situación de violencia de género que padece la trabajadora, el despido pueda ser tachado de discriminatorio y, por tanto, calificado con una nulidad ordinaria, siempre y cuando la demandante aportase indicios razonables, los cuales en este proceso parece que podían existir, pues «la proximidad temporal o el conocimiento patronal se consideran como indicios de los cuales debieran derivar la aplicación de las reglas de distribución de la carga probatoria ante una posible vulneración derechos fundamentales»⁶.

En este sentido, llama poderosamente la atención que la Sala rechace la inversión de la carga de la prueba aduciendo el art. 5.c) del Convenio 158 de la OIT, obviando que tanto las responsabilidades familiares como el embarazo se enmarcan dentro de la letra d) del mismo artículo, al igual que el sexo, verdadera causa de discriminación indirecta en las situaciones de violencia de género, pues un despido empresarial por una circunstancia relacionada «que objetivamente se estuviera produciendo (disminución del rendimiento, ineptitud sobrevenida, incumplimiento de horario, etc.), en realidad situaría a la mujer en situación de desventaja con respecto al hombre puesto que, es la mujer la única que legalmente puede sufrir violencia de género y que, estadísticamente, de manera abrumadora es sujeto de violencia doméstica»⁷. Es necesario recordar que el principio hermenéutico del *favor muliere* está positivado en el art. 4 LOIMH y, como tal, debe observarse en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, y por ende también en el derecho disciplinario laboral, incluso aunque no sea derecho antidiscriminatorio⁸.

V. Conclusiones

Si bien la condición de víctima de violencia de género, «desde luego lamentable, no es un dato que automáticamente deba valorarse como reductor de su responsabilidad personal»⁹ –el propio art. 55.5 ET dispone que el despido no será nulo si se realiza por motivos no relacionados con el ejercicio de los derechos señalados–, la labor interpretativa juzgadora debe huir ineludiblemente de «interpretaciones automáticas de la norma a través de esa subsunción de lo fáctico en lo jurídico»¹⁰ y contextualizarlo en una realidad material concreta, para así alcanzar una justicia real y no solo formal.

⁶ SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en AA.VV. (MUERZA ESPARZA J., Coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005, pág. 150.

⁷ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y VELASCO PORTERO, T.: *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*, Madrid, Cinca, 2006, pág. 119.

⁸ STSJ Cataluña 9 marzo 2018 (rec. 6987/2017).

⁹ STSJ Madrid 14 junio 2002 (rec. 1918/2002).

¹⁰ TORRES DÍAZ, M.C.: “La fundamentalidad del derecho a una vida libre de violencia de género: la necesidad de un marco jurídico conceptual/despatriarcalizador inserto en el texto constitucional”, *Themis: Revista jurídica de igualdad de género*, núm. 13, 2013, pág. 31.

Por otra parte, en una sociedad como la nuestra, en la cual el trabajo posee un rol central, para las víctimas de violencia de género resulta de gran importancia el mantenimiento del empleo como una de las condiciones del disfrute de la ciudadanía social, entendida como medio y fin para conseguir su total protección, integración e inclusión¹¹. Por ello, se hace necesario equiparar la protección de las trabajadoras víctimas de violencia de género a la de las trabajadoras embarazadas, es decir, activar el sistema dual (nulo/procedente) por lo menos desde que exista un título válido acreditativo de la situación de violencia, entendiéndose que la LOMPIVG extiende su alcance a las relaciones de trabajo para, entre otras, evitar la propia pérdida del empleo como consecuencia del estado físico o anímico de la víctima e, incrementar así, el resultado negativo de este tipo delictivo¹²; pues lo contrario significa dar carta blanca a la parte empresarial para deshacerse de la víctima trabajadora, al coste de la improcedencia, antes de que la misma pueda activar alguno de los derechos laborales derivados de su situación.

Finalmente, ya que es la propia situación de violencia de género la que convierte a la víctima en sujeto tutelable¹³, y pareciendo evidente que quien sufre una situación así tenga, si quiera temporalmente, repercusiones en su capacidad para el trabajo, no estaría de más que la ley hubiese incorporado indicación sobre el rendimiento debido similar a la que se contiene en el art. 20.3 ET para los trabajadores discapacitados, respecto de los cuales el cumplimiento de sus obligaciones debe realizarse teniendo en cuenta su capacidad real¹⁴.

VI. Bibliografía citada

AA.VV. (BENGOECHEA BARTOLOMÉ, M., Coord.): *I Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007.

ÁLVAREZ CUESTA, H.: “La incidencia de la situación de violencia de género en las distintas vías de extinción del contrato de la trabajadora”, en AA.VV. (SEMPERE

¹¹ MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “La protección socio-jurídica de la víctima de violencia de género”, en AA.VV. (QUESADA SEGURA, R., Dir.): *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Granada, Comares, 2009, pág. 107.

¹² VILA TIerno, F.: “Medidas de mantenimiento de empleo para las trabajadoras víctimas de violencia de género”, en AA.VV. (QUESADA SEGURA, R., Dir.): *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Granada, Comares, 2009, pág. 252.

¹³ AA.VV. (BENGOECHEA BARTOLOMÉ, M., Coord.): *I Informe anual del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2007, pág. 132.

¹⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Dificultades para la integración laboral de las mujeres víctimas de violencia de género”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R., Dirs. y ÁLVAREZ CUESTA, H., Coord.): *La inserción laboral de las mujeres en riesgo de exclusión social*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015, pág. 153.

- NAVARRO, A.V., Dir. y MARTÍN JIMÉNEZ, R., Coord.): *La extinción del contrato de trabajo*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y VELASCO PORTERO, T.: *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*, Madrid, Cinca, 2006.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A.: “La protección socio-jurídica de la víctima de violencia de género”, en AA.VV. (QUESADA SEGURA, R., Dir.): *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Granada, Comares, 2009.
- PERÁN QUESADA, S.: “La protección de la trabajadora víctima de violencia de género ante el despido. Comentario a la Sentencia del TSJ de Cataluña (Sala de lo Social), de 3 de octubre de 2008”, *Aranzadi Social*, núm. 16, 2009.
- RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: “Dificultades para la integración laboral de las mujeres víctimas de violencia de género”, en AA.VV. (RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. y MARTÍNEZ BARROSO, M.R., Dirs. y ÁLVAREZ CUESTA, H., Coord.): *La inserción laboral de las mujeres en riesgo de exclusión social*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2015.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Cinco casos recientes sobre colectivos vulnerables: prostitutas, extranjeros, víctimas de violencia de género, discapacitados, jubilados forzosos”, *Aranzadi Social*, núm. 14, 2008.
- “Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre”, en AA.VV. (MUERZA ESPARZA J., Coord.): *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005.
- TORRES DÍAZ, M.C.: “La fundamentalidad del derecho a una vida libre de violencia de género: la necesidad de un marco jurídico conceptual/despatriarcalizador inserto en el texto constitucional”, *Themis: Revista jurídica de igualdad de género*, núm. 13, 2013.
- VILA TIERNO, F.: “Medidas de mantenimiento de empleo para las trabajadoras víctimas de violencia de género”, en AA.VV. (QUESADA SEGURA, R., Dir.): *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Granada, Comares, 2009.

C) RECENSIONES DE
LIBROS Y BIBLIOGRAFÍA

EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO

Rodrigo Tascón López

Aranzadi-Thomson Reuters (Navarra), 2018, 139 págs.

ISBN: 978-84-9099-167-1

Cristina González Vidales

cgonv@unileon.es

Investigadora Contratada Predoctoral FPU (MECD)

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

Nos encontramos en un periodo de cambios impulsado por la Revolución Industrial 4.0 en el que las tecnologías posibilitan cada vez más la sustitución parcial o total de trabajadores, lo que supone una amenaza para el trabajo tal y como es concebido en la actualidad. Este nuevo escenario está provocando que conceptos, límites y derechos hasta el momento meridianamente claros en el Derecho del Trabajo se vean inmersos en una zona gris.

La monografía presentada por el Dr. Rodrigo Tascón López arroja luz sobre uno de estos espacios oscuros: la compleja problemática jurídica surgida a partir de la sustitución de los trabajadores huelguistas mediante el uso de instrumentos tecnológicos que permiten al empresario continuar con la actividad empresarial durante las jornadas de huelga, atenuando con ello las consecuencias negativas de la misma. Ante esta situación, si bien en un primer momento el Tribunal Supremo consideró esta práctica contraria al derecho de huelga por vaciar de contenido esencial el derecho fundamental, en un señalado pronunciamiento dictado en 2017 por el Tribunal Constitucional se cambia la doctrina mantenida hasta la fecha, abriendo la posibilidad legal de sustitución de trabajadores por dispositivos tecnológicos. Partiendo de este hecho, el autor confecciona su obra, destinada a conceptualizar y analizar minuciosamente la figura conocida como esquirolaje tecnológico, con el objetivo de “separar lo jurídicamente aceptable de lo que no lo es”.

Así, en el primer capítulo “El derecho de huelga en la encrucijada: entre el pasado y el porvenir”, el autor plantea un recorrido a través de la evolución histórica del derecho de huelga regulado en el Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, de Relaciones de Trabajo, que ha sido matizado y saneado a golpe de pronunciamientos judiciales. En este afán, expone las soluciones que, hasta el momento, los tribunales han ido dando a los problemas derivados del ejercicio del derecho de huelga, además de aproximarse a los nuevos desafíos surgidos a partir de la implantación de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral, con una reflexión específica en relación a la medida de conflicto objeto de estudio.

El segundo capítulo (“Del esquirolaje tradicional al esquirolaje tecnológico: un «salto al vacío» «esperando a Asimov»”), es dicado por el Dr. Tascón López a analiza la espinosa situación que se produce al intentar conciliar el derecho fundamental de huelga del que son acreedores los trabajadores con el derecho a la defensa del empresario. Tratando de arrojar luz sobre un tema tan controvertido, el autor delimita, de una forma brillante, el concepto de esquirolaje desde una visión tradicional arguyendo cómo y por qué la doctrina jurisprudencial ha prohibido al empresario recurrir a la contratación o subcontratación de trabajadores externos, así como a la sustitución de huelguistas por trabajadores en plantilla para hacer frente a las consecuencias negativas derivadas del paro colectivo. Estudiada la figura del esquirolaje tradicional se estudia su variable tecnológica, tanto externa como interna, así como “otras categorías híbridas procedentes de situaciones concretas”.

“La respuesta jurisprudencial a la figura del esquirolaje tecnológico” constituye el tema y contenido del tercer capítulo en el cual, se desgranar de forma meticulosa, los distintos pronunciamientos judiciales emitidos al respecto, exponiendo los hechos que llevan a los Tribunales ordinarios a “pasar de aceptar de forma generosa el esquirolaje tecnológico a considerarlo como un comportamiento potencialmente lesivo del derecho fundamental de huelga”, para, finalmente, volver a dejar las cosas *sicut erat in principio* con el aludido pronunciamiento constitucional.

El cuarto capítulo, que lleva por título “Intento de construcción de una respuesta jurídica integral al esquirolaje tecnológico”, incorpora la valoración jurídica de las distintas situaciones concretas de esquirolaje tecnológico, pues, “aun cuando el Tribunal Constitucional haya querido dar a su pronunciamiento un carácter concluyente, [...] los casos resueltos hasta la fecha se circunscriben a un sector muy concreto [...] lo que hará, seguramente, que el máximo intérprete de la constitución deba replantearse su posición”. Asumiendo tal premisa, la obra hace patente y afronta con valentía la necesidad de estudiar cada conflicto de una manera individualizada.

“A modo de estrambote final conclusivo: ejercicio del derecho de huelga en la nueva sociedad tecnológica” es el rótulo del quinto y último capítulo, que con este encabezamiento concluye la monografía planteando y detallado los enormes desafíos que presenta el nuevo paradigma social para el Derecho Colectivo. Como acertadamente indica, es patente la necesidad de reinención del sindicato tradicional y la apuesta por nuevos modelos de resolución de conflictos colectivos más rápidos y eficaces, lo que incluye, sin duda, la urgencia de buscar (y encontrar) mecanismos capaces de adaptar el derecho de huelga a las relaciones laborales del siglo XXI.

La monografía del Dr. Tascón López constituye, sin duda alguna, una lectura obligatoria, en tanto profundiza en una materia de máxima actualidad y trascendencia, poniendo de relieve la conexión existente entre nuevas tecnologías, derecho fundamental de huelga y el derecho de libertad de empresa. Y lo hace, como viene siendo costumbre, desde la claridad, seriedad, rigor técnico y profundidad jurídica que caracteriza toda la obra del autor.

**GLOBALIZACIÓN, MIGRACIONES Y EXPATRIACIÓN DE
TRABAJADORES. LOS RETOS DEL DERECHO DEL
TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL FRENTE A LAS
NUEVAS REALIDADES DE LA MOVILIDAD
LABORAL INTERNACIONAL**

Javier Fernández-Costales Muñiz
Reus, Madrid, 2018, 303 págs.
ISBN: 978-84-290-2102-8

Susana Rodríguez Escanciano

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

No es empresa fácil presentar la monografía titulada “globalización, migraciones y expatriación de trabajadores: los retos del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social frente a las nuevas realidades de la movilidad internacional de trabajadores”, pues disertar sobre su contenido y realizar una mención relativa a su autor desbordaría con creces el espacio asignado. Con un objetivo mucho más modesto, me limitaré a señalar que la riqueza del presente ensayo radica en un mérito fundamental: la excepcional personalidad del Dr. Fernández-Costales, siempre preocupado por el análisis de los temas clásicos adoptando una perspectiva actual sin abandonar la máxima solvencia científica. Sin duda, se trata de un profesor universitario bien conocido, no sólo por los colegas iuslaboralistas, sino también entre los juristas en general. Su impecable trayectoria profesional, avalada por la honestidad de sus publicaciones y el constante ofrecimiento de brillantes frutos de un trabajo realizado sin pausa, hacen innecesario que me extienda en destacar aspectos curriculares del autor como investigador.

Además de la calidad de la pluma, en esta ocasión, los comentarios que sobre la obra en presencia pudiera corresponderme hacer no resultan sencillos de formular, dada la exhaustividad y rigor del tratamiento proporcionado, acompañados de una finura jurídica incuestionable y de una perfecta combinación entre lo más erudito y doctrinal con la visión más pragmática que proporciona el gran conocimiento del tema analizado.

Bajo una certera premisa de observación y un atinado desarrollo sucesivo, los trazos fundamentales que constituyen el hilo conductor de la disertación se encuentran anclados en la multiplicación de los fenómenos de movilidad geográfica internacional de trabajadores y sus difusas aristas. Este es el elemento de reflexión y piedra angular

de un atinado planteamiento convenientemente estructurado en distintos apartados perfectamente ubicados y engranados.

En la primera parte del trabajo, con la solidez y acierto que acostumbra, el Dr. Fernández-Costales realiza un excursus sobre el devenir del fenómeno migratorio, que ha sido una constante a lo largo de muchos siglos, convirtiendo a unos países en Estados receptores y a otros en emisores de una mano de obra generalmente movilizada desde entornos menos desarrollados hacia aquéllos en los cuales las posibilidades de alcanzar un mejor nivel de vida son, en principio, más elevadas. Esta visión histórica, ilustrativa a todas luces, no impide que el análisis se centre con visión preclara en las connotaciones actuales de las migraciones, marcadas por la globalización financiera y la deslocalización de las grandes empresas.

En la segunda parte, el autor abandona los planteamientos tradicionales en aras a desbrozar cómo afectan al Derecho del Trabajo las nuevas realidades de la movilidad internacional. A tal fin, aborda la tímida evolución de la preocupación mantenida por la Unión Europea hacia las cuestiones sociales, descendiendo a los vidriosos conceptos de desplazamiento y de trabajador extranjero, sin dejar de alertar sobre la naturaleza jurídica de la verdadera movilidad geográfica, es decir, aquella que no supone la incorporación del trabajador *in itinere* al mercado de trabajo del país de destino. Varios han sido los principios básicos de la construcción europea sobre esta realidad: equivalencia, libertad de establecimiento y prestación de servicios, libertad de circulación de los trabajadores y competencia leal. Tales postulados, manejados con presteza en el presente estudio, hacen que lo importante no sea la nacionalidad del trabajador sino el lugar de establecimiento de la empresa con la cual está vinculado. Singular importancia va a tener en este contexto el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, sustituido por el Reglamento (CE) núm. 593/2008, de 17 de junio, así como la Directiva 96/71, de 16 de diciembre, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuados en el marco de una prestación de servicios, modificada por la Directiva 2018/957, de 28 de junio. Tales fuentes normativas han sido tratadas con detalle, consiguiendo con éxito superar la dificultad de agrupar o encerrar las distintas variantes imbricadas en sus contornos precisos.

El verbo empleado no pierde su seriedad cuando profundiza, dentro de la cuarta parte, en los aspectos procesales del desplazamiento internacional de los trabajadores, pues no pocos son los litigios y controversias a dirimir ante los Tribunales. El autor es consciente de que en este ámbito los regímenes para determinar la ley aplicable y el tribunal internacionalmente competente persiguen, en lo esencial, objetivos comunes, como son uniformar las reglas, asegurar la autonomía de las partes sin perjuicio de la tutela y protección de la parte más débil, promover la coincidencia entre el derecho aplicable y el tribunal competente, permitir la libre circulación de las decisiones judiciales, reforzar la protección de las personas domiciliadas en la Unión mediante la previsibilidad del órgano judicial *a quo*, asegurar la proximidad del tribunal al litigio y promover la buena administración de justicia y la correcta organización del proceso. Singularmente evocadores son los apartados dedicados a los foros de competencia en el Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre, y a la prueba del derecho extranjero. Asimismo, y con una extraordinaria lucidez expositiva en un tema

harto complejo, desgrana los litigios y controversias que los Tribunales españoles tienen que resolver aplicando las disposiciones propias de un ordenamiento extranjero, estableciendo, al tiempo, los efectos y consecuencias de la alegación y prueba de dicho sistema jurídico, así como de la falta de acreditación, dando cuenta, a la postre, de la polémica judicial existente, sin dejar de aportar atinadas soluciones.

La parte quinta se dedica a la proyección de los movimientos migratorios sobre la Seguridad Social, no en vano el hecho de que el trabajador migrante acceda al mercado de trabajo en el país de destino pone de manifiesto las diferencias existentes entre los sistemas nacionales de protección social a los que el empleado se podría vincular. De ahí la conveniencia de descender al detalle del impulso de armonización y coordinación dirigido al amparo de los derechos adquiridos en cada uno de los Estados en los que se haya desarrollado la actividad a lo largo de la vida laboral, desglosando los principios de igualdad de trato, de exportación de pensiones y conservación de los derechos en curso de adquisición (totalización, prorrateo y no acumulación).

La sexta parte se adentra con atinada decisión en los aspectos colectivos del desplazamiento, atendiendo a las peculiaridades de sindicación, reunión, huelga y representación de los trabajadores desplazados a España, sin dejar de alertar sobre los problemas que plantea la negociación colectiva en el marco europeo.

La séptima parte aborda el tema de la prevención de riesgos laborales de los trabajadores en desplazamientos internacionales, tanto en lo que afecta a las obligaciones impuestas como en lo que se refiere a las responsabilidades a asumir por los sujetos concernidos, aproximándose de forma original y novedosa a problemas y cuestiones hasta ahora apenas tratadas por la doctrina.

En fin, si correcto ha sido el discurso seguido no lo es menos el colofón de la obra, es decir, el último capítulo en el que se tratan las cuestiones más actuales, centradas principalmente en las dificultades del acceso al empleo, así como las perspectivas de futuro en materia de inmigración, emigración y trabajadores extranjeros en España.

Como el lector comprobará, esta breve semblanza no puede acoger, y ni tan siquiera esbozar a riesgo de desmerecer o distorsionar, la riqueza del contenido de una obra tan densa. Antes al contrario, el propósito se ha ceñido a poner de manifiesto que se trata de una oportunidad excepcional para acercarse a un tema transversal y abierto analizado con solvencia desde una impecable sistemática. La monografía en presencia se perfila, pues, como un instrumento, no ya útil o recomendable, sino del todo imprescindible para cualquier persona interesada en la materia jurídico-laboral.

D) NOTICIAS DE INTERÉS
JURÍDICO-ACADÉMICO

ACTAS DEL SEMINARIO EL SUEÑO DE EUROPA ¿SE HA HECHO REALIDAD?



En el marco de la Semana Internacional de la Universidad de León celebrado en la Facultad de Derecho el día 11 de mayo de 2018

En la primera semana del mes de mayo de 2018, se celebró en la Universidad de León la International Week, con una variada oferta de actividades (conferencias, encuentros, mesas redondas,...) que han tenido el objetivo de impulsar la internacionalización de la comunidad universitaria. Entre los propósitos que se han perseguido se encuentran el interés por fomentar la interacción de estudiantes locales con los internacionales que realizan estancias académicas en la ULE, así como el de motivar tanto a estudiantes como a personal de la comunidad universitaria para la realización de movilidades académicas en instituciones extranjeras.

En este marco, el día 11 de mayo, en la Facultad de Derecho se celebró el Seminario *El sueño de Europa ¿se ha hecho realidad?* con motivo del día de Europa, en el que se suscitaron sendos debates en torno a los derechos de las personas con discapacidad, la libre circulación en territorio comunitario y la cooperación judicial internacional.

Ponencia: **“Estrategia de la UE para la defensa y protección de los derechos de las personas con discapacidad”**

Ponente: **Prof. Dr. D. Javier García Medina:** Profesor de Filosofía del Derecho y Director del Observatorio de Derechos Humanos. Universidad de Valladolid

Moderador: **Prof. Dr. Romualdo Bermejo García:** Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Universidad de León

Relatores: **D. Sergio Martínez Ramos y Dña. Alicia Martínez Riaño:** Estudiantes del Grado en Derecho en la Universidad de León

El ponente centra su exposición en el Plan de Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 de la Comisión Europea, adoptada en 2010, basada en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Para ello tiene en cuenta la experiencia del Plan de Acción en materia de Discapacidad (2004-2010). Así mismo, a través del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre,

por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social constituye el referente legal puesto que los pilares sobre los que se asienta están inspirados en dicho Plan.

Prosigue haciendo mención a la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificado por España en 2008. Su principal propósito es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, promoviendo el respeto de su dignidad inherente. En la misma se introducen conceptos como “ajustes razonables” entendido como aquellas modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. Donde además destaca en su articulado la Accesibilidad y la Autonomía. Convenio que provoca un impacto dentro del ámbito jurídico y una modificación del mismo.

Se tiene que partir de la base que la UE tiene un mandato muy sólido para mejorar la calidad de vida –situación social y económica– de las personas con discapacidad. Es por ello que el ponente nos aporta una serie de datos en los que fundamenta dicha afirmación; unos de los principales es el número de ochenta millones de personas que tienen una discapacidad leve o moderada, constituyendo una sexta parte de la población. Concretamente, desde el punto de vista de género son las mujeres discapacitadas las que presentan doble discriminación. Así mismo más de un tercio de las personas mayores de setenta y cinco años sufre algún tipo de discapacidad que restringe en cierta medida sus posibilidades, y más del 20% tienen capacidades muy limitadas. Además, es previsible que estas cifras aumenten por el envejecimiento que sufre la población de la UE.

Interesa destacar la importancia de la colaboración de las personas con discapacidad para que el crecimiento sea inteligente, sostenible e integrador. Construir una sociedad que incluya a todos también sirve para ofrecer oportunidades de mercado y promover la innovación.

El plan está estructurado en varios ámbitos de actuación: accesibilidad, participación, igualdad, empleo, educación y formación, protección social, sanidad y acción exterior. Estos ejes se desarrollan a su vez a través de objetivos operativos y de actuaciones concretas.

En primer lugar en el ámbito de la accesibilidad, como condición previa de participación en la sociedad y en la economía, se entiende como el acceso de las personas con discapacidad en las mismas condiciones que el resto de la población. Ello se puede llegar a conseguir a través de la proposición de instrumentos legislativos u otros para mejorar la accesibilidad al entorno físico, al transporte, a las tecnologías y los sistemas de la información y las comunicaciones. A modo de ejemplo, la incorporación de la accesibilidad y el «diseño para todos» en los planes de estudios educativos y de formación profesional de las profesiones pertinentes; todo ello con el

fin de eliminar las barreras actuales, y mejorar la disponibilidad y la variedad de tecnologías de apoyo.

En referencia a la participación, un ejemplo relevante es el derecho a la libre circulación y de esta manera la Comisión trata de garantizar tanto la superación de los obstáculos para el ejercicio de los derechos como personas, así como por ejemplo la promoción institucional a nivel local mediante fondos estructurales, mejorando la accesibilidad de las organizaciones en cuanto al desarrollo de sus actividades.

En lo que respecta en el área de igualdad, se realiza a través del enfoque de doble vertiente; la Comisión promoverá la igualdad de trato de las personas con discapacidad, utilizando una política activa en la lucha contra la discriminación y haciendo uso del sistema legislativo de la UE para su protección. Se destaca como parte fundamental la Directiva 2000/78/CE del Consejo, 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, por la que se prohíbe la discriminación en el empleo.

A nivel laboral, la tasa de empleo de las personas con discapacidad se sitúa solo en torno al 50% por esta razón, es necesario un crecimiento laboral de las personas con discapacidad, es lo que se denomina “mercado de trabajo abierto”; este es uno de los focos más importantes, en donde la Comisión explotará el pleno potencial de la Estrategia Europa 2020 y de su «Agenda de nuevas cualificaciones y empleos». Con ello se pretende luchar contra la inactividad laboral de las personas discapacitadas para así lograr su integración en el mercado laboral.

En el ámbito educativo, se abre paso a través de un marco de cooperación europea de educación y formación (ET 2020) basado en los datos de edad (LFS AHM de 2002) entre dieciséis y diecinueve años, la tasa de personas con limitaciones importantes que no prosiguen sus estudios se sitúa en el 37%, frente a un 25% de las personas con ciertas limitaciones, y un 17% de las personas sin limitación alguna. El acceso a la educación es difícil para los niños con discapacidad grave, y a veces tiene lugar de forma segregada. En definitiva, la base sobre la que se asienta la Estrategia 2010-2020 tiene como objetivo promover una educación y un aprendizaje permanente inclusivos para todos los alumnos.

En cuanto a protección social y sanidad discurrirían por el mismo cauce procedimental y jurisprudencial basado en una mayor protección de personas con discapacidad debido a su acceso limitado tanto en el sistema sanitario como en el ámbito social; en el primero de ellos como principio básico de potenciar la igualdad de acceso a los servicios sanitarios y a las instalaciones vinculadas, y en el segundo caso como promover condiciones de vida dignas para las personas con discapacidad.

Por último, dicha Estrategia no se olvida de la acción exterior, a través de la colaboración de cada uno de los estados miembros realizando labores de sensibilización, así como apoyo por parte de la Comisión con proyectos encaminados a la mejora de la calidad de vida y protección de las personas con discapacidad.

Como clausura de su ponencia D. Javier García Medina alude al envejecimiento de la población de la Unión. Ilustrando en su argumentación sobre la Estrategia de la UE para la defensa y protección de los derechos de las personas discapacitadas, cuales son los pilares de la Estrategia y cuales los puntos a mejorar, para que así estas medidas repercutan en la mejora de la calidad de vida de una proporción creciente de los ciudadanos europeos. Donde enfermedad no sea sinónimo de discapacidad y se llegue a una Europa para todos libre de barreras.

Comentarios de los relatores

Destaco la importancia de la labor tanto legislativa como jurisprudencial en la protección de las personas con discapacidad y como a través de medidas o estrategias encaminadas a lo que son una sexta parte de la población europea para su plena participación en la sociedad, en condiciones de igualdad respecto al resto de la población. Todo ello con el propósito de eliminar las barreras sociales y favorecer la inclusión de todas y cada una de ellas en diferentes condiciones.

Para la efectiva protección de los Derechos de las personas con discapacidad, es necesario entender la amplitud de las barreras a las que éstas se enfrentan en los diferentes ámbitos de su vida. Solo así, se podrá adecuar una estrategia europea acorde con las necesidades reales de los sujetos que sufren una discapacidad y ven mermados sus derechos como ciudadanos de la unión. El conocimiento efectivo de los puntos a corregir de la estrategia de la UE motivará una mejora en las sucesivas, lo que repercutirá positivamente no sólo en las personas con discapacidad sino también en su entorno familiar, social y laboral.

Ponencia: **“La cooperación judicial en materia civil en la UE: estado de la cuestión y retos de futuro”**

Ponente: **Prof. Dr. D. Guillermo Palao Moreno**: Catedrático de Derecho Internacional Privado. Universidad de Valencia

Moderadora: **Prof. Dra. Dña. Aurelia Álvarez Rodríguez**: Profesora Titular (acred. Catedrática) de Derecho Internacional Privado. Universidad de León

Relator: **D. Víctor Torres Albillo**: Estudiante del Grado en Derecho en la Universidad de León

La sesión inició con la presentación del ponente llevada a cabo por la moderadora de la mesa, Dña. Aurelia Álvarez Rodríguez. El Prof. Dr. D. Guillermo Palao Moreno es Catedrático de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Valencia. Entre sus líneas de investigación se sitúan el Derecho del Comercio Internacional, el Derecho de Familia Internacional, la Contratación Internacional, El Derecho Procesal Civil Internacional, el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea o la Resolución Alternativa de conflictos internacionales privados –arbitraje, mediación y conciliación internacional–. Además, es académico correspondiente de la “Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España”, también es Miembro del “Comité Valenciano para la Unión Europea”, *Fellow del European Law Institute*, así como miembro de diversas Asociaciones profesionales y científicas: “Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales”;

“Asociación Americana de Derecho Internacional Privado”; “Asociación Hispano-Alemana de Juristas”-. Igualmente, es Associate Membre del Centre for Private International Law, University of Aberdeen (Reino Unido) y Profesor Distinguido por la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana (Cuba).

Una vez finalizada la presentación, el Dr. D. Guillermo Palao comenzó su intervención analizando la situación actual en la Unión Europea haciendo alusión a la amplia producción normativa en el ámbito comunitario y concretando herramientas como la Red Judicial Europea y el Atlas Judicial Europeo en materia civil que han facilitado el acceso a la justicia y el reconocimiento mutuo con los Estados miembros en busca de una mayor confianza entre ellos. En su análisis, Palao Moreno habló también de las dificultades que se presentan como por ejemplo, en el sistema de cooperación judicial en materia civil (CJC) en la Unión Europea, el cual catalogó de complejo y con faltas de coherencia así como laberíntico para iniciados, o cómo son discutibles algunas bases jurídicas del TJUE.

Igualmente, hizo alusión al distinto ámbito de aplicación que se ha permitido tanto material, como personal o territorial de los instrumentos legislativos, como por ejemplo, de Reglamentos que no han tenido efecto en todos los Estados miembros como Dinamarca, Irlanda o Reino Unido y la ausencia de una “parte general” en el sistema, haciendo énfasis en la necesidad de un “Reglamento 0” y en la falta de conceptos consensuados y comunes así como, la disparidad de definiciones de conceptos fundamentales como “residencia” que tiene un significado distinto en cada Reglamento.

Continuando con su análisis de las dificultades a las que se enfrenta la Unión, Palao Moreno recordó que a día de hoy hay materias no cubiertas que ponen de manifiesto la necesaria evolución, al ser lagunas inaceptables aunque también reconoció que hay una acción normativa ya programada como en lo referente a la cesión de créditos y los daños a la personalidad. Por otro lado, la acción normativa no programada no deja de ser cuanto menos relevante y preocupante, como el estado civil, el nombre de las personas físicas, la filiación y la adopción, la protección de adultos, el derecho de propiedad de muebles e inmuebles, las acciones colectivas, los títulos valores, la agencia o el arbitraje.

Por último, analizó la política *ad intra* de la UE que la definió como una política desigual a varias velocidades que catalogó como algo negativo para el futuro de la Unión y la política *ad extra*, cuya problemática la centró en la relación con terceros estados y en la propia posición de la UE ante la codificación internacional del Derecho internacional privado.

El Catedrático de la Universidad de Valencia estudió también los retos de futuro a los que se enfrenta la Unión Europea y los agrupó en tres bloques: 1) Incrementar la coherencia del sistema, 2) Potenciar la interrelación entre la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y la política de CJC UE y 3) La dimensión externa de la CJC UE. Respecto al primer bloque y el incremento de la coherencia del sistema, afirmó que es fundamental dotar cuanto antes de coherencia a la normativa de la UE en materia de política de cooperación judicial civil y también en relación con otras

políticas del mercado interior y sus libertades y además retomó la ya mencionada necesidad de un Reglamento 0 así como la coherencia con otras políticas de la UE como el consumo, la propiedad intelectual y sociedades, resaltando además, la coherencia en el empleo de las bases jurídicas.

En el segundo bloque, potenciar la interrelación entre la Casta de Derechos Fundamentales de la UE y la política de CJC UE, Palao Moreno hizo mención explícita al respeto de la vida privada y familiar del artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, el derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia del artículo 9 y los derechos del menor del artículo 24, resaltando el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial reconocido en el artículo 47, destacando la disparidad existente en las medidas mínimas de carácter procesal y en el cumplimiento del principio “Rule of law” y en el de confianza comunitaria además de retomar la idea de construir conceptos comunes para toda la Unión Europea como el de orden público.

En el último bloque, la dimensión externa de la cooperación judicial civil en la UE, hizo énfasis en la idea de favorecer las relaciones de la CJC UE con otros centros de codificación de ámbito internacional, destacando principalmente, con la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado y con los terceros Estados.

Para finalizar, se inició una ronda de preguntas para plantear diversas cuestiones al ponente. La primera de ellas, relacionada directamente con la llamada “crisis de los refugiados” e indirectamente con el tema objeto de la ponencia, al considerar quien la realizó que era imposible avanzar en la Unión Europea hasta dar solución a ese problema y recordando que algunos de los fundadores de la Unión, como Robert Schuman o Jean Monnet hacían alusión a la solidaridad y a la unión entre personas, preguntando, qué creía que pensarían de la situación actual Schuman o Monnet y de la gestión de la crisis. La respuesta fue contundente, respecto a qué pensarían los padres fundadores de la UE, el ponente contestó que estarían orgulloso de ver hasta donde ha llegado su proyecto y en relación a la gestión de la crisis de refugiados, consideró que aunque existan problemas, y muy graves como este, y se están retrasando las soluciones, la Unión debe continuar trabajando para dar respuestas y avanzar en un futuro común, viendo a la UE como la solución y no como un impedimento para llegar a ella.

En segundo lugar, realizaron otra pregunta relacionada con el Brexit, y ésta fue sobre la influencia en las relaciones de Derecho Privado. La respuesta fue que todas las relaciones de Derecho Privado se verán afectadas pero que perderá más Reino Unido que el resto de los Estados miembros y que la propia Unión aunque en realidad, pierdan todos.

Comentarios del relator

Recogiendo el guante del Dr. Palao Moreno de avanzar en la cooperación judicial en materia civil, algo que suscribo totalmente, partiendo de la elaboración de un “Reglamento 0” o de definir unos conceptos que sean fijos y comunes para todos como “nacionalidad” u “orden público”, creo necesario avanzar en una cuestión tan relevante

como olvidaba, la educación en los Estados miembros sobre qué es la Unión. No es posible avanzar en cooperación cuando en los propios Estados crece animadversión por el proyecto europeo y muestra de ello es la participación en elecciones europeas que no alcanza el 50% y cada año se ve decreciendo, el auge de partidos xenófobos y euroescépticos o la “crisis de los refugiados”. No es casualidad que el portazo a los refugiados haya coincidido con el auge de partidos xenófobos y que a su vez no sienten ningún tipo de empatía por la Unión. La “Lega” en Italia, el “Frente Nacional en Francia, “Alternativa para Alemania” como oposición del Gobierno de coalición de Angela Merkel, las políticas de los vencedores en Polonia y Hungría y “Amanecer Dorado” en Grecia. Sin quitar legitimidad a los votantes de media Europa de ejercer su derecho a voto, quizás la solución para evitar el auge de estos partidos pase por inculcar valores europeos, los de su origen, no los actuales, en la educación de los Estados miembros. Leer atentamente la declaración de Robert Schuman en el nacimiento de la Unión aquel lejano 9 de mayo de 1950 nos hace ver que vivimos en una realidad paralela o en otra dimensión que está muy lejos de cumplir con su propósito. Decía Schuman “*La paz mundial no puede salvaguardarse sin unos esfuerzos creadores equiparables a los peligros que la amenazan*”, “*Europa no se hará de una vez ni de una obra de conjuntos: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho*”.

Europa, hoy más cuestionada que nunca, con un peso pesado en el camino de salida como Reino Unido quizás deba hacer caso a esas “realizaciones concretas” y a la “solidaridad de hecho” de la que hablaba su padre fundador para constituir un marco de convivencia, paz, humanidad, cooperación y solidaridad abandonando por unos años el objetivo que ahora parece único y exclusivo que es la adquisición de competencias y los objetivos monetarios.

El futuro de Europa pasa por algo tan simple y humano que es unir lazos, como decía otro padre fundador, Monnet “*no coaligamos Estados, unimos personas*”. Unámonos entre todos y unámonos con el mundo.

Ponencia: “**Pasado, presente y futuro de la libre circulación en la UE**”

Ponente: **Prof. Dr. D. Ángel Espiniella Menéndez**. Profesor titular de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo

Moderadora: **Prof. Dra. Dña. Aurelia Álvarez Rodríguez**. Profesora Titular (acred. Catedrática) de Derecho Internacional Privado. Universidad de León

Relator: **D. Jaime Suárez-Quiñones Rivas**. Estudiante del Grado en Derecho en la Universidad de León

El *Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950* recogía una construcción económica del individuo, donde se consideraba a la persona desde la perspectiva de factor productivo. Se hablaba de libre circulación de trabajadores, libre circulación de profesionales, libertad de establecimiento, etc. con el consumidor como agente clave en el mercado interior. Al analizar los movimientos transfronterizos había que ceñirse normativamente al *Convenio de Bruselas de 1968* y al *Convenio de Roma de 1980*, los cuales estaban revestidos de un fuerte carácter patrimonial puesto que la libre circulación estaba pensada para los factores productivos (consumidores, profesionales, empresarios y trabajadores).

Resulta impactante en ese momento la famosa frase de Jean Monnet que resumía el Derecho Internacional Privado (Primer Presidente de la Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero): “*el proyecto europeo no es unir Estados, sino unir personas*”.

Llegados los años 90 se producen cambios importantes. Por un lado, con la creación del *Tratado de la Unión Europea o Tratado de Maastricht* aparece la tan importante ciudadanía de la Unión Europea. Por otro, con el *Tratado de Ámsterdam* ya se habla de la libre circulación de personas que explicaba el espacio de justicia. Se ha superado el concepto de la persona como factor productivo para ver al individuo desde el prisma de ciudadano pleno, sea o no este un mero factor de producción. El Prof. Espiniella cita los ejemplos:

- El famoso asunto *García Avello*, en el cual un español, el Sr. García Avello, casado con una mujer belga, la Sra. Weber, son progenitores de dos hijos que ostentaban doble nacionalidad. Los menores fueron inscritos con los apellidos García Avello en los registros de Bélgica, donde residía la familia; en cambio, se inscribieron con los apellidos García Weber en la Embajada española en Bruselas. Los padres solicitan a las autoridades belgas el cambio del apellido García Avello a García Weber, siéndoles denegado. El caso terminó ante el TJUE, el cual dictaminó que un Estado no puede limitar los efectos de la atribución de la nacionalidad realizada por otro Estado, de modo que la negativa belga supone rechazar la posibilidad de llevar el apellido resultante de la legislación del Estado miembro que determinó el apellido del padre. El TJUE en sus primeras decisiones sobre libre circulación de personas, sin normativa de desarrollo, ya asentaba algo tan esencial como es el derecho de una persona al nombre y los apellidos.
- También cabe mencionar el caso *Ruiz Zambrano*. El Sr. Ruiz Zambrano y su esposa, ambos nacionales colombianos, residen en Bélgica a causa de la situación de guerra civil de su país de origen. Sus hijos nacen en Bélgica, adquiriendo la nacionalidad belga por el criterio «*ius soli*». El matrimonio presentó, en su condición de ascendientes de nacionales belgas, una solicitud de residencia permanente en Bélgica, siéndoles desestimada. El Alto tribunal europeo se pronunció afirmando que los hijos de Ruiz Zambrano se benefician del estatuto de ciudadano de la Unión, pues son nacionales belgas, aunque los requisitos de adquisición de la nacionalidad de un Estado sean competencia de este. Por esto, no se les puede denegar los derechos que derivan de ese estatuto.

Sin lugar a dudas, estos casos evidencian cómo se va asentando esa jurisprudencia que muestra el salto de la persona como factor productivo a la realidad actual.

Todos los reglamentos vigentes en materia de Derecho Internacional Privado (familia, sucesiones, persona...) nos arrojan luz acerca de la imposibilidad de una armonización plena de derecho material privado, pero sí la salida por otras vías que permiten la libre circulación sin obstáculos, sabiendo qué ley se va a aplicar o qué tribunal va a conocer del hipotético conflicto (al divorcio, a la sucesión...).

Conviene recordar que hace aproximadamente un año la Comisión presentaba un libro sobre los posibles escenarios dentro de la Unión. El Prof. Espiniella, habla de escenarios en plural pues se planteaban cinco, y no uno como muchos podrían desear. Estos posibles escenarios planteados por la Comisión y sus críticas a juicio del ponente son las siguientes:

- ¿Seguir igual?: es necesario mejorar. Resulta impactante como la Comisión puede plantear una continuidad con la cantidad de problemas existentes, tales como, la crisis de los refugiados de Siria, entre otros muchos.
- Solo el mercado único: contemplando una visión conservadora.
- Los que desean hacer más y conjuntamente: existe la cooperación reforzada para los que quieren hacer más. Los más euroescépticos pueden quedarse atrás.
- Hacer menos de forma más eficiente: exponiendo asuntos que no tienen carácter de problemas primarios en el marco de la situación actual de la Unión Europea.

A diferencia de la Comisión actual, aquella Comisión de los años 90 no planteaba tanta pluralidad de escenarios, sino que planteaba un *único camino* en el que había que enfocar todos los esfuerzos. También influye la crisis política en las instituciones europeas, ofreciendo mucho que pensar y reflexionar. A la pregunta, ¿el sueño de Europa se ha hecho realidad?, y a modo de conclusión, el Prof. Espiniella cita otra frase para responder a esta cuestión, la de otro “Padre de Europa”, Robert Schuman: *“los proyectos europeos son frutos de las crisis”*, cita que no puede hacer otra cosa que arrojar esperanza al Proyecto Europeo y que conjuga a la perfección con la premonitoria frase de Jean Monnet: *“el proyecto europeo se trata de unir personas, no estados”*.

Comentarios del relator

En atención a mi propia opinión, no cabe otra que no sea la de unirme a la exposición del ponente. Y la razón que justifica mi vínculo a contemplar el futuro de la Unión desde un prisma esperanzador es muy sencilla. El camino no es otro que el que ya se ha tomado. El futuro tanto de las naciones como el de los ordenamientos jurídicos que regulan sus relaciones públicas y privadas es la unión y armonización. Cuanto más ámbito abarque un cuerpo normativo, mayor seguridad jurídica proporcionará a todas las entidades que son sujetos de relaciones jurídicas. En efecto, ha sido esta reflexión el alma de la Unión Europea, un Estado ficticio que intenta abarcar el mayor territorio posible bajo una misma normativa armonizadora (dentro de los límites posibles) y ha sido la creación de la libre circulación de personas, junto a la de capitales, los cambios que han ofrecido mayor seguridad jurídica en la prematura trayectoria de la Unión. Y el camino continúa ya que es imposible exigir una Unión Europea perfecta con una edad tan joven que posee, siendo este un reto político y jurídico apasionante. En definitiva, los errores son necesarios para poder avanzar y conseguir poco a poco una Unión Europea más efectiva.

ACTAS DE LAS JORNADAS SOBRE RIESGOS INHERENTES A LA DIGITALIZACIÓN DEL TRABAJO: NUEVOS HORIZONTES PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES

JAVIER FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ

Catedrático EU (integrado TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

ROBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de León

En la Facultad de Derecho de la Universidad de León se celebraron los días 12, 13, 17 y 18 de septiembre de 2018 las “Jornadas sobre riesgos inherentes a la digitalización del trabajo: nuevos horizontes para la Prevención de Riesgos Laborales”, y que a lo largo de cuatro jornadas, bajo la dirección de los Dres. Javier Fernández-Costales Muñiz y Roberto Fernández Fernández, reunieron a profesores de la Universidad de León con expertos de otras universidades que disertaron en torno a la digitalización en el ámbito laboral y su influencia en materia de Prevención de Riesgos Laborales.

La primera jornada se abrió con la ponencia de uno de los Directores de las Jornadas, el Prof. Roberto Fernández Fernández en torno a “Las adiciones provocadas por la utilización de las nuevas tecnologías: ¿nuevos factores de riesgo psicosocial?”, a quien siguió la intervención de la Prof^ª. Susana Rodríguez Escanciano, quien abordó una cuestión de tanta actualidad e importancia como “El tratamiento de datos sensibles vinculados a la prevención de riesgos laborales”. Las exposiciones se completaron desde un punto de vista del Derecho Administrativo en este ámbito, con la participación de los Profs. Tomás Quintana López y Ana Belén Casares Marcos, quienes disertaron sobre los “Mecanismos jurídicos de prevención ambiental en actividades de la industria extractiva” y “El tratamiento de los datos preventivos en el marco de la Administración electrónica”, respectivamente.

La segunda jornada incluyó la impartición de las conferencias del Prof. Juan José Fernández Domínguez sobre “Prevención de Riesgos Laborales causados por las nuevas tecnologías”, el Prof. José Gustavo Rodríguez Quirós habló de los “Riesgos asociados a la utilización de pantallas de visualización y dispositivos de control”, mientras el Prof. Rodrigo Tascón López disertó sobre los “Accidentes en misión e *in itinere* en el marco de la industria 4.0”, finalizando el día con la presencia de la Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad

Complutense Yolanda Sánchez-Urán Azaña quien cerró las ponencias con el tema “Implicaciones de la robótica en la seguridad en el trabajo”.

El tercer día del Seminario se presentaron cuatro nuevas exposiciones temáticas sobre la materia, comenzando la Prof^a. Henar Álvarez Cuesta, quien desarrolló los aspectos relativos a los “Trabajadores con discapacidad e industria 4.0: ¿nuevos riesgos laborales o una oportunidad para la inclusión”, seguida por el Prof. Javier Fernández-Costales Muñiz, que abordó la cuestión de “La prevención de los nuevos riesgos laborales en los trabajadores migrantes”. La segunda parte de la jornada fue abordada por parte del equipo decanal de la Facultad de Ciencias del Trabajo de la Universidad de León, al tratar las Prof^{as}. Beatriz Agra Viforcós y María de los Reyes Martínez Barroso las cuestiones en torno al “Género y prevención de riesgos en la industria 4.0” y “La prevención de los riesgos laborales de los trabajadores autónomos y las nuevas tecnologías”, respectivamente.

Para el cierre de las Jornadas se desarrolló una mesa redonda sobre la “Digitalización y prevención de riesgos laborales en Castilla y León”, integrada por los Profes. Javier Fernández-Costales Muñiz, Roberto Fernández Fernández, Natalia Ordóñez Pascua y Francisco Xabiere Gómez García, que dió paso a la conferencia de clausura, pronunciada por el Prof. Ignacio González del Rey Rodríguez, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo, quien expuso “Los procesos sobre responsabilidad por incumplimientos en materia de Prevención de Riesgos Laborales”, finalizando con las conclusiones expuestas por los Directores del evento.

El amplio e interesante contenido de las conferencias pronunciadas en el marco de las Jornadas se resume a continuación con las aportaciones realizadas por los propios ponentes.

Ponencia: **LAS ADICIONES PROVOCADAS POR LA UTILIZACIÓN DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: ¿NUEVOS FACTORES DE RIESGO PSICOSOCIAL?**
Ponente: **Roberto Fernández Fernández**, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León

Las opciones vinculadas a la utilización de nuevas herramientas tecnológicas constituye un avance significativo en las sociedades actuales y permiten unas posibilidades de intercambio hasta ahora desconocidas. Las posibilidades de comunicación se han incrementado de manera exponencial como consecuencia de tener al alcance de manera inmediata tanto dispositivos como instrumentos que permiten interactuar con otras personas de manera instantánea y sencilla.

Por otra parte, la generalización de redes sociales como twitter, whatsapp, facebook, snapchat, linkedin, etcétera, ha traído consigo importantes beneficios pero también retos desde el punto de vista jurídico, tendentes a ordenar las posibles conductas que pueden ser realizadas a través de las mismas.

Dichos comportamientos acaban por incidir tanto en la faceta personal como laboral de las personas, pues la utilización continua, habitual y reiterada de las nuevas tecnologías está cambiando la forma de actuar de los seres humanos. Tal circunstancia también presenta sus consecuencias a nivel laboral, obligando a realizar ciertas adaptaciones en el marco de la organización productiva para intentar adaptar esta a la nueva realidad y, como no, a abrir cierto debate sobre si es necesaria o no cierta intervención jurídica para intentar poner remedio a algunas de los problemas vinculadas al uso de las nuevas tecnologías en el lugar de trabajo.

En este sentido, ya se están comenzado a estudiar determinados comportamientos vinculados al uso de estas redes sociales y que pueden traer aparejadas alteraciones de la salud de quienes las utilizan, dando lugar a términos como tecnofobia (u odio a las nuevas tecnologías), tecnoansiedad (o negatividad ante las mismas por incapacidad para su manejo), tecnoadicción (o necesidad imperiosa de un uso continuado de estas herramientas) y tecnofatiga (hartazgo por la utilización permanente de las mismas).

Las condiciones laborales pueden coadyuvar, junto con otros factores, a magnificar los perjuicios de las consecuencias anteriormente expuestas, en tanto en cuanto la organización productiva puede querer del trabajador estar permanentemente conectado a través de las nuevas tecnologías a su actividad productiva (no se olvide que las herramientas tecnológicas facilitan enormemente el estar disponible y localizable casi las 24 horas del día) intentando con ello dar al cliente el mejor de los servicios y ganar su confianza aumentando con ello la fidelidad del mismo y mejorar su cuenta de resultados. Sin duda alguna dicha situación va a constituir un factor de estrés importante que puede causar trastornos físicos y psíquicos en el trabajador, habida cuenta de que va a provocar llamadas o conexiones a horas fuera del horario laboral, sobrecarga de trabajo, adicción al mecanismo tecnológico al tener que estar pendiente constantemente de él o controles no autorizados por parte del empleador.

Para paliar dicha situación, y evitar que el trabajador tenga la obligación de estar conectado permanentemente a través de las nuevas tecnologías con su quehacer productivo, se ha introducido en el foro jurídico el debate sobre la garantía del denominado “derecho a la desconexión” que algunos países, como Francia, ya han incorporado a su ordenamiento jurídico y que pretende garantizar el descanso correspondiente del trabajador, forzando a las empresas a poner en marcha políticas de modernización tecnológica que garanticen los derechos de los trabajadores.

Ponencia: **EL TRATAMIENTO DE DATOS SENSIBLES VINCULADOS A LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**

Ponente: **Susana Rodríguez Escanciano**, Catedrática de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León

La progresiva y vertiginosa irrupción de la tecnología digital, telemática, robótica, plataformas, algoritmos, internet de las cosas, comunicaciones máquina a máquina, realidad aumentada e inteligencia artificial en la actividad productiva bajo la denominación de industria 4.0, permite no sólo optimizar y agilizar el desempeño de

la prestación profesional sino también almacenar una cantidad enorme de información relativa a la persona del trabajador que se entremezcla a su vez con la prestación laboral. Sin duda, la gestión informatizada del personal facilita que todos los datos concernientes al desarrollo del contrato de trabajo, desde el momento de la selección de personal, pasando por la constitución del vínculo contractual hasta su resolución, sean incluidos en los soportes informáticos de la empresa; sin olvidar tampoco cómo la incorporación de la persona del trabajador a la organización productiva empresarial favorece tanto una continua adquisición de información sobre extremos personales de diversa naturaleza como su minuciosa puesta al día.

Desde tales premisas, cobra especial relevancia la necesidad de proteger el interés legítimo del trabajador de controlar sus datos personales insertos en los sistemas de comunicación empresariales porque sólo así va a poder evitar una afectación negativa durante la relación laboral, máxime si se trata de datos especialmente sensibles, obtenidos en el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con la prevención de riesgos laborales principalmente a través de la realización de los pertinentes reconocimientos médicos.

Como fácilmente puede intuirse, los reconocimientos médicos permiten, mediante la realización de las indagaciones, las pruebas clínicas y las averiguaciones biológicas o biométricas, la evaluación del estado de salud del trabajador, el conocimiento de sus posibles patologías y su origen y, también, la aplicación de los oportunos remedios en orden a un eventual restablecimiento del bienestar. Desde la óptica del cumplimiento de la obligación empresarial de proporcionar seguridad en el trabajo, los resultados de los reconocimientos médicos permitirán planificar y, en su caso, reorientar la actividad preventiva en la empresa. Ahora bien, ocurre que el reconocimiento médico implica, en sí mismo, una intromisión en la esfera privativa del trabajador. Tal contraposición de intereses exige la búsqueda de un punto de equilibrio.

A la espera de la respuesta expresa del legislador español, tras un fracasado Proyecto de Ley, es necesario analizar los principios y garantías recogidos en el Reglamento UE 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, de Protección de Datos Personales, sin olvidar tampoco las pautas introducidas al respecto en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, que acoge como postulado básico la autonomía de la persona del trabajador para someterse o no a los reconocimientos médicos, propuestos por la empresa, permitiendo, en su caso, exploraciones y analíticas sobre datos corporales, o impidiendo pruebas clínicas ajenas a la finalidad de la vigilancia de la salud en relación con los riesgos inherentes al trabajo. Este criterio se conecta directamente con la obligación de información previa, de forma que el trabajador debe ser expresamente alertado sobre los exámenes médicos especialmente invasores de su intimidad al tiempo de otorgar su consentimiento.

Ponencia: **MECANISMOS JURÍDICOS DE PREVENCIÓN AMBIENTAL EN ACTIVIDADES DE LA INDUSTRIA EXTRACTIVA**

Ponente: **Tomás Quintana López**, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de León

El tema a tratar desde el punto de vista jurídico es complejo debido a que las soluciones que ofrece el ordenamiento a la tensión entre la minería y el medio ambiente vienen establecidas en diversas normas jurídicas, unas concebidas para ser aplicadas de forma transversal, es decir a diferentes actividades, entre las que se hallan también las actividades mineras; y otras específicamente concebidas para ser aplicadas al sector minero.

La exposición consta de dos partes: una primera relativa a los antecedentes legislativos y su aplicación, y una segunda dedicada al régimen jurídico actual, integrado, como se ha indicado, por normas de proyección trasversal y por otras específicamente previstas para las actividades mineras.

I. Antecedentes normativos y su aplicación

1. Previsiones de la Ley de Minas (1973)
2. Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, aprobado por el Decreto 2414/1961, de 30 de diciembre, y su contradictoria aplicación con los artículos 116 y 117 de la Ley de Minas. Solución jurisprudencial
3. La Constitución y su influencia en la regulación de la tensión entre la minería y el medio ambiente:
 - A) Ley de Cataluña 12/1981, de 24 de diciembre, por la que se establecen normas adicionales de protección de los espacios de especial interés natural afectados por actividades extractivas// STC 64/1982, de 4 de noviembre.
 - B) La restauración de los espacios afectados por actividades extractivas. Reales Decretos 2.994/1982, de 15 de octubre, y 1.116/1984, de 9 de mayo.

II. Régimen actual

1. Legislación transversal. Controles administrativos previos al desarrollo de las actividades mineras por razones ambientales: Evaluación de Impacto ambiental y prevención y control integrado de la contaminación (autorización ambiental integrada). Coordinación de ambos controles.
2. Restauración de espacios afectados por actividades extractivas y gestión de residuos.
 - A) Real Decreto 975/2009, de 12 de junio, sobre gestión de los residuos de las actividades extractivas y de protección y rehabilitación del espacio afectado por actividades extractivas.
 - B) El Plan de Restauración. Contenido, aspectos procedimentales, ejecución del plan de restauración y régimen sancionador.

Ponencia: EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PREVENTIVOS EN EL MARCO DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA

Ponente: **Ana Belén Casares Marco**, Catedrática Acreditada de Derecho Administrativo de la Universidad de León

La aprobación y entrada en vigor de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, ha desatado una honda preocupación acerca de sus implicaciones concretas tanto para los operadores jurídicos, públicos y privados, como para los ciudadanos en general. Inician una nueva etapa en relación con la organización y el funcionamiento del sector público español, marcada, fundamentalmente, por la separación en dos textos normativos diversos de la regulación de las vertientes *ad extra* y *ad intra* de nuestras Administraciones públicas, destacando, en particular, la preocupación del legislador, cuando no su auténtica obsesión, por continuar profundizando en la Administración electrónica. La reforma incorpora, en tal sentido, importantes innovaciones, escudándose en la necesidad de mejorar el funcionamiento interno de nuestra Administración pública y, en particular, en los principios de eficacia y eficiencia, para implantar un nuevo modelo administrativo que suscita, sin duda, cuestiones y objeciones que precisan respuesta.

En efecto, no cabe desconocer que la fiebre informática que caracteriza a nuestra sociedad contemporánea conlleva un grave riesgo para algunos de los derechos fundamentales más importantes que reconoce nuestra Constitución. La evolución constante e imparable de las nuevas tecnologías, su prácticamente ilimitado potencial para el tratamiento de la información y, en particular, de los datos personales, supone, en este sentido, una amenaza cierta que pone en serios aprietos la capacidad de los ciudadanos de controlar toda aquella información personal que se refiera a ellos o les afecte, aspecto especialmente delicado, por lo demás, en relación con cuestiones especialmente sensibles, como son las que atañen, precisamente, al ámbito de la prevención de riesgos laborales. A las dificultades planteadas por este continuo avance tecnológico, se une, por otra parte, la futilidad de buena parte de las soluciones que pudieran articularse ante la intensidad de unas agresiones que resultan, sin duda, explicables, esperables, incluso, hasta cierto punto, en el contexto socioeconómico actualmente vigente, en el que la información se erige, claramente, y de forma cada vez más global, en instrumento de poder, en valor de cambio, desatando un voluminoso y difícilmente controlable tráfico de información.

Ponencia: PREVENCIÓN DE RIESGOS PSICOSOCIALES CAUSADOS POR LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Ponente: **Juan José Fernández Domínguez**, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León

Las patologías derivadas de la masiva introducción de la tecnología en la vida y en el trabajo mueve a reflexionar sobre las dificultades para la adaptación causadas por la

falta de habilidad para tratar adecuadamente con tan ingente como imprescindible bagaje.

Bajo el término tecnoestrés se agrupan una serie de desequilibrios funcionales en los que ansiedad, sobrecarga de información, conflicto de roles, factores de organización, ausencia de formación y un largo etcétera se proyectan bajo patrones o denominaciones conocidas, a las cuales viene a añadirse el prefijo o sufijo “tecno” para dotarlos de una nueva dimensión, en el sempiterno dilema derivado de los fallos en la relación “demanda-recursos-control”.

Experiencias pasadas con las TICs, actitudes y valores frente a la tecnología y márgenes y sentimientos de autoeficacia irreal o impotencia ante las innovaciones introducidas en el trabajo se traducen en variados tipos específicos de riesgos, siempre presididos por las constantes de las fuentes tradicionales: demandas técnicas desproporcionadas o desequilibradas en relación con carencias en habilidades personales reales o presuntas (sentidas como tales o sobrevaloradas, admitiendo tanto el exceso como el defecto) y falta de los amortiguadores necesarios (autoeficacia específica, estrategias de afrontamiento o *coping* y un grado de aceptación normalizado) como factores imprescindibles para hacerles frente.

Ha lugar, así, a la aparición de un escenario donde, entre otros actores, cobran singular protagonismo el síndrome de fatiga informativa (*data smog*), la locura multitarea (*multitasking madness*) y la “accidentabilidad informática” (*computer hassles*); a sus resultas, casi siempre, el síndrome de estar quemado (*burnout*).

Su incidencia exige, como primera medida de prevención, contar con instrumentos fiables para detectar el fenómeno general y sus variantes, apoyados en herramientas de evaluación como los cuestionarios CET, RED.es, Red_General, Red_TICC o RED_TT, aun cuando el único validado a día de hoy en España es el RED-TC (Nota Técnica de Prevención 730).

En sus variantes, tres son las manifestaciones básicas con estructura de análisis consolidadas. Habiéndose prestado atención específica a la tecnoadicción (que precisaría ser ponderada en otros contextos o personalidades adictivas), aquí se aludirá a las otras dos con perfil nitidamente delimitado: la tecnoansiedad o tecnofobia y la tecnofatiga.

La tecnofobia puede ser comprendida a través de tres factores básicos: resistencia, miedo o ansiedad y pensamientos hostiles hacia lo tecnológico, de intensidad variable, los cuales llevan desde la incomodidad a la sensación cognitiva, hasta alcanzar el grado patológico de la ansiedad o miedo irracional. En este nivel surgirán los trastornos adaptativos (psicológico, social o de funcionamiento) y la ansiedad generalizada y somatizada a nivel físico y psicológico, para cuyo tratamiento resulta aconsejable recurrir a psicoterapias de exposición: desensibilización sistemática, inundación o terapia implosiva y exposición gradual.

La tecnofatiga, o agotamiento tanto mental como cognitivo, puede ser fruto de la conocida como “infoxicación”, o falta de habilidad para procesar toda la información

de que dispone el usuario. De gravedad manifiesta, en la medida en que su somatización física y mental puede conducir a situaciones incapacitantes o problemas notorios de rendimiento, las medidas de prevención disponibles son las comunes ante cualquier fenómeno de estrés, adaptadas a este contexto específico: organizacionales, o de intervención en las condiciones de trabajo generales, e individuales, que potencien la resistencia allí donde ha fallado la resistencia.

Ponencia: **RIESGOS ASOCIADOS A LA UTILIZACIÓN DE PANTALLAS DE VISUALIZACIÓN Y DISPOSITIVOS DE CONTROL**

Ponente: **José Gustavo Quirós Hidalgo**, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León

Por pantalla de visualización ha de entenderse cualquier pantalla alfanumérica o gráfica capaz de representar texto, números o gráficos, independientemente del método de presentación utilizado. Conviene destacar su frecuente uso en el ámbito laboral, en la actualidad en cualquier sector, pues la tecnología hace que cualquier actividad profesional requiera el uso de equipos informáticos, tablets, smartphones, terminales, etc.

Conforme a la LPRL, el empresario tiene, entre otras, la obligación de adoptar, respecto al personal a su servicio, las medidas necesarias para que la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo --y las pantallas de visualización lo son-- no suponga riesgos para su seguridad o salud o, si ello no fuera posible, para que tales riesgos se reduzcan al mínimo. En este sentido, los principales riesgos asociados a la utilización de estos equipos de trabajo son trastornos musculoesqueléticos, problemas visuales y fatiga física y mental.

Por todo ello, el Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, regula las disposiciones mínimas de seguridad y salud relativas al trabajo que incluye pantallas de visualización. Asimismo, existe una Guía Técnica del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo (edición de 2006) para la evaluación de los riesgos inherentes al uso de estos dispositivos y varias Notas Técnicas de Previsión que establecen buenas prácticas relativas a la iluminación, descansos, ergonomía, etc.

En resumen, la evaluación de los riesgos derivados del uso de pantallas de visualización por parte de los trabajadores usuarios y las medidas para evitar o reducir sus riesgos debe atender fundamentalmente a los siguientes elementos: el diseño del puesto de trabajo (medias y dimensiones de sillas, mesas y espacios), los elementos del puesto (pantalla, teclado, superficie de trabajo, asiento), el medio ambiente físico (iluminación, ruido, calor, emisiones, humedad), la relación ordenador-persona (programas o aplicaciones a utilizar) y la organización del trabajo (formación e información, reparto de tareas, pausas).

Ponencia: **EL ACCIDENTE IN ITINERE Y EN MISIÓN EN EL MARCO DE LA INDUSTRIA 4.0**

Ponente: **Rodrigo Tascón López**, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León

Los increíbles avances tecnológicos que está contemplando la humanidad tienen influencias múltiples sobre los más variados aspectos de la vida social y jurídica. Uno entre muchos es el relativo al desplazamiento de trabajadores, esto es, la necesidad que tienen los operarios de desplazarse, moverse, en el mundo físico, para desarrollar su prestación profesional, ya sea de forma normal o habitual; ya de forma más excepcional, para realizar tareas en lugares distintos al centro de trabajo (viajes en misión).

El Derecho del Trabajo se ha ocupado tradicionalmente de estas cuestiones desde varios puntos de vista: limitaciones a la decisión temporal de desplazamiento de trabajadores y a la definitiva de la movilidad geográfica (art. 40 ET); consideración de accidente de trabajo tanto el sufrido *in itinere* como el ocurrido en misión (art. 156 LGSS). La industria 4.0 influye, al menos, de dos formas diferentes en los desplazamientos de los trabajadores:

1º.- La tecnología evita y evitará desplazamientos de los trabajadores: las nuevas herramientas tecnológicas están empequeñeciendo el mundo. Hoy se puede en tiempo real tener una reunión virtual con un cliente o proveedor, enviar gran cantidad de información en cualquier lugar del mundo, perfeccionar contratos a través de firma electrónica, trabajar a distancia (algo que se ha facilitado tras la reforma del art. 13 ET operada por la famosa reforma laboral de 2012, que no todo hizo mal...) haciendo llegar el fruto del esfuerzo a la empresa en el mismo momento en el que es realizado por el teletrabajador que, a su vez, puede ser controlado perfectamente por la empresa a través de dispositivos remotos (que, en principio, y si han sido debidamente informados, son lícitos y no atentan contra derecho fundamental inespecífico alguno)...

Todas estas potencialidades han de llevar a una disminución de los desplazamientos de trabajo porque es un objetivo deseable desde diversos puntos de vista: tanto para el trabajador individual (las limitaciones del art. 40 muestran a las claras que el interés del operario es precisamente no tener que viajar por motivos laborales) para facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral; como colectivo (menor impacto ambiental, reducción de atascos...).

2º.- La tecnología permite nuevas formas de desplazamiento más rápidas y seguras. Y esto puede ser usado por los trabajadores y favorecido y potenciado por las empresas como vía para prevenir posibles siniestros, evitando así responsabilidades civiles privadas y públicas de Seguridad Social (lo que redundaría en beneficio de las maltrechas arcas del Sistema).

Por otro lado, el Derecho de la Seguridad Social, encargado de prestar protección a quien sufra un accidente como consecuencia de un desplazamiento profesional, ha experimentado (está experimentando) una constante reconstrucción del concepto de

accidente de trabajo, consagrado en el art. 156 LGSS, para adaptarlo a las nuevas realidades.

Así, el accidente *in itinere*, aun cuando sigue requiriendo de sus característicos elementos locativo, teleológico y medial, ha sido flexibilizado en los últimos tiempos por la jurisprudencia para entender, conforme a la realidad social, que se puede compaginar un domicilio familiar con otro profesional, al que viajar la noche antes de la incorporación efectiva al trabajo, quedando el accidente ocurrido en dicho trayecto incorporado al concepto de contingencia profesional.

Por su parte, el accidente en misión ha sido considerado plenamente por la jurisprudencia como accidente de trabajo, aun cuando los pronunciamientos más recientes han explicado que no pueden extenderse sus efectos a los períodos en los que el trabajador estaba disfrutando de períodos de descanso en el hotel o de momentos de ocio en playas o lugares similares, salvo que se pruebe de forma indubitada su relación con el trabajo.

Ponencia: **REVOLUCIÓN ROBÓTICA E INTERACTUACIÓN HUMANOS-ROBOTS EN EL TRABAJO EN ESPECIAL, LAS IMPLICACIONES EN TORNO A LA SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO**

Ponente: **M^a Yolanda Sánchez-Urán Azaña**, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense

I. CUESTIONES PREVIAS

- ¿Por qué hablamos de Revolución Robótica?: se advierte que los robots y los sistemas de IA son unos de los grandes inventos disruptivos del entorno digital

PERO

Contexto: 4ª Revolución Industrial: realidad compleja, heterogénea más allá que una simple descripción del cambio impulsado por la tecnología

_ Distinción entre IA y Robótica (Ciencia?: combinación de muchas disciplinas científicas)

_ Concepto de IA- “sistemas que muestran un comportamiento inteligente al analizar su entorno y tomar medidas, con cierto grado de autonomía, para alcanzar objetivos específicos” Comunicación de la CE “IA en Europa”, 24-4-2018

- ¿Por qué Robótica Inclusiva?- Dimensión social, ética, legal...

- . No importancia de las características concretas, intrínsecas de los robots- Concepto técnico de robot
- . Sí importancia de:
 - _ Especificidad del contexto, diferentes características de los robots, IA
 - _ Determinar con precisión los retos sustanciales
 - _ Fijar con precisión los problemas subyacentes profundos

- EL SER HUMANO EN EL CENTRO: Ética-Derecho: influencias recíprocas
Roboética (VERUGGIO, G.)- *Conjunto de criterios o teorías para dar respuesta a los problemas éticos derivados del diseño, desarrollo y uso de los robots*
 - _ Problemas comunes a todas las tecnologías emergentes
 - _ Problemas o cuestiones singulares de la Robótica:
 - _ Relaciones entre seres humanos-máquinas (usos y límites de la robótica)
 - _ “Status moral de los robots”: objeto, agente moral, sujeto

II. PROYECCIÓN POLÍTICA Y JURÍDICA DE LA ROBÓTICA

REGULACIÓN - ¿Cuándo, cómo y qué modalidad de regulación?

- _ Diferentes enfoques: ¿hard law/soft law?
- _ Principio: Innovación tecnológica social y jurídicamente responsable (más allá del principio de precaución y del de neutralidad tecnológica)
- _ Marco Europeo: Pilar Europeo de Derechos Sociales //Equilibrio entre facilitar el desarrollo tecnológico robótico y proteger los valores que son deseados por los humanos
 - _ Identidad humana/dignidad y en tono a ellas sus derechos irrenunciables
 - _ Mejora del ser humano a través de la tecnología
 - _ Respeto a los derechos humanos

¿REGULACIÓN JURÍDICA? - ¿Derecho de la Robótica? ¿Derecho de los Robots?

- _ Concepto técnico (específico y amplio) de Robot
- _ Rasgos o caracteres—Interacción física/cognitiva entre humanos-robots

IMPACTOS O PROBLEMAS que requieren respuesta desde del Derecho:
AFECTACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO (Grupo de Alto nivel UE sobre el impacto de la transformación digital en el mercado de trabajo en la UE 2018)

IMPLICACIONES JURÍDICO-LABORALES DE LA ROBOTIZACIÓN Y SOLUCIONES

III. IMPLICACIONES JURÍDICO-LABORALES DE LA ROBOTIZACIÓN

A) PUNTO DE PARTIDA

Confrontación de ideas y proyecciones-tecno-pesimistas -riesgos para el empleo y la ocupación: efecto sustitución de trabajos (destrucción-BOTSOURCING) -tecno-optimistas –oportunidades o impacto positivo neto sobre los trabajos y la calidad del empleo; sustitución de unas tareas concretas y no de otras (en especial las de propiedades humanas)// dudas sobre el incremento de la cantidad y calidad del empleo de los humanos y necesidad de abordar los problemas del período de transición en las condiciones de trabajo y empleo.

Ausencia de una foto fija para todos los sectores, todo tipo de trabajo, todo nivel de habilidades y capacidades, todos los mercados, todos los países...

- _ Perspectiva temporal y pronósticos: a largo, medio y corto plazo
- _ Brecha digital y su coste social

— “Red de seguridad” en el período de transición: Igualdad de oportunidades e integración de colectivos vulnerables (perspectivas de género/edad)

¿Quiénes son los más vulnerables?— Los resultados de las estimaciones muestran que la probabilidad de automatización disminuye con el grado de responsabilidad en la empresa, el nivel educativo, la disposición a participar en acciones formativas y la adopción de nuevas formas de trabajo —como el teletrabajo—, y es comparativamente reducida para los ocupados en educación, sanidad, servicios sociales, TIC, energía y actividades científico-técnicas. Las restantes características del trabajador —como el género, la edad, la nacionalidad, la antigüedad, el tipo de contrato y la situación laboral de procedencia— y de la empresa —como el tamaño— juegan un papel secundario para explicar el riesgo de digitalización —BBVA.

B) MARCO REGULATORIO DE LAS RELACIONES LABORALES

1) PLANTEAMIENTO: ECUACIÓN ENTRE LIBERTAD EMPRESARIAL Y FUNCIÓN Y FINALIDAD DEL DERECHO DEL TRABAJO: PROTECCIÓN Y GARANTÍA DEL TRABAJO HUMANO

- 1) Implicación de los empresarios-representantes de los trabajadores
- 2) Mínima, necesaria, intervención legal imperativa (hard law)

2) PROYECCIONES

- a) Sobre el concepto de trabajador y formas de empleo en el mercado de trabajo robotizado
- b) Condiciones de trabajo y el impacto de la robótica. Reflexiones sobre algunos de los problemas. En especial en la relación individual de trabajo

IV. CONDICIONES DE TRABAJO E IMPACTO DE LA ROBÓTICA. EN ESPECIAL SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

A) Algunas cuestiones previas

- ¿REPLANTEAMIENTO DEL CONCEPTO DE TRABAJADOR PERSONA DISCAPACITADA? ¿Podría alterarse el concepto de discapacidad en un futuro?
- Sobre los robots-workers-Debate sobre la personalidad electrónica o sobre los ECNP-No eliminación del rasgo de “humanidad” en la configuración jurídica del concepto de trabajador -- ¿Se les podrá otorgar un determinado status laboral?-De su consideración como mero instrumento de trabajo, a herramienta de trabajo completa tecnológicamente, ¿también sujeto de derechos y obligaciones laborales?—AUSENCIA DE VOLUNTARIEDAD
- Cambio del MODELO DE TRABAJO y polarización de los trabajadores (brecha digital y su efecto sobre colectivos específicos de trabajadores)-
- Reparto del trabajo y protección de los trabajadores más vulnerables – Desigualdad “digital” y principio de igualdad de oportunidades y no discriminación en el empleo

B) Condiciones de trabajo y el impacto de la robótica-DOS VERTIENTES O DIMENSIONES: 1) Trabajo colaborativo con robots/ 2) Efecto sustitución

EFFECTO SUSTITUCIÓN

Derecho a la no discriminación (principal red de seguridad jurídica de los trabajadores Robotización y comportamientos asépticamente ligados a un derecho empresarial a la innovación tecnológica –incidencia en determinados colectivos de trabajadores– Causa de discriminación indirecta.

La causa técnica (derivada de la robotización) debe orientar medidas en relación con la remuneración o con la amortización de puestos de trabajo (o suspensiones o modificaciones).

Botsourcing y sus implicaciones laborales-el robot como mejora técnica y los aspectos de flexibilidad interna y flexibilidad externa (necesidad de especificación en el plano normativo para concretar la razón técnica derivada de la robotización-incorporación masiva de robots-reemplazo de trabajadores y medidas ponderadas y equilibradas limitativas del impacto del despido: necesidad de medidas preventivas a largo plazo y reparadoras a corto plazo

A largo plazo---AJUSTES RAZONABLES (PARA LA READAPTACIÓN DEL PUESTO)-Problema: “carga excesiva para el empresario” (contrarrestado con los incentivos fiscales o subvenciones o bonificaciones)- --Aspecto controvertido “AYUDAS AUXILIARES” (exoesqueletos)

TRABAJO COLABORATIVO- Seguridad y Salud en el trabajo

- _ Nuevos riesgos psicosociales
- _ Readaptación y capacitación profesional de los trabajadores
- _ Tiempo de trabajo-desconexión digital de los robots- Influencia en la remuneración (dimensión nueva el trabajo de igual valor)

En el campo de la Robótica Industrial se ha ejemplificado cómo los robots colaborativos pueden influir positivamente en la productividad de los trabajadores humanos¹ porque entre otros efectos pueden incrementar la ergonomía en los procesos y reducir el riesgo de lesiones en el lugar de trabajo, disminuyendo así las bajas

¹ Un ejemplo citado en muchas ocasiones es el de la fábrica estadounidense de BMW en Spartanburg donde los robots colaborativos ayudan a colocar puertas con aislamiento de sonido y humedad, una tarea que solía causar tensión en la muñeca de los trabajadores <https://roboticsandautomationnews.com/2017/03/04/bmw-shows-off-its-smart-factory-technologies-at-its-plants-worldwide/11696/>

O el del fabricante de electrónica canadiense Paradigm Electronics, que utiliza robots para llevar a cabo tareas de pulido en los altavoces <http://www.manufacturingglobal.com/technology/collaborative-robotics-increased-paradigm-electronics-throughput-50/>; los robots han incrementado en un 50% la productividad pero sin pérdida de empleo de los trabajadores humanos que han sido reconducidos a tareas de acabado final y de control de calidad.

laborales derivadas de acciones repetitivas físicas o de procesamiento de datos y reduciendo la accidentalidad laboral.

Pero también preocupa desde esta perspectiva, la de seguridad y salud en el trabajo, y pensando en términos de colaboración, interacción o trato con robots en el trabajo (no la perspectiva de reparto separado de tareas), la diferencia que puede haber entre tener a humanos como compañeros de trabajo a tener a robots, sobre todo cuando éstos tengan incorporados cada vez mayores dosis de IA, lo que indudablemente generará nuevos riesgos psicosociales para el trabajador humano derivados de la impredecibilidad de actuación de estas máquinas sofisticadas.

MINORACIÓN DE LA EXPOSICIÓN AL RIESGO---ROBÓTICA INDUSTRIAL—Los robots como medios para cumplir las normas sobre seguridad y salud en el trabajo y disminución de riesgos
NUEVAS PERSPECTIVAS:

- a. Robots inteligentes
- b. Cooperación/interacción humanos-robot

Lo que quiere decir que en materia de prevención de riesgos laborales, así como las normas establecen reglas o medidas de control y prevención atendiendo a colectivos específicos de personas (edad, discapacidad, maternidad), habrá que establecer también medidas preventivas orientadas a definir el riesgo y los derechos y obligaciones cuando aparezca un robot de mayor autonomía. No solo por tanto medidas de seguridad, tal y como se establecen en la industria, sino orientando la prevención hacia nuevos riesgos psicosociales para los trabajadores humanos que interactúan con robots de esas características.

Condiciones o requisitos de seguridad---Si los robots son equipos de trabajo--¿cómo se debe adaptar la normativa en particular el RD 1215/1997 a estos equipos?

Si los robots cooperadores/inteligentes son más que un medio o equipo de trabajo--¿podrían incrementar los riesgos psicosociales?---¿cómo afrontar la protección y garantía de la salud psicológica y social de los trabajadores?

¿Serían los robots un elemento o factor de riesgo en sí mismo?—Un nuevo factor de riesgo como la organización del tiempo de trabajo, por ejemplo.

El robot puede reducir riesgos físicos de muchas actividades... pero puede producir otros—mayor presión psíquica, por ejemplo, con aumento del estrés laboral y la fatiga

Adecuación de quién a quién en los ritmos de trabajo, en los tiempos de descanso, mayor responsabilidad de trabajadores, aislamiento del trabajador que interactúa más con robots y menos con humanos, ...: tecnoestrés, tecnofobia, tecnofatiga...

Enlaza esta perspectiva con la de readaptación y capacitación de los trabajadores y con la visión de la necesaria búsqueda de equilibrio entre derechos de los trabajadores y las cargas para los empresarios. Si la formación y capacitación profesional es un derecho del trabajador, cada vez más amplio en nuestra legislación, una nueva perspectiva se abre cuando se trata de medir el impacto de la robótica en esta

dimensión de derechos laborales porque no puede olvidarse que, para que el trabajador pueda beneficiarse de las oportunidades que ofrece la robótica (y en particular la equiparación de la generación actual de trabajadores a las futuras), se requiere que haya una inversión efectiva en formación y capacitación, no solo de los poderes públicos, sino también de las propias empresas, que exigirán que los ajustes razonables no supongan una “carga excesiva”.

¿Es suficiente la formación técnica del trabajador?

¿Debe incorporarse en los convenios colectivos?: ver CC Repsol, CC Bridgestone, CC industria química

Medidas necesarias: nivel formación de los trabajadores, formación continua, regulación de la jornada de trabajo, normas que regulen el uso de robots en nuevas áreas de actividades

Otra de las dimensiones del derecho a la seguridad y salud en el trabajo es la que concierne al tiempo de trabajo, en particular desde una perspectiva comunitaria, puesto que la Directiva UE sobre tiempo de trabajo (Directiva 2003/88) se ha ideado como instrumento legal de garantía de aquel derecho. Por tanto, la robotización de trabajos y tareas y la interacción humano-robot exige plantear si más allá de la reducción de jornada de trabajo como alternativa al posible desempleo tecnológico² o la propuesta o programas piloto ideados en algunos países (tal es el caso de Suecia, que propuso una jornada de 6 horas al día³) para ayudar a trabajar a más personas, haya que pensar también en la “desconexión digital” de los robots, es decir, en la medición de “su” tiempo de trabajo en relación o proporción a la media de los humanos (no a la inversa) para repartir con éstos la que es o se percibe como jornada habitual; y ello aunque se avance hacia una concepción flexible de la distribución irregular del tiempo de trabajo. Dicho de otra forma, y preguntándonos, ¿Habría que reconfigurar el tiempo de trabajo teniendo en cuenta el máximo que habría que asignar a los robots en las empresas? Se podría hablar de una desconexión robótica en las empresas como derecho de los trabajadores para un reparto equitativo del tiempo de trabajo entre robots y trabajadores humanos; aspecto éste, que influirá en la remuneración. Sin perjuicio de nuevas y múltiples formas de retribución que al respecto puedan establecerse, hay que plantear un dimension nueva del principio de igual retribución por trabajos de igual valor, que exigirá establecer reglas para medir o intentar objetivar los criterios para determinar que el trabajo realizado por los humanos es de igual valor que el trabajo realizado por los robots no tanto con fundamento en elementos cuantitativos (porque ello repercutiría negativamente en los humanos) como cualitativos que corresponderá describir en acuerdos y convenios

² Recuérdese que Keynes ya predijo que el reemplazo de trabajadores humanos por máquinas obligaría a una reducción progresiva de la semana laboral, que el fijaba en una proyección hacia 2030 de 15 horas; KEYNES, M. (1933) Economic possibilities for our grandchildren. En: *Essays in persuasion*. p. 358–73).

³ GREENFIELD, R.: “How the Six-Hour Workday Actually Saves Money”, *Bloomberg*, April 17, 2017, available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-04-17/how-the-six-hour-workday-actually-saves-money>. After a 2 years trial found that people working the 6 hours shift took 4.7 percent fewer sick days and had a higher level of well-being, however, due to lack of funding the study was stopped.

colectivos con apreciación detallada de las capacidades humanas, sea en trabajos industriales o de servicios.

Por último, control, supervisión y responsabilidad:

.Robots con capacidades de control diagnóstico y solución de problemas: repercusión en mandos intermedios y de supervisión

.Robots y control de riesgos: el robot como medida preventiva-Ejemplo exoesqueletos (aumento de capacidades; mejora cuantitativa y cualitativa del trabajo) –relación con el concepto de discapacidad/ajustes razonables/ efecto en el derecho a la no discriminación y reducción de la brecha e integración de personal femenino en tareas que exigen un esfuerzo físico paliado por la robótica: teoría del “trabajador aumentado”

.Responsabilidad: de nuevo la concepción del robot, ¿es un mero instrumento o apoyo técnico en el trabajo?—Influencia en la responsabilidad del empresario y, en particular, en los accidentes de trabajo provocados por robots STS de 20 de enero de 2010-responsabilidad por AT provocado por robots

Otros países: Francia/Alemania: reglas generales sobre prevención de riesgos laborales

Ponencia: **TRABAJADORES CON DISCAPACIDAD Y NUEVOS RIESGOS EN LA INDUSTRIA 4.0**

Ponente: **Henar Álvarez Cuesta**, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León

El sistema productivo está transformándose (lleva haciéndolo mucho tiempo) merced a la cuarta revolución industrial. Esta industria 4.0 o “industria inteligente” supone un salto cualitativo en la organización y gestión de la cadena de valor del sector; e implica la incorporación de las nuevas tecnologías (Big data y análisis de datos, Cloud Computing –evolucionando desde los datos en la nube a los datos en la niebla–, ciberseguridad, robótica, internet de las cosas, simulación y prototipado, realidad aumentada, etc.) a la considerada “tradicional”, permitiendo que dispositivos y sistemas colaboren entre ellos y con otros para crear una industria inteligente. La industria, al tiempo, transforma la economía tradicional en digital, y adquiere cuatro características específicas: la irrelevancia de la ubicación geográfica, el papel clave de las plataformas, la importancia de los efectos de red y el uso de grandes datos.

Los anclajes de la cuarta revolución industrial redimensionan, en su conjunto, los procesos de automatización y digitalización; vuelven a profundizar en las consecuencias del cambio tecnológico, y complejizan aún más las dimensiones del mismo hasta llegar a la esfera laboral.

El menor de los cambios no ha sido (ni será) la incorporación de robots con inteligencia artificial. Los retos a los que se enfrenta la prevención de riesgos pasarán en el futuro por la introducción de tecnologías de mejora humana como los exoesqueletos o robots portátiles, visión artificial o neurochips, que generarán nuevos o remozados riesgos a investigar, evaluar y prevenir; los arreglos ergonómicos y

logísticos de los robots autónomos necesitan nuevas pruebas y actividades de pilotaje en las industrias y en el sector de servicios y se deben ofrecer programas de formación adaptados a los trabajadores que programarán, explotarán, mantendrán o compartirán el lugar de trabajo con estos robots; en fin, los efectos de la robótica sobre la motivación y el bienestar de los trabajadores y directivos no son ampliamente conocidos y por ello los factores psicosociales relacionados con la robótica requerirán más atención en el campo de la seguridad y la salud.

En el futuro, la cooperación entre robots y humanos se diversificará, con los robots aumentando su autonomía y la colaboración entre humanos y robots alcanzando formas completamente nuevas. Los enfoques actuales y las normas técnicas destinadas a proteger a los empleados del riesgo de trabajar con robots colaborativos tendrán que ser revisados, ampliados y desde luego incorporados a los planes de prevención.

Desde la Unión Europea se reclama la instauración de sistemas globales que garanticen la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores que operan con o junto a sistemas robotizados u otras formas de inteligencia artificial, así como la introducción de normas que regulen las responsabilidades y garanticen que los daños causados por robots autónomos puedan dirimirse en favor de los trabajadores;

Si el uso de robots en la producción plantea importantes desafíos para la salud y la seguridad en el trabajo, los retos se intensifican y precisan de estudio propio para los empleados con discapacidad. Por un lado, la robotización puede reducir la carga física sobre los trabajadores, pero también puede dar lugar, por otra parte, a mayores tensiones psíquicas y a la necesidad de una protección específica como consecuencia de la creciente responsabilidad humana en procesos de producción más complejos.

En el primer sentido, los mayores beneficios derivados del uso más amplio de la robótica deberían ser la sustitución de personas que trabajan en entornos poco saludables o peligrosos y la utilización de estos robots para eliminar o paliar la discapacidad padecida. En el espacio, la defensa, la seguridad o la industria nuclear, pero también en logística, mantenimiento e inspección, los robots autónomos son particularmente útiles para reemplazar a los trabajadores humanos que realizan tareas sucias, aburridas o inseguras, evitando así la exposición de los trabajadores a agentes y condiciones peligrosas y reduciendo los riesgos físicos, ergonómicos y psicosociales.

En el segundo, y de acuerdo con lo previsto en el art. 25 LPRL, el empresario ha de tener en cuenta la discapacidad de sus trabajadores en las evaluaciones de los riesgos y, en función de éstas, adoptar las medidas preventivas y de protección necesarias. Asimismo, estos trabajadores no deben ser empleados en aquellos puestos de trabajo en los que, a causa de sus características personales, estado biológico o por su discapacidad física, psíquica o sensorial debidamente reconocida, puedan ellos, los demás trabajadores u otras personas relacionadas con la empresa ponerse en situación de peligro o, en general, cuando se encuentren manifiestamente en estados o situaciones transitorias que no respondan a las exigencias psicofísicas de los respectivos puestos de trabajo. La introducción de robots con inteligencia artificial o

la utilización de dispositivos tecnológicos modificará y dotará de nuevo contenido a este mandato legal.

Ponencia: **RIESGOS INHERENTES A LA DIGITALIZACIÓN DEL TRABAJO: NUEVOS HORIZONTES PARA LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**

Ponente: **Javier Fernández-Costales Muñiz**, Catedrático EU (integrado TU) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León

La disciplina preventiva forma parte del contrato de trabajo desde el punto de vista de los riesgos que genera el hecho de desarrollar una prestación de servicios, peligros que requieren de una protección específica, centrada y orientada básicamente a eliminar, evitar o reducir en el mayor grado de los posible no sólo esos riesgos, sino también las consecuencias que su materialización pueda llegar a tener, objetivo presente en las legislaciones de la mayor parte de los Estados, que establecen, regulan e imponen obligaciones, límites y responsabilidades atendiendo a las acciones (o inacción) de las partes en virtud de unos determinados estándares de seguridad que varían ostensiblemente de unos territorios a otros.

El lugar de trabajo puede cambiar a lo largo de la vigencia del contrato, entre otras razones porque el trabajador tiene una cierta movilidad espacial, pudiendo su prestación exigir hacer uso de la misma en mayor o menor intensidad. El desplazamiento transnacional de trabajadores en el desarrollo de una prestación de servicios, acontecimiento que en los últimos tiempos ha visto evolucionar y crecer exponencialmente su incidencia en un mundo cada vez más globalizado, donde el enorme avance de las nuevas tecnologías y los medios de comunicación han permitido reducir sustancialmente las distancias que antaño suponían un claro obstáculo en este ámbito.

El artículo 3.1.e) de la Directiva 96/71, reformada por la nueva Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, aplicable a los trabajadores desplazados en una prestación de servicios transnacional obliga a los Estados miembros a velar, cualquiera que sea la legislación aplicable a la relación, por que las empresas que realizan el desplazamiento garanticen, entre otras, las condiciones de trabajo y empleo y de seguridad e higiene en el trabajo, destacando, por su parte, el artículo 4.7º LPRL que se entenderá por condición de trabajo “cualquier característica del mismo que pueda tener una influencia significativa en la generación de riesgos para la seguridad y salud del trabajador”, lo que abarca, indudablemente, el desplazamiento transnacional para prestar servicios en otro país.

Las disposiciones en materia de seguridad y salud en el trabajo del país de destino parece, en principio, que deberán situarse entre las normas a respetar por la empresa que desplaza a su empleado, en tanto en cuanto en esta materia se procedió, como se ha visto, a realizar una armonización de las diferentes legislaciones de los estados miembros, de forma tal que existe una protección estándar mínima en el ámbito preventivo que acerca las distintas normativas y las hacen en buena medida muy similares en sus bases, aun cuando cabe señalar que evidentemente no todos los países

adaptaron de manera idéntica ni con el mismo alcance regulador la directiva marco, o no vigilan con la misma intensidad su aplicación, produciéndose diferencias que provocan la antes mencionada dificultad en muchos momentos a la hora de determinar el cuerpo regulador de aplicación.

Ponencia: **PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA INDUSTRIA 4.0 ¿ES POSIBLE UN ANÁLISIS DE GÉNERO?**

Ponente: **Beatriz Agra Viforcós**, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León

1. Industria y Trabajo 4.0

- Desarrollo del software, IA, robots, conexión persona-máquina... ¿4ª Revolución Industrial?
- Pilares de la Industria 4.0:
 - El tecnológico (internet de las cosas, realidad virtual, simulación productiva...)
 - El humano (formación cualificada y multidisciplinar, cultura del trabajo...)
 - El organizativo (terciarización, colaboración, globalización, fragmentación...)
- La Industria 4.0 genera un Trabajo 4.0, definido por cuatro ejes:
 - Trabajo centrado en lo digital y la conectividad. El centro de trabajo se desdibuja
 - Trabajo fragmentado y descentralizado. Se incrementa la individualización de las relaciones laborales o se produce, directamente, una deslaboralización
 - Trabajo flexible y con horarios no claramente delimitados
 - Trabajo para cuyo desarrollo son precisos nuevos perfiles profesionales

2. Impacto de la robótica y la digitalización en el trabajo

- Generan procesos de destrucción y creación de empleo y efectos en las condiciones de trabajo
- Surgen nuevas profesiones y actividades y desaparecen otras.
- Importancia de la educación, el reciclaje profesional y el aprendizaje a lo largo de la vida
- Segmentación del mercado de trabajo y precarización de los afectados por la brecha digital
- Crisis del Derecho Laboral al desdibujarse el tipo de trabajo sobre el que se edificó
- Efectos en la seguridad y salud en el trabajo

3. Seguridad y salud en el trabajo en la era tecnológica

- Conexión histórica y actual entre tecnología y seguridad y salud en el trabajo
- Nuevas tecnologías y protección del trabajador frente al riesgo laboral:
 - Sustitución del hombre por el robot en trabajos peligrosos
 - Nuevos medios de prevención y protección individual y colectiva
 - Potencial en lo relativo a la formación

- Potencial en el ámbito sanitario
 - Potencial de redes sociales, blogs, aplicaciones...
 - Mejoras en la gestión (evaluación en tiempo real, inmediatez...)
 - Riesgos laborales derivados de las nuevas tecnologías en la Industria 4.0
 - Riesgos derivados de la automatización y la robotización
 - Riesgos asociados a PVD
 - Riesgos asociados al teletrabajo
 - Riesgos psicosociales del Trabajo 4.0. Tecnoestrés
4. La Industria y el Trabajo 4.0 en la normativa preventiva
- Referencias en la LPRL y el RSP a la importancia de las tecnología y los avances técnicos
 - Reales Decretos vinculados a la cuestión
 - Referencias a algunas formas de Trabajo 4.0: temporal, concurrencia de empresarios, contratas, ¿trabajo autónomo?
5. ¿Es posible un análisis de género?
- Valoración de diferencias biológicas hombre-mujer frente a los riesgos laborales:
 - Embarazo y lactancia
 - Otras diferencias biológicas
 - Valoración de diferencias de género frente a los riesgos laborales:
 - Doble jornada de trabajo
 - Precariedad laboral
 - Segregación ocupacional horizontal
 - Segregación ocupacional vertical
 - Discriminación como riesgo psicosocial
 - Conclusiones

Ponencia: **LA PREVENCIÓN DE LOS RIESGOS LABORALES DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS**

Ponente: **M^a de los Reyes Martínez Barroso**, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León

El perfil del trabajo autónomo presenta una significativa diversidad, debido entre otros factores a la emergencia del trabajo autónomo económicamente dependiente, como figura laboral que constituye todavía un porcentaje menor del conjunto del trabajo autónomo, pero cuyas características suponen un cambio cualitativo respecto de la concepción tradicional del mismo. La aparición de esta figura hunde sus raíces en los cambios estructurales registrados en el mundo del trabajo en las últimas décadas, impulsados por una serie de factores, entre los que destaca el crecimiento de los servicios y las oportunidades nuevas que brindan las tecnologías de la información y de la comunicación. A todo ello se suma de forma más reciente el impacto de la digitalización, en una doble dimensión: De un lado, porque las nuevas formas de empleo digital (como el *crowd work* y el trabajo a demanda vía *apps*) están creciendo rápidamente en sectores económicos que ya registraban con anterioridad una presencia significativa del trabajo autónomo dependiente, tales como las industrias creativas, transporte, consultorías y los servicios de limpieza. De otro, y de forma más relevante, porque las nuevas plataformas

on line para el trabajo digital están contribuyendo a potenciar la ambigüedad de la relación laboral por una doble vía: mediante la incorporación de terceras partes en lo que previamente había sido un acuerdo bilateral, planteando la cuestión de quién debería ser considerado como empleador (el cliente, la plataforma digital, otro intermediario...) y creando nuevas asimetrías en el mercado de trabajo, que hacen prácticamente imposible aplicar el concepto de “negociación significativa” implícito en los planteamientos tradicionales de relación laboral entre empleado y empleador, o de contrato de servicio entre trabajador autónomo y cliente.

Y todo ello sin mencionar la existencia del “falso autónomo”, fenómeno que por su propia naturaleza irregular no es fácil de cuantificar y que podría haber registrado un cierto crecimiento en los últimos años en el contexto de la crisis económica. En definitiva, cada vez más profesionales autónomos trabajan por cuenta de empresas que ya no contratan a trabajadores. El trabajador asalariado ya no es la forma “óptima” de trabajo para muchas empresas, ni para sus colaboradores; de ahí la necesidad de que las formas innovadoras de trabajo asalariado puedan adaptarse relativamente a las actividades lucrativas que desarrollan ciertas plataformas digitales. Es más, en esta rápida enumeración, quizás habría que mencionar también al “emprendedor digital” o “emprendedor Online”, conocida como aquella persona que emprende negocios y proyectos con fines de lucro y de diversa índole a través de Internet. Los emprendedores digitales son el fruto de la globalización y el constante avance de las tecnologías de la información y las redes.

Sin negar la necesidad de continuar enfrentándose a los peligros tradicionalmente tomados en consideración, es preciso incorporar también en este ámbito, entre el elenco de riesgos a erradicar o minorar, los denominados psicosociales, relacionales y/u organizacionales, capaces de afectar también a la salud mental de los profesionales autónomos. A ello contribuye, sin duda, la innovación tecnológica, que además de contribuir a mejorar la producción puede incidir de forma negativa sobre la estabilidad psicológica de los profesionales como consecuencia de la sobrecarga mental y del miedo a lo desconocido. Si bien la presencia de tales riesgos es debida a múltiples factores (desde los medios concretos utilizados en el proceso productivo hasta factores relacionales de difícil control), la ponencia tratará de profundizar en el estudio de las circunstancias de la actividad por cuenta propia en la gestación del riesgo concreto, pues sin lugar a dudas constituye un factor decisivo en la presencia y materialización del riesgo psicosocial.

**MESA REDONDA: DIGITALIZACIÓN Y PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES
EN CASTILLA Y LEÓN**

**TELETRABAJO EN EL MARCO DE LA INDUSTRIA 4.0: ALGUNAS CUESTIONES
EN ORDEN A LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**

Natalia Ordoñez Pascua, Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León

La conocida como 4ª Revolución Industrial o Industria 4.0, con la fuerte irrupción en el mundo laboral y empresarial de las nuevas tecnologías –robótica, inteligencia

artificial, nanotecnología, analítica, entre otras– ha supuesto una radical modificación en la forma de desarrollo de las relaciones industriales, en las cuales se incardinan nuevos modelos de llevar a cabo la prestación laboral ajustados a las necesidades empresariales concretas.

Por cuanto aquí importa, una de las principales consecuencias del desarrollo tecnológico ha sido el incremento del llamado teletrabajo o trabajo a distancia, que surge como una opción válida y *a priori* ventajosa para el trabajador y el empresario que cabría resumir –a grandes rasgos– y en orden al primero, en una mayor adaptación de su jornada laboral a su situación familiar, lo cual supone grandes mejoras en la conciliación de vida familiar y laboral y en la calidad de vida, repercutiendo en una mayor satisfacción y productividad. Por cuanto hace al empleador, los beneficios más evidentes aparecen como una reducción de los costes fijos y aumento de la productividad. A todo ello cabe añadir la mejora medioambiental que supone la existencia de menores desplazamientos y su repercusión a nivel contaminante.

El desarrollo de la actividad laboral fuera de las instalaciones del empresario no supone que éste quede eximido de velar por la salud de los trabajadores que por cuenta ajena tiene a su servicio de igual forma que lo hace respecto de aquellos que trabajan físicamente en las mismas. En este sentido, el art. 13 de LET se encarga de recoger los extremos fundamentales en torno al desarrollo del trabajo a distancia, entre los cuales y de manera ineludible hace referencia al derecho de los trabajadores que ejercen su actividad laboral bajo esta modalidad a una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo.

Los beneficios y ventajas que abanderan al teletrabajo como su “flexibilidad” y “libertad” pueden tornarse en su mayor debilidad, dejando abierto un extenso abanico de riesgos psicosociales, además de los físicos asociados al empleo de las tecnologías de información y comunicación (uso continuo de pantallas de visualización, telefonía...). En este sentido uno de los principales problemas es la gestión del tiempo de trabajo ya que en los límites entre la vida laboral y profesional se difuminan al estar en uso permanente de los mismos dispositivos en las actividades de trabajo y ocio (ordenadores, tabletas, teléfonos móviles...).

Bajo el panorama descrito y en orden poner en marcha adecuados mecanismos de prevención cabría valorar dos situaciones distintas: por un lado, aquellas en las cuales la prestación laboral se desarrolla dentro del ámbito del domicilio particular del trabajador donde la intromisión y vigilancia empresarial presenta mayores dificultades; por otro, aquellas en las que la actividad es llevada a cabo en determinados centros que si bien se encuentran fuera de las instalaciones empresariales en sentido estricto tienen una vinculación con la empresa que las hacen susceptibles de un mayor control.

Ponencia: **LA PREVENCIÓN DE RIESGOS DE QUIENES TRABAJAN A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES EN CASTILLA Y LEÓN**

Ponente: **Francisco Xabiere Gómez García**, Personal Investigador en Formación (JCyL-FSE) de la Universidad de León

El auge de los procesos de digitalización está revolucionando nuestra sociedad y, por ende, las relaciones laborales. Una de las novedades de la denominada «industria 4.0» reside en la expansión de la «economía de plataformas», hasta ahora mal llamada «economía colaborativa». Estas plataformas, las cuales operan vía web o App, permiten a los ciudadanos ofrecer servicios, a la vez que fomentan nuevas oportunidades de empleo, fuentes de ingresos inéditas y originales modalidades de trabajo flexibles.

Pero, de la misma forma, manifiestan un lado oscuro, creando problemas para la aplicación de los marcos jurídicos existentes al desafiar los límites establecidos entre consumidor y proveedor, trabajador por cuenta propia y por cuenta ajena o la prestación profesional y no profesional de servicios. La nítida definición de estas situaciones es precisamente la clave que va a permitir determinar las responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales, impidiendo así el peligro de que se puedan aprovechar las zonas grises reglamentarias para eludir unas normas que fueron diseñadas para proteger, no solo la salud de todos los trabajadores, sino también el interés público.

Estas plataformas digitales se pueden dividir en dos tipos, en función de que las tareas a realizar requieran, o no, la presencia física en el lugar de la prestación de servicios. Así, en Castilla y León son más accesibles las segundas, englobadas dentro del anglicismo *crowdwork*, por cuanto la llamada a la realización del servicio demandado se realiza en forma de convocatoria global hacia una multitud de posibles trabajadores, donde cada persona que cumpla los requisitos mínimos podría afrontar la tarea, siendo las más habituales las relacionadas con el diseño, la programación, o la traducción. En cambio, las que realizan el trabajo «bajo demanda» con una ejecución local (las más comunes son las dedicadas a la movilidad, el transporte de mercancías y el reparto de comida a domicilio), dependen de la expansión geográfica decidida por la propia plataforma, por lo cual su actual impacto en nuestro territorio autonómico es mucho menor, a excepción de la plataforma de reparto de comida a domicilio *Just Eat*.

Por cuanto a los riesgos laborales se refiere, hay riesgos comunes para ambas modalidades, como son los derivados de un trabajo informal, precario, incierto y generalmente retribuido a destajo; los asociados al término «tecnostres» (que pueden producir tecnostres, nomofobia, etc.); o la presión por ver su desempeño evaluado públicamente a nivel mundial. Pero también existen riesgos específicos para cada una de las modalidades, siendo similares los del *crowdwork* a algunos de los del teletrabajo (uso de pantallas, ergonomía, aislamiento, etc.), mientras que los del *on-demand work* dependen más del sector de actividad concreto, aunque casi todos incluyen la geolocalización continua o el mayor riesgo de accidentes.

Todavía es demasiado pronto para evaluar el impacto real en la salud de los trabajadores que realizan su prestación mediante las plataformas digitales, pero tanto el creciente número de plataformas existentes como de personas que acuden a ellas en busca de la realización de algún tipo de trabajo remunerado, aconsejan poner más atención en las condiciones laborales en este ámbito, especialmente en aquellas ligadas a la protección de la salud y seguridad en el trabajo.

Ponencia: **LOS PROCESOS SOBRE RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTOS EN MATERIA DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES**

Ponente: **Ignacio González del Rey Rodríguez**, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Oviedo

Alterum non laedere

1. Los riesgos del trabajo y la protección de la persona trabajadora como elementos esenciales y originarios del ordenamiento social

- Producción industrial y trabajo asalariado: nuevos riesgos y finalidad protectora del Derecho del Trabajo. Desde las primeras “leyes de fábricas”: trabajo infantil (1873), tiempo de trabajo (1919) y accidentes de trabajo (1900). Línea de tendencia y evolución constante del ordenamiento laboral (paradigmáticamente PRL e igualdad y no discriminación). El suelo del Derecho (también del Derecho del Trabajo): los derechos fundamentales, de ciudadanía o de la personalidad. “Flexiseguridad”: ciudadanos vs trabajadores.

2. Un siglo en la prevención y protección frente a los riesgos laborales: de la Ley de accidentes de trabajo de 1900 a la Ley de prevención de riesgos laborales de 1995

- Hacia una responsabilidad objetiva (por riesgo) y tasada (contingencias y prestaciones determinadas). Hacia una responsabilidad socializada (aseguramiento obligatorio) y publicada (Seguridad Social). Instrumentos correctores o complementarios de la protección social de los riesgos profesionales: mejoras voluntarias, recargos de prestaciones, y responsabilidad civil e indemnizaciones por daños. El redescubrimiento de la responsabilidad por daños.

3. Responsabilidades en materia de prevención de riesgos laborales y por contingencias profesionales en el ordenamiento español vigente

- Pluralidad de tutelas: preventiva, resarcitoria (prestacional e indemnizatoria y posibles mejoras), sancionadora (administrativa, penal y disciplinaria) y mixta (recargos). Pluralidad de marcos jurídicos: LPRL, LISOS, LGSS, LETT, LETA, CC, CP... Pluralidad de sujetos obligados y responsables: empresario principal y empresas colaboradoras; promotores y propietarios de obras; servicios de prevención, auditoría y formación; administradores, directivos o encargados; técnicos y responsables de prevención; fabricantes, suministradores e importadores; mutuas y aseguradoras, etc. Pluralidad de responsabilidades empresariales por incumplimientos en materia preventiva: por riesgo o por resultado, punitivas o resarcitorias (y mixtas), directas o derivadas (y

compartidas). Sanciones administrativas (LISOS), sanciones penales (arts.316 a 318 CP), prestaciones de Seguridad Social (art.242 y 244 LGSS), recargos de prestaciones (art.164 LGSS) e indemnizaciones por daños (arts.1.101 y 1.902, y ss. CC). Pluralidad de procedimientos, de procesos y ¿de jurisdicciones?

4. Prevención y responsabilidad por riesgos profesionales en la Ley reguladora de la jurisdicción social de 2011

- Cambios significativos respecto de sus precedentes: del silencio de la LPL de 1995 a las numerosas previsiones de la LJS de 2011. Competencia omnicomprendiva de la jurisdicción social en materia de prevención y responsabilidades por riesgos laborales desde el punto de vista objetivo (art.2.b), e) y q) LJS): prevención, protección y sanción. Y acumulación de acciones, procesos y recursos (arts.25, 28.2, 30 y 234 LJS). Competencia omnicomprendiva de la jurisdicción social en materia de prevención y responsabilidades por riesgos laborales desde el punto de vista subjetivo (art.2.b), e) y q) LJS): trabajadores y funcionarios, empresas y terceros. Y actos preparatorios y legitimación ampliada. Medidas cautelares (arts.79.5 y 142 LJS): inespecíficas. Distribución de la carga de la prueba (art.96.2 LJS): ¿responsabilidad cuasi objetiva? Proceso de impugnación de actos administrativos en materia de prevención (arts.151 y 152 LJS): sanciones y paralización de trabajos por riesgo grave e inminente para la seguridad y la salud.

5. Modalidades procesales y otras dudas pendientes

- Prestaciones y recargos: proceso de Seguridad Social. Impugnación de sanciones: proceso de impugnación de actos administrativos. Impugnación de recargos: proceso de Seguridad Social. Resarcimiento: ¿proceso ordinario o tutela de derechos fundamentales? ¿Procesos preventivos?: ¿proceso ordinario, conflicto colectivo, tutela de derechos fundamentales o Seguridad Social? Indemnizaciones (DF 5ª LJS). Cosa(s) Juzgada(s).

RELATORÍAS DE LAS IV JORNADAS NACIONALES DE DERECHO Y CIBERSEGURIDAD



Evento académico celebrado los días 24 y 25 de octubre de 2018 en el Auditorio de León (día 24) y en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho de la Universidad de León (día 25). Coordinado por la Prof.^ª Dra. Dña. Isabel Durán Seco, Profesora Contratada Doctora (acreditada Profesora Titular) de Derecho Penal en la Universidad de León y por D. Francisco Pérez Bes, Secretario General del Instituto Nacional de Ciberseguridad de España

PRIMERA PONENCIA: «Más allá de las criptomonedas. Potencial del *blockchain* e implicaciones en ciberseguridad»

Ponente: **D. Carlos Kuchkovsky**, CTO de Nuevos Negocios Digitales de BBVA
Relatora: **Dña. Nerea Yugueros Prieto**, doctoranda de la Universidad de León (Área de Derecho Procesal del Departamento de Derecho Público General)

D. Carlos Kuchkovsky comienza señalando que el grupo en el que trabaja dentro del BBVA, Negocios Digitales, consiste en la creación de empresas con nuevos modelos de negocio, intentando de diferentes maneras, bien a través de construcción interna o adquiriendo, invirtiendo o haciendo “*partner*” generar un portfolio de nuevas oportunidades. En el caso de construcción interna, se encuentran trabajando en diferentes países, entre los cuales se encuentran San Francisco y Madrid, disponiendo de diversos emprendedores, los cuales se ocupan de la creación de nuevas aplicaciones, como sería COBOL, aplicación destinada a la seguridad de datos personales.

El ponente hace referencia a la practicidad que nos proporciona el *blockchain* a la hora de ayudarnos en los problemas de seguridad que sufrimos en la actualidad. Entre los ejemplos, nos menciona que gracias al *blockchain*, contamos con la capacidad para evitar tecnologías *blockchain* a través de alteración de servicios, así como mejora la

autenticación o la autorización de diferentes sistemas. A su vez, también eficiencia la infraestructura de claves públicas.

Mediante la ponencia se intenta generar una opinión entre los asistentes referente al nuevo internet o a la nueva economía que está generando, tecnología *blockchain* y los tokens. Debiendo, por tanto, definir cuáles son los nuevos retos de seguridad y las nuevas oportunidades que genera este nuevo internet.

El ponente hace referencia a un artículo encontrado, hace cuatro años, en una revista de cierta relevancia en el sector, que indicaba que, tras la web social, es decir, la web 3.0 que todos conocemos, venía la web de la confianza (The Trust Web). A su juicio, es algo impactante, dado que en ese momento todo el mundo defendía, que la web 3.0 sería la web semántica, es decir, muy categorizado y con nuevas sintaxis. Más le impactó que D. Tim Berners-Lee, padre de HTTP, se postulara en la idea de que internet estaba “roto”, y por ello comenzó a investigar en los conceptos de internet de la confianza, sin olvidar la premisa de D. Tim Berners-Lee. Se entendió que la intención inicial de cuando se creó internet, era la posibilidad de la transmisión de información entre distintos ordenadores. El ponente resalta la palabra información dado que, en aquellos tiempos, únicamente se preocuparon del intercambio de información y no en la posibilidad de realizar pagos a través de internet. El reparo que ello conlleva es que, en la actualidad, a incluir el intercambio de valor y la identidad en este internet, es donde surgen los problemas de seguridad.

Asimismo, el ponente hace referencia a D. Vinton Cerf, científico que obtuvo el Premio Turing gracias al protocolo TCP/IP. Dado que en su momento no se consideró la existencia de Facebook o páginas similares, sino que únicamente se preocuparon en que los paquetes llegaran de un ordenador a otro para que transmitieran información.

Uno de los puntos principales que los pioneros argumentan es que nos estamos moviendo a la tercera era de internet. Ello conlleva la existencia de un gran número de datos, los cuales no se pueden utilizar ni interoperar. Ello supone una gran complejidad dado que la sociedad, entrega sus datos a cambio de aplicaciones gratuitas. Hay grandes iniciativas que intentan romper ese oligopolio.

Lo que intentan las plataformas es generar un nuevo internet descentralizado. Para ello debemos comprender que es el “internet del valor”. El ponente nos indica que, a través de una red social, o una aplicación de mensajería, podemos transmitir información la cual puede ser útil para llegar a un acuerdo entre las partes, pero después es necesario acudir a una red de intercambio de valor (financiera) para transmitir el valor pactado en la red de información. Una de las cosas que permite la tecnología *blockchain* es que las dos redes, es decir, la de acuerdos sociales y la de intercambio financiero se unan en una única tecnología. Por ello, entiende el ponente, que se deben tener claras las oportunidades y los riesgos que se asumen en estas operaciones. Desde la perspectiva de la ingeniería, se entiende que se está generando un nuevo ordenador mundial, donde poder ejecutar unas aplicaciones seguras y donde los datos estén disponibles.

El ponente en su exposición se hace valer de un diagrama para explicar que en todas las capas de este podemos encontrar el *blockchain*.



El ponente hace referencia a los *Smart Contract*, los cuales no son contratos ni inteligentes, sino son códigos que se ejecutan en un sistema distribuido descentralizado donde está firmado de manera bilateral o trilateral por X partes, y una vez que está firmado se despliega en el ordenador global. Como caso práctico, el ponente indica que se usan con regularidad los *Smart Contract* en las cadenas de suministros. Por ejemplo, grandes vendedores y compradores, tiene mucha desconfianza cuando se hacen acuerdos entre países, ya que ninguna de las partes quiere proporcionar o bien el dinero o el material de antemano. Por ello, con el *Smart Contract* se definen unas condiciones donde en este caso, se solventarían con sensores en el contenedor de transporte, es decir, cuando el mismo se encuentre el puerto el 10% del pago se efectúa, cuando se encuentre en camino otro tanto, hasta alcanzar la totalidad del pago a su llegada. Si el paquete, en el transcurso del envío ha sufrido algún tipo de deterioro, sería objeto de las penalizaciones que se hubieran pactado en dicho contrato.

Lo que se consigue con una capa global, así como con los sistemas globales, es un mundo programable. Dado que nos encontramos en sociedades basadas en datos. Los datos son el nuevo valor. Los datos en crudo no valen nada y por ello hay que procesarlos. La primera capa de procesamiento es la información, es decir, saber que ha pasado; la segunda capa es el conocimiento, intentar entender que ha pasado; y la tercera la sabiduría, tener la capacidad de que sistemas analicen la información.

El ponente retomando las diferencias entre la web 2.0 y la web 3.0, hace referencia a las aplicaciones descentralizadas. Por ejemplo, hace referencia a las IPFS (*InterPlanetary File System*), los cuales intentan hacer un sistema distribuido descentralizado de almacenamiento, ya sean en un ordenador personal o en un ordenador de una empresa.

Como se puede apreciar a lo largo de la ponencia, todo versa alrededor de los datos, siendo en la actualidad un tema importante dado que se están ocasionando problemas en la seguridad, como son el robo de datos atentando a la privacidad, eliminación de identidad en las empresas, entre otros. Por ello, en la actualidad la sociedad puede elegir a quien y para que ceden sus datos.

El ponente hace referencia a los *token*, los cuales representan el valor en la actualidad. Estos pueden ser adquiridos por inversores, o pagar a usuarios tempranos con ellos, regalar a la sociedad a cambio de incentivos, etc. Lo más importante es que gracias a los token, no son necesarios los intermediarios, es decir, el intercambio de valor puede fluir entre los factores de un sistema, como ocurre con Spotify, Netflix, entre otros. Para finalizar hace referencia a que, gracias a los token, las empresas o particulares pueden obtener retornos de inversión por su tiempo y no únicamente retorno de inversión por inversión de capital.

Comentarios de la relatora

De la ponencia de D. Carlos Kuchkovsky puedo desgranar que realmente los primeros interesados en este tipo de tecnologías es el sector financiero, dado que su creación se basó en ser soporte de las criptomonedas. Ello no quiere decir que, con el tiempo, puedan integrarse en otros sectores, dado que facilitan y resuelven de manera considerable los problemas que surgen a lo largo del día. Por ejemplo, en la actualidad nos encontramos rodeados de dispositivos inteligentes, como son los móviles, vehículos, viviendas, entre otros; los cuales se encuentran interconectados. Siendo por tanto necesario un soporte de identidad digital, para que así, cuando se realice cualquier tipo de transacción, los datos personales no queden expuestos y accesibles a cualquier sujeto, de ahí la gran importancia de *blockchain*, dado que proporcionan esa seguridad de protección de datos.

SEGUNDA PONENCIA: «La internet abierta»

Ponente: **Dr. D. Pablo García Mexia**, Vicepresidente del Capítulo Español de Internet Society, jurista digital

Moderadora: **Prof.^a Dra. Dña. María Mercedes Fuertes López**, Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de León

Relator: **D. Alfredo Estévez Jiménez**, Investigador de la Universidad Nacional Autónoma de México

El Dr. Pablo García Mexia inició su intervención señalando que el tema es una especie de “atalaya fantástica”, esto en virtud de todo lo que ha estado sucediendo en internet en los últimos 20 años. Y matiza: hablar de la internet abierta, del acceso a la red, es una especie de ventana privilegiada para ver y conocer los problemas y conflictos que han venido cerniéndose sobre la red en estos últimos 20 años. Al considerar y conceptualizar internet como una red abierta, a raíz de su éxito se han presentado amenazas, ante lo cual se formulan las siguientes preguntas: ¿Qué se ha estado haciendo para combatir estos problemas del futuro? ¿Qué significa internet abierta?

La internet tiene la cualidad de que es distribuida de alguna manera gratuita desde el arranque, muy flexible gracias a la computación o de paquetes que no dañan circuitos; siendo sobre todo abierta gracias a una característica tecnológica que es lo que los ingenieros llaman “el principio de extremo a extremo” que permite una enorme compatibilidad al permitir que cualquier dispositivo de cualquier naturaleza se pueda conectar. Hoy en día ya empiezan a conectarse hasta animales y las personas estando

cada vez más conectadas, los objetos de cualquier índole como ordenadores, dispositivos móviles, etc.

Esta característica es precisamente lo que adorna la red desde su arranque u origen y es esa compatibilidad la que se considera de algún modo la característica esencial de la red y que debe preservarse como característica esencial.

El ponente pregunta: ¿Cuáles son las amenazas que se van echando encima de la red? Señalando tres: 1. Por un lado estarían las que se refieren a los estándares, a los protocolos que hacen que internet sea más discernible. 2. La siguiente capa es la etapa física, la capa de infraestructura, no hay que olvidar que existe no solo por el software que se inventa hace 40 o 50 años sino gracias a que existen cables, tubos, éter, espectro radio eléctrico que transportan sondas, por los que se conectan dispositivos. 3. En tercer lugar la capa de contenidos que llamamos la etapa humana, o sea lo que volcamos en la red.

Las amenazas de la etapa lógica serían lo que podríamos decir las presiones de algunos estados a los que les incomoda fundamentalmente que por el hecho de que la red naciera en Estados Unidos, esta nación haya tenido preeminencia sobre el gobierno de la red y se dice gobierno porque si en algo se caracteriza internet en cuanto a su gobernanza es precisamente por ser muy cáustica, ha estado siempre controlada y gobernada por ingenieros y por lo tanto los juristas y los gobiernos y los estados han estado siempre muy al margen de ella.

Estados Unidos ha sido muy cauto en esta gestión de la red, teniendo un papel de custodio, de guardia final, pero ni eso ha satisfecho a lo largo de los últimos 15 años, sobre todo a partir del año 2000 a algunos estados autoritarios y algunos que no lo son, como por ejemplo la India que no está contenta con este modelo de la red, han venido presionando para que organismos que gestionen el sistema DNS de dominio o sistema de matrícula que permiten que los dispositivos se conecten entre sí, tomen en cuenta sus criterios a la hora de gobernar la red. Quien domine ican domina DNS, quien domina matriculas domina internet. Estos Estados han venido haciendo presión para que no solo sean criterios tecnológicos sino criterios políticos los que gobiernen la red. No son criterios de países occidentales basados en el estado de derecho y de la libertad, de la igualdad y la democracia.

La siguiente oleada de presiones en los últimos 15 años se ha venido cerniendo sobre lo que podríamos llamar la capa física. La tensión está entre las operadoras, las empresas de telecomunicaciones que han venido viendo cómo se reduce a través de la voz su negocio tradicional que tenían en descuido hace 30 o 40 años a raíz de la aparición de las empresas de internet, como son Google, Amazon, Microsoft y las que van entrando, las chinas y que ahora son las mayores en el mundo; estas empresas que ni siquiera existían ahora están entre las 10 mayores del mundo, generando tensiones, por lo que algunas operadoras han venido diciendo que por el uso de la red debiera pagarse un peaje y tal vez así no habría tráfico. Este sería el segundo frente de tensión.

El tercero, el de la capa humana y sobre las presiones y los contenidos (quizá si la dominan los juristas en esta sala) Las presiones sobre contenidos me gusta exponerlos

a través de doble perspectiva, a través de los velos que se han ido cerniendo sobre estos contenidos a raíz del bloqueo de ciertas páginas que puedan estar en la red motivados por criterios políticos públicos desde estados democráticos y no democráticos.

En estados democráticos está habiendo bloqueos más o menos justificados por seguridad nacional, por ejemplo “retiremos esta red porque tiene contenidos terroristas”, hay muchas iniciativas que se han ido adoptando recientemente en Europa sobre este tema por supuesto de modo justificado. Así estamos hablando de bloqueo de contenidos en la red y por tanto una traba a esa internet que se diseña abierta, estos bloqueos se pueden deber también a propiedad intelectual, (este contenido está reproduciéndose y afectando derechos de autor) Otro caso tiene que ver con la libre expresión y la propiedad intelectual que avala a los autores, otro ejemplo, la privacidad, una variedad creada en Europa, llamada del derecho a dormir y que implica directamente el retiro de contenidos y que supone límites muy difíciles de trazar entre lo que debe retirarse y proteger la privacidad de alguien y los derechos del pasado de alguien, el derecho a saber determinados acontecimientos de ciertas personas más o menos públicas que puedan estar contenidos en la red.

En síntesis, bloqueos por políticas públicas a raíz de motivos más o menos justificados o discutibles propios de países democráticos o países no democráticos.

Las técnicas de bloqueo. En Internet Society hemos hecho un estudio concienzudo sobre cuáles son los 5 métodos básicos para retirar contenidos en línea, a través de las url, de otra plataforma de internet, a través de inspección profunda de paquetes, etc.

A raíz de la necesidad de los estados en casos como la seguridad nacional de imponer bloquear contenidos en línea, internet ha ido parcializándose o astillándose; un problema que ha venido aquejando a internet desde su origen es el hecho de que al ser una red mundial ha sido muy difícil seguir ciertos ilícitos y delitos que pueden ser reprobables como consecuencia de que existen jurisdicciones y soberanías de Estados, esto ha ido haciendo difícil la persecución de hechos más o menos reprobables y que puedan tener un reflejo grave, esto va alejando cada día más a internet de ese ideal inicial que sería una red punta y simplemente debe limitarse a transportar contenidos, ese es el fondo de su ADN.

Continúa señalando que la siguiente amenaza sobre los contenidos es lo que llaman las fallas, se habla de silos, del hecho que internet se ha ido erigiendo en una especie de tanques de contenido inconexos y estamos entre que si me enfado de Facebook no puedo bajar contenidos y llevarlos a otra red que me guste; internet se ha ido transformando en un reino de imperios individuales que no conectan entre sí y contrarían el empeño inicial con que fue diseñada.

El Dr. Pablo García pregunta qué se ha ido haciendo para arreglar el problema: en primer lugar, hace alusión a que Barack Obama en 2014 dijo, que Rusia, China o algún otro Estado quieren que internet se estatalice, pues adelante, se abrió una negociación en 2016 que permitió que Estados Unidos ya no sería garante único pero tampoco Rusia o China o cualquier otro Estado tenga la exclusividad en lo que se

refiere al código de internet: La primera condición de Obama fue que internet fuera una red abierta y hasta ahora así sigue; la segunda condición es que se mantuviera el modelo multilateral de gestión que hasta ahora se venía utilizando, que no solo fueran los Estados sino también la comunidad académica y las empresas quienes pudieran gestionar el control de la red. Otra vía de salvaguarda sería considerar que el acceso a las redes es un derecho ciudadano, La Organización de las Naciones Unidas ha intercedido porque esto se reconozca, el consejo de Europa, países como Estonia desde el 2000 y España 2003, pueden bajar contenidos de 1 mega y Finlandia a partir de 2015 tiene bajadas de hasta 100 megas y tienen que garantizar que cualquier residente en este país pueda bajar contenidos de hasta 100 megas.

Al respecto existe un debate, hay quienes dicen (algunos países y o líneas jurisprudenciales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos), esto es consecuencia al derecho de la libre expresión, porque el internet es el campo más importante y más útil para mantener este derecho pues que sea consecuencia de él y por supuesto la libre información; otros en cambio dicen, no, es que el internet no solo depende hoy de la libre expresión y de la ley de información, internet depende también de la política y por tanto de los derechos políticos, depende de la empresa, incluso de la propiedad intelectual y estarán echando en falta la educación.

Internet tiene suficiente entidad como para ser hoy en día un derecho autónomo, resulta que la libre protección de datos en debate en cortes generales como proyecto incluye este acceso a la red en una carta de derechos digitales que en modo creativo en lo que es al fin una ley de protección de datos, pero interesante.

Otro aspecto es la neutralidad de la red: Que trata de garantizar un acceso no discriminatorio, o sea que no puedes tratar distinto ciertos contenidos, el sistema no puede ralentizar contenidos, internet no puede priorizar un tráfico sobre otro si al final acaba teniendo uno u otro de esos resultados. Resumiendo, que internet siga siendo ciega, que no preste atención al contenido que está transportando, esto implica que las operadoras no puedan gestionar tráfico. Las operadoras tienen que gestionar tráfico porque de lo contrario internet se pararía. ¿Qué motivos hay que justifiquen una intervención y por tanto harían que esa gestión sea razonable? uno es indiscutible, la seguridad, otro, la transgresión de las redes, por lo que las operadoras tienen que intervenir para evitar que las redes se saturen y por lo tanto se bloqueen, por lo que las operadoras tienen que regular el tráfico.

Y en tercer lugar el cumplimiento legal. Hay ocasiones en que las normas exigen la posibilidad de gestionar esas redes por motivos siempre que sean justos. La norma Europea 2015-2020 regula esto y lo garantiza en Europa, aunque hay algunos supuestos más discutibles; los paquetes que las operadoras nos ofrecen como consumidor por ejemplo para ver TV nos permite acceder a la red, permite ver ciertos programas y ahí empieza el problema porque las operadoras suelen hacerse de facultades de gestión de las redes para garantizar la calidad del servicio (término clave) que como consumidores tenemos derecho a disfrutar y aquí hay un margen muy amplio para que las operadoras gestionen de modo muy amplio sus operaciones.

La segunda conducta gris o prácticas de cero rating o facturación cero, es cuando si te pasas de megas no vas a pagar de más siempre y cuando consumes de la empresa que contrataste, por ejemplo, si estás en Facebook y ves otras redes con otros contenidos, y luego regresas a facebook, te cobro, esto sería ilegal según el reglamento europeo siempre y cuando no se restrinjan las operaciones de elección de los consumidores. Europa se queda sola en la defensa de la neutralidad de la red porque la norma norteamericana del 2017 se ha cargado a la normativa primera que ha existido, que hace que Estados Unidos dé expansión global. La nueva administración la ha suprimido y por eso Europa está junto con Brasil y algún Estado significativo haciendo defensa de la neutralidad de la red.

Ante esto es muy importante una privacidad centrada en el ciudadano que ayuda a la internet abierta y al acervo de la red, que como ciudadanos debemos disfrutar y en este sentido el nuevo reglamento ha expuesto por ejemplo la visión de privacidad y de toda normativa que implica centrar al ciudadano; esto es muy importante, esta obsesión que el reglamento pone en que seamos nosotros quienes controlemos nuestros datos realmente ayuda sobre todo a la hora de crear nuevos derechos, (por cuestión de tiempo se centrará en uno solo), el derecho de portabilidad del dato, podría decirse es el mejor torpedo que se ha creado para disolver esos silos (no está proponiendo que desaparezcan Google, Amazon ni Facebook) lo que da a entender es que esto nos da una libertad como usuarios de poder deambular por la red, por internet sin tener que depender como hasta ahora de los grandes gigantes.

A partir de esto se puede hablar de un derecho a la propiedad sobre los datos, el reglamento no lo ha hecho, pero podría ser un antecedente, hay muchas empresas que han crecido gracias a la propiedad de nuestros datos y deberían compartir algo con nosotros, como dicen en California, los españoles somos una especie de trabajadores de datos. La autoridad Catalana de competencia ha dicho que los datos deberían formar parte del activo de las empresas y deberían valorarse a la hora de valorar por ejemplo a Facebook, a Amazon a Telcel, que no valen por los edificios ni el personal que tienen sino valen por los datos de gestión y que son nuestros datos, al hablar de una internet más abierta y si nosotros pudiéramos patrimonialmente decidir (gracias a esta propiedad) a quien le damos nuestros datos, no solo a Google o Facebook o Telcel etc. Estaríamos favoreciendo nuevos entrantes, agilizando y equilibrando el mercado y haciendo una red más abierta.

El Dr. García Mexia abunda que el futuro está marcado por 2 elementos clave: La corregencia tecnológica, resalta la OCDE que del 4 al 14 estaremos con ansias de expandir internet sobre todo en banda ancha a lo largo y ancho del mundo, pero a partir del 2014 y hasta el 2024 estaremos marcados por una convergencia tecnológica que va a hacer que las redes de datos y redes de voz converjan y exijan grandes plataformas que van a provenir en algunas partes del mundo audiovisual, de los clásicos ordenadores o de las empresas del mundo de la red, pero que terminarán siendo lo mismo; telefónica es el mejor ejemplo, en line telco quiere hacer cosas como las hace Google o Amazon y si al final en las plataformas todos acabaran haciendo de todo y lo mismo, ¿Por qué no aplicar reglas para todos? Podrían ser reglas razonables de competencia, de consumo, etc. ¿Por qué no plantear una normativa de telecomunicación? ¿No sería necesario regular expresamente a las plataformas como

se ha venido propugnando en Europa a raíz de la iniciativa del mercado digital casi con fobia a las empresas norteamericanas?, tal vez las mismas reglas para todos serían razonables, reglas que serían las de competencia, las de consumo, las de propiedad intelectual y más.

En la intervención, el ponente se refiere al Blockchain, que es una base de datos actualizada y pulcra que corre instantáneamente por internet de manera que cualquiera puede alterar un contenido sin necesidad de centralización, puede influir en que sin necesitar ican o dns gracias a blockchain los ciudadanos usuarios de la red podrían almacenar sus contenidos en su propia nube, el sistema de matrícula pierde fuerza y por tanto pierden fuerza las presiones y de esa manera se haría internet más abierta gracias a esa tecnología; sin embargo, todo esto debe manejarse con cautela.

Y señala que si a través de blockchain se obtiene la información, para que necesito intermediarios, si puede acabar habiendo redes sociales que no necesitan al facebook, al router en turno o a la red como empresa, porque yo puedo compartir con confianza los contenidos en la red, para que necesito a ese particular, si puede haber buscadores confiables que empleen esa tecnología para que necesito buscadores específicos, si puede haber mercados en línea que utilicen esta tecnología y confío en que quien vende es realmente el propietario no necesito a Amazon; por ejemplo, gracias a la criptografía no necesito mercados centralizados. La gran aportación de blockchain es: redes ultra distribuidas, descentralizadas que permiten alterar contenidos porque están criptográficamente basadas, lo que se altera está tecnológicamente garantizado, porque si alguien dice que tiene algo es porque es así realmente.

Finalmente, el Dr. Pablo García Mexia realiza las siguientes conclusiones:

Las amenazas van a más, ¿Resistirá Marruecos? está quieto, las cosas no van bien para la neutralidad de la red, ya que los bloqueos políticos no solo siguen sino que aumentan, está muy de moda bloquear políticamente la red de un modo más o menos justificado, se está abriendo una nueva corriente que es imponer a los demás mis propias normas, un ejemplo muy claro, con el derecho al olvido, Europa está pretendiendo imponer el derecho al olvido a lo largo y ancho del mundo. Los defensores de esta tesis dirán que si no el olvido no servirá para nada, si resulta que si un ciudadano japonés se puede enterar de cosas que yo no quiero que se sepan en Europa pues al final pues no sirve de nada al cabo internet es global, y pregunta ¿Tengo derecho de imponer a ese japonés que no se entere de cosas que tal vez el quiera o tenga derecho a saber y que afecten a ciudadanos europeos? Sería como decir, mis leyes son absolutamente para todos y las tuyas solo para usted, es una corriente que se está viendo no solo en Europa también en casos de propiedad industrial.

En este sentido y entendiendo que la gobernanza multilateral es un asunto de occidente, el derecho ciudadano de acceso a la red tiene un sentido de libertad y democracia en los países donde hay democracia y libertad. Aunque no somos perfectos, de momento son los occidentales los que garantizan estas dos condicionantes como salvaguarda.

La tarea de la red, las salvaguardas son nuestras, las montan los norteamericanos y ahora las defendemos nosotros junto con Brasil. Hay competencia en China, pero se entiende de manera diferente en España o en un contexto como es Europa.

Ver con optimismo sería que todos nos rijamos por una sola batería de normas que vincule a todas las plataformas y ayude a la internet abierta, porque disminuirían las tensiones sobre todo por parte de las empresas de telecomunicaciones, operadoras que quizá estén menos tentadas a imponer medidas que de alguna manera impidan una apertura o flujo de tráfico en internet que merecemos acostumbrados como ciudadanos.

Blockchain debe ser una internet abierta en la medida que puedan disminuir intermediarios, en la medida en que esos factores tecnológicos blockchain puedan descentralizar aún más internet autenticar y a la vez criptográficamente garantizar la seguridad, probablemente estemos en tiempos mejores.

Comentarios del relator

De la exposición del Dr. Pablo García Mexia destaca el papel protagónico de internet tanto en las comunicaciones como en el desarrollo de las sociedades occidentales. A ello no escapa la influencia que la internet tiene en los diferentes ámbitos de la vida de las naciones como son el ámbito de la política, del gobierno, de las políticas, públicas, de los derechos de autor, de la educación, entre muchas otras más, que llevan a replantear los enfoques respecto del uso de la red como un derecho estrechamente vinculado con el derecho a la información. Así también destaca la internet abierta como una tendencia que contrapone por un lado el derecho universal de los ciudadanos a hacer uso libre de los contenidos, a la tentación de los Estados a controlar y regular sus accesos, tomando relevancia la normativa europea sobre la que se privilegia el uso de la red con libertad y democracia, propias de las democracias occidentales.

MESA REDONDA: «Obligaciones del empresario en la implantación de medidas. Su responsabilidad»

Ponentes: **Dña. Ana del Ser López**, Ilma. Sra. Presidenta de la Ilma. Audiencia Provincial de León

Prof.^a Dra. Dña. María A. Trapero Barrales, Profesora Titular (acr. Catedrática) de Derecho Penal de la Universidad de León

Moderadora: **Dña. María Isabel Morán**, Ilma. Sra. Fiscal Jefe de la Fiscalía Provincial de León

Relatores: **D. Alfredo Alpaca Pérez**, Investigador Contratado Predoctoral en la Universidad de León (Área de Derecho Penal del Departamento de Derecho Público) *(relata la ponencia de Dña. Ana del Ser López)*

Dña. Stephanía Serrano Suárez, Investigadora Contratada Predoctoral FPI de la Universidad de León *(relata la ponencia de Dña. María A. Trapero Barrales)*

Dña. Ana del Ser López inicia su presentación destacando el aspecto central de esta: la responsabilidad por no tomar las medidas legales oportunas. Esa responsabilidad

puede derivarse para una empresa no solo por el incumplimiento de la normativa legal, sino también por la inobservancia de normas básicas de seguridad que impiden, por ejemplo, los ciberataques. La ponente señala que, en la actualidad, nos situamos en un entorno tecnológico que nos exige una adaptación urgente. Las tecnologías van tan rápido que legislativamente no es posible ir a la misma velocidad. Por este motivo, la ciberseguridad en las empresas tiene que ser una prioridad, que exige, por parte de todos, un compromiso muy claro. Cada empresa debe controlar su propia organización, esto es, debe saber los riesgos a los que se expone en la concreta actividad en la que se desarrolla. Pero no solo las empresas: lo mismo es exigible también a los organismos públicos y a otras entidades privadas. Es importante, por eso, controlar los aspectos técnicos de la ciberseguridad, cuestión que, como señala la ponente, parece ser lo más demandante.

Con esta visión amplia, se deben determinar, según la ponente, los riesgos para las empresas, es decir, los puntos débiles. Una vez se tenga esto claro, será posible evaluar e implementar medidas necesarias para evitar los ataques, para la protección de datos, etc. A nivel legislativo o judicial, la respuesta que se le da a la responsabilidad en la que incurrir las empresas, según del Ser López, es una respuesta en la que se tienen que aplicar las acciones clásicas con las que se trabajan hasta el momento. Al respecto, la ponente menciona un ejemplo que, si bien no se produce en una empresa, es también aplicable a lo que sucede en esta: la filtración de datos de la víctima en el caso de “La manada”.

La ponente destaca que el interés mediático por este caso fue excepcional. Los gabinetes de prensa a disposición de los jueces se encargaron de otorgar a los medios la información en condiciones de igualdad. Del Ser López explica que un gabinete de prensa está constituido por periodistas que conocen las necesidades de otros colegas y que trabajan para el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, “CGPJ”), que es el órgano de gobierno de la judicatura. Pues bien, explica del Ser López que en España los jueces cuentan con el expediente digital, recurso que, en comparación con otros países de Europa, ha sido implementado en un tiempo considerablemente rápido. Sin embargo, precisamente por esa rapidez, es que se producen situaciones en las que los jueces no han controlado los riesgos. Este escenario es, según la ponente, absolutamente extrapolable a lo que sucede en las empresas. En el caso que la expositora utiliza como ejemplo, la Letrada de la Administración de Justicia de la Audiencia, remitió el texto de la sentencia al gabinete de prensa del Tribunal Superior de Justicia. En ese sentido, se le solicitó expresamente a este gabinete (que prefiere por lo general trabajar con el texto original y no con una versión escaneada, por ejemplo) que tuviera especial atención con el contenido de la sentencia y borrara los datos personales de la víctima.

Del Ser López señala que, al estar “digitalizada” la administración de justicia, los jueces aplican la firma digital y hay un código seguro de verificación en el documento original que nadie sabía (por lo menos no el gabinete de prensa ni tampoco la Audiencia) que permitía, a través de una página web de la Administración navarra, acceder al texto original de la sentencia con todos los datos de la víctima. En algún medio de comunicación, relata la ponente, salió la noticia de que la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, “AEPD”) estaba investigando los hechos para

imponer multas y estaba indagando, también, por los jueces. En este punto, la ponente considera pertinente explicar que los jueces, en lo que respecta a los ficheros judiciales, salen del ámbito en el que la ANPD puede multar. De esta manera, dice del Ser López, se garantiza la independencia del Poder Judicial. Por lo tanto, en el ámbito judicial, es el CNPJ el que investigaría un caso como este. La ponente relata que es cierto que la AEPD ahora mismo está investigando todos los “rebotes” de los datos de la víctima (así como los vídeos) fuera del ámbito judicial (es decir, no a los jueces). Esto puede conducir, en su opinión, a una responsabilidad expresada en una multa (impuesta por la AEPD), por esa filtración de datos. En el caso de los jueces, por el contrario, si dentro de su actividad se filtra la información, entonces ellos tendrán una responsabilidad disciplinaria, pero bajo la autoridad del CGPJ y no de la AEPD. La ponente señala que los medios de prensa frecuentemente confunden ambas cuestiones, por lo que, en su opinión, es importante y pertinente aclarar la situación.

Retomando el caso, del Ser López señala que se abrió una investigación por parte del CGPJ para determinar lo que había pasado. En un primer informe, la mencionada entidad atribuyó toda la responsabilidad a la Letrada de la Administración de Justicia, lo que, en opinión de la ponente, parecía no ser un resultado justo. Luego, el CGPJ emitió otro informe y señaló que en este caso se produjo un “fallo de carácter sistémico”, lo que, según la ponente, quiere decir que “falló todo”, esto es, que todos los ámbitos de competencia involucrados en este caso fueron afectados.

Del Ser López señala que los factores que llevaron a esa conclusión fueron varios. Por un lado, al haber mucho interés mediático, se explica la rapidez con la que se exigía la sentencia. Este sería un primer factor determinante. Después, ese “fallo sistémico” se explica también por la falta de medios técnicos. Esto se manifiesta, según la ponente, de esta manera: en el expediente digital, no se pueden disociar los datos, esto es, no se puede dejar la firma digital del documento y que los otros aspectos funcionen al margen. Además, no existían medidas de seguridad en la Administración navarra que impidieran el acceso de cualquiera a la página web: no tenía filtros de acceso y nadie se había percatado de ello. Luego, nadie (los letrados, los periodistas de los gabinetes de prensa, los presidentes de Audiencia, ni los jueces) tienen formación en firma digital, por lo que desconocen el riesgo. A parte de todo esto, continúa la ponente, hay una administración prestacional (que la pueden tener las Comunidades Autónomas que tienen transferidas competencias a la Administración de Justicia, lo que sucede en Castilla y León) aparte de la autoridad de control, por lo que el sistema de control está disociado: la autoridad de control es el CGPJ, pero la administración prestacional, quien implanta los sistemas o “digitaliza”, es, en el caso de Navarra, la administración autonómica de Navarra. Se implementan sistemas digitales, pero de forma disociada a la autoridad de control que es el CGPJ. Al no haber una instancia general que se encargue de una coordinación más amplia, no se sabe exactamente quién puede ser responsable por los fallos o el mal funcionamiento.

En todo caso, del Ser López señala que, en el último informe de la CGPJ antes mencionado, se señalan una serie de medidas de seguridad a adoptar, esto es, una guía de recomendaciones para los jueces. Esto es muy importante pues, por ejemplo, la ponente señala que ella dispone de un pequeño portátil en el que cuenta con acceso a los expedientes digitales. Ella puede emplear la firma digital a través de una tarjeta.

Pues bien, la expositora comenta que nadie le ha indicado si, por ejemplo, puede firmar mientras viaja en tren o estando en el extranjero, o si fotocopia una sentencia y la tira al basurero de casa. Del Ser López busca resaltar con este ejemplo que no ha sido informada debidamente sobre las cautelas que debe tener en cuanto al empleo del expediente digital. Pues bien, el CGPJ ha decidido abordar el asunto y por eso elabora una guía de recomendaciones para la carrera judicial y además cambia el protocolo de comunicación. Es decir, informa a los periodistas de los gabinetes de prensa quiénes son los responsables y cómo se tienen que notificar.

Con las consideraciones expuestas, del Ser López quiere destacar que los fallos que ocurren dentro de la Administración de Justicia pueden ocurrir, con sus particularidades, evidentemente, también en las empresas. Así, afirma que la empresa debe concretar los riesgos de cada actividad. Ciertamente, las empresas privadas podrían no tener tanto riesgo con la filtración de datos como tiene la Administración de Justicia con los ficheros judiciales, pero cada empresa debe concretar los riesgos derivados de su actividad. En ese sentido, se debería elaborar un plan de obligaciones básicas e impartir las instrucciones necesarias para que se cumplan esas obligaciones y así evitar los riesgos propios de un ataque informático, por ejemplo (que podría incluir, sin dudas, la filtración o el apoderamiento ilícito de datos personales).

Entonces, la ponente pretende destacar las obligaciones que debe cumplir la empresa y las responsabilidades como consecuencia del incumplimiento de esas obligaciones. La ponente alude a un decálogo propuesto por INCIBE, referido a unas normas básicas que se deberían cumplir en el ámbito empresarial. Estas serían: localizar la normativa de seguridad dependiendo de la actividad de cada empresa, controlar los accesos a los equipos, tener copias de seguridad, contar con protección por antivirus, protección antimalware, actualización del software, control de los soportes, el registro de actividad para detectar anomalías y, en caso ocurra alguna contingencia, garantizar la continuación del negocio teniendo las correspondientes copias de seguridad. La ponente señala que estas no son normas legales, sino que son disposiciones de sentido común que son conforme a la realidad tecnológica en la que vivimos.

Aparte de esta normativa básica, del Ser López señala que sí que hay unas obligaciones legales, cuyo incumplimiento genera responsabilidad. Así, comenta que la más destacada en este ámbito es la normativa referida al control de datos, esto es, el Reglamento General de Protección de Datos, que es un reglamento europeo que se aplica directamente pues el Estado lleva cierto retraso en la aprobación que adapta el Reglamento y que detalla las cuestiones un poco más genéricas al ordenamiento español que es la Ley Orgánica de Protección de Datos (que, para su adopción, ha pasado ya la fase del Congreso y solo falta el Senado). Esta normativa sobre protección de datos, según la ponente, es la que prevé más consecuencias (esto es, responsabilidad) para las empresas. De entre otras muchas, la ponente solo hace referencia, por su importancia, a la Ley de servicios de la sociedad de la información y la Ley de propiedad intelectual.

Del Ser López reconoce entonces diversos planos sobre la responsabilidad que se pueden abordar. El primero es la responsabilidad penal, que no abordará en su ponencia. Luego, destaca la responsabilidad que se deriva del incumplimiento,

principalmente, la de carácter administrativo, cuyas multas son bastantes altas. Este tipo de responsabilidad, al ser un supuesto de infracción de la normativa de protección de datos, se hace efectiva por medio de multas impuestas por la AEPD. Es posible reconocer también, según la ponente, una responsabilidad laboral contractual, en el caso en el que los trabajadores de una empresa infringen principios de confidencialidad o no cumplen con las normas básicas de seguridad que la empresa les dice que deben cumplir. Es una responsabilidad laboral en la medida que la exija la empresa al empleado. Y es una responsabilidad contractual cuando contrata la seguridad con terceros.

Ahora bien, del Ser López señala que concentrará su atención en la responsabilidad civil, por ser su especialidad. Este tipo de responsabilidad, según la ponente, no se exige mucho en los tribunales. Sin embargo, pese a las nuevas formas de aparición de los daños (nuevos retos o nuevas amenazas en el ámbito de la tecnología), la ponente señala que se pueden recurrir a las acciones clásicas, especialmente, la responsabilidad por daño. Esta se puede dar por incumplimiento de normas básicas de seguridad y también por incumplimiento de normas legales. Por ejemplo, en el caso de que después de un ciberataque, las empresas siguen sin tomar medidas y se afecte a una compañía aérea, lo que hace que muchos pasajeros se queden sin poder viajar. En este caso se puede declarar la responsabilidad por daño de la compañía aérea, por no haber adoptado las medidas de seguridad (no legales) básicas por negligencia (cuestión que, evidentemente, ha de ser probada). Ahora bien, en el caso de obligaciones legales, por ejemplo, una filtración de datos, el perjudicado puede actuar de la misma manera: una cosa es la responsabilidad administrativa (que no le concierne al perjudicado) y otra, que puede ir de manera paralela, es la responsabilidad por daño, actuada ante los tribunales. En este último caso, no hay que esperar la resolución administrativa y, además, la indemnización es independiente de la multa que se pueda imponer a la empresa en sede administrativa. Se tratan de dos vías distintas. Aun así, las empresas, señala la ponente, siguen sin adoptar medidas. Esto puede explicarse por los posibles altos costos de tal adopción (actualización de software a precios elevados, falta de sensibilización, por ejemplo).

La ponente señala finalmente que la ley que se aprobará próximamente, una vez que supere la fase del Senado, alude a la responsabilidad que deriva de los principios que establece el Reglamento de Protección de datos, pero que hoy, como se dijo, se pueden aplicar directamente. Del Ser López ya ha reconocido algunos aspectos relevantes para la empresa. Primero, el principio de responsabilidad activa. Esta cambia el sistema de funcionamiento de las empresas en materia de protección de datos: la empresa debe probar o acreditar que ha cumplido con las obligaciones que le exige el reglamento, esto es, que ha evaluado adecuadamente su tratamiento de datos personales, que las medidas de seguridad son adecuadas y eficaces, que aplica una política interna clara en materia de privacidad, que exige cumplimiento a los encargados del tratamiento de los datos, entre otros. Es decir, según la ponente, se produce una inversión de la carga de la prueba: no se exige al demandante que acredite el incumplimiento, sino que es la empresa la que debe probar que la política que aplicó, la aplicó correctamente. Según del Ser López, este aspecto es el que en mayor medida puede afectar al momento de exigir responsabilidad a las empresas. Aunque

aún no se haya visto su funcionamiento en la práctica, se trata de un aspecto novedoso desde la perspectiva judicial.

También se derivaría responsabilidad de otro de los aspectos contemplados en el reglamento: la obligación de comunicar, en determinados supuestos, las violaciones de seguridad. Esto refleja una mayor seguridad probatoria para aquel que se ve afectado y ve que sus datos no se han protegido o se han tratado mal. En este escenario, como señala la ponente, se vuelve a invertir la carga de la prueba si no hay comunicación de esa violación de seguridad. Otro aspecto es el referido al consentimiento expreso: no cabe el consentimiento tácito en materia de protección de datos. Este es, según la ponente, otro cambio importante del que se puede derivar responsabilidad para la empresa, pues será esta la que tenga que acreditar, en un determinado supuesto, que contaba con el consentimiento expreso y limitado para el tratamiento de los datos. Del Ser López comenta también sobre algunos aspectos transnacionales del Reglamento que facilitarían las reclamaciones en el supuesto de empresas que pueden no estar en la Unión Europea pero que estarían obligadas a tener un representante en este ámbito, para así facilitar las reclamaciones en estos casos. Finalmente, la acción seguiría siendo la misma: la de responsabilidad civil por daño. Al respecto, la ponente considera que podría ser interesante el ejercicio de acciones colectivas. Este, recurso, sin embargo, en España puede ser problemático, pues la regulación es, en su opinión, defectuosa. Asimismo, la ponente señala que este tipo de acciones tendría como principal desventaja el no poder identificar la indemnización concreta para todos los perjudicados. Se trata de un tema, en todo caso, que debe ser meditado de cara al futuro.

Del Ser López señala, citando a la Comisaria de Justicia de la Unión Europea, que necesitamos normas modernas para responder a nuevos riesgos. En España se tiene en este momento el Reglamento y la Ley Orgánica que se está desarrollando. Hay una gran expectativa por ver los alcances de la aplicación práctica de la regulación, esto es, la actitud de los ciudadanos ante los nuevos derechos (esencialmente: si hay reclamaciones o no). En la práctica, señala la ponente, no se cuenta aún con un incremento de los procedimientos de reclamo por perjuicios por alguna infracción de las que aquí se ha comentado. Por otro lado, del Ser López alude aquí al Director de Operaciones de la Agencia de Seguridad de las redes y de la información de la Unión Europea, quien sostuvo que los usuarios en Europa se están empezando a despertar y a dar cuenta que quieren más seguridad. Esto, señala la ponente, podría contrastarse con el hecho de que las empresas por lo general no denuncian los ataques cibernéticos, sino que estos se denuncian a nivel particular cuando se accede a una cuenta corriente, por ejemplo. Este hecho debe ser destacado pues, como indica del Ser López, si no hay denuncia la Fiscalía no puede actuar.

Finalmente, la ponente destaca que la empresa funciona por lo general con sociedades de capital (por ejemplo, la sociedad anónima limitada que, en el caso de responsabilidad, responde con su patrimonio). Ahora bien, en el caso de que la empresa no cuente con un patrimonio suficiente para enfrentar un supuesto de responsabilidad, del Ser López plantea la cuestión de si es posible derivar la responsabilidad del administrador de la empresa, algo que ella considera viable. Esto es así pues las acciones clásicas, previstas en la Ley de Sociedades de Capital, también

se aplicarían a estos supuestos. Ahora bien, con respecto a la responsabilidad civil, la ponente señala que existen dos posibilidades de exigir al administrador de la sociedad que responda por el perjuicio causado por la empresa: la acción social y la acción individual. La primera es aquella en la que la propia sociedad se dirigiría contra el administrador negligente para que repare el perjuicio causado por esa negligencia. La segunda es aquella en la que cualquier perjudicado le puede exigir al administrador por el daño que ha provocado el incumplimiento, tanto de obligaciones legales como de normativa interna de seguridad. ¿Qué administradores responden? Responderían, según del Ser López, el administrador formal de la empresa y también podría hacerlo el administrador de hecho.

Comentarios del relator

Como bien ha destacado la ponente, muchas veces el Derecho tiene que hacer frente a los nuevos retos impuestos por el desarrollo económico con el instrumental clásico que, a primera vista, podría parecer insuficiente para brindar soluciones satisfactorias a los nuevos problemas. En ese marco, Dña. Ana del Ser López ha destacado que, en el ámbito del Derecho civil, se han mantenido las tradicionales instituciones de la responsabilidad (contractual y extracontractual) en la que podría incurrir la empresa en estos nuevos escenarios, caracterizados por la irremediable utilización de medios electrónicos, tecnológicos e informáticos. El caso de la protección de datos personales, que constituye indudablemente y hoy más que nunca, un derecho fundamental, parece ser un ámbito sensible para el Derecho, principalmente, porque su manejo y conservación se produce mediante la utilización de herramientas modernas que, eventualmente, tanto en el ámbito público (el de la Administración de Justicia, por ejemplo) como —principalmente— en el ámbito privado (el de las empresas), pueden haber fallos que desencadenen situaciones perjudiciales para los titulares del mencionado derecho. Por este motivo, tanto las entidades públicas como las privadas tendrán que adaptarse a la nueva regulación europea sobre protección de datos. Como correctamente ha destacado la ponente, esta nueva regulación se sostiene, entre otras cuestiones, en el principio básico de la responsabilidad activa, lo que hace que las entidades, públicas y privadas, tengan que aplicar medidas (que, por cierto, pueden ser flexibles y funcionales a las necesidades de la empresa, pero en todo caso deben ser eficaces) con las que se pueda garantizar el derecho a la privacidad. En definitiva, la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (que creó la AEPD), el Real Decreto 5/2018, de 27 de julio (de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos, con la que se pretendía brindar cobertura legal a los aspectos que debían ser urgentemente regulados para que pueda ser aplicada la normativa europea, y no esperar a la aprobación de la Ley Orgánica) y la futura Ley Orgánica (que se encuentra en fase de tramitación parlamentaria) constituyen instrumentos fundamentales para resguardar no solo el derecho de protección de datos personales, sino también otros de gran importancia como el derecho al olvido (que es una de los principales asuntos que se abordan en el nuevo reglamento europeo sobre protección de datos).

La Prof.^a Dra. Dña. María A. Trapero Barreales inicia su exposición señalando que, si es difícil plantear la responsabilidad penal de la propia empresa o de las personas físicas que desarrollan su actividad dentro de la empresa, más complicado es aún

todavía si esa responsabilidad viene derivada de la utilización de nuevas tecnologías. La ponente plantea la posibilidad de la responsabilidad por no haber adoptado medidas de seguridad en materia de ciberseguridad que hubieran evitado la comisión de delitos por parte de las personas, sobre lo cual señala que desde el punto de vista jurídico-penal no existe tal responsabilidad, en razón a que siempre se tienen que mantener y aplicar los principios limitadores y garantísticos del derecho penal. Fundamentalmente, el principio de legalidad y el principio de responsabilidad subjetiva, principio de culpabilidad o principio de responsabilidad personal. Estos principios constituyen obstáculos para establecer responsabilidades penales. Visto desde la otra perspectiva estas son garantías, porque el derecho penal en última estancia supone intromisión en la esfera del ciudadano, y al delincuente se le debe respetar y reconocer su libertad en tanto sigue siendo ciudadano.

Si nos acercamos al planteamiento de las obligaciones en materia de seguridad, la primera forma de incumplir una obligación, se podría pensar que es saber que se va a cometer un delito (ciberdelito) y no impedirlo. Sin embargo, el delito de omisión pura planteado realizado dolosamente está completamente descartado. La obligación penal de impedir delitos sin riesgo propio, sin riesgo de terceras personas, solamente surge cuando el delito que se va a cometer es un delito contra la vida, contra la salud o la integridad física, un delito contra la libertad o un delito contra la libertad sexual. Los delitos informáticos o ciberdelitos no están conectados o relacionados con estos bienes jurídicos, solo el de pornografía infantil podría estar conectado con la libertad sexual. Luego, no existe obligación de impedir delitos relacionados con el ámbito de la ciberdelincuencia.

Refiere la Prof. Trapero Barreales que, en el ámbito de la empresa, podemos exigir responsabilidad penal a la propia persona jurídica que sabe que se está cometiendo o se va a cometer un delito de los relacionados con la ciberdelincuencia (conducta dolosa para que no haya ningún problema de imputación y de atribución de responsabilidad penal). Un sector de la doctrina considera que la responsabilidad de las personas jurídicas no es una auténtica responsabilidad penal o tiene otra naturaleza jurídica, sin embargo, el Código Penal español desde el año 2010 (modificado y ampliado en el año 2015), señala un número cerrado de delitos que puede cometer la persona jurídica, entre ellos están los más importantes y representativos en materia de ciberdelincuencia. Advierte la ponente que lo cierto es que para atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica se requiere la intervención de una persona física.

Y para ello, hay dos vías de imputación o atribución de responsabilidad, una de ellas sería por parte de los representantes legales de la persona jurídica u otras personas asimilables a los representantes legales, quienes tienen capacidad para tomar decisiones en nombre de esa persona jurídica, así como la capacidad o la función organizativa y de control. Estas personas tendrían que actuar en nombre de la persona jurídica y en su beneficio directo o indirecto.

La segunda vía de imputación, es cuando un subordinado de estos representantes, o personas asimiladas a los representantes legales, actuando en el ejercicio de su propia actividad empresarial, su propia actividad laboral o social, dice la ley, en nombre de

la empresa, en beneficio directo o indirecto de esta, comete el delito, y lo hace, porque estas personas que están en la cúspide de los que depende este sujeto no han cumplido con sus obligaciones de supervisión y control. Aquí tenemos incumplimiento con imprudencia grave, la conducta de supervisión es imprudente, pero el delito se va a imputar a título de dolo, tenemos un incumplimiento de obligaciones de vigilancia, control, por parte de una persona que tiene esas competencias dentro de la empresa.

Refiere la Prof. Trapero Barreales que no va a ser habitual que se establezca responsabilidad penal a las personas jurídicas, debido a que desde el año 2015, tenemos previsto en el Código Penal una causa de exoneración de la responsabilidad penal de la persona jurídica, esto es, el programa de cumplimiento y su aplicación. Dentro de ese programa de cumplimiento se tendrá que incluir medidas de prevención en materia de ciberdelitos, ya que es una de las modalidades delictivas que puede cometer la persona jurídica. Delitos que no son solo son blanqueo de capitales y tráfico de drogas que son los casos más habituales, sino también existen delitos de daños informáticos, acceso a datos reservados, delitos de odio, delitos de pornografía infantil hasta financiación del terrorismo, entre otros.

Fuera del ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es de interés la responsabilidad penal de las personas físicas, de los empresarios o de otras personas dentro de la estructura empresarial. Las características de la empresa, ya sea que tenga una estructura compleja o no, son importantes para establecer las posibles responsabilidades penales. En el ámbito de una estructura empresarial más o menos desarrollada, puede existir un departamento dedicado a la ciberseguridad o una persona con la función de adoptar las medidas elementales, que no son obligaciones legales, pero permiten la subsistencia de la empresa.

En la responsabilidad penal de personas físicas nos podemos encontrar muy rara vez con la situación de los delitos especiales, que requieren que su autor reúna una determinada condición, y precisamente esa condición o cualidad recae en la propia empresa, en la persona jurídica, pero no es la personas jurídica la que comete el delito, porque ese trabajador o ese administrador de la empresa no lo hace en su representación ni en beneficio de la persona jurídica, luego el administrador no podría ser responsable de ese delito. En materia de ciberdelincuencia hay pocos delitos especiales, algunos relacionados con la propiedad intelectual, delitos que se comenten a través de los prestadores de servicios de la comunicación o de servicios de información y en materia de descubrimiento y revelación de secretos. En los delitos especiales para poder atribuir o imputar responsabilidad penal, existe el problema de establecer el autor y el autor en este caso directamente tendría que ser la propia persona jurídica.

Respecto a los delitos comunes, se puede dar el caso del ciberdelito cometido dentro de la empresa, por una persona que pertenece a la propia estructura empresarial o una tercera persona (ataque externo) y ese delito se comete atacando o vulnerando exclusivamente bienes jurídicos que pertenecen a la propia empresa o empresario. Lo que ha sucedido es que los responsables de la gestión y administración de la empresa no han adoptado las medidas básicas, elementales para una protección mínima del negocio, por ejemplo, tiene ordenadores de acceso abierto, sin claves de acceso a la

documentación de los ordenadores, los programas de los ordenadores no se encuentran actualizados o no tiene antivirus. Lo cual genera que la empresa se exponga a cualquier ataque, constituyéndose un delito de daños informáticos que afecta exclusivamente a esta.

En este caso la empresa tiene la condición de sujeto pasivo, es la víctima del delito, pero, cuando la víctima se pone a sí misma en peligro y no adopta las más elementales medidas de seguridad, de prevención de riesgos, puede generar que se excluya la responsabilidad por falta de tipicidad, se planteen problemas de imputación objetiva y se analice el fin de protección de la norma, por lo que se puede concluir que el delito de daños no protege a este sujeto pasivo que se ha puesto a sí mismo en peligro. Sin embargo, añade la ponente, que la existencia de distintos niveles de conocimiento de los ciudadanos en cuanto al tema digital, hace que se presente una situación de desconocimiento absoluto de la situación de peligro, y por tanto no se pueden adoptar medidas de prevención, control y contención de ese peligro, circunstancia que se debe valorar a la hora de establecer, analizar o no la imputación objetiva.

Continúa la ponente exponiendo otros supuestos, por ejemplo, en el que, dentro de la empresa, uno de sus empleados lleva a cabo la conducta delictiva (ciberdelito), pero además de afectar derechos o bienes jurídicos de la empresa, afecta a terceros, que pueden ser los clientes de la empresa o los ciudadanos en general. Ese empleado ha cometido ese delito entre otras cosas favorecido o apoyado en que la empresa no había aplicado medidas de seguridad para controlar o minimizar el riesgo de ese ciberdelito o en todo caso son insuficientes. Al trabajador o a el empleado de la empresa externo obviamente le vamos a imputar ese delito porque lo ha cometido dolosamente. Sin embargo, podemos imputar también responsabilidad penal al superior jerárquico si es un empleado que tenía la obligación de controlar, vigilar y supervisar la actividad de su subordinado, o en todo caso, al responsable máximo de la empresa porque al fin de cuenta tiene obligaciones de vigilar y controlar la actividad empresarial que se desarrolla. Para atribuir o imputar responsabilidad penal a estas personas que no han adoptado las medidas preventivas, tenemos que entrar en el terreno de la comisión por omisión.

La comisión por omisión se puede basar en este caso en que el responsable del departamento que no ha adoptado esas medidas preventivas o en última instancia el empresario, tiene una posición de garante de bienes jurídicos, y esa posición de garante se deriva de dos vías, por un lado, tiene posición de garante y por tanto está obligado a evitar que se produzca ese daño, esa lesión al bien jurídico. La segunda vertiente de donde podemos derivar la posición de garante es la función de control de fuentes de peligro que están en su ámbito de dominio y la actividad empresarial es una fuente de peligro. Por eso, el desarrollo de la actividad empresarial, implica riesgos para bienes de terceras personas, clientes u otros ciudadanos. Entonces, el máximo responsable o los responsables intermedios tienen que controlar ese peligro, esto genera problemas, pues tendremos que decidir de qué manera se interviene en ese delito, si es una posición de garante tendríamos que calificar su intervención como autor. Habrá casos en los que efectivamente es el autor, pero en otras ocasiones estará participando en el delito, en la comisión por omisión el principal problema con el que nos encontramos es el debate de si se castiga la comisión por omisión a título de participación. Si es a título de autor se

podría investigar con la misma pena que el propio ejecutor material con conducta activa, si es como participación tendríamos que valorar si es una participación en calidad de cooperación necesaria o en calidad de cómplice.

La parte objetiva la podríamos construir a través de la comisión por omisión, pero nos encontramos con el obstáculo de la parte subjetiva, principio de responsabilidad objetiva, generalmente esa persona que no adopta esas medidas de prevención que no controla esos focos de peligro, que no cumple la función de protección del bien jurídico, no lo hace dolosamente, a lo sumo podríamos decir que su actuación (omisión) es imprudente, y ello genera un problema: los ciberdelitos están tipificados en su forma dolosa, no en su forma imprudente, si además es una participación imprudente en un delito doloso cometido por un tercero, pero la participación es imprudente en comisión por omisión, no se podría castigar, además teniendo en cuenta que si no se castiga la autoría imprudente, menos se va a castigar la participación imprudente.

Solamente podría recurrir a un delito para castigar la autoría en comisión por omisión imprudente y es el delito de daños informáticos, porque ese tiene que ser doloso, podría recurrir al genérico delito de daños que pide imprudencia grave y que pide que cause un daño superior a 80.000 euro, si se reúnen esas dos condiciones podré castigar a ese responsable de la empresa o al propio empresario por no cumplir con las obligaciones derivadas de esas funciones de protección del bien jurídico o esa función de control de fuente de peligro habrá facilitado o habrá realizado el mismo el daño al bien jurídico.

Comentarios de la relatora

El planteamiento de la Prof. Trapero Barreales nos ofrece una visión muy importante en cuanto a la utilización de las TIC y sus riesgos para el normal funcionamiento de las entidades y organismos públicos y privados. En este contexto es en el que se produce la ciberdelincuencia o criminalidad informática¹, fenómeno que golpea de manera intensa el mundo empresarial, financiero y económico. En palabras de Romeo Casabona y de Miguel Beriain, se está abriendo un nuevo campo a la delincuencia patrimonial y socioeconómica, siendo estas modalidades las principales: a) manipulaciones de datos y/o programas, o 'fraude informático'; b) copia ilegal de programas, 'piratería informática'; c) obtención y utilización ilícita de datos, o 'espionaje informático' (industrial, de mercado o financiero), entre otros². La cuestión dogmática expuesta por la Prof. Trapero Barreales pone de presente la variada manifestación

¹ Tejada de la Fuente, Elvira. Novedades en la tipificación de determinados delitos vinculados a la criminalidad informática en el Código Penal Español: evolución legislativa y adaptación a la normativa internacional. E: Daniela Dupuy (Dir.), *Ciberdelitos. Aspectos de Derecho penal y procesal penal. Cooperación internacional. Recolección de evidencia digital. Responsabilidad de los proveedores de servicios de internet*, editorial B de F, Buenos Aires, 2016, pag.33.

² Ver: Romeo Casabona, Carlos María y de Miguel Beriain, Íñigo. *El cibercrimen en el ámbito económico y patrimonial*. Universidad del País Vasco. Disponible en: https://ocw.ehu.es/pluginfile.php/2612/mod_resource/content/1/OCW-CiberEmpresa_Tema01_v2.pdf https://ocw.ehu.es/pluginfile.php/2612/mod_resource/content/1/OCW-CiberEmpresa_Tema01_v2.pdf

delictiva y la actual respuesta del derecho penal conforme al difícil establecimiento de responsabilidad penal para la empresa (persona jurídica) o para el administrador (persona física), exponiendo los problemas dogmáticos y la clara necesidad de mantener ante todo firmes los principios y garantías del derecho penal, que protege los derechos del delincuente como ciudadano. Finalmente, considero que el desafío que presenta la utilización de las TIC obliga a un replanteamiento de categorías dogmáticas clásicas, que abarquen los fenómenos modernos en el ámbito de la ciberdelincuencia. Dicho replanteamiento requiere de construcciones jurídicas creativas y adecuadas, pero que ante todo sólidas, creíbles y estables, que permitan hacer frente a las demandas de nuevas modalidades criminales.

TERCERA PONENCIA: «Los intermediarios en la era de la desinformación: fake news, redes sociales y medios de comunicación»

Ponente: **D. Diego Fernández López**, CEO de InfoBierzo.com, HoyCastillayLeon.com y Birttu.com.

Moderador: **Prof. Dr. D. Salvador Tarodo Soria**, Profesor Titular de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad de León

Relator: **D. Juan Pablo Uribe Barrera**, Personal Investigador en Formación de la Universidad de León (Área de Derecho Penal y Departamento de Derecho Público)

El moderador, Profesor Tarodo Soria, abre el debate y, tras una breve presentación del ponente, le otorga el uso de la palabra. El ponente empieza su intervención situando a las *fake news* como un fenómeno de naturaleza global que es propio del contexto social actual. Para señalar los rasgos que más interesan de este contexto, manifiesta el ponente que basta con recordar que nos encontramos en una sociedad que comúnmente es denominada como *sociedad digital y/o sociedad de la información*. Estas etiquetas apuntan muy claramente hacia un hecho: estamos en el momento de la historia humana en que mayor flujo informativo ha existido. Ante las sociedades, para decirlo con otras palabras, que le han podido dar las mejores condiciones a sus miembros para poder acceder a información.

Esta facilidad, tanto para producir como para distribuir información, hace que se llegue incluso a puntos de saturación. Así, es tal la cantidad de información a la que cualquier miembro de estas sociedades se ve expuesto, que es fácil que se vea avasallado. Que sienta que, ante la magnitud del constante flujo informativo, no tiene el tiempo suficiente como para poder reflexionar, para establecer los criterios que le permitan identificar si está ante datos, reseñas, noticias o testimonios que merecen su confianza. Esta saturación, avasallamiento y ausencia de un espacio de reflexión nos dan la pista definitiva de cómo se administra generalmente la información en estas sociedades: lo cuantitativo tiene prelación, y en cierto sentido fija, lo cualitativo.

A la luz de este marco, señala Fernández López, es que podemos entender como un asunto mucho más antiguo, como lo es el de las *fake news*, puede convertirse hoy en un problema para la sociedad, en un problema de *ciberseguridad*. El valor que tiene la información en nuestra sociedad, y las mencionadas condiciones que derivan hacia

la ausencia de reflexión del receptor de mensajes, le otorgan un nuevo matiz y una nueva dimensión a este asunto.

Aprovechando esta introducción, el ponente invita a pensar en la fase de distribución de las *fake news*, antes incluso que en su producción y las razones detrás de esta. Diversos estudios han demostrado que, para su distribución, estas informaciones no encontraron nunca un mejor mensajero y reproductor que el usuario de redes sociales que, en las condiciones de saturación y falta de reflexión expuesta, comparte contenidos sin verificar su credibilidad. Si las *fake news* tienen hoy la dimensión que tienen, nos dice una y otra vez Fernández López, es porque nosotros, como receptores y emisores de información, no estamos pudiendo o queriendo hacer la tarea que nos correspondería. No estamos consiguiendo ser un filtro eficaz.

Concentrándose puntualmente en el tema de la distribución, el ponente ubicó, a través de imágenes y ejemplos, algunas cuestiones adicionales que pueden llegar a ser muy útiles para comprender este fenómeno. De especial interés fue su comentario respecto al papel que cumplen los informadores y los personajes públicos que gozan de buena credibilidad entre los miembros de una determinada comunidad. Estos tendrían, por así decirlo, una especial responsabilidad. Cuando ellos dan fe de una noticia, otras personas lo hacen, lo que hace que, de un lado, se le otorgue un halo de credibilidad a una noticia que en realidad es falsa, y del otro, se magnifique y se expanda generando respuestas y reacciones en cadena frente a acontecimientos inexistentes.

Cambiando ahora el eje del asunto, enfocándose no ya en la distribución sino en la producción de las *fake news*, el ponente avanzó sobre otras cuestiones sumamente interesantes. En primer lugar, con diversos ejemplos enseñó que, aunque se trata de un asunto global, no debe perderse nunca de vista el hecho de que este fenómeno ocurre en ámbitos más próximos y cotidianos de lo que podríamos pensar. En segundo, a través de una interesante tipología que fue presentando junto a diversos ejemplos, enseñó hasta cuatro modalidades distintas de *fake news*, mismas que pueden ser singularizadas atendiendo a la intención de quienes la producen.

El primer tipo de *fake news* es el que se realiza con fines eminentemente comerciales. Con un ejemplo tomado de un reporte sobre las diferentes actividades realizadas en festivales, se mostró como en realidad lo que se pretende en muchas noticias no es informar sobre acontecimientos relevantes, sino atraer al público con información poco valiosa sobre materias que pueden resultar de su interés para, una vez que se ha captado su atención, poder ofrecerle, de manera subrepticia, determinado producto.

El segundo, quizá con el que estamos más familiarizados, es el que se realiza como una broma o como un ataque más o menos ofensivo a cierto(s) personaje(s). Con un ejemplo de una noticia falsa según la cual una mujer se había implantado un tercer seno, Fernández López ilustró muy bien el punto de que, entre los diferentes tipos de *fake news*, este puede ser es en principio el tipo menos ofensivo, especialmente cuando se trata de bromas que no tienen mayores consecuencias.

El tercero, del que haremos un mayor comentario en la conclusión de esta breve reseña, consiste en la *fake news* periodística, que es la que realiza cierto medio de

comunicación para llamar la atención de más segmentos del público y mejorar sus estadísticas con fines económicos. El uso de imágenes falsas, el reporte de situaciones completamente imaginarias o exageradas hasta el punto de ser ya abiertamente falsas caracteriza este tipo de noticia falsa.

Finalmente, el cuarto y último es el que, en opinión del ponente, puede resultar más peligroso y alarmante. Este consiste básicamente en las *fake news* realizadas con el objetivo de manipular ideológicamente al público. Haciendo un paralelo con el universo distópico orwelliano, Fernández López mostró como Rusia utilizaba las *fake news* a gran escala para crear opinión a su favor y en contra de sus rivales políticos como los Estados Unidos de América. Producir debates en foros en que el “ganador” siempre es el que sostiene la posición rusa, inventar fuentes, crear “medios de comunicación” para luego citarlos como fuente en otros “medios de comunicación” y así dar mayor impresión de rigurosidad, son tan solo algunas de las estrategias citadas con estos fines.

Comentarios del relator

Para finalizar esta breve reseña con un comentario a título personal, me gustaría volver a centrar la atención en el tema de las *fake news* y el periodismo, pues es especialmente atractiva la reflexión a la que invita la ponencia en este punto. Si pudiéramos seguir con esa caracterización general que hacía el ponente de nuestras sociedades, agregaríamos que estas también se caracterizan por haber generado el eclipse de las grandes verdades. En lugar de grandes dogmas, parece que somos más una sociedad de múltiples narrativas y relatos. De verdades relativas, parciales, interpretables, opinables. En este contexto, en donde todo parece opinable, en donde la palabra verdad se escribe con minúscula, cuando le pedimos a un periodista que no produzca noticias falsas: ¿Le estamos diciendo que produzca noticias verdaderas? ¿Qué es una “noticia verdadera”? ¿Qué pasa si dos periodistas producen “noticias verdaderas” opuestas? ¿Alguna de ellas es necesariamente una *fake news*? En el marco de estas preguntas, cuya respuesta estaría muchísimo más allá de los intereses de este texto, vale la pena simplemente apuntar a que la esencia de la *fake news* no está dada por su falsedad, de allí que su contrario no sea la noticia “verdadera”, sino por su falsedad *deliberada*, por el ánimo de engañar o mentir, de allí que su contrario sea el periodismo que, más allá de que pueda producir o no verdades en el sentido más duro del término, sea hecho con honestidad.

CUARTA PONENCIA: **«Seguridad de la información y menores. Una visión judicial del uso de las nuevas tecnologías en los procedimientos civiles»**

Ponente: **D. José Enrique García Presa**, Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de los Juzgados de León

Moderador: **Prof.^a Dra. Dña. Marta Ordás Alonso**, Profesora Titular (acr. Catedrática) de Derecho Civil de la Universidad de León

Relatora: **Dña. Gracia Fernández Caballero**, Abogada, doctoranda de la Universidad de León, Colaboradora Honorífica del área de Derecho Procesal de la Universidad de León

La quinta ponencia de las Jornadas de Derecho y Ciberseguridad corrió a cargo del Ilmo. Sr. Magistrado-Juez D. José Enrique García Presa, que comenzó su exposición agradeciendo la invitación a participar en las mismas y anunciando que desglosaría su intervención en dos partes claramente diferenciadas, comenzando por «el uso de las nuevas tecnologías en los procedimientos civiles, referido en concreto a la introducción la prueba tecnológica en el proceso judicial» y, en segundo lugar, ahondando en «la seguridad de la información y los menores».

El Magistrado comienza reflexionando sobre que, en unas jornadas de carácter multidisciplinar como estas, que abarcan tanto el Derecho como la ciberseguridad, no podía faltar una ponencia sobre la manera en que las nuevas tecnologías están presentes en el ámbito judicial, cómo pueden introducirse las nuevas tecnologías en los procedimientos judiciales y, en concreto, en materia probatoria.

A modo de introducción, el ponente parte de unos datos generales sobre la implantación de la administración electrónica, destacando que en España se está haciendo un gran esfuerzo en su desarrollo, señalando que el informe bienal sobre Administración electrónica de las Naciones Unidas ha situado a España en los primeros puestos en el ranking mundial, con datos como que más de 24 millones de españoles disponen de DNI electrónico, y el 90% de los trámites con la AGE pueden realizarse ya de forma electrónica. Todo ello ha sido posible gracias al marco jurídico de que se ha dotado la administración pública, partiendo de la puesta en marcha de la Ley 11/2007 de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

Ciñéndose al ámbito de la justicia, señala el Magistrado que los ciudadanos tienen como derecho fundamental acceder a la tutela judicial efectiva por los tribunales; para lo que es necesario dotar a los ciudadanos de la posibilidad de acreditar sus pretensiones. En este sentido, hoy en día, con el imparable avance de las nuevas tecnologías, uno de los medios probatorios que los ciudadanos pueden emplear para acreditar el derecho que les asiste ante a los tribunales es la prueba electrónica o digital. Para que los ciudadanos puedan hacer uso de esos nuevos medios probatorios, alude el Magistrado a que es necesaria la modernización de la administración de Justicia y, en dicho contexto, uno de los elementos de mayor relevancia es la incorporación a las oficinas judiciales de las nuevas tecnologías.

El CGPJ es quien tiene la responsabilidad de dotar a los jueces y tribunales de los medios tecnológicos necesarios para atender las necesidades de los administrados y de todos los operadores jurídicos que intervienen en la vida diaria de los Juzgados y Tribunales. El CGPJ lidera iniciativas para facilitar la integración e interoperabilidad entre los diferentes sistemas de gestión procesal, y entre éstos y otros sistemas de información relacionados con el funcionamiento de la administración de justicia a través del ya conocido “punto neutro judicial” que, en materia de prueba, ofrece una información sumamente valiosa y, sobre todo, en cuanto a contenidos de naturaleza económica.

El Magistrado, entrando de lleno en la materia en cuestión objeto de la ponencia, reflexiona sobre que resulta una verdad indiscutible que nos encontramos ante una sociedad digital que presenta una dimensión específica en el ejercicio de la función

jurisdiccional, y de manera fundamental en lo que se refiere a la proposición y práctica de la prueba en el proceso civil, que puede además resultar decisiva. Razona García Presa que, en esta materia, la normativa va muy por detrás de la realidad. Lo cierto es que la regulación legal no camina al mismo ritmo que la vertiginosa evolución en materia de nuevas tecnologías. Partiendo de que la CE recoge en el art. 24.2 el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa de las pretensiones, que se manifiesta en el derecho a proponer la prueba que estimemos oportuna y a practicarla en caso de que sea admitida; lo cierto es que en la actualidad, las comunicaciones habituales a través de las redes sociales, correo electrónico, teléfono móvil, etc. ocasionan diariamente numerosos conflictos probatorios que están dando lugar a una jurisprudencia no del todo uniforme.

En cuanto a las fuentes de prueba electrónica en el procedimiento civil, centra el ponente que nos referimos a los correos electrónicos, pantallazos, mensajes de texto, WhatsApp, o cualquier otro sistema de mensajería instantánea, páginas web, etc., para los que rigen igualmente los principios generales de la prueba de conformidad con el art. 326 LEC.

Señala el ponente que, en todo caso, existe otra cuestión conceptual necesaria para entender este tema, y es la diferencia entre medio y fuente de prueba. Fuente de prueba es un concepto extrajurídico, puede ser una persona o una cosa que está fuera del procedimiento, es una realidad anterior, exterior e independiente al proceso; frente al medio de prueba, que es la actividad concreta a desarrollar ante el juzgador, siendo un concepto jurídico-procesal que existe "en y para" el proceso. Como ejemplo, entre otros, señala el Magistrado que, en una prueba documental, la fuente de prueba será el documento, y el medio de prueba será la aportación de ese documento a las actuaciones del procedimiento. Los medios de prueba aparecen regulados en el art. 299 LEC, que en su apartado 2 ya hace referencia a cómo las nuevas tecnologías se prevén como medio probatorio en el procedimiento civil, así como en su apartado 3 se alude en todo caso a "cualquier otro medio no expresamente previsto". Se permite así la aportación al procedimiento de medios de prueba diferentes a los no expresamente previstos, en los que podremos incluir aquellos que con el avance de la tecnología no aparezcan expresamente previstos.

Igualmente, en su introducción, alude el Magistrado a la definición clásica de prueba, señalando que es la actividad procesal con la que las partes intentan acreditar sus pretensiones, convenciendo al juzgador sobre la veracidad de los hechos que alegan. Continúa señalando las características de la prueba civil, que se pueden establecer como, en primer lugar, la unidad de su regulación en la LEC; en segundo lugar, la necesidad de la prueba, en cuanto a que una prueba debe ser necesaria y pertinente, esto es, tener relación con la tutela judicial que se pretende obtener en el procedimiento, de este modo, aquella prueba que no se considere necesaria podrá ser rechazada por el juzgador como señala el 283 LEC; como tercera característica de la prueba, la misma deberá ser practicada en unidad de acto aunque, señala el Magistrado, existen algunas excepciones en la propia LEC para aquellas que no puedan practicarse en el acto del juicio y deban llevarse a cabo en un momento posterior, con la salvedad de la prueba de reconocimiento judicial, que debe practicarse con carácter anticipado al acto del juicio o de la vista. Como cuarta

característica señala la intermediación, que se traduce en que la prueba como norma general debe ser practicada ante el Juez, por ejemplo, interrogatorios de parte, testificales, periciales; a salvo de algunas actuaciones en materia probatoria que pueden ser realizadas en presencia del Letrado de la Administración de Justicia, como puede ser el reconocimiento de documentos privados. En quinto lugar, la prueba debe estar sometida a los principios de contradicción y publicidad, las pruebas deben verificarse siempre en presencia de la contraparte y se practicarán en vista pública; y, como característica y garantía final de la prueba se encuentra su documentación, es decir, actas del LAJ y grabación en soporte electrónico, lo que en ocasiones también provoca problemas derivados de fallos en estos soportes electrónicos que pueden conllevar incluso nulidades de actuaciones.

Sentado el concepto y características generales de la prueba civil, señala el ponente que pasa a referirse ahora, en concreto, la prueba electrónica. Para aproximarse al concepto de prueba electrónica, apunta el Magistrado que debemos de tener clara la definición de lo que es el documento electrónico y, una vez tengamos esto claro, hay que determinar cómo se incorpora al procedimiento civil como medio de prueba. De este modo, el art. 3.5 de la Ley 59 /2003 de firma electrónica, define el documento electrónico como “[...] la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”, y en su art. 8 establece que “[...] el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio”. Determina finalmente el Magistrado que puede definirse la prueba electrónica como toda aquella información con valor probatorio que se encuentre incluida en un medio electrónico, o es transmitida por dicho medio. Concluyendo que existen pues dos modalidades de prueba electrónica, por un lado, los datos almacenados en sistemas o aparatos informáticos y, por otro, la información transmitida electrónicamente a través de las redes de comunicación. Apunta el ponente que, si bien su concepto aparece en la Ley 59/2003, lo cierto es que no existe en nuestro ordenamiento una regulación unitaria de la prueba electrónica lo que, puntualiza, no significa que no esté prevista en la normativa vigente, sino que aparece diseminada en distintos cuerpos legales. Ciñéndose al procedimiento civil, señala el Magistrado el art. 230 de la LOPJ y los arts. 382 y 384 de la LEC.

Se llega así a la aportación y práctica de la prueba electrónica en el proceso civil. De este modo, la primera cuestión es analizar las fases de la prueba electrónica, para lo que el ponente aclara que ha seguido un trabajo del Magistrado Joaquín Delgado Martín ; siendo la primera fase la obtención de la información, para lo que las partes han de acceder a la información siempre de forma lícita, es decir, sin vulneración de ningún derecho fundamental; la segunda fase será la incorporación de los datos al procedimiento, para ello debe de cumplir los requisitos generales de la prueba, a los que ya se ha aludido; y, la tercera fase es la valoración de los datos incorporados, que es la valoración de esa prueba por parte del juez o tribunal.

Para acceder a proceso, la prueba electrónica deberá pasar lo que se ha denominado "test de la admisibilidad de la prueba digital", que se basa en tres parámetros: en primer lugar, la integridad, que se traduce en que el soporte en que figura la prueba que pretende introducirse en el procedimiento no haya sido alterado de modo alguno;

en segundo lugar, la autenticidad, es decir, es necesario que se constate la realidad del contenido que figura y que, además, ese contenido pertenezca al sujeto del que se dice que ha emanado dicha declaración; y, finalmente, la licitud, a la que ya se ha aludido al anteriormente, pero que se manifiesta expresamente en este test de admisibilidad. En cuanto a la valoración de la prueba electrónica, alude el Magistrado a los métodos tradicionales para valoración de la prueba en general: la prueba legalmente tasada y la libre valoración de la prueba, que se refiere a que la prueba debe ser valorada conforme a la libertad de valoración, la sana crítica, que corresponde al juzgador.

Continúa el ponente analizando la postura procesal de los pates cuando se pretende introducir un medio de prueba electrónico en el procedimiento, puesto que una parte puede aportar la prueba electrónica y la contraparte tiene el derecho a impugnarla. Por ejemplo, en cuanto a los pantallazos de conversaciones en redes sociales, que en realidad se consideran mera prueba documental, la parte contraria puede impugnarlos alegando que la información que se refleja ha sido alterada, o que son incompletos, o bien que la información contenida no ha sido emitida por quien se dice. En tales casos se hace necesario por la parte que lo aporta acreditar la veracidad de dicho medio probatorio, y que se lleva a cabo generalmente mediante una prueba pericial informática. Señala el ponente que la forma principal de aportación de la prueba electrónica suele ser la aportación de su impresión en papel y, para que esté correctamente aportada, deben adjuntarse los datos electrónicos que se correspondan a esa impresión en soporte digital, en un cd que permita comprobar la veracidad e integridad de los datos aportados. Para finalizar la primera parte, el Magistrado hace referencia a la STS de 19 de mayo de 2015 sobre la fuerza probatoria de los pantallazos de conversaciones a través de redes sociales, que textualmente establece que "la prueba de una comunicación mediante sistemas de mensajería instantánea debe ser abordada con todas las cautelas, debido a que la posibilidad de una manipulación forma parte de la realidad de las cosas", afirmando el Alto Tribunal que "el anonimato que utilizan estos sistemas y la libre creación de cuentas hacen posible aparentar una comunicación en la que un único usuario puede llegar hasta a estar relacionándose incluso consigo mismo", considerando indispensable realizar una prueba pericial sobre los documentos que se aporten para acreditar el verdadero origen de la comunicación y la identidad real de los interlocutores y la integridad de sus contenidos. Estableciendo el TS de este modo, los criterios que deben emplearse para admitir los mensajes a través de redes sociales como prueba, dada la alta facilidad para su manipulación.

Pasa ahora el ponente a tratar la segunda parte de su intervención, dedicada a la seguridad de la información y los menores. Reflexiona el Magistrado sobre el cambio en la forma de las comunicaciones en la actualidad pues, a diferencia de cómo nos comunicábamos antes, ya no hablamos por teléfono, cada vez conversamos menos cara a cara, y hoy en día chateamos, whatsappeamos, tweeteamos, etc.; señalando además que estos nuevos medios de comunicación no sirven solo para comunicaciones personales, sino que también se realizan a través de los mismos comunicaciones comerciales, celebración de contratos e, incluso, se comenten delitos. Además, todas estas comunicaciones, e incluso las grabaciones de vídeo y fotografías, actualmente se concentran en un único terminal: el móvil y la tablet, que se han convertido en el regalo estrella de cumpleaños, Navidades, comuniones, etc., sin que

las familias sean realmente conscientes de los riesgos que puede tener para un menor disponer de los mismos.

Alude el Magistrado a que el 30 de noviembre de 1988 fue declarado el día mundial de la seguridad de la información y, desde entonces, se celebra con el objeto de concienciar sobre la importancia de esta seguridad y de los sistemas y entornos que operan sobre ella, intentando transmitir y consolidar hábitos de seguridad informática desde los niveles más básicos hasta los más avanzados. Señalando que uno de los públicos más expuestos son los menores, que desde edades muy tempranas ya se relacionan a través de las redes sociales. El desmesurado uso de los dispositivos ya referidos, sumado a una conexión permanente a internet, tiene una gran repercusión en nuestros hábitos y conductas, además de suponer un riesgo para la intimidad y seguridad personal, que resulta más preocupante en el caso de los menores, ya que por su edad aún no tienen formada su personalidad, son inmaduros intelectualmente y eso en muchos casos no les permite percibir a los riesgos que se enfrentan cuando navegan. Señala el ponente algunos datos estadísticos al respecto, como que el 95% de los menores en España son usuarios habituales de internet, y solo el 46% de estos menores posee conocimientos en cuanto a configuración de la privacidad de sus terminales y perfiles en redes sociales; señalando otras estadísticas, como un estudio reciente realizado por el Principado de Asturias, entre usuarios con edades entre los 10 y los 18 años, que revela que el 95 % disponían de teléfono propio, y el 71 % afirmó que la familia nunca les supervisaba su uso; datos que claramente resultan preocupantes y alarmantes, apuntando el Magistrado que estas estadísticas revelan un uso exagerado del teléfono móvil por los menores, y a edades tempranas.

Siguiendo con su exposición, reflexiona el ponente sobre el derecho a la libertad, que se configura ya como elemental en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y asimismo lo recoge como fundamental nuestra CE en su art. 17. La tecnología ofrece indudables ventajas y oportunidades para la formación, pero también puede limitar el derecho a la libertad que, en una sociedad cada vez más digitalizada, parece que empieza a atenuarse.

En el ámbito de los menores, el marco legal puede concretarse en la Declaración de los Derechos del Niño de la ONU, la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y la Ley Orgánica 8/2015 de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, entre otras normas. En el caso de los menores, la digitalización de la vida y la afectación al derecho a la libertad resulta especialmente relevante porque se trata de un colectivo vulnerable debido precisamente a su falta de madurez. Reflexiona el Magistrado, aludiendo a Tristan Harris, sobre como las alertas del móvil dicen al cerebro en qué fijar la atención en cada momento, programándose la mente con dichas alertas, suponiendo una sutil restricción de la libertad que además crea adicción a los dispositivos. La libertad se ve asimismo afectada por la hiperconexión a la red, que para los menores es aún más grave dada su vulnerabilidad, y el control por parte de los padres se ve cada vez más comprometido debido a la brecha digital que existe entre generaciones. Además, no puede olvidarse que los menores también tienen derecho a la intimidad y privacidad, que debe conjugarse con el deber de protección de los progenitores. Sin olvidarse de que la hiperexposición de los menores en las redes sociales, no se da siempre por parte de los propios menores,

sino incluso por parte de los padres que muestran la vida de sus hijos e incluso algunos la rentabilizan. Además de los riesgos que conlleva la utilización de internet y redes sociales en cuanto a la obtención de datos de las familias y menores, que luego se emplean para crear perfiles utilizados con fines comerciales.

Si bien continúa el ponente reflexionando sobre la problemática que genera esta realidad digital en la que vivimos, señala que, a pesar de la crítica realizada, tampoco puede suponer impedir que los menores renuncien a las ventajas que por otro lado les ofrece internet. Jurídicamente la patria potestad obliga los padres a velar por los derechos de sus hijos y, en el ámbito del Juzgado de Familia, en el que el ponente desarrolla sus funciones, si bien no existen abundantes procedimientos en los que se discuta sobre el empleo de las redes sociales y los menores, sí ejemplifica el ponente un caso en el que el que un progenitor presentó un solicitud al juzgado para que el otro progenitor retirara unas fotografías del hijo común de ambos de Facebook, y que, en lo sucesivo, se solicitara autorización judicial para que el menor y su imagen pudieran acceder a redes sociales. Reflexiona el ponente que, obviamente, este tipo de peticiones no se dan en el marco de una pareja con una convivencia normalizada, si no en una pareja en la que existe una mala relación. Señalando el Magistrado que debió de atenderse a la petición, y exigir al progenitor que había colgado las fotografías en la red que las retirara, pues se entendió que es una cuestión que afecta a la patria potestad y, por tanto, deben estar ambos progenitores de acuerdo, debiendo solicitar en adelante autorización del otro progenitor para esta clase de cuestiones.

Concreta el ponente los riesgos a los que se enfrentan los menores con el uso de la red en tres grandes grupos: el ciberacoso, la pérdida de privacidad y el acceso a contenido inapropiado. Dentro del ciberacoso se encuentra el cyberbullying, la suplantación de identidad, el sexting y el grooming. El cyberbullying lo resume el ponente como el ciberacoso escolar, realizado por compañeros de clase a través de diferentes redes sociales; la suplantación de identidad consiste en hacerse pasar por otra persona con la intención de controlar o afectar a la víctima; el sexting es la distribución de contenido erótico o sexual sin consentimiento de la víctima, que a veces es incluso empleado para extorsionar a la víctima; y al grooming es el acoso a un menor por parte de un adulto con fines sexuales. En cuanto a la pérdida de privacidad, señala el Magistrado que puede ser voluntaria, la información que los menores suben conscientemente a la red, sin conciencia de que compartir esa información por estos medios les expone ante extraños; e involuntaria porque esa información que suben sea recabada de ellos por terceros. El acceso a contenido inadecuado se refiere a la facilidad para acceder a contenidos sexuales, xenófobos, ilegales, etc.

Además, señala el Magistrado los riesgos de navegar por parte de los menores, dada su inmadurez intelectual, apuntando como otros riesgos la existencia de "juegos" peligrosos para su salud, que han llegado incluso a causar fallecimientos, como el juego de la ballena o el abecedario del diablo, que resultan absolutamente espeluznantes, y requieren control paterno.

El Magistrado reflexiona sobre que, para prevenir estos riesgos a los que están expuestos los menores en la actualidad, resulta imprescindible que desde su entorno familiar y escolar se les eduque en el uso razonable y adecuado de las nuevas

tecnologías, implantando un control de su uso cuando sea posible, mientras sean menores de edad, sin que se trate ni de investigarles ni entrometerse en su vida, si no de realizar una labor educacional, pedagógica y de supervisión, que garantice el desarrollo de su libre personalidad y su potencial de aprendizaje.

Finaliza el ponente refiriéndose a la protección de los datos de los menores, señalando que la edad mínima para prestar consentimiento para el tratamiento de datos personales, sin el consentimiento de los progenitores, en España son los 13 años; lo que es criticado por parte de la doctrina ya que Europa marca los 16 años –si bien permitiendo rebajar la edad a los estados miembros por ley, siempre que no sea inferior a los 13– dado el reforzamiento en esta materia que se está llevando a cabo en los últimos tiempos. Si bien, existe otro sector de expertos que apoyan la medida y entienden que hay que dar un voto de confianza a los menores, para los que las nuevas tecnologías son un instrumento habitual, y las TICs juegan un papel inevitable en el desarrollo de su personalidad. Siendo imprescindible que gocen de protección de su privacidad tanto por parte del Estado, como a través de la educación, pero sin arrebatarles su autonomía.

Concluye el ponente señalando que el 20 de noviembre de 2019 cumplirá 30 años la Convención de los Derechos del Niño que es el instrumento internacional que más adhesiones ha generado en la historia, y que ha propiciado más factores en cuanto a cambio social, fundamentalmente en lo referente a los ideales de justicia e involucración de más personas en la protección de los derechos de los menores; apuntando como colofón una frase del Plan de Acción de la Cumbre Mundial a favor de la Infancia de 30 de septiembre de 1990: “no hay causa que merezca más alta prioridad que la protección y el desarrollo del niño, de quien dependen la supervivencia, la estabilidad y el progreso de todas las naciones y, de hecho, de la civilización humana”.

Comentarios de la relatora

El imparable avance de la vida digital se manifiesta en diferentes facetas de nuestra vida, pero de una forma muy significativa en nuestras comunicaciones y en concreto en la manera del llevarlas a cabo. Las tradicionales cartas y llamadas telefónicas se sustituyen ahora por chats, aplicaciones de mensajería instantánea y redes sociales. Estos cambios afectan sin lugar a dudas a nuestra vida en sociedad y suponen un auténtico reto tanto a nivel de prueba en el proceso judicial, como en términos de seguridad de la información en lo que se refiere a los menores.

Con esta ponencia se pone una vez más en evidencia cómo la normativa va un paso por detrás de los avances tecnológicos y de su implantación en la vida social cotidiana, siendo necesaria una actualización de los requisitos y unificación normativa sobre los criterios para la incorporación de las comunicaciones digitales como prueba a los procedimientos judiciales, en aras de evitar que deba ser la jurisprudencia la que marque a golpe de sentencia los mismos, dotando de mayor seguridad jurídica a un aspecto fundamental del proceso judicial como es la prueba. Lo que en última instancia redundará en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Por otro lado, se han puesto de manifiesto los riesgos que estas nuevas formas de comunicación pueden conllevar para los menores. Desde ataques a su privacidad, que

puedan incluso repercutir en su futura vida adulta, como a la comisión de delitos contra los niños a través de los medios digitales. Como ya proclama la Declaración de Derechos del Niño, la protección y desarrollo de los niños debe ser una de las prioridades de nuestra sociedad, pues de ellos depende nuestro futuro. Por lo que las medidas y mandatos de protección contenidos ya en nuestras leyes y tratados internacionales refrendados, deben cumplirse y suponer una verdadera implementación de estas en la educación, tanto institucional como familiar, de nuestros menores.

QUINTA PONENCIA: «Blockchain: seguridad y derecho a la privacidad»

Ponente: **D. Fernando Cuadrado Malasaña**, Abogado especialista en TIC

Moderador: **D. Gonzalo Collado de la Guerra**, Ilmo. Sr. Abogado del Estado

Relatora: **Dña. Lidia García Martín**, Personal Investigador en Formación de la Universidad de León (Área de Derecho Administrativo del Departamento de Derecho Público)

D. Fernando Cuadrado Malasaña inicia su ponencia anunciando el fenómeno de la blockchain y la consecuente revolución que ello ha supuesto. Como punto de partida el ponente recuerda las palabras del expositor anterior sobre el papel clave de Vinton Cerf al crear el Protocolo de Transmisión (TCP), el Protocolo de Internet (IP) y, en síntesis, el internet de los datos. Surge a tal fin el discurso inspirador de la blockchain, el internet del valor, a través de la cual se puede enviar de forma instantánea dinero y criptomonedas por medio de un canal seguro y confidencial, traspasando las fronteras internacionales. La justificación a la blockchain el ponente la sitúa en la necesidad de contar con una interfaz capaz de enviar dinero al extranjero sin necesidad de realizar transferencia bancaria alguna³.

Acompañado de una presentación de Power Point, el ponente alude a la capacidad de la blockchain como máquina de crear confianza. Es necesario hablar del derecho a la privacidad y a la transparencia pues todas las sociedades han tenido graves problemas de confianza y ello puede solucionarse por medio de la blockchain. La confianza es el factor más importante en la revolución de las Tecnologías de la Información y la Comunicación⁴ en pleno siglo XXI. El ponente recuerda las palabras de Melanie Swan al afirmar que cada diez años de las TICs hay un cambio de paradigma.

En este sentido, el primer paradigma de las TICs, fueron los *mainframe* de *International Business Machines Corporation*⁵. Posteriormente, la segunda gran revolución por parte de IBM la encontramos cuando el joven Bill Gates crea el primer ordenador PC compatible. Bill Gates desarrollaría durante su trayectoria profesional diferentes programas informáticos con otros jóvenes que culminarían en la creación

³ En resumen, con la blockchain nos encontramos ante el internet del valor, pudiendo gestionar nuestro dinero desde nuestro terminal móvil a través del uso de criptomonedas, sin necesidad de contar con ningún intermediario y de una forma totalmente confidencial, traspasando las fronteras internacionales en menos de un segundo.

⁴ En adelante TICs.

⁵ En adelante, IBM.

de unos ordenadores bajo la marca Apple, Windows y Microsoft: la gran revolución del siglo XX. Diez años más tarde aparecería la revolución de internet con el descubrimiento de *google*. La cuarta y última gran revolución la encontramos en los teléfonos inteligentes, el *Smartphone* y con ello llega la revolución de la confianza, del intermediario que crea la confianza necesaria para que funcionen las TICs de hoy en día⁶.

El ponente sigue apuntando en la misma línea y alude a la creación de riqueza generada por la citada práctica, pero afirma que la misma se está produciendo de una forma totalmente asimétrica. De tal manera que el dinero gestionado no se reparte de forma equitativa pues los creadores obtienen cuantiosos beneficios pero los trabajadores ejecutan su trabajo en condiciones cada vez más precarias. Ante esta problemática actúa, de nuevo, la blockchain. Esta forma de revolución de la confianza surge de dos formas:

- Por medio de la existencia de una persona o autoridad que sirve de mediador/intermediario y que da validez a lo acordado. Ejemplos de ello pueden ser un notario o un cura.
- Por medio del consenso. Ejemplos de protocolos de consenso, el ponente destaca los Yap de Micronesia y la Pow.

A continuación, y como consecuencia de todo cuanto antecede, el ponente pone especial énfasis en la digitalización del mundo exterior, lo que genera inevitables problemas como los derivados de la propiedad intelectual, por ejemplo, las fotos, las obras de arte o el propio dinero de curso legal. La consecuencia de todo ello es que son ilimitablemente reproducibles. En relación con el dinero encontramos el problema del doble gasto, si bien, el ponente refleja la posibilidad de solventarlo con las formulas derivadas de la blockchain, es decir, por medio de la existencia de una autoridad externa o mediante el consenso⁷.

Asimismo, el ponente refleja nueve características de la blockchain o cadena de bloques:

1. Es un libro contable, distribuido en múltiples ordenadores y público pues cualquiera tiene acceso al mismo. Sitúa su comienzo en el bloque génesis.
2. Todas las transacciones pueden ser vistas por todos los usuarios del sistema. Se logra, por tanto, que todos los ordenadores puedan mostrar los cambios que se producen mediante la compra y venta de bitcoin usando la tecnología del consenso.

⁶ Ejemplos de terceros de confianza son Uber, Wallapop, Airbnb, Facebook, PayPal, Instagram.

⁷ Se comprueba que las transacciones efectuadas por PayPal o con una determinada compañía bancaria están centralizadas, impidiendo, con ello, el problema del doble gasto al comprobar que todas las transacciones realizadas son de carácter único. Por el contrario, en la blockchain no existe una entidad centralizada, siendo todos los usuarios del sistema los garantes de que las transacciones realizadas sean válidas, disponiendo cada uno de los usuarios del sistema de una copia de la base de datos.

3. Los estados del sistema se determinan y se cambian a través de un protocolo de consenso.
4. Es un protocolo de red P2P o punto a punto. Caracterizada por ser una red de ordenadores interconectados a fin de facilitar transacciones entre los usuarios del sistema.
5. Es una plataforma distribuida resistente a la censura. Los primeros creadores de la blockchain pretendían reforzar la estructura a fin de que fuera resistente a la censura e impedir la alteración y borrado de datos. Proporciona también el día y la hora exacta en el que se produce cada registro.
6. Proporciona almacenamiento redundante a prueba de puntos de fallos. De tal manera que puede eliminarse el 20, el 30, el 40 o el 90% de la información pero la misma seguirá en los nodos a disposición del que quiera consultarla.
7. Criptografía asimétrica, claves públicas y privadas. Lo que garantiza que actúe con un régimen de confianza y consenso.
8. Transacciones a prueba de manipulación.
9. El origen de las transacciones, la cadena de bloques puede ser verificada.

A tal fin, hace suyas las palabras de Eric Hughes, en el “Manifiesto Cipherpunk”, cuando señala «la privacidad es necesaria para una sociedad abierta en la era electrónica», a lo que el ponente añadiría el derecho a la intimidad es el fundamento de una sociedad democrática. La privacidad en una sociedad abierta requiere de un sistema de transacciones anónimas. En este sentido, cita a Hal Finney, desarrollador en PGP Corporation, creador del cifrado asimétrico y primer desarrollador de bitcoin, tras su creador conocido bajo el alias de Satoshi Nakamoto⁸.

Define, también el ponente la criptografía como la capacidad de difuminar el mensaje y, por ende, impedir el acceso al mismo hasta que no se disponga de la clave privada. De ahí surge la técnica del cifrado asimétrico que cuenta con dos claves. La primera, de carácter público, que sirve para cifrar el mensaje y la segunda, de carácter privado, que sirve para descifrarlo⁹. Al extrapolar la citada técnica de cifrado asimétrico a la blockchain, el bitcoin contaría con una clave privada como elemento esencial para el uso de las criptomonedas, y la clave pública, que es la que autoriza el envío y recibo de bitcoin, sin posibilidad de autorizar retirada de bitcoin, para lo cual será requisito *sine qua non* disponer de la clave privada.

Categoriza a continuación dos clases de blockchain:

- Públicas: lo que autoriza a cualquier persona, con identidad desconocida, a la formación de un nodo y su uso ilimitado por cualquier persona. Ejemplo de blockchain pública la encontramos en el bitcoin.

⁸ Reflexionando sobre la tradición, el ponente refleja que ya los egipcios, los griegos y los espartanos usaban técnicas de cifrado, siendo crucial en la II Guerra Mundial cuando los americanos descubren la clave de los japoneses para comunicarse. En aquel tiempo las técnicas de cifrado no se permitían entre la población civil, si bien, es en los ochenta de este siglo cuando se comprueba que es necesario contar con métodos de cifrado para comunicarse.

⁹ Ejemplo de ello es el número de cuenta bancario que se corresponde con la clave pública (solo permite ingresar dinero) y el pin de la cuenta con la clave privada (que nos permite operar con la cuenta para la retirada de efectivo).

- **Permisiónadas:** condicionadas a la oportuna autorización de permiso. Encontramos ejemplos de blockchain permisiónadas principalmente en el sector de la banca, como quorum, hyperledger fabric o IBM.

Afirma el ponente que algunos de los problemas más graves son los planteados en relación con el derecho a la protección de datos de carácter personal que es un apéndice de los derechos a la intimidad y a la privacidad. El ponente, refleja la importancia del tema, por cuanto nuestra personalidad viene determinada por nuestros propios datos. Nos enfrentamos, en consecuencia, a nuevos ataques a la privacidad. Es por ello que surge un nuevo derecho, esto es, el derecho a la protección de datos personales, desarrollado sentencia tras sentencia del Tribunal Constitucional, marcado por la influencia europea en la materia¹⁰; la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos que toma como base el artículo 18.4 de la Constitución Española cuando señala «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos» y, en fin, la reciente aprobación del proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

Seguidamente, el ponente pone de manifiesto que la blockchain desarrollada por técnicos genera las siguientes problemáticas en relación con el derecho a la protección de datos personales:

- Las blockchain están deslocalizadas. Destaca la ausencia de domicilio social, al disponer de diferentes nodos de los registros en todos los países.
- Carecen de personalidad jurídica. Se trata, por tanto, de una serie de procesos realizados que carecen de autor conocido. Así sucedió con el creador de los bitcoin, que desarrolló el proceso de la blockchain de bitcoin en software libre y años más tarde desapareció, conocido bajo el seudónimo de Satoshi Nakamoto. En la actualidad se desconoce su identidad.
- No existe un responsable del fichero ni un encargado del tratamiento. Ello es debido a que existen determinadas personas que tratan con partes concretas de los datos protegidos por encriptación, pero que desconocen el origen y el fin de la citada información.
- Carácter indeleble de los registros de la blockchain. Los bitcoin tienen un espacio para incorporar un determinado texto escrito, pero surge la duda de qué ocurre con ese texto si presuntamente la blockchain tiene un marcado carácter indeleble.

Posteriormente el ponente refleja las aportaciones que la blockchain ha supuesto en materia de ciberseguridad:

- **Confidencialidad.** Los datos están protegidos por criptografía fuerte y ninguna autoridad externa tiene acceso a los mismos. Ahora bien, la blockchain de

¹⁰ 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.

bitcoin no es totalmente anónima, se trata de un seudonimato, caracterizado por ser una persona desconocida, pero de la que se puede trazar y esbozar un perfil a partir de las transacciones que ha realizado. Ahora bien, existen otras monedas en las que resulta imposible. Por ejemplo, monero o z-cash.

- Integridad. En la blockchain no se puede falsear los datos, pues reúnen dos características claves, la inmutabilidad y la transparencia. Datos, por tanto, a prueba de manipulaciones cuyo origen puede ser verificado. Todas las áreas de negocio que utilicen datos sensibles pueden beneficiarse de esta tecnología, ya se trate de datos financieros, personales, médicos o de cualquier otra índole.
- Disponibilidad. Los datos están disponibles en miles de nodos, por tanto, el servidor nunca fallará, siempre será accesible, dado que el almacenamiento está distribuido y es redundante a prueba de caídas del sistema.

Aventura el ponente en líneas generales el futuro de los pagos. En este sentido, el dinero de curso legal desaparecerá y quedará exclusivamente el dinero bancario¹¹. Pero no solo debe tenerse en cuenta ese control bancario, sino que también todas las transferencias de dinero operadas a través de bancos no manejan dinero físico, sino que simplemente se trata de un apunte contable, a lo que se añade la necesidad constante de contar con un intermediario toda vez que se pretende llevar a cabo una transacción comercial. El bitcoin y, por ende, las criptomonedas, pretenden convertirse en el efectivo digital con el que se pague, pues reúnen las siguientes características:

- Carácter anónimo.
- Carácter descentralizado, lo que elimina la necesidad de contar con una autoridad externa que haga efectiva la transacción.

Con su uso se pretende proteger los derechos a la privacidad e intimidad de las personas. Afirma Cuadrado Malasaña que las criptomonedas serán la única forma de manejar efectivo digital cuando ya no existan monedas y billetes. Si bien, pone de relieve las debilidades que puede afrontar la blockchain:

- Vulnerabilidades de la plataforma. La integridad de la blockchain está determinada por la plataforma de software sobre la cual se ejecuta. En este sentido, refleja el ponente que si la plataforma es poco fiable, ello afecta a la blockchain.
- Malware. La infraestructura que admite la blockchain está sujeta a toda clase de amenazas y vulnerabilidades comunes. Ningún software, resulta, por tanto, exento a la posibilidad de ataques.
- Pérdida de control. Caracterizado por un abuso del privilegio de la condición de administrador y la consecuente realización de cambios no autorizados en la infraestructura. Destaca, el ataque del 51%, cuando alguien controla el 51% de los nodos de la blockchain, y el ataque Sybil, una persona adopta diferentes identidades en internet para atacar la blockchain y tomar el control.

¹¹ En el momento en el que pretendamos realizar una transacción económica tendremos que operar con nuestros bancos, estando sometidos con ello al control de bancos y gobiernos, pese a la apariencia de que el dinero es circular.

Sella el ponente su intervención reseñando las promesas a las que aspira convertirse la blockchain, tras lo cual procede a responder a las preguntas formuladas por los asistentes, reflexionando acerca de las tres preguntas suscitadas con su intervención. Cierra la sexta intervención, el moderador D. Collado de la Guerra, agradeciendo a D. Cuadrado Malasaña la magistral ponencia efectuada sobre el tema, tras lo cual se dan por concluidas las IV Jornadas Nacionales de Derecho y Ciberseguridad y se procede por parte de los organizadores a la clausura de las mismas.

Comentarios de la relatora

No cabe duda de que nos encontramos en un constante avance tecnológico. Primero llegó la evolución y revolución de la información con la creación de los primeros ordenadores y el posterior lanzamiento de los *smartphones* y, ahora, esta modernización pionera da paso a la revolución del pago creando el internet del valor. Nos da recelo adentrarnos en ese mundo desconocido que supone la blockchain, pero al igual que ocurrió tiempo atrás con el internet de la información, aunque, *a priori* asusten los cambios, es inequívoco los beneficios que ha supuesto en nuestra calidad de vida el desarrollo del internet de la información. Lo mismo puede suceder, por tanto, ahora, con el internet del valor. Se comprueba que la blockchain, devuelve el poder del dinero al propio pueblo, eliminando la mediatización de bancos y demás autoridades; permite realizar diferentes transacciones de forma completamente anónima por medio de un código encriptado, preservando el derecho a la privacidad de nuestros datos de carácter más personal, salvaguardando, en consecuencia, nuestra razón de ser, la personalidad de todos nosotros. Pero no todo lo aventurado por la blockchain es halagüeño, también, afronta dificultades a solventar si quieren convertir la criptomoneda en el pago del futuro. Se comprueba el uso de la blockchain para la compra de armas, drogas, y, en general, como medio para defraudar; se ha demostrado que no es un sistema inmutable, pues es posible su hackeo o toma de control, lo que se traduce en una inevitable quiebra del sistema. Ahora bien, no podemos permanecer ajenos a la sociedad en la que vivimos, somos parte de esta era tecnológica, las Administraciones cada vez apuestan más por la electrónica en su proceder diario, extrapolándolo hasta sus relaciones para con los ciudadanos y, en fin, todo se vuelve cada vez más digital, hasta que llegue un día en el que ya no quede nada realizado a papel, ni siquiera, el propio dinero.

CRÓNICA DEL SEMINARIO “DESAFÍOS DE LAS RELACIONES LABORALES ANTE LOS CAMBIOS TECNOLÓGICOS”



ROBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

RODRIGO TASCÓN LÓPEZ

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

HENAR ÁLVAREZ CUESTA

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de León

El día 20 de noviembre de 2018 se celebró en el Salón de Grados de las Facultades de Derecho/Ciencias del Trabajo el Seminario “Desafíos de las Relaciones Laborales ante los cambios tecnológicos”, enmarcado en los Proyectos de Investigación DER2017-82192-C3-1R “Nuevos lugares, distintos tiempos y modos diversos de trabajar”, del que son Investigadores Responsables los Dres. Juan José Fernández Domínguez y Roberto Fernández Fernández, y LE004P17 “Sostenibilidad económica, social y medioambiental e innovación tecnológica: nuevas coordenadas para las políticas públicas en Castilla y León”, del que es investigadora principal la Dra. Susana Rodríguez Escanciano. Asimismo, la actividad estaba asociada al Programa de Doctorado “Derecho: protección jurídica y cohesión social”.

1ª Ponencia: “Relaciones Laborales y cambios tecnológicos: ¿Cómo se protege el derecho a la protección de datos de los trabajadores”

Fue ponente la Dra. Eva Mª Blázquez Agudo, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid, actuando como relator el Profesor Rodrigo Tascón López, Profesor Titular de la Universidad de León.

La ponente dio cuenta de la evolución normativa acaecida en los últimos tiempos en materia de protección de datos, desde 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); hasta la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos y Economía Digital, en última fase tramitación parlamentaria.

A continuación, procedió a desgranar la problemática concreta que la protección de datos presenta en el ámbito laboral, para recordar que la propia firma del contrato de trabajo es título habilitante suficiente para permitir al empresario el tratamiento de los datos necesarios para el desarrollo normal de la relación laboral, incluido el siempre espinoso asunto del control a través de medios tecnológicos, sobre el que ha habido una larga saga de pronunciamientos de los tribunales de todo orden y condición, destacando la ponente las últimas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los asuntos *Barbulescu II* y *López Ribalda*, en las que se parece enmendar un poco la plana a la interpretación menos tuitiva de los derechos de los trabajadores que había efectuado el Tribunal Constitucional Español.

Advirtió además la ponente que entre los datos laborales hay algunos especialmente sensibles, como son los datos de salud laboral o afiliación sindical, que deben ser tratados con especial esmero y sólo cuando una Ley lo permita, so pena de incurrir en lesión del derecho fundamental consagrado en el art. 18.4 CE.

Aludió, en fin, a la necesidad de que las políticas y protocolos establecidos a nivel de empresa, con el debido acuerdo con los representantes de los trabajadores, deben resultar claves para asegurar un adecuado desenvolvimiento del derecho a la protección de datos en el ámbito laboral, así como para tratar de alejar, en lo posible, el fantasma de las diversas responsabilidades en que se puede incurrir.

2ª Ponencia: “Algunas propuestas de reforma en materia de tiempo de trabajo. En especial en relación con la conciliación laboral y familiar”

Fue ponente el Prof. Dr. Juan Altés Tárrega, Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia, actuando como relatora la Profra. Dra. Henar Álvarez Cuesta, Profesora TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León.

Durante su intervención, el Prof. Altés Tárrega examinó el marco normativo del tiempo de trabajo a nivel nacional y europeo, su interpretación judicial, analizó el impacto que la digitalización supone para esta condición laboral, la modalidad específica del contrato a tiempo parcial e intercaló propuestas de mejora para propiciar una corresponsabilidad y evitar la discriminación por razón de género.

Al respecto, comparó los intereses contrapuestos de trabajador y empresario con un “damero maldito”, en tanto responden a distintas lógicas y voluntades. De un lado, la

flexibilidad pasiva en su distribución beneficia al empleador, mientras que los empleados reivindican una flexibilidad segura que les permita ejercer sus derechos de conciliación.

Al tiempo, subrayó cómo esta vital condición laboral ha sido distorsionada por las nuevas tecnologías, capaces de difuminar la separación entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso, al permitir las nuevas tecnologías jornadas más flexibles. Frente al cambio de paradigma, se ha incluido el derecho a la desconexión digital en el Proyecto de Ley de Protección de Datos, como protección específica frente a un incumplimiento empresarial específico.

Respecto al contrato a tiempo parcial, el ponente apuntó las dificultades para que esta modalidad específica cumpla con una de sus finalidades, como es facilitar la conciliación. La flexibilidad empresarial fruto de las últimas reformas sumada a la incorporación “forzada” debido a la escasa oferta laboral hace que no sirva a quienes acudirían a este vínculo para compaginar cuidados y trabajo.

Por último, el Prof. Altés dibujó los dos caminos abiertos de reforma de las instituciones destinadas a conciliar la vida personal, laboral y familiar. El primero consistiría en efectuar ajustes legales para atender a demandas sociales, como establecer el derecho de acumulación del permiso de lactancia, la inclusión del cónyuge en la excedencia por cuidado de familiares y eliminación de la afinidad para evitar la asignación de los cuidados en exclusiva a la mujer, la supresión del parámetro diario en las posibilidades de reducción de jornada por estas causas o la necesaria justificación del empresario a la solicitud de medidas de conciliación por parte del trabajador.

El segundo llevaría a romper con todo y volver a empezar en el diseño de la corresponsabilidad familiar con el fin de luchar contra la discriminación indirecta que sigue recayendo sobre las mujeres y acaba por segregarlas ocupacionalmente y ampliar la brecha salarial y de pensiones. En este punto, señala la necesaria intervención en tres momentos: en la gestión del tiempo de trabajo en aspectos cualitativos para evitar la pérdida salarial; en el establecimiento de permisos parentales igualitarios mediante una estructura en parte fija y en parte flexible vinculada a su disfrute equivalente entre ambos progenitores; y en el desligamiento del tiempo de postparto de la suspensión por maternidad para su consideración como incapacidad temporal.

En fin, y como conclusión, es necesario no solo un cambio legal y convencional, sino también un cambio de mentalidad en empresas, trabajadores y sociedad en su conjunto si se pretende alcanzar la verdadera corresponsabilidad familiar.

3ª Ponencia: “Impacto de la economía de las plataformas en la relación individual”

Fue ponente la Dra. Patricia Nieto Rojas, Profesora Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III de Madrid, actuando como relator el Profesor Roberto Fernández Fernández, Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de León.

La ponente comienza dando cuenta de la importancia cualitativa que la economía a través de plataformas presenta para el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pues pone en duda la manera de interpretar los presupuestos clásicos de un contrato de trabajo, difuminando la prestación de servicios a través de las mismas dos variables fundamentales como son el tiempo y el lugar de trabajo.

A su juicio es necesario diferenciar entre el consumo colaborativo, que produce unos intereses comunes para los consumidores pero cuyo objetivo fundamental no es llegar a generar ánimo de lucro, de la economía de las plataformas que dan lugar a trabajos de alto valor añadido y que actúan en sectores tradicionales y que, por tanto, sí generan unos beneficios para quienes actúan bajo su paraguas, resultando dudoso que quienes prestan servicios para estas plataformas no deban ser considerados como trabajadores por cuenta ajena.

La ponente señala que la economía de plataformas presenta entre sus ventajas una mejora de la vida de los consumidores, les da acceso a una mayor oferta y les permite una mayor capacidad de elección informada.

Sin embargo, entre sus desventajas da cuenta de un empeoramiento de las condiciones de las personas que prestan servicios en las mismas, al no ser considerados por las plataformas como trabajadores por cuenta ajena; genera una competencia desleal para los operadores tradicionales que tienen que cumplir unos estándares mínimos legales, cuando lo que les diferencia no es la actividad desarrollada sino la herramienta que utilizan para llevarla a cabo; puede generar monopolios expulsando a los operadores tradicionales; elimina a las personas no informatizadas que no podrán acceder a sus servicios o, por no seguir, puede provocar un mayor control a los usuarios por parte de las plataformas a la hora de “manipular” los big data.

De esta manera, el Derecho del Trabajo tiene que hacer frente a una nueva realidad en la cual “se digitaliza lo físico” y se utilizan nuevas herramientas para hacer frente a las necesidades productivas de sectores tradicionales, asistiendo a una fragmentación y marginalización del trabajo, pues se exige la disponibilidad durante determinados periodos de tiempo sin saber si va a tener o no tareas, y se ofertan microtareas, de manera que los prestadores compiten por un trabajo cada vez más precario.

Frente a esta situación, para la ponente, el Derecho del Trabajo debe plantearse como regular la economía de las plataformas y, a su juicio, ordenar las condiciones laborales

de quienes prestan servicios en las mismas, pues para ella se trata de trabajadores por cuenta ajena, a los que se aplica la normativa laboral común.

Según su parecer, concurren indicios de dependencia, aun cuando la misma se atenúe por las peculiaridades del desempeño desarrollado, en tanto en cuanto los prestadores son personas físicas, se necesita una autorización de la plataforma para poder operar, el coste del servicio y la comisión son prefijados por ella, el cliente abona el pago del servicio a la plataforma y esta lo hace llegar al prestador, existe la posibilidad de que la plataforma “desactive” al prestador cuando este disminuye su nivel de reputación, los prestadores no pueden elegir el horario y no son totalmente libres de aceptar los servicios pues si los rechazan bajan en su calificación y, por no seguir, deben asumir unas guías de buenas prácticas que se parecen mucho a órdenes empresariales.

Eso sí, no desconoce las dificultades de dicha categorización, como lo demuestran las sentencias contradictorias sobre Deliveroo y Glovo de Juzgados de lo Social de Valencia y Madrid, y señala que si no resulta posible la laboralización de estas actividades, resultará necesario avanzar hacia un derecho de la actividad profesional, de manera que se reconozcan determinados derechos laborales a estos trabajadores autónomos.

En conclusión, sea como trabajadores por cuenta ajena o como trabajadores por cuenta propia resulta necesario el reconocimiento de una serie de derechos capaces de regular sus condiciones laborales, marcando así unos estándares mínimos que les permita acceder a una prestación de servicios decente.

MÉTODO Y NORMAS DE PUBLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS PARA LOS AUTORES

Método de publicación de los artículos

El método de publicación de los artículos será el de proceso anónimo de revisión por pares, y se realizará de la siguiente forma:

A) Los artículos se remitirán por los autores al Director o Director Adjunto de la Revista Jurídica de la Universidad de León durante el plazo aprobado por el Consejo de Redacción, dejando el Director constancia de la fecha de recepción.

Los artículos podrán remitirse a una dirección de correo electrónico propia de la Revista Jurídica de la Universidad de León o a la de algún miembro del Consejo de Redacción, quien los transmitirá a la misma.

Igualmente pueden remitirse, a su dirección postal, en cuyo caso se adjuntará, junto al ejemplar impreso, una copia en formato electrónico, a la atención del Director de la Revista, Facultad de Derecho, Universidad de León, Campus de Vegazana s/n, 24071, LEÓN.

B) El Director o Director Adjunto lo remitirá en el plazo de 20 días hábiles desde su admisión por el Consejo de Redacción a dos evaluadores vinculados al Área de conocimiento sobre la que verse el contenido del artículo, siempre que previamente cumplan las condiciones descritas en este Reglamento para su publicación.

Ambos evaluadores, uno de los dos o ninguno, podrán ser miembros el Comité Científico/Evaluador de la Revista. Deberán emitir su informe en un plazo máximo de 30 días hábiles.

En caso de discrepancia en los informes, la Dirección podrá enviar el original a un tercer evaluador o someterlo a la consideración del Consejo de Redacción. Los evaluadores podrán condicionar su informe favorable para la publicación a la realización de modificaciones que mejoren, a su juicio, el trabajo evaluado.

C) La remisión será, en todos los casos y sin excepción, anónima para el evaluador, es decir, sin que el evaluador tenga acceso el nombre del autor, y se hará por cualquier medio de comunicación, en particular por correo electrónico. Para ello se evitará reenviar directamente por correo electrónico el artículo presentado por el autor, determinando un modo que impida reconocer la autoría del artículo.

D) Para ser publicado deberá ser aceptado por los dos evaluadores, quienes valorarán:

- a. Originalidad del contenido y/o conclusiones.
- b. Rigor investigador, esto es, manejo y justificación de las fuentes doctrinales, bibliográficas, jurisprudenciales y normativas en que se apoyen las argumentaciones y/o conclusiones expuestas, según sea el caso del contenido del artículo.

E) La evaluación será anónima con indicación de:

- a. Originalidad del contenido y/o conclusiones: apto/no apto.

- b. Rigor investigador: apto/no apto.
 - c. En el caso de que un artículo se considere no apto deberán exponerse sucintamente los motivos.
- F) El evaluador entregará una plantilla con una ficha a rellenar, con indicación de:
- a. Título del artículo.
 - b. Aptitud o no de la originalidad y rigor investigador del artículo.
 - c. Caso de no ser apto explicación sucinta de los motivos.
 - d. A estos efectos la plantilla de la ficha tendrá carácter uniforme para todos los artículos, se elaborará por el Director o Directores de la Revista y será aprobada por el Consejo de Redacción.
 - e. La ficha de evaluación podrá enviarse y recibirse por medios telemáticos tales como correo electrónico.
- G) El autor podrá tener acceso a la evaluación pero, en todos los casos y sin excepción, tendrá carácter anónimo para evitar disensiones entre los miembros de la comunidad científica e investigadora del Derecho. Para ello se evitará reenviar directamente por correo electrónico la valoración notificada por el evaluador, determinando un modo electrónico que impida reconocer la autoría de la evaluación.
- H) El Director tomará constancia de la fecha de aceptación del artículo y lo hará reflejar en la publicación del mismo.

Estructura de la Revista Jurídica de la Universidad de León

El objetivo de la Revista Jurídica de la Universidad de León es la publicación de artículos doctrinales de investigación jurídica, procurando la difusión tanto de autores de la Facultad de Derecho de la Universidad de León como de otras Facultades y Centros de dicha Universidad, así como de juristas españoles y extranjeros, quienes podrán publicar en su propio idioma siempre que hayan podido ser evaluados positivamente por los evaluadores de la Revista.

También podrán publicarse comentarios de sentencias, reseñas de libros y noticias de interés jurídico-académico, éstas últimas a criterio del Consejo de Redacción.

A estos efectos la estructura será la siguiente:

- A) Artículos Doctrinales:
 - a. Autores de la Universidad de León.
 - b. Autores de otras Universidades nacionales o extranjeras
 - c. Un apartado especial para la conferencia pronunciada por el padrino de la promoción anual de la Facultad de Derecho el día de la festividad de San Raimundo de Peñafort.
- B) Comentarios de sentencias, ya sean de Tribunales Nacionales o Internacionales.
- C) Recensiones de libros, nacionales o extranjeros, y en especial los publicados por los miembros de la Facultad de Derecho de la Universidad de León.
- D) En su caso, noticias de interés jurídico-académico.

E) Cualquier otro bloque temático que el Consejo de Redacción pueda considerar de interés para su inclusión en la Revista.

Constituye requisito indispensable para la publicación de artículos que los autores interesados en publicar en la Revista Jurídica de la Universidad de León respeten las normas de publicación expresadas en este Reglamento y que se incluirán al final de cada uno de los números que se editen.

Contenido de la publicación de los artículos doctrinales

Esta Revista entiende que los artículos presentados son originales y no han sido publicados con anterioridad o no están en proceso de publicación en otro lugar. Cada artículo constará de las siguientes indicaciones y se deberá ajustar a las siguientes especificaciones:

- Mecanografiado a espacio sencillo, por una sola cara y con márgenes superior, inferior, izquierdo y derecho de 3 cm.
- En el artículo deberá constar:
 - a. Autor.
 - b. Cualificación académico-profesional del autor e institución a la que se adscribe.
 - c. Título del artículo.
 - d. Resumen en el idioma original del artículo.
 - e. Abstract del artículo en inglés. En caso de que el idioma original del artículo fuera distinto al castellano, el resumen se realizará también en este idioma.
 - f. Palabras clave.
 - g. Palabras clave en inglés.
 - h. Fecha de recepción y aceptación de originales tras su evaluación.
 - i. Índice de contenido.
 - j. Contenido.
 - k. Bibliografía citada.
- Las páginas se numerarán de forma consecutiva, correspondiendo la primera al título, autor/es del trabajo, dirección de contacto, resumen y palabras clave, tanto en español como en inglés.

El resumen deberá tener una extensión máxima de 200 palabras y se especificarán entre 3 y 10 palabras clave que proporcionen una idea rápida de su contenido y faciliten su informatización.

- A continuación, en la siguiente página, comenzará el texto del trabajo, con la inclusión de epígrafes, apartados o secciones numeradas consecutivamente, iniciándose en números romanos para los principales y posteriormente en arábigos y letras en el correspondiente orden alfabético.

- I.
- II.
- 1.
- 2.
- 2.1.
- 2.2.

- A)
- B)
- C)

Método de notas al pie y de bibliografía

Las notas se realizarán a pie de página y no en el texto o al final del trabajo. El sistema será el consuetudinario del ámbito jurídico, con indicación de:

- a. Autor en mayúsculas.
- b. Título del trabajo citado.
- c. Tipo de publicación:
 - c.1. Monografía: poniendo el título en cursiva sin comillas, seguido del número de edición si es posterior a la primera.
 - c.2. Artículo de revista: poniendo el título entre comillas, seguido del título de la revista a que pertenece, en cursiva este último.
 - c.3. Capítulo de libro: poniendo el título entre comillas, e indicando el libro al que pertenece en cursiva y el nombre del director/es y, en su caso, del coordinador/es.
 - c.4. Libro de una serie, indicando la colección a que pertenece, seguido del director y del número de edición si es posterior a la primera.
 - c.5. Capítulo de libro de una serie de libros, siguiendo las reglas del capítulo de libro.
- d. Número, volumen y año si es una revista.
- e. Traductor, si la obra es una traducción.
- f. Lugar de edición y editorial si es una monografía o capítulo de libro.
- g. Página/s que se citan.

Extensión de los artículos

La extensión de los artículos dependerá de la sección en la cual vaya a enmarcarse, incluidos todos los apartados anteriormente señalados: título, abstract, índice, contenido, citas y bibliografía.

En el caso de artículos doctrinales, la extensión podrá ser de entre 15 y 30 páginas.

En el caso de los comentarios de sentencias, la extensión oscilará entre 4 y 10 páginas.

En el caso de las reseñas la extensión máxima será de 3 páginas.

En el caso de las noticias, su extensión podrá ser variable, dependiendo de la decisión del Consejo de Redacción, que efectuará el análisis individual de cada una de ellas.

SITIO WEB DE LA REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN

Sitio web

La Facultad de Derecho promoverá y procurará la creación de un espacio web desde el que difundir la Revista Jurídica de la Universidad de León, inclusive sus contenidos, cometido que se podrá encargar a difusores externos especializados en esta actividad.