

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité Evaluador

Henar Alvarez Cuesta (*España*), Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Miguel Basterra Hernández (*España*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), José Luis Gil y Gil (*España*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), David Montoya Medina (*España*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Viqueira Pérez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), Maria Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

Coordinador de este número de la Revista Internacional y Comparada de
RELACIONES LABORALES Y DERECHO DEL EMPLEO:

Juan Manuel Moreno Díaz

Profesor Contratado Doctor (Acreditado)

de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla (EU Osuna)

Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (CEU San Isidoro)

ÍNDICE

Juan Manuel Moreno Díaz, *Introducción al número por parte del Coordinador*..... **1**

Artículos

Francisco Andrés Valle Muñoz, *El difícil ejercicio de los derechos colectivos en el trabajo mediante plataformas digitales*..... **7**

Eusebi Colàs-Neila, Estela Yélamos Bayarri, *El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?*..... **33**

Rocío Moldes Farelo, *¿Por qué el Contrato para la Formación y el Aprendizaje no mejora la empleabilidad de los jóvenes? Aproximación cualitativa a las dificultades para implantar el sistema de Formación Profesional Dual en España*..... **68**

Romanet Atenas Pérez, *Análisis comparado del derecho a huelga en la normativa chileno-argentina. Hacia una autonomía sindical*..... **92**

María Florencia Suárez, *Reflexiones sobre el despido en Argentina y España. Garantías para la estabilidad en el trabajo*..... **122**

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson, Walkyria de Oliveira Rocha Teixeira, *Del mobbing de trabajo en el ordenamiento jurídico brasileño*..... **150**

Carmen Carrero Domínguez, *Algunas reflexiones acerca de la representatividad de las asociaciones empresariales*..... **175**

Reseñas Bibliográficas

Cristina Roldán Maleno, *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídico laborales, por José A. Soler Arrebola. Una reseña*..... **206**

Esperanza Sánchez Muñoz, *Vacíos e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad, por José Luis Ruiz Santamaría. Una reseña*..... **211**

Introducción al número por parte del Coordinador

El número que presentamos tiene una peculiaridad fundamental: es el primero que ve la luz después del Estado de Alarma en el que España se ha visto inmersa debido a la pandemia mundial por el coronavirus. Este hecho, sin embargo, no tiene nada que ver con el contenido final que se presenta, y que dará lugar con toda seguridad a estudios monográficos sobre la normativa laboral y de protección social que se ha desarrollado durante todo este tiempo., dado que los estudios que se vierten en el presente número de la *Revista* ya habían sido entregados por sus respectivos autores antes de que comenzara la situación de crisis sanitaria que acaba de finalizar, por lo que los temas abordados son variados y tocan diferentes temáticas relativas al ámbito laboral, pero ninguno atinente a la variada batería de las mencionadas medidas surgidas durante el Estado de Alarma. Por tanto, se presenta un número en el que la diversidad es el criterio dominante, primero, desde el punto de vista de los temas tratados, ya que van desde la prevención de riesgos laborales a la protección social, pasando por el derecho del trabajo, en el plano individual, el Derecho del Empleo e, incluso, a análisis comparados de instituciones laborales como la huelga. Y la variedad también se refiere a la procedencia de los autores de los artículos y reseñas incluidos, ya que los mismos son elaborados por especialistas del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pertenecientes a diferentes universidades, tanto españolas como extranjeras.

En primer lugar, hay un par de aportaciones relativas a la incidencia de las nuevas tecnologías en el ámbito de la empresa. Como es sabido, la digitalización es un fenómeno que está revolucionando las nuevas realidades empresariales y que está incidiendo, sin duda, en los derechos de los trabajadores. Así, la aparición en el escenario económico mundial y en el mercado de trabajo de la economía circular ha hecho florecer el fenómeno de las plataformas digitales, lo que ha conllevado una mengua importante de los derechos laborales. Así, empresas como Uber, Deliveroo o Glovo han aterrizado en las relaciones laborales, a través de la prestación

de servicios sirviéndose de una plataforma digital, que es la que contrata a trabajadores bajo la fórmula de la falsa autonomía, imponiendo a estos trabajadores una serie de condiciones aparentemente bajo la modalidad de la autonomía, pero debajo de la cual hay una relación laboral en toda regla. En este campo, han sido numerosas las resoluciones judiciales recaídas al respecto, pero sin que haya habido aún un pronunciamiento unificador por parte del Tribunal Supremo. Mientras esto ocurre, estas empresas operan en el mercado de trabajo con un negocio cada vez más floreciente, y aprovechándose de los escasos gastos de su infraestructura tecnológica para aumentar sus ganancias, a costa de menguar los derechos de los trabajadores que prestan servicios para ellas, tanto de carácter individual, como colectivos. En relación con este tema, el profesor Valle Muñoz (Universidad Pompeu Fabra) ha hecho un excelente análisis de dicha problemática, pero centrada en los derechos colectivos. Así, después de poner de manifiesto la problemática calificación jurídica de tales servicios, hace un repaso por los principales derechos colectivos de los trabajadores y de su reconocimiento y ejercicio en el ámbito de estas empresas: el derecho de representación unitaria, el de representación sindical, negociación colectiva y huelga. Por otra parte, dentro de este bloque, los profesores Colàs-Neila y Yélamos Bayarri (Universitat Pompeu Fabra) analizan otro aspecto derivado de la creciente incidencia de las nuevas tecnologías en el ámbito de las relaciones laborales. En este caso, se plantea que la masiva utilización de una aplicación de mensajería instantánea como el watsapp, tanto en el ámbito de las relaciones interpersonales como laborales, pueda tener virtualidad como medio de prueba en el proceso laboral. En relación con ello, como es sabido, son mayores las exigencias que nuestro ordenamiento jurídico ha requerido tradicionalmente a la prueba digital respecto de la tradicional o analógica. Sin embargo, la digitalización es un hecho que ha transformado la concepción de las relaciones interpersonales, y ello está afectando también al ámbito jurídico y, en concreto, al proceso judicial. En este capítulo se analiza detenidamente qué naturaleza posee como medio de prueba: documento o medio de reproducción de la palabra, imagen o sonido (algo con importantes consecuencias desde una perspectiva del acceso al recurso de suplicación), aunque también se estudia la incidencia de la utilización del watsapp en diferentes aspectos dentro del ámbito jurisdiccional social: qué normas rigen su aportación en el proceso (impresión del pantallazo, diligencia de constancia por el Letrado de la Administración de Justicia, acta notarial o dictamen pericial); cómo actuar en caso de impugnación, en concreto a quién corresponde la carga de acreditar su autenticidad, exactitud e integridad, o bien, las exigencias requeridas a la prueba digital, que, por lo

general, como se ha dicho, son mayores que las aplicadas a la prueba tradicional.

En segundo lugar, hay un bloque de aportaciones que tienen que ver con los contratos formativos. Así, la profesora Moldes Farelo (Universidad Complutense de Madrid) hace un estudio que pone en conexión estos contratos con la empleabilidad de los jóvenes en nuestro ordenamiento jurídico. En su análisis se parte de la base de que los sistemas de formación profesional dual se presentan como una parte fundamental en la estrategia de crecimiento de los países y una de las principales políticas activas de empleo. A tal efecto, las bases regulatorias de la FP dual en España se establecieron mediante el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, que posteriormente fue desarrollado y concretado a través del Real Decreto 1529/2012. Con carácter previo, en el año 2011 había sido introducido el contrato para la formación y el aprendizaje como instrumento para favorecer la inserción laboral y la cualificación profesional de los jóvenes menores de 25 años. El artículo, en definitiva, trata de poner de manifiesto la dificultad existente en la relación entre esta tipología contractual con la mejora pretendida de la empleabilidad de los jóvenes, en el marco de esta modalidad de la Formación Profesional.

Un tercer bloque de materias alude a dos estudios comparados. El primero de ellos, llevado a cabo por la profesora Atenas Pérez (Universidad Alberto Hurtado de Chile), hace referencia a la comparación de la regulación normativa del derecho de huelga en Chile y Argentina y, más en concreto, si los ordenamientos jurídicos de ambos países sudamericanos son o no respetuosos con la autonomía colectiva de trabajadores y sindicatos, teniendo en cuenta la similitud de la tradición jurídica de ambos ordenamientos y los acontecimientos políticos parecidos de ambos países en los últimos tiempos, habiendo pasado los dos por una dictadura que ha hecho que este derecho fundamental no se haya desarrollado en toda su plenitud, a la cual deben aspirar para alcanzar la total autonomía de los sujetos protagonistas de sus relaciones laborales. Por otra parte, el segundo de los estudios de carácter comparado presente en este número es el de la profesora Suárez, quien hace una comparativa de la institución laboral del despido en las legislaciones argentina y española, a través del estudio de las legislaciones nacionales e internacional del trabajo, de la doctrina argentina y española y de sus respectivas jurisprudencias.

Para completar el presente número se aportan otra contribución formulada por los profesores Rosso Nelson y Rocha Teixeira (Instituto Federal de Río Grande del Norte, Brasil) y hace referencia al mobbing en el ámbito laboral en la legislación brasileña. En concreto, el artículo aborda el siempre

espinoso tema del acoso moral en el trabajo. Partiendo de la base de una concepción del acoso moral en torno a la demarcación de los elementos estructurantes del mismo, el artículo aborda fundamentalmente las consecuencias que el daño moral en el trabajo tiene en la legislación brasileña, para terminar con la delimitación entre acoso moral y sexual en el ámbito del trabajo.

Por último, está el excelente trabajo de la profesora Carrero Domínguez (Universidad Carlos III de Madrid), que aborda el recurrente tema de la representatividad de las asociaciones empresariales en el Derecho español. Como es bien sabido, la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS, 1985) introdujo el criterio de la mayor representatividad sindical como fórmula con arreglo a la cual se primaba como interlocutores sociales ante las Administraciones Públicas a aquellos sindicatos que en las elecciones a representantes de personal hubieran obtenido unos determinados porcentajes, tanto en el ámbito estatal, como en el ámbito autonómico. Fruto de la aplicación de dicho criterio (denominado de audiencia electoral), un sindicato podrá ser más representativo (en el ámbito estatal o autonómico) si cumple con los requisitos de los arts. 6 y 7 LOLS, o bien simplemente representativo, si la obtención de dichos porcentajes en las mencionadas elecciones están referidos a ámbitos funcionales y territoriales específicos. Además, la condición de más representativos también puede obtenerse a través de la aplicación del criterio de la irradiación, para aquellas organizaciones sindicales que, sin cumplir los requisitos legales para llegar a ser más representativas, pertenezcan a sindicatos que sí hayan obtenido tal condición después de dichos procesos electorales.

El mencionado criterio de la mayor representatividad también es aplicable a las organizaciones empresariales. Sin embargo, el elemento que determina que una asociación empresarial sea representativa difiere del que se utiliza en el ámbito sindical. Mientras que la LOLS utiliza un criterio basado en la audiencia electoral de dichos sindicatos, el que se usa en el caso de las organizaciones empresariales es el denominado de “implantación efectiva”, es decir, una asociación empresarial será más representativa cuando en un determinado ámbito territorial la asociación en cuestión contenga dentro de sí al 10% del total de las empresas y éstas den ocupación a más del 10% de los trabajadores. Por tanto, aunque existe la posibilidad por parte de los empresarios de tener asociaciones representativas (con lo que ello supone de beneficios para los mismos, al otorgar la ley las mismas consecuencias jurídicas que a los sindicatos), la forma de alcanzarla es diferente. También, por otra parte, habría una segunda diferencia entre la representatividad sindical y la empresarial, y es que, en este segundo caso, no existiría la mayor representatividad por irradiación que sí tienen las organizaciones

sindicales.

Pues bien, partiendo de todo lo anterior, la profesora Carrero Domínguez pone en conexión el criterio jurídico de representatividad empresarial con otro perfil, como por ejemplo el sociológico, para poner sobre la mesa las disfunciones que esto puede acarrear. Así, al no estar vinculada la representatividad de los empresarios con ningún proceso electoral, sino con la aglutinación de empresas y trabajadores, y el hecho de que esto conlleve determinados beneficios para aquellas asociaciones que alcancen tal condición, puede hacer que las empresas opten por incluirse en unas asociaciones u otras, en función de las posibilidades que éstas tengan de alcanzar dicha condición. Así, los empresarios detectan, como consecuencia de lo anterior, que esta herramienta de la representatividad que la ley atribuye a las organizaciones profesionales en general condiciona el ánimo de los empresarios individuales a la hora de pasar a formar parte de ellas.

Por último, en lo que se refiere a esta introducción, hay que mencionar dos reseñas bibliográficas. La primera de ellas es la efectuada por la profesora Roldán Maleno (Universidad de Almería), referida a la obra de Soler Arrebola, que lleva por título *Reversión de servicios públicos y subrogación empresarial. Aspectos jurídicos laborales*, publicada por la editorial Tirant lo Blanch. En ella, se analizan la problemática y vicisitudes de la subrogación empresarial en procesos de reversión de servicios públicos, centrándose especialmente en los asuntos que atañen al ámbito laboral, pero sin prescindir del Derecho Administrativo, dado que, en ciertas ocasiones, como se pone de manifiesto especialmente en el capítulo séptimo de la obra, el Derecho Laboral colisiona con el Administrativo, especialmente en los supuestos de la asunción del personal involucrado en los procesos de reversión y sus condiciones laborales.

Por otra parte, Esperanza Sánchez Muñoz (Becaria de ADAPT) ha llevado a cabo el comentario de la obra del profesor Ruiz Santamaría, titulada *Vacios e insuficiencias en la adaptación y protección adecuada a las personas trabajadoras con discapacidad*, en la cual se hace una revisión de las dificultades que tienen las personas afectadas por algún grado de discapacidad de ser tratadas en el trabajo de una manera igual al resto de trabajadores. Eso se pone especialmente de manifiesto en materia de prevención de riesgos laborales, tal como menciona el autor, que va desgranando, desde su punto de vista, los vacíos e insuficiencias que existen en esta materia, llegando a la conclusión de que la inclusión de aquéllos no es, ni mucho menos, efectiva.

Por tanto, estamos ante un volumen bastante completo, con un variado número de artículos y temáticas, que a buen seguro serán del agrado de todos los que se acerquen a su lectura.

Juan Manuel Moreno Díaz
Profesor Contratado Doctor (Acreditado)
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla (EU Osuna)
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (CEU San Isidoro)

El difícil ejercicio de los derechos colectivos en el trabajo mediante plataformas digitales*

Francisco Andrés VALLE MUÑOZ**

RESUMEN: Las tecnologías de la información y de la comunicación han propiciado la aparición de nuevas formas de trabajo tecnológico como es el trabajo mediante plataformas digitales. Sin embargo, desde el punto de vista del Derecho colectivo, estas formas de trabajo han dificultado la actividad sindical debido al aislamiento en que se desarrolla la prestación de servicios y a la falta de coincidencia física de los trabajadores en un mismo centro de trabajo. Por tal motivo, el ejercicio de los derechos colectivos en estas nuevas formas de trabajo, resulta especialmente difícil. El presente estudio tiene por objeto analizar esta temática y en él se propone un replanteamiento de las estructuras normativas del Derecho colectivo y de las estrategias sindicales con el objetivo de conseguir que las mismas infraestructuras tecnológicas que la empresa pone a disposición de éstos trabajadores para desempeñar sus funciones, puedan permitirles también el legítimo ejercicio de sus derechos colectivos.

Palabras clave: Derechos colectivos, trabajo en plataformas digitales, sindicato, negociación colectiva, huelga.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La problemática calificación jurídica de los servicios a efectos del reconocimiento de los derechos colectivos. 3. El derecho a la representación unitaria. 4. El derecho a la representación sindical. 5. El derecho a la negociación colectiva. 6. El derecho de huelga. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

* El presente estudio ha sido desarrollado en el marco del proyecto de investigación titulado *Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo: una visión multidisciplinar* (2019-2021), a cargo del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, RTI2018-097947-B-I00.

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; Acreditado a Catedrático de Universidad, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona (España); Miembro del grupo de investigación consolidado reconocido por la Generalitat de Catalunya, Social and Business Research Laboratory (SBRLab), Ref. 2017 SGR 1572.

The Difficult Exercise of Collective Rights in the Work on Digital Platforms

ABSTRACT: Information and communication technologies have created new forms of technological work such as work on digital platforms. However, from the point of view of collective law, these forms of work have hindered union activity because of to the isolation in which the provision of services takes place and the lack of physical coincidence of workers in the same workplace. For this reason, the exercise of collective rights in these new forms of work is especially difficult. The purpose of this study is to analyse this theme and it proposes a rethinking of the normative structures of collective law and trade union strategies with the objective that the technological infrastructures that the company makes available to these workers could also allow them exercise their collective rights.

Key Words: Collective rights, work on digital platforms, trade union, collective bargaining, strike.

1. Introducción

En la década de los sesenta del siglo pasado, el modelo de sociedad industrial empezó a ceder protagonismo a otro modelo de sociedad distinto basado en el procesamiento y manejo de la información (principalmente a través de medios informáticos), acuñándose el concepto de “sociedad del conocimiento” o “sociedad de la información”, en la que han jugado un papel decisivo las llamadas nuevas tecnologías de la información y de la comunicación.

Las mismas, en términos generales, han sido definidas¹ como aquel conjunto de instrumentos que se han ido desarrollando a lo largo de las últimas décadas para facilitar la transmisión de información y de comunicación (mediante ordenadores, telefonía móvil, correo electrónico, internet, etc.), y que han afectado de manera directa en aspectos claves de la vida diaria, pero también de las relaciones laborales, al incidir en los procesos productivos de cualquier economía de mercado.

En este punto, se habla abiertamente de que en la actualidad estamos viviendo una nueva revolución tecnológica conocida como cuarta revolución industrial, o industria 4.0, de modo que si en el último tercio del siglo XX presenciamos la incorporación de las entonces llamadas “nuevas tecnologías” vinculadas a la informática y a las telecomunicaciones, en el actual escenario estas mismas técnicas han evolucionado en el terreno de la digitalización y de la conectividad².

Siendo ello así, las nuevas tecnologías también han favorecido la llamada externalización de la mano de obra, por la que los empresarios prefieren organizar su actividad productiva no con trabajadores propios, sino mediante relaciones jurídico-mercantiles, en lo que sería una deslocalización interna de la fuerza de trabajos³.

Y precisamente, una de las manifestaciones más importantes de esta externalización provocada por los avances tecnológicos ha sido la prestación de servicios mediante plataformas digitales en economías colaborativas.

Pero esta deslocalización de la mano de obra favorecida por las nuevas

¹ A. LLAMOSAS TRAPAGA, *Relaciones laborales y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Una relación fructífera no exenta de dificultades*, Dykinson, 2015, pp. 18 ss.

² J.M. GOERLICH PESET, *Economía digital y acción sindical*, en A. TODOLÍ SIGNES, M. ERNÁNDEZ BEJARANO (dirs.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Aranzadi, 2018, pp. 592 ss.

³ M.R. ALARCÓN CARACUEL, *Aspectos generales de la influencia de las nuevas tecnologías sobre las relaciones laborales*, en J. PLAZA PENADÉS (coord.), *Cuestiones actuales de Derecho y Tecnologías de la Información y de la Comunicación TICS*, Aranzadi, 2006, pp. 321 ss.

tecnologías de la información y de la comunicación no solamente ha originado nuevas formas de prestar servicios, sino que también ha perjudicado seriamente la acción colectiva del sindicato⁴.

Hay que tener en cuenta que el sustrato físico de cualquier actividad sindical es la coincidencia de los trabajadores en un mismo centro de trabajo, y en este tipo de formas de trabajo tecnológico se dificulta enormemente la penetración del sindicalismo dado que los trabajadores se encuentran aislados de sus compañeros de trabajo, y se comunican con la empresa casi exclusivamente de manera virtual, perdiendo con ello su identidad colectiva⁵.

Se trata éste de uno de los retos principales ante los que se encuentra la acción sindical en nuestros días, y que requiere de una respuesta inmediata dirigida a tutelar a este colectivo de trabajadores.

Esa necesaria revalorización de los derechos colectivos en estas nuevas formas de trabajo tecnológico y su necesaria interpretación en clave garantista, es la que va ser objeto de análisis en las siguientes páginas.

2. La problemática calificación jurídica de los servicios a efectos del reconocimiento de los derechos colectivos

La prestación de servicios a través de plataformas digitales constituye una de las grandes transformaciones experimentadas en el tejido productivo en los últimos años, y está suscitando una gran polémica a nivel doctrinal⁶.

Desde el punto de vista de la organización empresarial se trata de modelos de negocio completamente nuevos en los que se desarrollan actividades mediante plataformas digitales que crean un mercado abierto para el suministro de mercancías o la prestación servicios ofrecidos a veces por particulares, y que implica a tres categorías de agentes: los prestadores de servicios, los usuarios, y los intermediarios que a través de una plataforma digital en línea conecta a los anteriores agentes y facilitan las transacciones entre ellos⁷.

4 A. BAYLOS GRAU, *Gobernanza laboral, crisis y cambio tecnológico en la acción colectiva*, en *Documentación Laboral*, 2019, n. 117, p. 95.

5 M.R. ALARCÓN CARACUEL, *op. cit.*, p. 329.

6 *Vid.* A. TODOLÍ SIGNES, *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017; F. PÉREZ DE LOS COBOS (dir.), *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura*, Wolters Kluwer, 2018; B. SUÁREZ CORUJO, *La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la Seguridad Social*, en *Temas Laborales*, 2018, n. 141, pp. 37 ss.

7 C. FERRADANS CARAMÉS, *La representación de los trabajadores en empresas de la economía colaborativa*, en AA.VV., *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización*

En ellas, el empresario pasa a ocupar una posición de mero intermediario, y ofrece bienes y servicios en el mercado a través de una red de colaboradores externos, eludiendo con ello la aplicación del Derecho del Trabajo y difuminando a su vez el referente empresarial, con el consiguiente problema de hacer efectivo el régimen de responsabilidades a nivel laboral. Como puede comprobarse, se trata de actividades que, debido a la gran autonomía funcional de quienes prestan servicios en ellas, se prestan a la “huida” del Derecho del Trabajo, es decir, a que se califique a estos trabajadores como autónomos. Y dicho fenómeno se ha ido acrecentando con el uso de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación porque precisamente éstas permiten un incremento de esta autonomía funcional.

Esta nueva forma de trabajo posibilita que las personas presten servicios de manera flexible, estando todavía sin solventar la cuestión sobre la naturaleza jurídica de estos servicios, y concretamente si deben calificarse como un trabajo asalariado por cuenta ajena, como un trabajo autónomo, o como un trabajo autónomo económicamente dependiente.

Estamos por tanto ante lo que comúnmente se conoce como una zona gris del Derecho del Trabajo creada por el avance de la economía colaborativa y de la tecnología, y a la espera de una solución unívoca por parte de los tribunales de justicia, la doctrina científica se encuentra dividida.

empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Cinca, 2018, vol. 2, CD; C. FERRADANS CARAMÉS, *Los derechos colectivos de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas*, en J.M. GÓMEZ MUÑOZ (dir.), *El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas*, Bomarzo, 2019, p. 323; L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *Canales de representación del personal en los nuevos modelos de gestión empresarial*, en T. TORRES-CORONAS, A. BELZUNEGUI ERASO, J. MORENO-GENÉ (eds.), *Finding solutions to societal problems. 2nd SBRI AB International Virtual Conference. 12-14 December 2018. Tarragona-Spain*, Universitat Rovira i Virgili, 2018, pp. 122 ss.

⁸ M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El jurista del trabajo frente a la economía colaborativa*, en M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. HERNÁNDEZ BEJARANO (dirs.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo, 2017, pp. 187 ss.; A. BAYLOS GRAU, *op. cit.*, pp. 96 ss.

⁹ La sentencia del TJUE 20 diciembre 2017, *Asociación Profesional Élite Taxi c. Uber Systems Spain, SL*, asunto C-434/15, se inclina por considerar que este tipo de servicios de intermediación a demanda vinculados a plataformas colaborativas no responde a la calificación de servicios de la sociedad de la información y no está incluido en la esfera de la libre prestación de servicios, incardinándolo en el servicio global de transporte. En nuestro país varios pronunciamientos judiciales han abordado ya esta cuestión, en sentido contradictorio. Por un lado, la SJS n. 6 de Valencia 1º junio 2018, n. 44, la SJS n. 11 de Barcelona 29 mayo 2018, n. 231, la SJS n. 33 de Madrid 11 febrero 2019, n. 53, y la SJS n. 1 de Gijón 20 febrero 2019, n. 61, han entendido que existe una relación laboral entre Deliveroo, Take Eat Easy y Glovo y sus repartidores, respectivamente, aplicando la doctrina jurisprudencial clásica en torno a la concurrencia de las notas de dependencia y

La mayoría de los autores¹⁰ se inclinan por calificar estos servicios como trabajos por cuenta ajena, al darse en la mayoría de los casos los requisitos de exigidos en el art. 1.1 ET, y siendo de aplicación la presunción establecida en el art. 8.1 de dicha norma a favor de la laboralidad de la relación existente entre el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución de aquél.

A partir de aquí los argumentos para justificar esta interpretación son muchos. Posiblemente uno de los más relevantes es aquél que entiende que esta especial forma de organización tecnológica del trabajo pasa por una revalorización de la teoría de la ajenidad en el mercado, que parece especialmente útil en las relaciones laborales típicas de la sociedad tecnologizada¹¹. Según esta teoría, los prestadores del servicio no tienen ninguna relación jurídica con el cliente o usuario dado que es la empresa la que ofrece el producto o el servicio en el mercado a cambio de un precio cierto. Lo que habría cambiado es el modo de ofertarlos, que ahora se hará mediante una aplicación informática.

Ello no quita que algunos autores¹² se hayan mostrado reacios a ello, afirmando que los esquemas del Derecho del Trabajo no se adaptan a esta realidad tan peculiar. Y a partir de aquí se apuntan dos soluciones: la posibilidad de “*lege ferenda*”, de implementar una nueva relación laboral especial; o bien la de que este tipo de servicios se incluyan en el marco del trabajo autónomo (y más específicamente en el trabajo autónomo económicamente dependiente)¹³.

Respecto a si los prestadores de servicios mediante plataformas digitales son titulares o no de derechos colectivos, ello dependerá en última instancia de la calificación jurídica que se le quiera dar a esta relación¹⁴.

ajenidad. En sentido opuesto se pronuncian la SJS n. 39 de Madrid 3 septiembre 2018, n. 284, y la SJS n. 17 de Madrid 11 enero 2019, n. 12, en relación con la plataforma Glovo. A su vez, la Inspección de Trabajo ha desarrollado actuaciones contra Deliveroo en Valencia, Madrid y Barcelona y contra Glovo en Valencia, por entender que sus repartidores son falsos autónomos, procediendo a su alta de oficio y reclamando el abono de las cotizaciones correspondientes.

¹⁰ A. GINÉS I FABRELLAS, *Diez retos del trabajo en plataformas digitales para el ordenamiento jurídico-laboral español*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2018, n. 425-426, pp. 89 ss.

¹¹ M.R. ALARCÓN CARACUEL, *La ajenidad en el mercado: un criterio definitivo del contrato de trabajo*, en *Civitas*, 1986, n. 28, pp. 530 ss.; M.R. ALARCÓN CARACUEL, *Aspectos generales de la influencia de las nuevas tecnologías sobre las relaciones laborales*, cit., p. 326.

¹² A. TODOLÍ SIGNES, *op. cit.*, p. 46.

¹³ En el caso de Francia, la Ley de 8 de agosto de 2015 ha puesto en marcha un estatuto de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas, asemejándoles a los trabajadores autónomos dependientes.

¹⁴ E. GARRIDO PÉREZ, *La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas*,

Si son calificados como trabajadores autónomos, o como trabajadores autónomos económicamente dependientes, les será de aplicación la Ley 20/2007, de 11 de julio, por la que se aprueba el Estatuto del Trabajo Autónomo, cuyo art. 19.1 reconoce a los trabajadores autónomos el derecho a afiliarse al sindicato o asociación empresarial de su elección, y el de afiliarse y fundar asociaciones profesionales específicas de trabajadores autónomos sin autorización previa. Lo que no ha previsto dicha ley, son órganos de representación unitaria específicos para el conjunto de los trabajadores por ella regulados, y ni tan siquiera para la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente (trade), en la que la existencia de un cliente podría haber justificado la previsión de estos órganos específicos¹⁵.

Si por el contrario se les califica como trabajadores asalariados por cuenta ajena, les será de aplicación la normativa prevista en los Títulos II y III del ET, en la LOLS, y en el RDLRT 17/1977, de 4 de marzo. Como tales, podrían presentarse como candidatos o elegir representantes unitarios, podrían constituir o afiliarse a un sindicato de libre elección, negociar convenios colectivos y ser titulares del derecho de huelga.

El problema que presentan todas estas normas legales, es que resultan inadecuadas para el escenario de prestación de servicios al que estamos aludiendo¹⁶ y caracterizado por sus condiciones de aislamiento¹⁷ y de precariedad.

Aislamiento derivado de la dispersión de quienes prestan servicios y que impide que se conozcan entre sí y puedan coordinarse para garantizar su actuación colectiva. Tal es así que la agregación de los intereses de los

en *Revista de Derecho Social*, 2017, n. 80, pp. 221 ss.; R. ESTEBAN LEGARRETA, *Cuestiones sobre la articulación de la representación del personal al servicio de las plataformas colaborativas*, en AA.VV., *op. cit.*, vol. 2, CD; P. NIETO ROJAS, *Acción colectiva en las plataformas digitales. ¿Sindicatos tradicionales y movimientos de base para representar idénticos intereses?*, en AA.VV., *El futuro del trabajo: 100 años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, pp. 1515 ss.; C. FERRADANS CARAMÉS, *Los derechos colectivos de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas*, *cit.*, p. 331.

¹⁵ E. GARRIDO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 219 ss.; A. PASTOR MARTÍNEZ, *La descentralización y su incidencia en la conformación de los órganos de representación de los trabajadores. La representación colectiva de los trabajadores a distancia y en entornos virtuales*, en AA.VV., *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, *cit.*, vol. 2, CD.

¹⁶ J.M. GOERLICH PESET, *Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo*, en *Revista de Treball, Economia i Societat*, 2019, n. 92, pp. 6 ss.

¹⁷ A. PASTOR MARTÍNEZ, *Representación de los trabajadores en la empresa digital*, en *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 2018, vol. 5, pp. 111 ss.; L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *op. cit.*, pp. 123 ss.; P. NIETO ROJAS, *op. cit.*, p. 1526.

trabajadores que permita a su vez generar un interés colectivo que se contraponga al de los empresarios desaparece en estas organizaciones productivas, en que los prestadores de servicio quedan separados entre sí¹⁸. Y no solamente esto, sino que además las plataformas digitales posibilitan que los trabajadores entre en competencia entre ellos mediante los llamados sistemas reputacionales, que suelen tener un marcado componente individualista.

Y precariedad derivada de su propia debilidad contractual, agravada por el carácter residual de la actividad desarrollada y acentuada por la dificultad de elegir representantes unitarios que puedan negociar colectivamente sus condiciones de trabajo¹⁹, y es que no puede obviarse que este tipo de entorno tecnológico genera un tipo de empleo marginal y ocasional que además empuja a negociar individualmente las condiciones de trabajo²⁰.

3. El derecho a la representación unitaria

Uno de los principales retos a nivel colectivo es el de articular un sistema de representación unitaria de estos prestadores de servicios, de modo mimético al existente en la legislación laboral para los trabajadores ordinarios (y regulado en el Título II ET). Naturalmente, ello va a depender de la calificación jurídica que quiera darse a quienes desarrollan un servicio mediante estas plataformas digitales.

De entenderse que los prestadores de servicios en plataformas digitales son trabajadores asalariados por cuenta ajena, los mismos tendrían derecho participar en las elecciones a órganos de representación unitaria como

¹⁸ J.M. GOERLICH PESET, *Economía digital y acción sindical*, cit., pp. 601 ss.; L. GIL OTERO, *Plataformas digitales y la dimensión colectiva de la presunta relación laboral*, en AA.VV., *El futuro del trabajo: 100 años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 1381 ss.; A. BAYLOS GRAU, *op. cit.*, pp. 99 ss.

¹⁹ J.M. GOERLICH PESET, *Economía digital y acción sindical*, cit., pp. 600 ss.; J.M. MORENO DÍAZ, *Las nuevas formas de representación colectiva en la economía colaborativa*, en *esta Revista*, 2019, n. 2, p. 211; C. FERRADANS CARAMÉS, *Los derechos colectivos de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas*, cit., p. 323; A. BAYLOS GRAU, *op. cit.*, pp. 97 ss.

²⁰ En este contexto no puede olvidarse el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la economía colaborativa y la autorregulación de 25 de mayo de 2016, en cuyo art. 8.2 se precisa que desde el momento en que las prácticas puramente espontáneas entre particulares adquieren la importancia de una actividad económica y los derechos y obligaciones recíprocos de las partes revisten carácter contractual, deben estar sujetos a un marco normativo, nacional o europeo, que encuadre legalmente los derechos y obligaciones de unos y otros, incluyendo «la protección de los derechos e instrumentos sociales de los trabajadores, como el derecho de asociación, el derecho de huelga, y el derecho a la negociación colectiva y al diálogo social».

electores y como elegibles, y por tanto podrían beneficiarse de la actuación representativa de los mismos, e incluso desempeñar funciones como representantes. En caso contrario, no.

Ahora bien, el principal inconveniente que se plantea es que tanto el proceso electoral para designar los miembros de los órganos de representación unitaria en la empresa, como el desarrollo de funciones representativas, están ligados a la adscripción de estos trabajadores a un centro de trabajo concreto, y el ET hace referencia continuamente a este criterio no solo para determinar la propia existencia de la representación unitaria, sino también el número de representantes y su configuración (arts. 62, 63 y 66 ET).

Siendo ello así, en el trabajo colaborativo mediante plataformas digitales los prestadores de servicios no están formalmente adscritos a ningún centro de trabajo tal y como el mismo es definido por el art. 1.5 ET, sino que están conectados a una plataforma digital, dificultándose con ello, además, la identificación de la figura del empresario, al que podríamos calificar de difuso²¹.

Como puede comprobarse, la conectividad que permiten las actuales tecnologías de la información y de la comunicación ha difuminado la importancia física del centro de trabajo a los efectos que aquí interesa, e incluso ha comportado la desaparición del mismo, como tradicionalmente se había entendido²². Ello exige encontrar nuevas estructuras representativas de base territorial y menos apegadas a los centros de trabajo. Precisamente, para poder ofrecer una respuesta ante esta nueva realidad, la doctrina científica²³ ha evidenciado las similitudes de esta prestación de servicios con el trabajo a distancia, y ello porque la actividad se realiza, de manera preponderante, no tanto en el domicilio del trabajador sino en el lugar libremente elegido por éste de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo (art. 13.1 ET).

21 E. GUERRERO VIZUETE, *La digitalización del trabajo y su incidencia en los derechos colectivos de los trabajadores*, en T. TORRES-CORONAS, A. BELZUNEGUI ERASO, J. MORENO-GENÉ (eds.), *op. cit.*, pp. 46 ss.; D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, *La necesaria reforma del modelo de representación sindical de los trabajadores en las empresas dispersas: reflexiones y propuestas de mejora a propósito del ámbito de constitución*, *ibidem*, pp. 88 ss.; L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *op. cit.*, pp. 124 ss.; L. GIL OTERO, *op. cit.*, pp. 1382 ss.; P. NIETO ROJAS, *op. cit.*, p. 1530.; A. BAYLOS GRAU, *op. cit.*, pp. 101 ss.

22 J.M. GOERLICH PESET, *Economía digital y acción sindical*, cit., pp. 601; J.M. MORENO DÍAZ, *op. cit.*, p. 219.

23 A. PASTOR MARTÍNEZ, *Una aproximación a la problemática de la representación colectiva de los trabajadores de las plataformas “colaborativas” y en entornos virtuales*, en *IUS Labor*, 2018, n. 2, p. 227; A. DE LAS HERAS GARCÍA, *Relaciones colectivas y teletrabajo*, en *esta Revista*, 2017, n. 2, pp. 5 ss. del extracto.

Siendo ello así, el art. 13.5 ET, reconocería a estos trabajadores los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en el ET. Y de igual modo, a efectos de la representación colectiva, los prestadores de servicios mediante plataformas digitales también deberían quedar adscritos a un centro de trabajo *ex art. 13.5 ET*²⁴.

Naturalmente, los problemas se presentan respecto a la forma y criterios con que realizar dicha adscripción. Y desde la doctrina científica también se han apuntado distintas soluciones.

La primera de ellas es entender que el centro de trabajo formal de dichos prestadores de servicios digitales coincidiría con el ámbito territorial en que la plataforma digital desempeña su actividad²⁵. En consecuencia, para saber el centro de trabajo de referencia habría que tener en cuenta factores como el lugar desde el cual se imparten las órdenes e instrucciones a cumplir y al que va destinado el resultado de la prestación de servicios²⁶.

Otra solución sería que la negociación colectiva pudiera fijar las reglas específicas sobre la delimitación del centro de trabajo y de la unidad electoral, atendiendo también a la zona geográfica determinada en que desempeñan sus servicios o el lugar desde el que se dirija la operatividad de la aplicación, como criterios relevantes²⁷. Naturalmente esta segunda opción quedaría condicionada a la identificación de los interlocutores legítimos para negociar un convenio colectivo en estos ámbitos.

Y una tercera solución consiste en desplazar el centro de gravedad desde el centro de trabajo a la empresa, ya que de esta manera estaría garantizada la existencia de la representación unitaria²⁸.

Cualquiera que sea la opción a elegir, es evidente que la ausencia de reglas legales adaptadas a las peculiaridades de esta prestación de servicios sigue planteando problemas respecto a temas tan importantes como son el número de trabajadores de la plantilla que compone el censo electoral; el desarrollo del proceso electoral en sentido estricto; e incluso el desempeño de las funciones representativas por los trabajadores ya electos.

Por lo que respecta al número de trabajadores que compone la plantilla a efectos de determinar el umbral mínimo requerido por el ET para poder contar con órganos de representación unitaria, ello también plantea inconvenientes en el trabajo mediante plataformas digitales que estamos

²⁴ R. ESTEBAN LEGARRETA, *op. cit.*; L. GIL OTERO, *op. cit.*, p. 1386.

²⁵ E. GARRIDO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 221 ss.; L. GIL OTERO, *op. cit.*, pp. 1385 ss.

²⁶ L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *op. cit.*, pp. 125 ss.

²⁷ A. PASTOR MARTÍNEZ, *Una aproximación a la problemática de la representación colectiva de los trabajadores de las plataformas “colaborativas” y en entornos virtuales*, cit., p. 223; L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *op. cit.*, pp. 127 ss.

²⁸ L. GIL OTERO, *op. cit.*, p. 1388.

analizando, máxime cuando la prestación de servicios puede ser ocasional o puntual, desarrollándose en determinadas horas al día conforme a la propia disponibilidad. Esta circunstancia podría encajar, si acaso, dentro del tipo de contrato a tiempo parcial, y desde esta perspectiva podría acudir a las reglas del cómputo global de horas de trabajo efectivo a que alude el art. 72.2 ET, aunque ello no impide la existencia de problemas interpretativos derivados de su aplicación²⁹.

Por lo que respecta al desarrollo del proceso electoral, es posible que algunas de estas plataformas de servicios cuenten con oficinas o locales que puedan servir a tales efectos, y permitir la publicación del censo, la presentación de candidaturas, la constitución de la mesa electoral, la celebración de elecciones e incluso la proclamación y publicación de resultados. Pero no podemos negar que si hay algo que caracteriza a estas actividades digitalizadas es la inexistencia de estos espacios físicos.

Pese a ello, el actual desarrollo tecnológico ofrece amplias posibilidades para implementar el proceso electoral no de manera física, sino virtual o telemática, mediante programas informáticos de acceso limitado a los prestadores del servicio, que votarían así electrónicamente, siendo inmediato el escrutinio y posterior resultado electoral, sin necesidad de recurrir al recuento manual de votos. Hay que tener presente que la normativa legal no prohíbe el voto electrónico, de modo que siempre que se garantice el carácter personal, directo, libre y secreto del sufragio, la seguridad del voto, la imposibilidad de su repetición y la confidencialidad del mismo, cabrá su admisibilidad³⁰.

De hecho también se ha apuntado la posibilidad de constituir por convenio colectivo y en función de la composición profesional del sector de la actividad productiva o de la empresa, un tercer colegio electoral en el centro de trabajo, para este tipo de prestadores de servicios, en aplicación de lo dispuesto en el art. 71.1 ET³¹.

Por último, y por lo que se refiere al ejercicio de las funciones representativas, así como el disfrute de las garantías y prerrogativas de los representantes unitarios, no podemos negar que algunas de ellas requerirán su adaptación a las características específicas de las plataformas para que sean operativas. Así sucede por ejemplo con el crédito horario, cuando estos prestadores de servicios carecen de una jornada u horario predeterminado, sobre el que calcularlo.

²⁹ E. GARRIDO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 221 ss.; L. GIL OTERO, *op. cit.*, p. 1387.

³⁰ E. GARRIDO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 221 ss.; J.M. GOERLICH PESET, *Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo*, cit., pp. 12 ss.; L. GIL OTERO, *op. cit.*, p. 1389.

³¹ C. FERRADANS CARAMÉS, *La representación de los trabajadores en empresas de la economía colaborativa*, cit.; P. NIETO ROJAS, *op. cit.*, p. 1532.

4. El derecho a la representación sindical

Se ha afirmado que alrededor del trabajo mediante plataformas digitales existe un discurso ideológico dirigido a expulsar a las organizaciones sindicales de su tutela protectora³². Además, la pervivencia de las representaciones sindicales se ha basado en una noción espacial como es la del centro de trabajo el cual desaparece en las nuevas organizaciones empresariales, convirtiéndolo en un concepto obsoleto.

A ello hay que añadir el problema que entraña calificar estos servicios como trabajos autónomos o subordinados. De entenderse que estamos ante trabajos autónomos, existirían dificultades estructurales para la acción sindical en este terreno derivadas de la aplicación de la normativa en materia de competencia puesto que los trabajadores autónomos son considerados como empresarios desde la perspectiva del derecho de la competencia lo que dificulta el ejercicio de los derechos sindicales³³.

Por el contrario, de entenderse que los prestadores de servicios mediante plataformas digitales disponen de una relación laboral ordinaria, los mismos podrían ser calificados como trabajadores asalariados, y como tales, podrían constituir un sindicato para la defensa de sus intereses, afiliarse a un sindicato ya creado, y derivado de esto último, constituir una sección sindical en la empresa.

No puede negarse que hasta el momento existe un cierto desapego de este tipo de prestadores de servicios a afiliarse en centrales sindicales más clásicas, y por ello puede hablarse, en términos generales, de una escasa implantación de los sindicatos de clase en este tipo de sectores³⁴.

Precisamente esta circunstancia ha provocado la constitución de sindicatos específicos de defensa de los intereses de prestadores de servicios mediante plataformas digitales³⁵. Y en otros ocasiones ha propiciado la aparición de movimientos de corte asambleario que pretenden dar una respuesta articulada a las reivindicaciones laborales de los prestadores de servicios mediante plataformas digitales³⁶.

En cualquier caso, la expansión del trabajo en plataformas digitales está

³² J.M. GOERLICH PESET, *Economía digital y acción sindical*, cit., p. 600; A. DE LAS HERAS GARCÍA, *op. cit.*, p. 6 del extracto; A. BAYLOS GRAU, *op. cit.*, pp. 96 ss.

³³ J.M. GOERLICH PESET, *Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo*, cit., pp. 20 ss.

³⁴ L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *op. cit.*, pp. 129 ss.; L. GIL OTERO, *op. cit.*, p. 1391.

³⁵ Es el caso del sindicato Riders por Derechos, para aquellos repartidores que trabajan mediante aplicaciones de dispositivos móviles.

³⁶ P. NIETO ROJAS, *op. cit.*

planteando importantes retos para las organizaciones sindicales clásicas cuyo acierto en la renovación de los esquemas tradicionales de actuación determinará, en buena medida, el papel que puedan y deban seguir desempeñando en la lucha contra la precariedad laboral y a favor del trabajo decente³⁷. Por ello, los grandes ejes de intervención sindical en esta materia podrían centrarse en tres grandes materias³⁸.

La primera de ellas sería la relativa al control del cumplimiento de las normas laborales por las plataformas digitales, lo cual choca, nuevamente, con la previa y necesaria calificación de estos prestadores de servicios como trabajadores asalariados o bien como autónomos, ya que sólo en el primero de estos supuestos, el control sindical tendría sentido.

La segunda de ellas sería el necesario desarrollo de un marco normativo común que asegurase la existencia de condiciones de trabajo para aquellos que prestan servicios mediante plataformas digitales³⁹.

Y la tercera materia sería la relativa a la creación de mecanismos de representación sindical en este ámbito. De hecho, se están produciendo algunas iniciativas que consisten en crear espacios y herramientas digitales que faciliten la información, asesoramiento y comunicación con los trabajadores de plataformas digitales⁴⁰.

Así habría sucedido con el sindicato UGT, pero también con la federación de servicios del sindicato CCOO. En septiembre de 2017 el sindicato UGT puso en marcha la plataforma digital: *turepuestasindical.es*, para atender de forma específica a los trabajadores de las plataformas colaborativas con el objeto de ser un instrumento de información y de denuncia a modo de sección sindical virtual que, desde su nacimiento, se encarga de recopilar información sobre cómo funcionan las principales plataformas, principalmente las dedicadas al reparto de comida a domicilio y paquetería.

³⁷ M. JALIL NAJI, *Innovación sindical. Las redes sociales como instrumento de organización y defensa colectiva*, en AA.VV., *El futuro del trabajo: 100 años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 1421 ss.; P. NIETO ROJAS, *op. cit.*; J.M. MORENO DÍAZ, *op. cit.*, p. 220.

³⁸ F. ROCHA SÁNCHEZ, *La intervención de los sindicatos de clase en la economía de plataformas*, en *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 2018, vol. 5, pp. 77 ss.

³⁹ Así, la Confederación Europea de Sindicatos ha planteado la necesidad de crear un «instrumento legislativo comunitario fuerte» que contemple diversos aspectos de tutela de los prestadores de servicios. Y en el contexto estatal, los sindicatos más representativos (CCOO y UGT) han demandado reiteradamente la necesidad de potenciar el papel del diálogo social tripartito en la regulación de la economía de plataformas, con especial incidencia en la dimensión laboral de este fenómeno, con temas tales como la calidad en el empleo, la representación y tutela colectiva de los trabajadores digitales, la formación profesional o la protección social.

⁴⁰ J.M. MORENO DÍAZ, *op. cit.*, p. 213.

Y a mediados de 2017 el sindicato CCOO lanzó la campaña denominada *Prearity War* para visualizar la precariedad de los trabajadores que prestan servicios a través de estas plataformas.

Ahora bien, no parece que estas nuevas formas de actuación sindical tengan el mismo significado que las más tradicionales⁴¹. Por un lado, la adhesión a través de redes o aplicaciones no implica el mismo nivel de compromiso que los vínculos organizativos de corte clásico. Técnicamente no es complicado construir un ciberespacio sindical que aproxime a los trabajadores y sus organizaciones, pero no puede negarse que resulta mucho más difícil hacer que a través del mismo se incremente la eficacia de la organización y de sus actuaciones.

Y por otro lado, no es seguro que la utilización de estas técnicas para superar los problemas de separación de los trabajadores sea adecuada para solventar la otra cuestión que se está detectando: la de la diversificación de los intereses de los trabajadores que trabajan de forma independiente y aislada, en espacios geográficos potencialmente muy extensos y en competencia directa los unos con los otros.

Por ello, cabría plantear la conveniencia de dotar de apoyo y de cobertura jurídica y sindical a los trabajadores ante los conflictos laborales en el ámbito de las plataformas digitales, bien creando agrupaciones sindicales específicas dentro de organizaciones sindicales preexistentes, bien mediante la afiliación directa de los afectados a los sindicatos de clase tradicionales.

Se ha señalado abiertamente⁴² que es necesaria una innovación sindical, que permita al sindicato adoptar estrategias novedosas en su entorno tradicional de acción, mediante el recurso a herramientas que les permitan ser más efectivos en sus medios de acción.

Lo que debe quedar claro es que la expansión de esta forma de prestar servicios no puede quedar exenta un control sindical, siendo imprescindible que las organizaciones sindicales puedan compensar los déficits y desigualdades que este tipo de trabajo pueda acarrear en el mundo de las relaciones laborales aunque sea mediante la creación de nuevos espacios de actuación que vayan más allá de las tradicionales respuestas dirigidas a mejorar las condiciones de trabajo⁴³.

No es fácil saber si, a largo plazo, este tipo de fenómenos podrán ser reconducidos a organizaciones sindicales más tradicionales ni cuáles serán las condiciones de la concepción que lo permita. Incluso puede discutirse si éstas han de continuar ostentando el papel primordial que han tenido

⁴¹ J.M. GOERLICH PESET, *Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo*, cit., pp. 20 ss.

⁴² M. JALIL NAJI, *op. cit.*, pp. 1431 ss.

⁴³ J.M. GOERLICH PESET, *Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo*, cit., pp. 5 ss.

históricamente e incluso verlo incrementado o si, por el contrario, hay que irse acostumbrando a la aparición de otros sujetos representativos cuyas funciones habrán de ser aceptadas⁴⁴.

En este punto, la doctrina científica⁴⁵ ha sido unánime en afirmar que la afiliación de estos trabajadores a un sindicato y la posterior constitución de una sección sindical en la empresa sería la opción más viable para canalizar sus derechos de participación y de representación. Se afirma así que la vía de la representación sindical mediante secciones sindicales sería la más idónea en los modelos de negocios como es el del trabajo colaborativo mediante plataformas digitales, al tratarse de una estructura de representación que presenta la ventaja de permitir la constitución de canales de representación con un escaso aparato procedimental y sin necesidad de colaboración de la empresa⁴⁶.

La rigidez estructural y procedimental prevista en el ET para la constitución de los órganos de representación unitaria, no se daría cuándo se trata de mecanismos representativos de naturaleza sindical⁴⁷, que tan sólo dependen de la voluntad de los propios trabajadores afiliados al sindicato. Bajo su paraguas legitimador, y debido a su especial naturaleza (sin una estructura rígida) las secciones sindicales podrían llevar a cabo la acción sindical, convirtiéndose por ello en el instrumento idóneo de representación en estos nuevos escenarios de intermediación digital.

Sin embargo, también es cierto que la escasa implantación de los sindicatos de clase en el espacio de las plataformas colaborativas, puede dar lugar a dos tipos de secciones sindicales: las de aquellos sindicatos con escasa implantación, pero que sin embargo ostentan desde un punto de vista legal la condición de más representativos; y las de los sindicatos con mayores grados de afiliación, pero con un menor peso global por carecer de la condición de más representativos o por no tener presencia en el comité de

⁴⁴ J.M. GOERLICH PESET, *Economía digital y acción sindical*, cit., pp. 600 ss.

⁴⁵ E. GARRIDO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 226 ss.; C. FERRADANS CARAMÉS, *La representación de los trabajadores en empresas de la economía colaborativa*, cit.; R. ESTEBAN LEGARRETA, *op. cit.*; A. PASTOR MARTÍNEZ, [Representación de los trabajadores en la empresa digital](#), cit., pp. 118 ss.; E.M. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *El desmantelamiento de los derechos colectivos de representación de los empleados a través de plataformas digitales*, en AA.VV., *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., vol. 2, CD; E. GUERRERO VIZUETE, *op. cit.*, pp. 47 ss.; D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, *op. cit.*, pp. 85 ss.; L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *op. cit.*, pp. 128 ss.; L. GIL OTERO, *op. cit.*, pp. 1390 ss.; A. BAYLOS GRAU, *op. cit.*, pp. 102 ss.; P. NIETO ROJAS, *op. cit.*, p. 1530, quien extiende esta opción incluso para el caso de que estos prestadores de servicios fueran calificados como trades.

⁴⁶ R. ESTEBAN LEGARRETA, *op. cit.*

⁴⁷ E. GARRIDO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 224 ss.

empresa (lo que será difícil dadas las dificultades de implantación del mismo), circunstancia ésta que, sin embargo, les privaría de algunas de las prerrogativas previstas legalmente en el art. 8.2 LOLS, tales como el derecho a un tablón de anuncios, a la negociación colectiva estatutaria, y a la utilización de un local adecuado en el que desarrollar sus funciones representativas⁴⁸.

Otro de los motivos principales por los que la sección sindical sería el mejor cauce representativo derivaría precisamente de la dispersión territorial de estos prestadores de servicios, lo que dificulta los mecanismos de representación unitaria alrededor de un único centro de trabajo. Y pese a que la LOLS también vincula el ámbito de actuación de la sección sindical al centro de trabajo, tampoco habría especial inconveniente (ante las dificultades de su determinación física), en aceptar otro tipo de adscripciones más amplias.

Desde esta perspectiva se ha llegado a proponer una modificación del concepto legal de centro de trabajo para adaptarlo a estas nuevas realidades y permitir que el trabajador pueda constituir la oportuna sección sindical⁴⁹. E incluso se ha defendido la creación de secciones sindicales a nivel sectorial, lo que tendría un especial sentido a la hora de articular la acción del sindicato⁵⁰.

Otra peculiaridad es la relativa al ejercicio de ciertos derechos de naturaleza sindical por parte de quienes se han afiliado a un sindicato y han creído oportuno constituir una sección sindical conforme a lo dispuesto en los estatutos del sindicato *ex* art. 8.1 LOLS. Recordemos que este precepto reconoce a los trabajadores afiliados a un sindicato, el derecho a celebrar reuniones (previa notificación al empresario), a recaudar cuotas y distribuir información sindical (fuera de las horas de trabajo y sin perturbar la actividad normal en la empresa), así como a recibir información que les remita su sindicato.

Ello entronca nuevamente con uno de los temas de mayor impacto como es el uso sindical de las nuevas tecnologías para transmitir información de interés laboral en este tipo de actividades, ya que la LOLS está pensando en trabajadores que prestan sus servicios físicamente en un centro de trabajo, y que por tanto, se pueden reunir en él y distribuir de manera presencial la información de interés laboral. Ciertamente, es difícil pensar que el trabajador digital frecuente un local sindical o lea un tablón de anuncios, cuando no existe un centro de trabajo físico al que acudir.

⁴⁸ R. ESTEBAN LEGARRETA, *op. cit.*; L. GIL OTERO, *op. cit.*, p. 1391.

⁴⁹ D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, *op. cit.*, pp. 90 ss.

⁵⁰ E.M. RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*; L. GIL OTERO, *op. cit.*, p. 1390.

Siendo ello así, cabe afirmar que el uso sindical de las nuevas tecnologías (y especialmente internet, las redes sociales, o incluso ciertas aplicaciones informáticas), será imprescindible para transmitir la información al resto de trabajadores, y en definitiva, para el ejercicio de los derechos colectivos en el trabajo mediante plataformas digitales.

Si el uso de las nuevas tecnologías es clave en la prestación de servicios en el seno de las plataformas digitales, también debiera serlo por parte de las secciones sindicales, y todo ello al amparo de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional en su sentencia 7 noviembre 2005, n. 281, a propósito de la utilización sindical de los medios electrónicos de la empresa para la distribución de información de interés laboral y sindical a los trabajadores⁵¹.

Se considera necesario, por tanto, la puesta en marcha de herramientas tecnológicas que permitan recuperar un espacio común para los trabajadores y sus organizaciones representativas, aunque sea en el plano cibernético⁵². Por ello resultaría oportuna la existencia, dentro de la propia plataforma, de un apartado específico que haga las funciones de los tradicionales tablones de anuncios y al que tengan acceso tanto sindicato como trabajadores. Y todo ello sin desmerecer la importancia de las redes sociales como instrumento que permita fomentar la participación de estos trabajadores en las campañas sindicales, ayudando a fortalecer el sentido de identidad colectiva⁵³.

Ahora bien, tampoco puede negarse que la tecnología permite incrementar los efectos que sobre los trabajadores puede tener el conocimiento por las empresas de sus opciones políticas o sindicales. Ello posibilita la recopilación a gran escala y tratamiento automatizado de informaciones individuales que pueden ser luego utilizadas por las empresas para poner en marcha discriminaciones difícilmente controlables y en definitiva puede restar eficacia al propio suministro de información por temor a posibles represalias⁵⁴.

⁵¹ R. ESTEBAN LEGARRETA, *op. cit.*; A. PASTOR MARTÍNEZ, *Una aproximación a la problemática de la representación colectiva de los trabajadores de las plataformas “colaborativas” y en entornos virtuales*, cit., pp. 230 ss.; C. FERRADANS CARAMÉS, *La representación de los trabajadores en empresas de la economía colaborativa*, cit.; L.A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN, *op. cit.*, pp. 129 ss.; L. GIL OTERO, *op. cit.*; A. DE LAS HERAS GARCÍA, *op. cit.*, p. 8 del extracto.

⁵² J.M. GOERLICH PESET, *Economía digital y acción sindical*, cit., pp. 606 ss.

⁵³ M. JALIL NAJI, *op. cit.*, pp. 1432 ss.

⁵⁴ J.M. GOERLICH PESET, *Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo*, cit., pp. 12 ss.; L. GIL OTERO, *op. cit.*; P. NIETO ROJAS, *op. cit.*

5. El derecho a la negociación colectiva

Si hemos dicho que será difícil que estos entornos digitales puedan contar con órganos de representación unitaria debido a las dificultades legales para su implementación, también va a faltar el referente que la LOLS exige para que las secciones sindicales puedan desarrollar algunas de sus competencias, y concretamente la competencia de negociación colectiva estatutaria⁵⁵.

La actual configuración del convenio colectivo presenta límites estructurales para dar cobertura a estas nuevas formas de prestación de servicios que van apareciendo en el seno de las plataformas digitales⁵⁶.

Por un lado, muchas de ellas se sitúan en el terreno del empleo autónomo, no existiendo previsiones de negociación colectiva respecto al trabajo no asalariado. Y por otro lado la disciplina de la negociación colectiva sigue confinada en el ámbito de los estados nacionales, mientras que las nuevas formas de prestación se desarrollan a nivel global, y la cuestión de cómo hacer llegar la tutela colectiva más allá de las fronteras no es una cuestión intrascendente.

Por ello habría que buscar mecanismos que permitieran la negociación colectiva formal o informal en el entorno de las plataformas digitales, sin descartar el recurso a los Estatutos del propio sindicato como vía para articular nuevas o reformadas estructuras orgánicas de actuación sindical⁵⁷.

Pese a que se ha afirmado que la afiliación a un sindicato es el mejor garante para articular la negociación colectiva, lo cierto es que el art. 8.2 LOLS reconoce el derecho a la negociación colectiva de aquellas secciones sindicales que tengan presencia en los órganos de representación unitaria, y supone que, de no existir órganos de representación unitaria (como sucede en este tipo de servicios mediante plataformas digitales), los convenios negociados por las secciones sindicales tendrían eficacia limitada a los trabajadores afiliados a los sindicatos pactantes, con todas las consecuencias que ello comporta.

Ciertamente, este inconveniente podría subsanarse impulsando la negociación colectiva a nivel sectorial agrupando a aquellas plataformas afines entre sí, y permitiendo la intervención de los sindicatos más representativos en las comisiones negociadoras (*ex* art. 88.2 ET)⁵⁸.

⁵⁵ E. GARRIDO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 226 ss.; E. GUERRERO VIZUETE, *op. cit.*, pp. 47 ss.; D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, *op. cit.*, pp. 85 ss.

⁵⁶ J.M. GOERLICH PESET, *Economía digital y acción sindical*, cit., pp. 603 ss.; J.M. MORENO DÍAZ, *op. cit.*, p. 216.

⁵⁷ E. GARRIDO PÉREZ, *op. cit.*, pp. 226 ss.

⁵⁸ C. FERRADANS CARAMÉS, *Los derechos colectivos de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas*, cit., p. 351.

Sin embargo, no podemos desconocer que en este nuevo entorno tecnológico, la negociación colectiva se ha asociado al ámbito empresarial y no al sectorial⁵⁹, y buena muestra de ello es que comienzan a aparecer a nivel europeo, convenios colectivos negociados en el seno del trabajo mediante plataformas digitales⁶⁰. Se entiende que la noción de sector pierde sentido en la medida en que las empresas tienen marcadísimas peculiaridades individuales, y todo ello sin olvidar la interesada conveniencia de incrementar la contratación individual de las condiciones de trabajo en el trabajo colaborativo⁶¹.

6. El derecho de huelga

La prestación de servicios mediante plataformas digitales en economías colaborativas también ha afectado de manera decisiva al ejercicio del derecho de huelga⁶². Mientras siga abierto el debate sobre la naturaleza jurídica de esta forma de prestar servicios (y si la misma ha de ser considerada como un trabajo subordinado, o por el contrario, como un trabajo autónomo), quedará pendiente de resolver la cuestión de si estos prestadores de servicios son titulares o no del derecho de huelga.

Si son calificados como trabajadores asalariados por cuenta ajena, sí que serían titulares del derecho de huelga y como tales, podrían ejercitarlo⁶³. Por el contrario, de ser considerados trabajadores autónomos, el Tribunal

⁵⁹ J.M. GOERLICH PESET, *Economía digital y acción sindical*, cit., p. 602; A. BAYLOS GRAU, *op. cit.*, p. 104.

⁶⁰ Es el caso del convenio colectivo firmado en 2018 por una plataforma digital danesa de actividades de limpieza en hogares privados (*Hilffr.dk*) y el sindicato 3F. Dicho convenio evidencia que es posible la existencia de una negociación colectiva en el ámbito de las plataformas digitales. En nuestro país, existe un acuerdo de interés profesional suscrito por Deliveroo y por la Asociación Asoriders, que es una asociación de prestadores de servicios autónomos que reparten con Deliveroo y otras plataformas digitales. Tal acuerdo ofrece a los trades adheridos a él, una mayor cobertura en el seguro de accidentes, cursos de formación, compensaciones en casos de extinción del contrato sin causa justificada o ser miembros de un comité de representación.

⁶¹ J.M. GOERLICH PESET, *Economía digital y acción sindical*, cit., pp. 603 ss.; A. BAYLOS GRAU, *op. cit.*, p. 99.

⁶² J.M. GOERLICH PESET, *Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva*, en AA.VV., *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., vol. 1, pp. 175 ss.

⁶³ V. CORDERO GORDILLO, *La huelga y otras medidas de acción colectiva en el ámbito de las plataformas digitales*, en AA.VV., *El futuro del trabajo: 100 años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, cit., pp. 1329 ss.

Constitucional, en su sentencia 8 abril 1981, n. 11, ya afirmó que los mismos no son titulares del derecho de huelga, de modo que lo que en algún momento se ha podido llamar huelga de trabajadores autónomos no encontraría fundamento ni en el art. 28.2 CE y ni siquiera en el art. 19.2.c de la Ley por la que se aprueba el Estatuto del Trabajador Autónomo, ya que cuando éste último precepto otorga a las asociaciones de trabajadores autónomos el derecho a «ejercer la defensa y tutela colectiva de los intereses profesionales», se estaría refiriendo a medidas inespecíficas previstas para el conjunto de los ciudadanos como son los derechos de manifestación o petición, pero no el derecho de huelga⁶⁴.

De ello se desprende que la cesación concertada de la actividad por parte de prestadores de servicios autónomos de plataformas digitales, podría, si acaso, ser considerada como una medida de conflicto colectivo, pero no constituiría una manifestación del derecho de huelga, ni dispondría de las garantías y protección inherentes a este derecho fundamental⁶⁵. Es más, una actuación concertada de prestadores de servicios autónomos podría incluso ser considerada como una actuación que vulneraría el derecho de la competencia⁶⁶.

Pese a ello, la experiencia ha demostrado que es posible el ejercicio del derecho de huelga en el marco de las plataformas digitales⁶⁷. Ahora bien, el mismo plantea importantes problemas, y es que el aislamiento y la dispersión que caracterizan el trabajo en el seno de las plataformas digitales dificultan la movilización colectiva de estos prestadores de servicios. Hemos de tener en cuenta que nos encontramos ante modelos de negocio

⁶⁴ R. ROQUETA BUJ, *Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos. Los acuerdos de interés profesional*, en *Temas Laborales*, 2012, n. 114, p. 27; C. FERRADANS CARAMÉS, *Los derechos colectivos de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas*, cit., p. 351.

⁶⁵ V. CORDERO GORDILLO, *op. cit.*, p. 1329, quien sin embargo propone la necesidad de reconocer la titularidad de este derecho fundamental al trabajador autónomo que presta servicios mediante plataformas digitales.

⁶⁶ J.M. GOERLICH PESET, *Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva*, cit., pp. 180 ss.; V. CORDERO GORDILLO, *op. cit.*

⁶⁷ Así ha sucedido en el caso de los prestadores de servicios de la plataforma Deliveroo, pero también de la plataforma Glovo. El 2 de julio de 2017, los trabajadores de la primera de ellas realizaron una huelga dirigida a que se garantizase una jornada de 20 horas semanales y a que se retribuyera a los trabajadores por encargo cuando no hubiera actividad a realizar. La convocatoria de la huelga fue ignorada por la empresa, pero acabó arrastrando despidos o desconexiones como represalia contra los trabajadores promotores del conflicto. En el caso de la empresa Glovo, los prestadores de servicios convocaron diversos paros en horas extremadamente importantes para el servicio, colapsando así las aplicaciones en grandes ciudades, a lo que la plataforma respondió otorgándoles un “bonus” para que no secundasen el paro, o incluso, en los casos más extremos, con el despido.

que propician el individualismo e incluso la competencia entre los trabajadores, lo cual afecta indudablemente a la eficacia del ejercicio del derecho de huelga.

Este tipo de huelgas suelen ser organizadas por los propios trabajadores, sin intervención sindical, y valiéndose de las propias tecnologías de la información y de la comunicación y en especial de las redes sociales. De ello se desprende una importante conclusión y es que las nuevas tecnologías despliegan en este ámbito un doble efecto: por un lado promueven la dispersión de estos trabajadores, pero por otro lado, facilitan la organización de sus protestas⁶⁸.

De hecho, las nuevas tecnologías también abren nuevas formas de conflicto colectivo diferentes a la mera inasistencia al trabajo en que consiste la huelga. Se trata de nuevos espacios de manifestación del descontento de los trabajadores en relación con las conductas empresariales o con las condiciones de trabajo, que utilizarían las redes sociales para llevar a cabo medidas de presión como podría ser el boicot a la actividad productiva⁶⁹. Estaríamos ante nuevas formas de exteriorización del conflicto, bien a través de la difusión de opiniones e información, bien mediante acciones concertadas a través de internet, o movilizaciones que pueden resultar mucho menos comprometidas que las formas tradicionales de acción directa⁷⁰.

Pero, en sentido contrario, las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación también abren vías empresariales de sanción frente a la huelga, sobre la base de utilizar la apariencia neutral de la plataforma digital y que permite a su vez a los usuarios valorar la actuación de los trabajadores, para represaliar a los promotores del conflicto o a los trabajadores huelguistas mediante desconexiones de la plataforma digital⁷¹, y todo ello sin que parezca que el empresario tenga que exponerse a la reacción de los trabajadores o de sus representantes⁷².

Por otro lado, en este tipo de trabajos colaborativos es difícil garantizar la prohibición de sustitución de los trabajadores huelguistas. Hemos de tener en cuenta que la organización empresarial resulta opaca desde esta

⁶⁸ J.M. GOERLICH PESET, *Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva*, cit., pp. 180 ss.; V. CORDERO GORDILLO, *op. cit.*; L. GIL OTERO, *op. cit.*

⁶⁹ J.M. GOERLICH PESET, *Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva*, cit., pp. 180 ss.; A. DE LAS HERAS GARCÍA, *op. cit.*, pp. 19 ss. del extracto.

⁷⁰ J.M. GOERLICH PESET, *Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo*, cit., pp. 15 ss.

⁷¹ J.M. GOERLICH PESET, *Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva*, cit., pp. 180 ss.; V. CORDERO GORDILLO, *op. cit.*, pp. 1346 ss.; L. GIL OTERO, *op. cit.*

⁷² J.M. GOERLICH PESET, *Economía digital y acción sindical*, cit., p. 604.

perspectiva, ya que, al basarse en recursos tecnológicos a distancia, no es posible un control inmediato del acceso de trabajadores sustitutos, externos o internos para la prestación de servicios. Hablamos de casos de auténtico “esquirolaje” prohibido, *ex art. 6.5 RDLRT 17/1977* cuyo control resulta muy difícil debido a la específica forma de prestar el servicio⁷³.

Además, en las empresas con un alto grado de tecnificación, resulta relativamente sencillo recurrir a las nuevas tecnologías para atenuar o eliminar los efectos adversos de la huelga, de modo que el “esquirolaje” tecnológico puede ir ganando terreno en estos nuevos entornos digitales⁷⁴. Por otra parte, la organización de un movimiento concertado que gestione el conflicto colectivo o la huelga sin la coincidencia espacio-temporal de los afectados resulta mucho más complicada, y alguno de sus instrumentos, como son los piquetes informativos en su sentido tradicional, pueden ver dificultada su actuación⁷⁵.

7. Conclusiones

I. Las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación han propiciado la externalización o deslocalización de la mano de obra, y con ello el surgimiento de nuevas formas de trabajo tecnológico como es el trabajo colaborativo mediante plataformas digitales, el cual no sólo se presta a escapar del ámbito protector del Derecho individual del Trabajo, sino también del Derecho colectivo.

II. Pese a que las tecnologías de la información y de la comunicación han abierto nuevos campos a la acción sindical y la han beneficiado directamente (mediante el recurso a internet, al correo electrónico o al tablón virtual para comunicarse con los trabajadores), también han provocado efectos negativos en los derechos colectivos de estas nuevas formas de trabajo, al perjudicar el propio sustrato físico de la actividad sindical (que es la coincidencia de los trabajadores en un mismo centro de trabajo), y al dificultar enormemente la penetración del sindicalismo en este nuevo tipo de trabajadores aislados de sus compañeros y comunicados con la empresa casi exclusivamente de manera virtual.

III. Mientras siga abierto el debate sobre su naturaleza jurídica (y si la prestación de servicios en plataformas digitales ha de ser considerada como

⁷³ *Ibidem*, pp. 605 ss. *Vid.* también L. GIL OTERO, *op. cit.*; A. DE LAS HERAS GARCÍA, *op. cit.*, pp. 19 ss. del extracto.

⁷⁴ J.M. GOERLICH PESET, *Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva*, cit., pp. 180 ss.; V. CORDERO GORDILLO, *op. cit.*, pp. 1346 ss.

⁷⁵ J.M. GOERLICH PESET, *Economía digital y acción sindical*, cit., p. 604.

un trabajo autónomo, o por el contrario, como un trabajo subordinado), quedará pendiente de resolver la cuestión de si estos prestadores de servicios son titulares o no de los derechos colectivos que el ordenamiento jurídico reconoce a los trabajadores asalariados por cuenta ajena.

IV. Aún en el supuesto de entender que estamos ante trabajadores asalariados, como sería lo deseable, las peculiaridades en la prestación de sus servicios van a hacer difícil el ejercicio de sus derechos colectivos de manera similar a la de un trabajador ordinario, pero agravado por la dificultad que supone crear órganos de representación unitaria. Entre los factores que dificultan la organización colectiva del trabajo mediante plataformas digitales, destacarían los siguientes: la condición formal de trabajadores autónomos de quienes prestan servicios en ellas; la inexistencia de un espacio físico de trabajo que permita crear una identidad colectiva; el desconocimiento e incluso rechazo hacia las organizaciones sindicales tradicionales; el riesgo a la represalia o “desactivación” ante cualquier reivindicación individual o colectiva; o el porcentaje relativamente reducido de empleo que representan respecto de las formas de trabajo tradicionales.

V. Frente a este reto, se impone la necesidad de encontrar nuevas vías de actuación a nivel sindical. Así ha sucedido por parte de los sindicatos tradicionales o clásicos, que han comenzado a abordar este fenómeno si bien de un modo sesgado, creando básicamente espacios de información y asesoramiento a nivel digital. A la espera de una renovación de los esquemas de actuación sindical que garantice la lucha contra la precariedad laboral intrínseca a este fenómeno, cabe afirmar que la afiliación de estos prestadores de servicios a un sindicato de clase y la posterior constitución de una sección sindical en la empresa sería la opción más viable para canalizar sus derechos de participación y de representación.

VI. Para evitar la desprotección de estas formas de trabajo tecnológico, sería necesaria una revalorización de los derechos colectivos de quienes prestan servicios en ellas, pero también un replanteamiento de las estrategias sindicales dirigidas a conseguir que las mismas infraestructuras informáticas que la empresa pone a disposición de estos trabajadores para desempeñar sus funciones, puedan permitirles también el legítimo ejercicio de sus derechos colectivos.

VII. En este orden de cosas, también debieran replantearse las estructuras normativas del Derecho colectivo, para extender los derechos sindicales más allá de la calificación jurídica de estos prestadores de servicios como trabajadores subordinados o como trabajadores autónomos. Y todo ello sin olvidar la necesaria tutela protectora del Derecho colectivo en estas formas de trabajo tecnológico, así como la conveniencia de garantizar una actuación sindical internacional en el contexto de unas relaciones laborales

que escapan, mediante internet, de la tutela nacional y territorial.

8. Bibliografía

ALARCÓN CARACUEL M.R., *Aspectos generales de la influencia de las nuevas tecnologías sobre las relaciones laborales*, en J. PLAZA PENADÉS (coord.), *Cuestiones actuales de Derecho y Tecnologías de la Información y de la Comunicación TICS*, Aranzadi, 2006

ALARCÓN CARACUEL M.R., *La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo*, en *Civitas*, 1986, n. 28, pp. 495-544

BAYLOS GRAU A., *Gobernanza laboral, crisis y cambio tecnológico en la acción colectiva*, en *Documentación Laboral*, 2019, n. 117, pp. 93-106

CORDERO GORDILLO V., *La huelga y otras medidas de acción colectiva en el ámbito de las plataformas digitales*, en AA.VV., *El futuro del trabajo: 100 años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019

DE LAS HERAS GARCÍA A., *Relaciones colectivas y teletrabajo*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2017, n. 2, pp. 30-52

ESTEBAN LEGARRETA R., *Cuestiones sobre la articulación de la representación del personal al servicio de las plataformas colaborativas*, en AA.VV., *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cinca, 2018, vol 2, CD

FERNÁNDEZ VILLAZÓN L.A., *Canales de representación del personal en los nuevos modelos de gestión empresarial*, en T. TORRES-CORONAS, A. BELZUNEGUI ERASO, J. MORENO-GENÉ (eds.), *Finding solutions to societal problems. 2nd SBRLAB International Virtual Conference. 12-14 December 2018. Tarragona-Spain*, Universitat Rovira i Virgili, 2018

FERRADANS CARAMÉS C., *Los derechos colectivos de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas*, en J.M. GÓMEZ MUÑOZ (dir.), *El trabajo autónomo en España tras la crisis. Perspectivas y propuestas*, Bomarzo, 2019

FERRADANS CARAMÉS C., *La representación de los trabajadores en empresas de la economía colaborativa*, en AA.VV., *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cinca, 2018, vol. 2, CD

GARRIDO PÉREZ E., *La representación de los trabajadores al servicio de plataformas colaborativas*, en *Revista de Derecho Social*, 2017, n. 80, pp. 209-232

GIL OTERO L., *Plataformas digitales y la dimensión colectiva de la presunta relación laboral*, en AA.VV., *El futuro del trabajo: 100 años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la*

Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019

GINÉS I FABRELLAS A., *Diez retos del trabajo en plataformas digitales para el ordenamiento jurídico-laboral español*, en *Trabajo y Seguridad Social – CEF*, 2018, n. 425-426, pp. 89-111

GOERLICH PESET J.M., [*Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo*](#), en [*Revista de Treball, Economia i Societat*, 2019, n. 92](#), pp. 1-26

GOERLICH PESET J.M., *Economía digital y acción sindical*, en A. TODOLÍ SIGNES, M. ERNÁNDEZ BEJARANO (dirs.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Aranzadi, 2018

GOERLICH PESET J.M., *Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva*, en AA.VV., *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cinca, 2018, vol. 1

GUERRERO VIZUETE E., *La digitalización del trabajo y su incidencia en los derechos colectivos de los trabajadores*, en T. TORRES-CORONAS, A. BELZUNEGUI ERASO, J. MORENO-GENÉ (eds.), [*Finding solutions to societal problems. 2nd SBRI AB International Virtual Conference. 12-14 December 2018. Tarragona-Spain*](#), Universitat Rovira i Virgili, 2018

GUTIÉRREZ COLOMINAS D., *La necesaria reforma del modelo de representación sindical de los trabajadores en las empresas dispersas: reflexiones y propuestas de mejora a propósito del ámbito de constitución*, en T. TORRES-CORONAS, A. BELZUNEGUI ERASO, J. MORENO-GENÉ (eds.), [*Finding solutions to societal problems. 2nd SBRI AB International Virtual Conference. 12-14 December 2018. Tarragona-Spain*](#), Universitat Rovira i Virgili, 2018

JALIL NAJI M., *Innovación sindical. Las redes sociales como instrumento de organización y defensa colectiva*, en AA.VV., *El futuro del trabajo: 100 años de la OIT. XXIX Congreso Annual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019

LLAMOSAS TRAPAGA A., *Relaciones laborales y nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Una relación fructífera no exenta de dificultades*, Dykinson, 2015

MORENO DÍAZ J.M., [*Las nuevas formas de representación colectiva en la economía colaborativa*](#), en [*Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2019, n. 2](#), pp. 207-223

NIETO ROJAS P., *Acción colectiva en las plataformas digitales. ¿Sindicatos tradicionales y movimientos de base para representar idénticos intereses?*, en AA.VV., *El futuro del trabajo: 100 años de la OIT. XXIX Congreso Annual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019

PASTOR MARTÍNEZ A., *La descentralización y su incidencia en la conformación de los órganos de representación de los trabajadores. La representación colectiva de los trabajadores a distancia y en entornos virtuales*, en AA.VV., *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cinca, 2018, vol. 2, CD

PASTOR MARTÍNEZ A., [Representación de los trabajadores en la empresa digital](#), en *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 2018, vol. 5, pp. 111-122

PASTOR MARTÍNEZ A., [Una aproximación a la problemática de la representación colectiva de los trabajadores de las plataformas “colaborativas” y en entornos virtuales](#), en *IUSLabor*, 2018, n. 2, pp. 214-233

PÉREZ DE LOS COBOS F. (dir.), *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura*, Wolters Kluwer, 2018

ROCHA SÁNCHEZ F., [La intervención de los sindicatos de clase en la economía de plataformas](#), en *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 2018, vol. 5, pp. 77-94

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ E.M., *El desmantelamiento de los derechos colectivos de representación de los empleados a través de plataformas digitales*, en AA.VV., *Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial. XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Cinca, 2018, vol. 2, CD

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M.C., *El jurista del trabajo frente a la economía colaborativa*, en M.C. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. HERNÁNDEZ BEJARANO (dirs.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Bomarzo, 2017

ROQUETA BUJ R., [Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos. Los acuerdos de interés profesional](#), en *Temas Laborales*, 2012, n. 114, pp. 13-30

SUÁREZ CORUJO B., [La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la Seguridad Social](#), en *Temas Laborales*, 2018, n. 141, pp. 37-66

TODOLÍ SIGNES A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017

El WhatsApp como prueba de hechos discutidos en el proceso laboral. ¿Más exigencias que una prueba tradicional?

Eusebi COLÀS-NEILA*
Estela YÉLAMOS BAYARRI**

RESUMEN: La utilización de aplicaciones de mensajería instantánea se ha popularizado en los últimos años, siendo utilizadas habitualmente como medio para comunicarse por millones de personas, también en el ámbito de las relaciones laborales. Ello ha venido planteando algunas cuestiones en torno a su utilización como medio de prueba en el proceso laboral. Esta contribución analizará algunas de ellas, que han suscitado un debate no cerrado en jurisprudencia y doctrina. En particular, qué naturaleza posee como medio de prueba: documento o medio de reproducción de la palabra, imagen o sonido (algo con importantes consecuencias desde una perspectiva del acceso al recurso de suplicación). Qué normas rigen su aportación en el proceso: impresión del pantallazo, diligencia de constancia por el Letrado de la Administración de Justicia, acta notarial o dictamen pericial. Cómo actuar en caso de impugnación, en concreto a quién corresponde la carga de acreditar su autenticidad, exactitud e integridad. Como se verá, las exigencias requeridas a la prueba digital son, en general, mayores que las aplicadas a la prueba tradicional.

Palabras clave: Proceso laboral, prueba digital, WhatsApp.

SUMARIO: 1. La prueba digital en el proceso. 2. Mensajería instantánea como prueba en la jurisdicción social. 3. Base legal de la aportación al proceso laboral de los mensajes de WhatsApp. 4. ¿Documentos o instrumentos que permitan archivar, conocer y reproducir la información digital? 4.1. Importancia del modo de aportación. 4.2. Criterios jurisprudenciales del ámbito social para los e-mails o redes sociales. 4.3. Criterios jurisprudenciales del ámbito social para los WhatsApp. 4.4. Las distintas concepciones

* Profesor Agregado Interino de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universitat Pompeu Fabra (España).

** Abogada; Profesora Asociada de Derecho Procesal, Universitat Pompeu Fabra (España).

procesalistas de documento. 5. Formas de aportación al proceso de una conversación de WhatsApp. 5.1. La impresión del “pantallazo”. 5.2. Diligencias de constancia del Letrado de la Administración de Justicia. 5.3. Actas notariales. 5.4. Prueba pericial. 5.5. Conclusiones. 6. Impugnación de la prueba de WhatsApp y carga de la prueba de la autenticidad, integridad y exactitud. 6.1. Clases de impugnación. 6.2. La carga de la prueba de la autenticidad, exactitud e integridad la tiene el proponente. 6.3. Si no hay impugnación, el documento tiene fuerza probatoria. 7. El WhatsApp como medio de prueba debe contextualizarse. 8. A la prueba del WhatsApp (en general, a la prueba electrónica) se exige más que a la prueba tradicional. 9. Las dudas interpretativas deben resolverse con base al derecho de defensa que incluye el derecho a la prueba. ¿También con el derecho al recurso? 10. Bibliografía.

WhatsApp as Evidence of Facts Discussed in Labour Proceedings. More Requirements than a Traditional Evidence?

ABSTRACT: The use of instant messaging applications has become popular in recent years, being commonly used as a means of communication by millions of people, also in the field of industrial relations. This has raised questions about their use as a means of evidence in the employment proceedings. This contribution will analyse some of them, which have given rise to an ongoing debate in the case-law and literature. In particular, what is its nature as a means of evidence: document or means of reproduction of the word, image or sound (something with important consequences from the perspective of access to the judicial review). What rules govern its use in the proceedings: printing of the screenshot, the diligence of the Judicial Officer, the notarial act or an expert opinion. How to act in the event of a challenge, specifically who is responsible for proving its authenticity, accuracy and integrity. As will be seen, the requirements placed on digital evidence are, in general, greater than those applied to traditional evidence.

Key Words: Labour proceedings, digital evidence, WhatsApp.

1. La prueba digital en el proceso

A estas alturas, son muchos los trabajos que se han publicado sobre prueba digital. Los nuevos soportes, denominados digitales, distintos al papel tradicional, hace ya décadas que plantean al sistema jurídico la necesidad de responder no sólo con normas “sustantivas” reguladoras de estas nuevas realidades, sino también con normas procesales que prevean cómo se aportan al proceso y cómo deben valorarse en relación con el resto de medios de prueba. Los estudiosos del derecho deben avanzar, de otro lado, a los cambios legislativos, ofreciendo interpretaciones de las normas vigentes en cada momento, pues siempre las nuevas tecnologías van por delante de la norma.

Han motivado muchos comentarios doctrinales cuestiones como la aportación al proceso del e-mail como medio de prueba, o los vídeos o audios grabados con teléfono móvil, o las publicaciones en Facebook o Instagram, los vídeos colgados en YouTube, el resultado de una búsqueda de Google, entre otros. En este trabajo nos centramos en la mensajería instantánea, que presenta sus particularidades; en particular, el caso de WhatsApp, una de las aplicaciones que más usuarios posee en todo el mundo.

Posiblemente, en un futuro no muy lejano, los tribunales deberán responder a si una grabación obtenida con un dron o aeronave no tripulada puede presentarse como prueba, en acreditación de unos hechos acaecidos en un lugar sobrevolado por el artefacto¹. Se planteará, esta cuestión, cuando aún no se ha dado respuesta a cómo se incorporan al proceso la mensajería instantánea o las publicaciones en redes sociales.

Las partes deben decidir cómo proponen la prueba en cada uno de esos casos: con una impresión en formato papel de la captura, mediante una protocolización notarial del acceso a la página en cuestión, con el fichero que incluya la grabación en caso del vídeo... y las dudas son distintas según el caso, porque, insistimos, cada medio de comunicación o almacenamiento de datos tiene sus características técnicas.

El término prueba digital incluye múltiples medios probatorios relacionados con el uso de las tecnologías de la información y la

¹ Véase al respecto de estas tecnologías J. SEMPERE SAMANIEGO, *Usos y régimen jurídico aplicable a los drones*, en *Diario La Ley*, 2014, n. 8343. La doctrina se plantea qué ocurriría si un dron que tenga incorporada una cámara sobrevuela un lugar en el que se están produciendo unos hechos susceptibles de ser discutidos en un procedimiento, y esa grabación quiere ser aportada en juicio. Véase M. DE PRADA RODRÍGUEZ, *La prueba digital. Una realidad en el proceso civil*, en M. JIMENO BULNES, J. PÉREZ GIL (coords.), *Nuevos horizontes del derecho procesal. Libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*, JMB, 2016, p. 342.

comunicación, uso que deja rastro y de lo que se pretende dar cuenta al juez.

Y al respecto, conviene, desde este momento, realizar una precisión. Lo que es objeto de prueba no son realmente los hechos, sino las afirmaciones que de los mismos hacen las partes en el proceso². Por lo tanto, en las siguientes líneas se tratará de ver cómo se incorporan al proceso determinadas afirmaciones sobre hechos que se pretenden acreditar a través de tecnología digital.

2. Mensajería instantánea como prueba en la jurisdicción social

En el ámbito de la jurisdicción social son muchos los estudios que se han publicado sobre prueba digital, como en el resto de jurisdicciones. Quizás en este ámbito son muy frecuentes porque la prueba digital es el modo como se incorporan al proceso los hechos en los que se fundamenta, muchas veces, la decisión empresarial del despido o de otra sanción laboral y en términos estadísticos estos tipos de procedimientos son muy frecuentes de la jurisdicción social.

Aquí se analiza únicamente el tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la aportación al proceso laboral de una conversación de WhatsApp. Esto es, su encuadre como medio de prueba dentro de las distintas categorías existentes legalmente, con las consecuencias que ello puede suponer. También la impugnación de este medio de prueba, que avanzamos que dependerá en parte de la anterior catalogación.

No trataremos aquí la condición previa de toda prueba que quiera ser aportada al proceso, relativa a la discusión de la licitud, pertinencia y utilidad de misma. Especialmente dejamos de lado aquí la consideración de estas pruebas digitales como ilícitas, por vulneración directa o indirecta de derechos fundamentales, a lo que hemos dedicado otros estudios⁴.

² L. MUÑOZ SABATÉ, *Introducción a la probática*, JMB, 2007, p. 11.

³ Las memorias estadísticas del Consejo General del Poder Judicial relativos a asuntos sociales arrojan los siguientes datos publicados, relativos aún a 2018 a tiempo de cierre de este trabajo. El total de asuntos resueltos en la jurisdicción social es de 333.434, lo que incluye conflictos colectivos, conflictos individuales y seguridad social. Un total de 245.674 asuntos lo fueron por resolución de conflictos individuales, de los que nada menos que 101.243 asuntos lo fueron por despido. El resto, 144.431 asuntos, lo son por reclamaciones derivadas del contrato de trabajo (fuente: CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Asuntos Judiciales Sociales 2018*, 2018 (último acceso: 13 enero 2020).

⁴ E. COLÀS-NEILA, E. YÉLAMOS BAYARRI, *Prueba digital ilícita y calificación del despido: la constatación judicial de la vulneración de derechos fundamentales no puede suponer otra cosa sino la nulidad*, en J. DE QUINTANA PELLICER, M. MIRÓN HERNÁNDEZ, F. PÉREZ DURÁN

Salvados estos presupuestos previos de incorporación de la prueba al proceso laboral, se trata de ver cuál es su naturaleza como medio de prueba, qué consecuencias tiene esa catalogación y cómo puede impugnarse.

Una conversación de mensajería instantánea puede ser el modo de acreditar los hechos en que se fundamenta el despido, y la mayor parte de esfuerzos interpretativos están dirigidos, en esa temática, a determinar la licitud o no de la prueba y las consecuencias de esa ilicitud (nulidad o improcedencia del despido).

Pero una conversación de WhatsApp también puede ser el modo como se incorporan al proceso los hechos relacionados con el acoso que una persona sufre en el trabajo, o de los insultos recibidos, o de los cambios de las condiciones de trabajo, o de la comunicación de los horarios del trabajador... El WhatsApp está regulado incluso en los Convenios colectivos como herramienta de comunicación de las instrucciones y decisiones empresariales, con incidencia en la prueba que haya de practicarse sobre esos hechos en el proceso. Los WhatsApp pueden ayudar incluso a acreditar la existencia de una relación laboral, dado el caso.

En consecuencia, ese medio de prueba puede ser utilizado, también, por el trabajador. Y debe saber (sus representantes en juicio deben saber) cómo aportarlo al proceso.

(dirs.), *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social. Noves tecnologies i relacions laborals*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Consejo General del Poder Judicial, Associació Catalana de Iuslaboralistes, 2018, pp. 255-283.

⁵ Por ejemplo, el art. 3, relativo a jornada, del Convenio Colectivo del sector Transportes de Viajeros por Carretera de Navarra (en *BO Navarra*, 21 julio 2015), en el que se señala que «Las empresas comunicarán a los trabajadores la hoja de servicio donde consten las circunstancias anteriores bien por escrito bien por medios alternativos que aseguren la recepción de la misma, considerándose medios válidos para dicha comunicación, entre otros, la entrega en mano, la inserción en el tablón de anuncios de la empresa, el correo electrónico, el burofax, los sistemas telefónicos de mensajería instantánea (whatsapp, hangout y otros similares) o la inserción de la hoja de servicios en páginas web corporativas a las que pueda acceder el trabajador». En el régimen disciplinario del Convenio colectivo de Recolectores de Cítricos de la Región de Murcia (en *BO Región de Murcia*, 3 febrero 2018), se señala como infracción leve «No comunicar a la empresa las ausencias imprevistas en el mismo día en que se producen por cualquier medio, salvo casos de urgencias hospitalarias. Para poder imponer esta sanción será necesario previamente que la empresa haya facilitado al trabajador un número de teléfono o SMS o WhatsApp, correo electrónico, fax, o cualquier otro medio equivalente, donde efectuar la comunicación». O, por último, el art. 24 del Convenio Colectivo del sector de Industrias de Aderezo, relleno, Envasado y Exportación de Aceituna de Sevilla (en *BoP/Sevilla*, 12 junio 2014) establece que «las llamadas al trabajo se podrán realizar por WhatsApp».

En cualquier caso, adelantamos algo que es obvio: las conclusiones que se den respecto de la naturaleza o forma de aportación como medio de prueba de una conversación de WhatsApp en el proceso laboral deberán operar tanto si pretenden ser aportados por el trabajador como si pretenden ser aportados por el empresario, en acreditación de hechos que benefician al trabajador, o en acreditación de hechos que benefician la tesis del empresario.

3. Base legal de la aportación al proceso laboral de los mensajes de WhatsApp

Ni la ley n. 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), ni tampoco la ley n. 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) regulan el concepto de documento o prueba electrónica.

La LRJS admite que las partes, siempre que se trate de una prueba útil, lícita y pertinente, claro está, puedan «servirse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la Ley para acreditar los hechos controvertidos o necesitados de prueba, incluidos los procedimientos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido o de archivo y reproducción de datos, que deberán ser aportados por medio de soporte adecuado y poniendo a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos» (art. 90 LRJS).

La LEC se refiere también a los «medios, procedimientos o instrumentos» que permitan archivar, conocer y reproducir la información digital (arts. 299.2 y 384.3 LEC)⁶. Los arts. 382, 383 y 384 LEC prevén la reproducción de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y semejantes, debiendo acompañar la transcripción escrita de las palabras y la posibilidad de admisión como prueba de instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase.

Podemos traer a colación también determinada regulación contenida en

⁶ Con la ley n. 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC, se hicieron algunas reformas en lo relativo a la utilización de las nuevas tecnologías de comunicación en el ámbito de la Administración de Justicia, pero ello viene referido a las comunicaciones entre los intervinientes del proceso, a la obligatoriedad de los profesionales de presentar escritos con medios telemáticos, lo que no es objeto de análisis aquí. Nos referimos especialmente a las previsiones del actual art. 273 LEC.

normas no procesales. El art. 3 de la ley n. 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica, define el “documento electrónico” como «a información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado». La ley n. 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información, remite en su art. 24 a la ley de firma electrónica, admitiendo como prueba documental «el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica».

Ahondando en esto, el Reglamento (UE) n. 910/2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior, regula los tres tipos de firma electrónica que existen a nivel europeo⁷. En principio, un mensaje de WhatsApp no incorpora la firma electrónica avanzada o cualificada, sino sólo la firma simple.

4. ¿Documentos o instrumentos que permitan archivar, conocer y reproducir la información digital?

4.1. Importancia del modo de aportación

Los preceptos de las normas procesales, LRJS o LEC, no regulan cómo se introducen en el proceso las conversaciones de WhatsApp, como tampoco se regula para cualquier otra prueba digital, por lo que la jurisprudencia social ha llevado a cabo su labor interpretativas. La cuestión

⁷ Se define la firma electrónica como los datos en formato electrónico anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica con ellos que utiliza el firmante para firmar. La firma electrónica avanzada es la firma electrónica que cumple los requisitos contemplados en el art. 26 (estar vinculada al firmante de manera única; permitir la identificación del firmante; haber sido creada utilizando datos de creación de la firma electrónica que el firmante puede utilizar, con un alto nivel de confianza, bajo su control exclusivo; y estar vinculada con los datos firmados por la misma de modo tal que cualquier modificación ulterior de los mismos sea detectable). Por último, la firma electrónica cualificada es una firma electrónica avanzada que se crea mediante un dispositivo cualificado de creación de firmas electrónicas y que se basa en un certificado cualificado de firma electrónica.

⁸ Un análisis de los distintos supuestos de prueba electrónica analizados en la jurisdicción social puede verse en A.C. SALAS VELASCO, *La utilización de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso*, en J. DE QUINTANA PELLICER, M. MIRÓN HERNÁNDEZ, F. PÉREZ DURÁN (dirs.), *op. cit.*, pp. 226 ss. Se estudia el tratamiento jurisprudencial de la grabación de imagen y sonido, la geolocalización, los medios informáticos de titularidad empresarial, los mensajes de correo electrónico, y la información contenida en redes sociales.

no es baladí, pues su aportación al proceso es distinta, la valoración de cada uno de los medios probatorios es también diferente. Y la decisión al respecto condiciona, además, las posibilidades de recurso.

La doctrina advierte⁹ que mientras los documentos, si incorporan firma electrónica, tendrán el mismo valor que una firma manuscrita (siempre que se base en un certificado reconocido y haya sido producida por un dispositivo seguro), las palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes, serán valoradas según la sana crítica (art. 382.3 LEC). Además, en el caso de los primeros se aplica el art. 94 LRJS, pero la reproducción de la palabra, imagen o sonido se realiza en último lugar, una vez que se han practicado el resto de las pruebas (art. 300 LEC).

Pero, sobretodo, la elección del medio probatorio afecta a la posibilidad de revisión de los hechos declarados en la sentencia de primera instancia. El art. 193.b LRJS establece que el recurso de suplicación sólo puede tener por objeto la revisión de los hechos declarados probados fundamentados en pruebas documentales y pruebas periciales. De tal manera que, si en el Juzgado de lo Social únicamente se aporta la prueba como medio de reproducción de palabra, imagen o sonido, los hechos que incorporan no podrán ser revisados en el Tribunal Superior de Justicia. En definitiva, «para recurrir sería necesario otro medio de prueba»¹⁰.

4.2. Criterios jurisprudenciales del ámbito social para los e-mails o redes sociales

Antes de analizar las opiniones doctrinales y jurisprudenciales sobre esta materia, vale la pena hacer referencia a que esta problemática también se planteó en la jurisdicción social respecto a los correos electrónicos y las publicaciones en redes sociales.

Se discutió, y aún se discute, si los e-mails son o no un documento a efectos de prueba¹¹. Todos los argumentos que ofrecían unas y otras tesis

⁹ L.M. MUNIN SÁNCHEZ, *Las nuevas maneras de trabajar y los nuevos medios de prueba*, en L. MELLA MÉNDEZ, P. NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS (dirs.), *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: estudios desde el derecho español y comparado (Alemania, Reino Unido, Polonia, Portugal y Argentina)*, Dykinson, 2017, p. 341.

¹⁰ A. LACALLE MULS, *El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral*, en *IUSLabor*, 2018, n. 1, p. 245.

¹¹ J.A. SANFULGENCIO, *¿Son los emails prueba documental en un juicio laboral? A propósito de la STSJ Cantabria de 30 de enero de 2019*, en *Andersen Tax & Legal*, 6 septiembre 2019, expone que la doctrina de suplicación no es pacífica en cuanto a si la impresión en papel de los emails que se aportan como prueba en el acto del juicio son “prueba documental”. Existe

podrían trasladarse para el caso de la incorporación como prueba al proceso de los WhatsApp.

También se planteó esta misma problemática respecto de las publicaciones contenidas en redes sociales. Algunas sentencias del orden social niegan que la prueba de las redes sociales pueda tener naturaleza documental y sostienen que tendrían la naturaleza de prueba por reproducción de palabras e imágenes, todo ello por su carácter fácilmente manipulable¹².

Los argumentos de esos planteamientos pueden servir, decimos, como punto de partida para el análisis del caso de los WhatsApp, pues todos son casos de prueba digital. De hecho, los argumentos a los que hemos hecho referencia, como se verá, se reproducen en muchas sentencias sobre mensajería instantánea.

4.3. Criterios jurisprudenciales del ámbito social para los WhatsApp

La jurisprudencia laboral no es unánime en la catalogación del WhatsApp como medio de prueba, en su forma de incorporación y en si puede fundamentar una revisión de los hechos probados en suplicación.

una primera tesis según la cual sí son documentos válidos para revisar los hechos probados: STSJ Galicia 12 marzo 2019, RS 4149/2018; STSJ Madrid 27 julio 2018, RS 390/2018; STSJ Castilla-La Mancha 13 diciembre 2017, RS 1483/2017; STSJ Castilla y León (Valladolid) 16 enero 2017, RS 2375/2016; STSJ Cataluña 18 julio 2016, RS 3194/2016; STSJ Aragón 17 noviembre 2010, RS 736/2010. Otras resoluciones entienden que los reportes impresos de los correos electrónicos carecen de la consideración de prueba documental y, por tanto, no son hábiles a efectos del art. 193.b LRJS, aparte de la citada STSJ Cantabria, soporte de los presentes comentarios: SSTSJ Galicia 28 marzo 2019, RS 2467/2018 y 2 diciembre 2008, RS 4402/2008; SSTSJ Madrid 19 julio 2017, RS 677/2017 y 13 abril 2015, RS 705/2014; STSJ Andalucía (Sevilla) 7 junio 2017, RS 2217/2016. Y una postura intermedia entiende que los e-mails tienen validez revisora, pese a no ser reconocidos, si hubiesen sido averiguados pericialmente (STSJ Cataluña 23 octubre 2015, RS 3164/2015).

¹² A. LACALLE MULS, *op. cit.*, pp. 242 ss. La autora cita entre las sentencias en contra de la consideración como prueba documental de la información contenida en las redes sociales, la STSJ País Vasco 12 noviembre 2013, n. 1943. En su virtud, la constancia en el perfil de la red social Facebook de una serie de fotografías en las que aparece el actor, está igualmente abocado al fracaso desde el momento en que la Magistrada de instancia niega el valor de documento. En sentido contrario, se cita la STSJ Asturias 14 junio 2013, n. 1333, que califica como prueba documental las fotografías de la red social Facebook. También la STSJ Andalucía 29 octubre 2015, n. 2671, considera válida y admisible la prueba documental aportada por la empresa consistente en fotografías de la cuenta de Facebook de la trabajadora despedida.

Es más, hay resoluciones del orden social que *niegan directamente valor probatorio a los WhatsApp, por la posibilidad de manipulación* de los mensajes al no asegurarse la seguridad en el almacenamiento de los mensajes. Puede citarse la STSJ Madrid 15 noviembre 2018, n. 1009, que a su vez cita otras anteriores (STSJ Madrid 29 septiembre 2017, n. 817).

Otras resoluciones dan a los mensajes de WhatsApp el *valor de mera testifical documentada, manifestaciones de parte sin sustento probatorio*. Podemos citar aquí, por ejemplo, la STSJ Cantabria 29 abril 2015, n. 346, en la que las partes pretendían fundar una revisión de hechos en relación a la pretendida acreditación de la dimisión de un trabajador¹³.

También la sentencia del Juzgado de lo Social n. 1 de Zamora 23 febrero 2018, n. 45, que decide sobre si para la determinación de las horas que cada semana debían ser trabajadas por el actor, y abonadas por el empresario, puede utilizarse como prueba los mensajes de WhatsApp. Esas conversaciones, aunque fueron reconocidas por el demandado, se califican como meras manifestaciones de parte sin el menor sustento probatorio¹⁴.

Algunas resoluciones niegan eficacia probatoria a las conversaciones de WhatsApp, pero la especial carga probatoria de la materia en concreto explica esa conclusión, en parte. Nos referimos, por ejemplo, a si por medio de WhatsApp se puede acreditar una *modificación de las condiciones de trabajo, o si en un mensaje WhatsApp puede quedar clara la voluntad de dimitir del trabajador*. Sobre lo primero, puede considerarse la sentencia del Juzgado de lo Social n. 4 de Oviedo 5 junio 2018, n. 292, que sostiene que «aún pudiendo producir efectos jurídicos tal comunicación, no se considera procesalmente eficaz (desde la perspectiva de la carga de la prueba) para poder considerar que dicho WhatsApp sea una formal comunicación de modificación sustancial, por mucha libertad de forma que exista en este ámbito».

¹³ Argumenta la sentencia que «Lo que con la transcripción de dichos mensajes se pretende demostrar la realidad de una dimisión, no la naturaleza del vínculo entre las partes. Pues bien, no cabe acceder a dicha adición, al venir fundada en una serie de mensajes de texto, por medio de la aplicación WhatsApp, entre dos personas ajenas a este procedimiento [...] prueba inhábil a efectos revisorios, al constituir una testifical documentada».

¹⁴ La sentencia sostiene: «la jornada que ha de declararse probada, se obtiene de las conversaciones de WhatsApp aportadas por la parte actora, expresamente reconocidas por el demandado mediante la prueba de interrogatorio [...] respecto de las horas correspondientes al mes de julio de 2017, ante la discrepancia de las partes, se ha considerado acreditada la realización de las horas indicadas por el empresario, pues siendo el contenido de los mensajes meras manifestaciones de parte sin mayor sustento probatorio, no pueden tenerse por probadas las horas que se indican por el trabajador».

Sobre la falta de acreditación de la voluntad de dimisión del trabajador, puede citarse la STSJ Cantabria n. 346/2015, aludida anteriormente. Dado que la voluntad de dimitir debe constar de forma clara, expresa e inequívoca, se considera que los mensajes de WhatsApp no son suficientes para acreditar esa voluntad. Tampoco en el supuesto analizado en la sentencia del Juzgado de lo Social n. 2 de Cartagena 9 abril 2018, n. 136. Aquí, el WhatsApp sirve para acreditar el despido y negar la intención dimisionaria del trabajador¹⁵.

En cambio, en el asunto resuelto en la STSJ Madrid 8 junio 2017, n. 421, los mensajes de WhatsApp sí se consideraron acreditativos «de una clara conducta de la demandante reveladora de su insistente decisión de no acudir al trabajo y, por tanto, de no querer tener ocupación efectiva, haciéndose definidora de su propio derecho».

En otra temática donde también se exige especial carga probatoria es en la *acreditación del acoso laboral*. En la STSJ Madrid 28 septiembre 2018, n. 646, la única prueba del acoso eran conversaciones de WhatsApp, que se consideraron insuficientes, a pesar de que el contenido literal de los mensajes no fue controvertido.

Especial consideración merecen las resoluciones en las que el Tribunal Supremo y los Superiores de Justicia evalúan si la *prueba de WhatsApp es capaz de modificar el relato de los hechos probados en suplicación*.

El Tribunal Supremo ya se pronunció hace años sobre ello y sentó doctrina en el sentido de que el WhatsApp no es documento. La STS 26 noviembre 2012, Rec. 786/2012, sostuvo que es un medio de reproducción de la palabra el sonido y la imagen de los regulados en los arts. 382-384 LEC. Con lo que ello supone, pues está regulado de forma separada de la prueba documental, su aportación al proceso es diferente, la valoración que ha de dársele a dicha prueba también es diversa, y no puede admitirse la revisión fáctica con base al WhatsApp, pues no es prueba documental o pericial.

Más adelante, en resoluciones como el *ATS 21 febrero 2017* insiste: «la actora solicita en suplicación que se suprima en el Hecho Probado Quinto

¹⁵ Lo expresa así la sentencia: «Se acredita fehacientemente como se produjo el despido tanto por lo acreditado por el demandante como por las propias actuaciones de la empresa tal como se ha dicho, y no queda margen alguno de interpretación a lo verdaderamente sucedido, que el despido del actor es tal como relata el mismo y acredita en sus actuaciones e incluso con prueba practicada por la empresa (como el famoso WhatsApp, que era medio de comunicación habitual entre las partes, o la inmediata denuncia a la Inspección de Trabajo) y en ningún caso hubo intención dimisionaria del trabajador, y en consecuencia, se considera que se ha producido un despido que tiene la consideración de improcedente y que despliega los efectos correspondientes».

la frase que hace referencia a que por la tarde la encargada de zona se comunicó con ella a través de la aplicación WhatsApp, reiterando que no iba a volver al trabajo, y aduce la recurrente al efecto que dicho extremo no se encuentra amparado en prueba documental válida. Lo que no se estima, porque, indica la Sala, la alegación de inexistencia de prueba válida no basta para sustentar la revisión del relato fáctico al amparo del art. 193.b) LRJS, a lo que se ha de añadir que el intercambio de WhatsApp entre la directora de zona y la demandante ha quedado acreditado a través de la testifical, según se señala expresamente en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia, sin que dicha prueba resulte apta para la modificación del relato de hechos probados por impedirlo la técnica suplicatoria».

Los Tribunales inferiores siguieron al Tribunal Supremo en esas consideraciones. Por ejemplo, podemos citar la STSJ Galicia 26 marzo 2019, que recuerda los objetivos de la técnica suplicatoria, y concluye: «Las comunicaciones entre las partes remitidas por vía telemática, como los correos electrónicos o servicios de comunicación como “WhatsApp”, no constituyen en suma prueba documental que permita concluir de forma clara y absolutamente incontrovertida los asertos que contienen»¹⁶.

Sin embargo, algunas Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia han admitido en los últimos años el WhatsApp como prueba documental. Por ejemplo, la *STSJ Galicia 28 enero 2016, n. 556*, que analizaba un caso de despido realizado por WhatsApp.

El Tribunal asume que el WhatsApp es un medio de prueba válido, pero debe cumplir determinadas condiciones. Concretamente, sostiene el Tribunal que para considerar una conversación de WhatsApp como documento «sería preciso que se hubiese aportado no sólo la copia en papel de la impresión de pantalla o, como se denomina usualmente “pantallazo” – que es lo único que cumple el actor –, sino una transcripción de la conversación y la comprobación de que está se corresponde con el teléfono y con el número correspondientes. Esto

¹⁶ En la sentencia se argumenta que «La revisión del relato fáctico de una sentencia exige la cita de prueba documental que evidencie el error de valoración que se denuncia de un modo claro y absolutamente incontrovertido, “de forma clara, patente y directa de la prueba documental – o pericial – obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas” [STS 6 julio 2004, Rec. 3/2004; STS 12 diciembre 2007, Rec. 25/2007, o STS 5 noviembre 2008, Rec. 47/2007]. Estos documentos no pueden considerarse prueba documental fehaciente en el sentido exigido por la jurisprudencia unificada. [...] Este tipo de documental carece de los requisitos necesarios para dar prueba fehaciente, a efectos del recurso de suplicación, de un determinado hecho, desvirtuando las conclusiones alcanzadas por el Magistrado de instancia, previa valoración conjunta de la prueba aportada y practicada».

podría haber conseguido a través de la aportación del propio móvil del Sr. Abel y solicitando que, dando fe pública, el LAJ [actual Letrado de la Administración de Justicia] levante acta de su contenido, con transcripción de los mensajes recibidos en el terminal y de que éste se corresponde con el teléfono y con el número correspondiente».

La resolución añade que, para que aceptemos como documento una conversación o mensaje de este tipo (algo diferente a su valor probatorio) podríamos establecer cuatro supuestos:

1. cuando la parte interlocutora de la conversación no impugna la conversación;
2. cuando reconoce expresamente dicha conversación y su contenido;
3. cuando se compruebe su realidad mediante el cotejo con el otro terminal implicado (exhibición);
4. cuando se practique una prueba pericial que acredite la autenticidad y envío de la conversación, para un supuesto diferente de los anteriores¹⁷.

Esa resolución fue muy comentada en la doctrina iuslaboralista. Algunos autores ensalzaron la interpretación flexible del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, afirmando que la resolución no sólo permite incorporar como prueba una conversación o mensaje electrónico con cuatro opciones, sino que resuelve sobre la credibilidad que a esa prueba se le otorga y la valoración que debe hacer el Juez.

Otras opiniones, sin embargo, sostuvieron que la concesión a los WhatsApp de valor revisorio a efectos de suplicación con esas condiciones «supone confundir la transcripción del contenido del mensaje con el medio de prueba mismo»¹⁸.

Asimismo, también puede objetarse a la resolución que las cuatro condiciones establecidas por el Tribunal Superior de Justicia entremezclan cuestiones relativas a la naturaleza de la prueba y otras relativas a su impugnación. La ausencia de impugnación de la conversación no tiene por qué determinar la validez como documento del mensaje de WhatsApp (primeros puntos a y b). Ello es una garantía de certeza del mensaje no impugnado, pero no tiene nada que ver con su naturaleza como prueba documental¹⁹.

Poco tiempo más tarde, en STSJ Galicia 27 enero 2017, o en STSJ Galicia 7 junio 2018, el Tribunal insistía el que el WhatsApp no es documento, no es prueba hábil a efectos revisorios.

¹⁷ Sobre esta sentencia, véase también C. MORALES VÁLEZ, *La validez probatoria del whatsapp y su incorporación al procedimiento*, en www.sepin.es, junio 2016.

¹⁸ A. SIERRA VILLAÉCIJA, *¿WhatsApp es un medio de prueba válido en el proceso laboral?*, en <https://blog.sepin.es/>, 23 octubre 2019 (último acceso: 4 enero 2020).

¹⁹ En este sentido, A. LACALLE MULS, *op. cit.*, p. 244.

Añade esta STSJ Galicia 27 enero 2017 que se trata de «un medio de reproducción de la palabra el sonido y la imagen de los regulados en el art. 382 a 384 de la LEC. [...] El WhatsApp como hemos indicado, es uno de los nuevos medios de prueba a los que se refiere el art. 299.2 de la LEC, frente a los medios de prueba tradicionales a los que se refiere el art. 299.1 de la LEC, y la prueba documental, que es la recogida en el art. 193 b) con eficacia revisoría, está recogida dentro de los medios de prueba tradicionales (en concreto puntos 2 y 3 del art. 299 LEC), y la diferencia entre unos y otros no solo se aprecia en el medio de prueba en sí ya que no solo se diferencia en la forma de aportación y práctica de la prueba, sino también en su valoración ya que mientras la prueba documental está sometida a un sistema mixto de valoración probatoria (tasada en determinados documentos públicos y privados, y libre en los restantes) los medios nuevos de prueba están sometidos al sistema de valoración libre ya que tanto en el supuesto del art. 382 LEC como en el supuesto del art. 384 LEC señalan que serán valorados conforme a las reglas de la sana crítica. Tampoco entendemos que pueda ser conceptuado como un documento electrónico o informático (prueba documental) ya que para ello el art. 3.8 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica exige la firma electrónica (El soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental) circunstancia que no concurre en el WhatsApp, y en resto de los supuestos tendrá el valor y la eficacia jurídica que le corresponda a su respectiva naturaleza, de conformidad con la legislación que les resulte aplicable».

Existe más o menos acuerdo en la jurisprudencia en que los WhatsApp no permiten la revisión de los hechos probados. Pero ello no significa que no deban ser *admitidos como prueba en primera instancia y valorados por supuesto por el Juzgado de lo Social*. Así se dice entre otras en la STSJ Castilla y León 17 septiembre 2018, donde se entiende que el documento aportado no puede revisar hechos probados en suplicación, pero el Magistrado de instancia dio por probada la conversación electrónica y debe recogerse en su integridad.

En el mismo sentido, la STSJ Cataluña 13 noviembre 2017, n. 6781, establece que aunque «este tipo de documental carece de los requisitos necesarios para dar prueba fehaciente, a efectos del recurso de suplicación, de un determinado hecho, desvirtuando las conclusiones alcanzadas por el Magistrado de instancia, previa valoración conjunta de la prueba aportada y practicada. Estos medios de comunicación no hacen otra cosa que reflejar las comunicaciones que las partes intercambian entre sí. Como tales, pueden ser objeto de valoración en la fase de instancia, en donde el juzgador puede contrastar su contenido y considerarlo acreditado

mediante la valoración de otras pruebas, especialmente, la testifical o los interrogatorios de parte, pero insistimos en que no pueden considerarse documental fehaciente a los efectos del artículo 193.b) LRJS».

En otro grupo de resoluciones, *las sentencias niegan valor probatorio al simple “pantallazo”, ponen el acento en actividades complementarias* (la transcripción de la conversación, el cotejo con el teléfono móvil, el reconocimiento por las partes de la conversación, etc.).

Por ejemplo, en el ATS 5 marzo 2019, que analiza un caso de despido verbal, se recrimina al proponente que los WhatsApp no fueron reconocidos por el demandando y por no venir sustentados en prueba pericial y tratarse, únicamente, de simples pantallazos fotocopiados con frases fragmentadas e inconexas.

Por el contrario, en el caso analizado en la STSJ País Vasco 23 septiembre 2014, n. 1653, se propuso por el trabajador en tiempo y forma la *prueba de reconocimiento judicial*, pretendiendo que el Juzgador examinase el teléfono móvil, o ello se practicara como diligencia final y no se concedió. La denegación de esta prueba supone denegar el resto de actividad probatoria y se entiende que se ha producido una vulneración en el derecho a la prueba. La falta de habitualidad no es óbice, entiende el Tribunal, para que se practique esa prueba²⁰.

Por otro lado, en el caso resuelto en la STSJ La Rioja 22 enero 2016, n. 14, se admite como prueba y se le da plenos efectos a una conversación de WhatsApp de la que se aporta la *transcripción*, y además es *ratificada por su interlocutor*. Concretamente se trataba de mensajes a través de la aplicación móvil al un compañero, de un contenido inaceptable, y que constatan que no guarda el debido respeto hacia él. Se descartan los argumentos sobre ilicitud de la prueba y se justifica finalmente la decisión del despido.

También en la STSJ Murcia 17 mayo 2017, n. 543, se toma en consideración que se haya aportado una transcripción de la conversación.

Por otro lado, en ocasiones se atiende a la comprobación de la impresión

²⁰ Son interesantes las palabras de la sentencia: «Es cierto que la falta de habitualidad de la prueba denominada reconocimiento judicial (artículo 353 y ss de la LEC) en el orden jurisdiccional social, se enmarca en la posibilidad y precisión de utilizar otros medios de prueba suficientes al objeto de argumentar y probar las pretensiones, donde la apelación de medios y maneras propias de nuevas tecnologías (e-mail, sms, WhatsApp, Facebook), se antoja poco habitual (pero) lo cierto es que existe justificación de utilidad y pertinencia respecto a instrumentos en los procedimientos de reproducción de palabra, imagen, archivo, reproducción de datos, siempre aportados por medio de soporte adecuado y en otorgamiento de disposición del órgano jurisdiccional para con los medios necesarios para su reproducción, constancia u observación, que permite tener por posibles dichos medios de prueba, siempre con el límite en la valoración judicial final propia de la sana crítica o de la jerarquía de las pruebas».

aportada con el examen del teléfono móvil (*cotejo*). En la sentencia del Juzgado de lo Social n. 3 de Palma 20 agosto 2018, n. 324, se da eficacia probatoria a comunicaciones por medio de WhatsApp, donde además, dispone la sentencia «había tenido lugar el cotejo de dichas comunicaciones con el terminal del Sr. X, sin que además por la parte actora se cuestionara su número de teléfono. De dichas conversaciones, transcritas en el hecho probado segundo, se extrae de forma clara y contundente el desistimiento del trabajador».

En ocasiones, esas *actividades complementarias serán necesarias si existe una impugnación*, es decir, cuando los WhatsApp no hayan sido reconocidos. Pero no antes. La STSJ Cataluña 12 abril 2018, n. 2139, apuesta por una valoración conjunta de los medios de prueba y advierte que aunque es posible la manipulación, el sistema arbitra mecanismos para solventar esas anomalías. Es más, dispone la sentencia, que el hecho de que los WhatsApp no hayan sido reconocidos no determina que la parte que los propuso acredite la validez o veracidad de su contenido por cualquier otro medio probatorio, sino que el que los haya propuesto pueda pedir su cotejo o proponer cualquier otro medio de prueba que sea útil y pertinente. Si ello no se lleva a cabo, no se rechaza su admisión como medio de prueba, sino que el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica (art. 326 LEC).

Como acaba de verse, la jurisdicción laboral no tiene un criterio unánime en la catalogación del WhatsApp como medio de prueba²¹. De entrada, no existe criterio mayoritario sobre su naturaleza como prueba documental o no, o sobre qué es necesario para su aportación en juicio. El resto de jurisdicciones tampoco tienen un criterio unánime y las soluciones han ido cambiando a lo largo del tiempo²².

²¹ Tampoco con respecto al resto de prueba digital. Un repaso de parte de la jurisprudencia del orden social en materia de prueba digital puede consultarse en M. FONS CARBONELL, *Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral*, en J. DE QUINTANA PELLICER, M. MIRÓN HERNÁNDEZ, F. PÉREZ DURÁN (dirs.), *op. cit.*, pp. 289 ss.

²² En el ámbito procesal penal, por ejemplo, se estableció en la jurisprudencia una “regla de carga probatoria” que desplazaba a quien lo aportara, acreditar el verdadero origen de la comunicación, la identidad de los interlocutores y la integridad de su contenido. Pero ese rigor de desplazamiento de la carga probatoria se fue matizando: se aplica taxativamente a los “pantallazos”, aunque el resto de formas de aportación, mediante soportes electrónicos originales o copia, o acompañando el original, debe analizarse singular y cautelosamente, a juicio de la jurisprudencia penal. Véase un análisis en el ámbito penal en T. ARMENTA DEU, *Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre*, en *Revista d’Internet, Dret i Política*, 2018, n. 27, p. 73. Sobre la prueba de WhatsApp en la jurisprudencia civil, véase J. ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, *Las nuevas tecnologías aplicadas a*

Una última reflexión que merece hacerse acerca de las resoluciones sobre la materia es lo siguiente: una cosa es admitir el WhatsApp como medio de prueba y otra bien distinta aceptar los resultados probatorios que sostiene la proponente²³. Pero ello es propio de cualquier prueba y forma parte del proceso mental de valoración de la misma que luego debe explicitarse en sentencia.

4.4. Las distintas concepciones procesalistas de documento

Como puede apreciarse, no existe unanimidad en la jurisprudencia acerca de la consideración o no de los WhatsApp como documentos. Principalmente en las resoluciones está siempre presente el acceso o no a suplicación de los hechos que pretenden acreditarse con ese medio de prueba.

Esa visión finalista de la catalogación en uno u otro grupo es loable, básicamente desde el punto de vista del derecho al recurso, pero significa prescindir del análisis objetivo de su naturaleza como documento. Entendemos que esto último es necesario y que en esa decisión no puede prescindirse de las distintas concepciones sobre la prueba documental que ha venido ofreciendo la doctrina procesalista.

Los estudios sobre este tipo de prueba digital deben necesariamente tener en cuenta las tres concepciones existentes sobre el documento como medio de prueba²⁴:

1. en la concepción amplia, se entiende por documento cualquier objeto físico mueble susceptible de ser llevado a presencia judicial;
2. en la concepción estricta, el documento queda limitado a todo objeto escrito, con independencia del soporte material y del lenguaje gráfico expresado. Sólo es la representación de un pensamiento escrito en papel;
3. por último, en la concepción intermedia, el documento es todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso, a través

la prueba, en J. PICÓ I JUNOY (dir.), *La prueba civil: aspectos problemáticos*, Aranzadi, 2017. La jurisprudencia de las Audiencias se mueve entre dar credibilidad a dichos mensajes o negar eficacia probatoria por considerarse altamente manipulable. Una postura intermedia es la que condiciona la credibilidad de la prueba del WhatsApp a la existencia de otro tipo de pruebas que la corroboren, como la intervención del remitente o receptor el que los aporte. Un estudio de todas las jurisdicciones se hace en J. DELGADO MARTÍN, *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, La Ley, 2018, especialmente el cap. 5, dedicado al proceso laboral.

²³ A este respecto, véase la STSJ Extremadura 14 junio 2018, n. 391.

²⁴ X. ABEL LLUCH, *La impugnación de la prueba electrónica*, en *Justicia*, 2019, n. 1, p. 220.

del sistema tradicional de la escritura, o de los instrumentos de reproducción de la imagen y del sonido.

Quizás estas concepciones y los argumentos ofrecidos por los autores que las defienden puedan servir para justificar la naturaleza que cada cual quiera otorgar al WhatsApp como medio de prueba. La que sea, pero entendemos que su cita es obligada para contextualizar cualquier conclusión.

5. Formas de aportación al proceso de una conversación de WhatsApp

Independientemente de la naturaleza como documento o no del WhatsApp, la siguiente cuestión es cómo se aporta, pues las normas procesales vimos que no resuelven el interrogante.

5.1. La impresión del “pantallazo”

La forma más simple de aportación es la simple impresión del pantallazo del mensaje o conversación de WhatsApp. Pero quizás no baste eso, del mismo modo que quizás no sea suficiente con la impresión de un correo electrónico desde un ordenador particular. La jurisprudencia social parece que exige algo más.

Vimos que, por ejemplo, la STSJ Galicia n. 556/2016, a la que la doctrina ha dedicado tantos comentarios, exige la transcripción de la conversación y el cotejo de la misma por el Letrado de la Administración de Justicia. Otras resoluciones, que también acabamos de ver, indican que es obligado verificar si los hechos que pretenden extraerse de la prueba de WhatsApp aparecen confirmados en otros medios de prueba (interrogatorio, testigos). Algunas otras resoluciones niegan que el WhatsApp tenga capacidad revisora de los hechos de primera instancia.

La fuerza probatoria de la prueba de WhatsApp puede depender de la verificación de los resultados que se extraen de práctica de otros medios de prueba como la declaración testifical o el interrogatorio de parte, en comparativa con la prueba de WhatsApp y se procede así a su valoración conjunta.

Con independencia de lo anterior, y considerando la prueba de WhatsApp por sí sola, se pueden plantear tres formas de aportación que van más allá de la simple impresión como documento privado de la conversación de mensajería instantánea: las diligencias de constancia del Letrado de la

Administración de Justicia, las actas Notariales y las pruebas periciales²⁵.

5.2. Diligencias de constancia del Letrado de la Administración de Justicia

Dado que el Letrado de la Administración de Justicia es el depositario de la fe pública judicial, este puede levantar acta a petición de los interesados del contenido del mensaje de WhatsApp, identidades que figuren en dichos mensajes, así como del dispositivo móvil utilizado²⁶.

Precisamente por la condición de depositario de la fe pública judicial de este interviniente, debería darse el valor probatorio de documento público a estas diligencias de constancia.

5.3. Actas notariales

Otra opción es la aportación mediante un acta notarial en la que se constatará por el notario la existencia del mensaje de WhatsApp, otorgando fe pública del acceso a la cuenta del dispositivo móvil donde esté instalada la aplicación de mensajería, y procederá a imprimir los mensajes elegidos incorporándolos finalmente al acta notarial. En el acta de “protocolización” se incluirá los números de teléfono desde los que se hayan enviado o recibido los mensajes, las fechas de los referidos mensajes, así como las identidades de los intervinientes que figuren en los textos protocolizados.

La utilidad de esta forma de aportación se verifica cuando la conversación

²⁵ Véase un resumen de estas posibles formas de aportación en R. ROJAS, *La prueba digital en el ámbito laboral. ¿Son válidos los “pantallaços”?*, en *Laboral 3.0*, 11 abril 2016 (último acceso: 4 enero 2020). También en A. LACALLE MULS, *op. cit.*, pp. 248 y 249, donde se habla de los “nuevos protagonistas”, refiriéndose al notario y al perito como auxiliares en este tipo de medios de prueba.

²⁶ Podemos citar la SAP Córdoba, Sección 3ª, 2 abril 2014, n. 159, que admite como prueba un Acta del Letrado de la Administración de Justicia sobre el contenido de mensajes de WhatsApp. Se trata de una sentencia dictada en el orden penal, pero es ilustrativa del contenido de esa acta. La resolución indica textualmente: «el Secretario Judicial, según consta en la diligencia extendida por el mismo el 20 de diciembre de 2.013 (folio 44), procediera a la “transcripción xerográfica de los mensajes recibidos por doña Dolores en el terminal número NUM003”. Por tanto, del propio texto de la diligencia resulta que quien ostentaba la fe pública judicial, ejercitada dentro del marco de lo dispuesto en el artículo 453 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con carácter exclusivo y pleno, dejó constancia de un hecho con trascendencia procesal».

mantenida mediante mensajería instantánea es suprimida por el autor. Además, con ello se supera la “inherente volatilidad” propia del WhatsApp, por su fácil manipulación, y se evita que el Juzgado niegue eficacia probatoria a la mera impresión²⁷.

Los notarios se plantean en distintos estudios los aspectos de esta acta notarial de WhatsApp. Resumidamente, las consideraciones que pueden hacerse son²⁸:

1. solamente puede requerir al notario para transcribir una conversación en WhatsApp alguien que haya participado materialmente en ella. No basta que sea propietario del terminal o titular de la línea telefónica. Todo lo cual deberá ser además expresamente manifestado en el acta;
2. el requerimiento debe formalizarlo alguien con interés legítimo. El requirente deberá explicar la razón de que desee hacer constar ante notario conversaciones con otras personas, y esta razón ha de ser suficiente a juicio del notario y ser plasmada en el documento;
3. el notario debe informar al requirente de que la existencia de una copia notarial no supone permiso para una publicidad indiscriminada de su contenido. A él incumbe la responsabilidad de no divulgar indebidamente datos personales, y de hacer un uso adecuado de los mismos;
4. el notario debe hacer una serie de comprobaciones técnicas: que la línea de teléfono pertenece al requirente, exhibiendo por ejemplo la factura telefónica; llamar a ese número para verificar la línea; identificar correctamente el terminal que se nos presenta, haciendo constar el llamado IMEI, que es un número único y exclusivo para cada terminal; identificar el número de la tarjeta SIM, si se estima necesario; cuáles son los números de teléfono que están teniendo la conversación de WhatsApp entre sí;
5. como en cualquier acta de transcripción de textos, habrá de cuidarse de que se incluya en ella todo lo necesario para que se comprenda bien el sentido de la conversación. No se puede aceptar la pretensión del requirente de hacer constar solamente parte, si eso puede tergiversar el sentido del conjunto;
6. se pueden hacer constar en el acta textos, y también imágenes, video o

²⁷ A. LACALLE MULS, *op. cit.*, p. 248.

²⁸ Es muy recomendable la lectura de F. GOMÁ LANZÓN, *Actas notariales de internet, intranet, redes sociales y mensajería instantánea. Interés legítimo, casos y límites. La herencia digital*, en AA.VV., *Anales de la Academia Sevillana del Notariado. Tomo XXIX: Conferencias del curso académico 2017/2018*, Academia Sevillana del Notariado, 2018, pp. 148 ss. Se detallan la incidencia del acta en los aspectos relativos a la afectación a derechos fundamentales así como el contenido concreto del acta.

audios, siempre que aparezcan en ellas los que están en la conversación, o, no estando ellas, no atenten contra la intimidad o el honor de ninguna persona, y se tenga interés suficiente en reflejarlas.

Ahora bien, levantar un acta notarial lo único que justifica es que en un momento determinado existía la publicación en cuestión, pero no puede dar certeza sobre la autoría de la publicación o sobre su veracidad, lo que sí puede acreditarse con una pericial informática²⁹.

El WhatsApp es un medio de comunicación manipulable y es difícil detectar la manipulación. En algunos casos, infringir estos deberes de veracidad nos lleva al plano del reproche penal³⁰. Los especialistas insisten en que es necesario que, en el acta notarial, el requirente declare expresamente que no se ha manipulado el contenido de la conversación. Y es necesario también advertir al requirente que la responsabilidad que asume es notablemente superior en el caso del acta notarial, por ser documento público³¹.

5.4. Prueba pericial

Siguiendo con la manipulación posible de esta prueba digital, y justamente como garantía de autenticidad y no manipulación del mensaje o mensajes de WhatsApp, puede presentarse una prueba pericial informática³².

El informe pericial informático es la forma de garantizar la originalidad, autenticidad e integridad de la prueba digital.

El trabajo del perito informático consistirá en el desarrollo de procedimientos encaminados a “preservar” las evidencias digitales que se quiera aportar en juicio. Esta preservación se obtiene realizando copias forenses “exactas” de la información digital almacenada (clonado) dando lugar a un código alfanumérico de dicha información (código hash). La copia se realiza por duplicado, depositando una de las copias ante notario, y quedando la segunda copia en poder del perito para su posterior análisis

²⁹ A. LACALLE MULS, *op. cit.*, p. 249.

³⁰ Si se falta a la verdad en la narración de los hechos y ello lo hace una autoridad o funcionario. También es digno de reproche penal suponer en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuir a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho (art. 390 del Código Penal).

³¹ F. GOMÁ LANZÓN, *op. cit.*, p. 149.

³² De hecho, esta prueba es útil en casos como aquellos en los que exista un gran volumen de datos e información a analizar (como puede ser el disco duro de un ordenador), o bien cuando la prueba electrónica es la principal o la única disponible, y existen dudas de manipulación, como pueden ser los mensajes de aplicaciones móviles, precisamente.

técnico³³.

En la investigación pericial se distinguen tres fases³⁴: la primera es el análisis preliminar, para la identificación de la prueba electrónica que se desea obtener (y aquí el perito deberá estar implicado desde el primer momento en la selección de la información a identificar); la segunda es la adquisición de los datos electrónicos, conservando como es lógico las copias y la constatación de las técnicas empleadas para garantizar la integridad de la información, siendo recomendable que intervengan testigos o incluso el notario y se deposite en soporte adecuado en una notaría, mediante un acta de manifestaciones del perito en la que se detalle el proceso de obtención de la información; por último, la fase del análisis forense de la información digital, a cuyo efecto es conveniente que el perito tenga un mínimo conocimiento de la normativa legal, unido a los conocimientos técnicos.

Se dice que la prueba pericial es la más segura y garantista, a diferencia de la mera aportación del pantallazo de WhatsApp, o el acta notarial. Pero, además, no lo olvidemos, tiene la ventaja de ser una prueba revisable en su publicación (art.193.b LRJS)³⁵.

5.5. Conclusiones

Se han descrito las cuatro formas de aportación al proceso de una conversación de WhatsApp de la más sencilla a la más compleja, por este orden: impresión del pantallazo, diligencia del Letrado de la Administración de Justicia, Acta notarial, dictamen pericial. Se ha dicho que las últimas añaden además ciertos mecanismos para asegurar que el mensaje no ha sido manipulado, lo que el notario no puede asegurar por sí solo.

Existen otras eventuales actividades que son complementarias (la testifical o el interrogatorio que confirma la autenticidad e integridad de la prueba de WhatsApp, o incluso el reconocimiento judicial del teléfono móvil). Algunos autores las mencionan también como formas de aportación³⁶,

³³ Explicaciones técnicas de R. ROJAS, *op. cit.*

³⁴ Véase al respecto de estas tres fases X. ABEL LLUCH, *op. cit.*, p. 248.

³⁵ A. LACALLE MULS, *op. cit.*, pp. 251 ss.

³⁶ Cabe la prueba del reconocimiento judicial (art. 353 LEC), a fin de que el juez examine por sí mismo el contenido del propio dispositivo electrónico aportado, accediendo a su contenido a través de un medio técnico apropiado o al contenido de Internet, lo que puede acordarse conjuntamente o no con otro medio probatorio. Empero, dado que la prueba digital es volátil y fácilmente manipulable, el reconocimiento judicial es

pero pueden ser consideradas también como medios de prueba independientes.

En todo caso, hay que ser precavidos. Se optará en la medida de lo posible por aportar el “pantallazo”, pero con “algo más”, pues así parecen exigirlo los tribunales de lo laboral.

La reflexión sin embargo es que, si uno analiza la forma con que se aportan otros medios de prueba, tradicionales, no se extreman tanto las medidas, y los tribunales suelen ser menos exigentes. La fácil manipulación de estos sistemas de comunicación no significa que por ello debamos inadmitirlos, o que por ello se desplieguen esfuerzos desproporcionados en su incorporación al proceso. Sobre ello volveremos en la parte final de este trabajo.

6. Impugnación de la prueba de WhatsApp y carga de la prueba de la autenticidad, integridad y exactitud

6.1. Clases de impugnación

Las anteriores reflexiones nos llevan al análisis de la impugnación del medio de prueba. La doctrina procesal más autorizada recuerda, al hablar de prueba digital, que la impugnación de documentos puede versar sobre los siguientes aspectos (y ello se aplica sin duda a la impugnación de conversaciones de WhatsApp)³⁷:

- a. impugnación de la autenticidad, que consiste en poner en duda la concordancia del autor aparente con el real. El impugnante sostiene aquí la suplantación del titular de la línea en que el mensaje o conversación ha sido enviado; afirma que el mensaje ha sido enviado desde un dispositivo electrónico, pero no por su titular o propietario, sino por otra persona distinta. En estos casos, la doctrina propone que ante tal impugnación, el titular del dispositivo electrónico acredite su titularidad y la emisión del mensaje o conversación;
- b. impugnación de la exactitud, esto es, la concordancia de la copia, testimonio o certificación con el original. El impugnante alega que se

improbable. Se tiende más a preconstituir la prueba desde el momento en que se tenga conocimiento, o incluso se practicará la prueba anticipada. *Vid.* M. FONS CARBONELL, *op. cit.*, p. 289.

³⁷ Véase el estudio pormenorizado sobre las posibles impugnaciones de las distintas clases de prueba electrónica en X. ABEL LLUCH, *op. cit.*, pp. 228 ss. El autor previamente expone que los mensajes de WhatsApp pueden ser considerados como prueba documental, y de esa consideración parte su trabajo.

ha procedido a una transcripción parcial, seleccionando las palabras o expresiones que le interesan y soslayando las que le perjudican. Procede en este caso, sugiere la doctrina, requerir a la parte proponente para que aporte la totalidad del mensaje o conversación y que se procediera a su transcripción escrita bajo la fe pública del Letrado de la Administración de Justicia;

- c. impugnación de la integridad del mensaje o conversación. Se está diciendo que el mensaje ha sido manipulado, mediante la mutilación, sustitución o añadido de palabras o expresiones. En tal supuesto la doctrina sugiere una prueba pericial informática sobre el dispositivo electrónico de la parte proponente de la prueba y, si fuera posible, sobre el dispositivo de la otra parte interviniente en el proceso de comunicación;
- d. impugnación de la certeza, esto es, la concordancia de las declaraciones o testimonios contenidos en el documento con la realidad. Cada parte efectuará su valoración de la eficacia probatoria del WhatsApp y este tipo de valoraciones se harán, por parte del Juez, en el momento de la valoración de la prueba, en sentencia, contrastando los resultados probatorios de esta prueba con el resto de pruebas³⁸.

Todo ello, entendemos, es aplicable a los WhatsApp. Una cosa es poner en duda la autoría, y otra muy distinta discutir la veracidad del contenido de las declaraciones con la realidad, lo que debe valorarse conjuntamente con el resto de medios de prueba.

Hace algunos párrafos referíamos que en ocasiones el mensaje o conversación de WhatsApp se aportará, no como simple impresión, sino con una acta notarial o diligencia de constancia del letrado de la Administración de Justicia que realice la transcripción. Se trata, pues, no de documentos privados sino de documentos públicos, de los que si se

³⁸ La doctrina cita en esta temática la STS 25 noviembre 2002, n. 1109, que distingue en el FJ Quinto entre, de un lado, la autenticidad de un documento, referida a la concordancia del autor aparente con el autor real, y de otro la eficacia probatoria, siendo que la declaración de inautenticidad priva al documento de aptitud para probar. La eficacia probatoria, en cambio, «se refiere al valor que cabe atribuir al contenido de un documento». El Supremo recuerda que en un sistema de libre apreciación probatoria el juzgador puede formar su convicción con base en pruebas distintas de los documentos, o en la valoración conjunta con estos. Y añade que el Juez sólo queda vinculado «en aquellos extremos en que el contenido documental constituye prueba legal o tasada, la cual se circunscribe (arts. 1.218 y 1.225) al hecho y fecha del documento y a haberse efectuado las declaraciones que constan en el mismo, pero no la realidad o veracidad intrínseca del contenido de estas declaraciones, cuya presunción de verosimilitud entre las partes se puede entender desvirtuada por otros medios de prueba (SS. 21 noviembre 2.000 y 19 abril 2.002, entre otras)».

alega su falsificación, se solicitará su cotejo con el original (matriz notarial si se trata de una escritura pública) o la ratificación del funcionario del Juzgado que intervino el documento, según lo previsto en el art. 320 LEC. De hecho, el actual art. 320 LEC prevé la posibilidad de impugnar las copias, certificaciones o testimonios de documentos públicos presentados electrónicamente. Se establece que, mientras que el documento público esté ya en soporte electrónico, el cotejo se realizará en la oficina judicial.

6.2. La carga de la prueba de la autenticidad, exactitud e integridad la tiene el proponente

Una cuestión relevante en esta temática de la impugnación de los medios de prueba, y concretamente del WhatsApp como medio de prueba, es la relativa a si el proponente tiene la carga de probar la autenticidad, exactitud e integridad del mismo o, al contrario, corresponde al impugnante.

Se ha dicho ya cuál es la propuesta doctrinal: se sugiere que, si se impugna la autenticidad del mensaje WhatsApp, la parte proponente debe acreditar la titularidad de la cuenta del dispositivo; si se impugna la exactitud del mensaje, la parte proponente debe aportar el mensaje completo y debe procederse a una transcripción por el Letrado de la Administración de justicia; si se impugna la integridad del mensaje, se sugiere la aportación de una pericial informática sobre el dispositivo de la parte proponente y si se puede sobre el dispositivo del otro interviniente en la conversación.

Es decir, se desplaza, en casos de impugnación, la carga de acreditar la autenticidad, integridad y exactitud del mensaje al proponente de la prueba, que pretende aprovechar su idoneidad probatoria. Cuanto menos, si han sido aportadas mediante archivos de impresión, parece indispensable una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y la integridad de su contenido³⁹.

Pero en el resto de casos, los arts. 320 y 326 exigen al proponente llevar a cabo sus actuaciones para acreditar la autenticidad del documento aportado (cotejo pericial de letras si es documento privado, comparación con el original en el protocolo donde se encuentre, si es documento público).

Debe de advertirse en este momento que la pericial que se propone para acreditar la autenticidad del documento es la misma (o similar) a la pericial

³⁹ X. ABEL LLUCH, *op. cit.*, pp. 242 ss.

que se aportaría de inicio en caso de querer introducir la prueba de este modo.

6.3. Si no hay impugnación, el documento tiene fuerza probatoria

Todo lo anterior, si el WhatsApp que quiere proponerse como prueba es impugnado. Si no lo es, debemos presumir su autenticidad y por tanto tiene fuerza probatoria.

En caso de considerar como documento a la prueba de WhatsApp, el reconocimiento expreso atribuye valor de plena prueba en el proceso, tanto del contenido como de la fecha e identidades que constasen en el documento no impugnado. De hecho, los mensajes de WhatsApp, conforme al art. 3 de la ley n. 59/2003 de firma electrónica, tienen el valor de documentos privados, y si no se impugnan, tienen fuerza probatoria apreciable por los tribunales.

Pero el valor probatorio dependerá, en todo caso, de la calificación que demos a ese tipo de prueba, a su naturaleza como documento o como medio de reproducción. En efecto, hay quien lo considera medio de reproducción con base al art. 90.1 LRJS. El precepto exige que se aporte la prueba electrónica por medio de soporte adecuado, esto es, que se pongan a disposición del órgano jurisdiccional los medios necesarios para su reproducción y posterior constancia en autos. Por un lado, la prueba electrónica es el fichero en el que se contiene la información, la prueba inmaterial que debe aportarse por medio de soporte adecuado; mientras que el soporte que queda unido al procedimiento será siempre una copia del fichero. El valor probatorio que se puede reconocer a la prueba electrónica «depende de la autenticidad e inalterabilidad de la información que se contenga en el fichero electrónico y no del soporte en que se aporte al procedimiento»⁴⁰.

Pero si se lo considera documento, el art. 326 LEC dispone que los documentos privados harán prueba plena en el proceso (en los términos del art. 319, que regula el valor probatorio de los documentos públicos) cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien

⁴⁰ A.C. SALAS VELASCO, *op. cit.*, p. 221. Se desarrolla esta idea afirmando que una parte puede proponer el acceso a la fuente de prueba electrónica, por ejemplo, el contenido de página web, o el perfil personal publicado en una red social (o en nuestro caso, sería una copia del mensaje o conversación de WhatsApp), pero será necesario, sigue la autora, que se aporte al procedimiento mediante un medio probatorio que permita dejar constancia de la práctica de la prueba y del resultado de la misma en el procedimiento (art. 383 LEC).

perjudiquen. Pero si se considera un medio de reproducción de palabras, deberá valorarse según las reglas de la sana crítica (arts. 382 y 384 LEC). En cuanto al acta Notarial y a la diligencia del Letrado de la Administración de Justicia, si se optara por aportar el WhatsApp de este modo al proceso laboral, deberá aplicarse el art. 319 LEC, que dispone: «los documentos públicos [...] harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella». Todo ello, teniendo en cuenta el riesgo de manipulación del WhatsApp, que ni la intervención del fedatario público logra eliminar.

7. El WhatsApp como medio de prueba debe contextualizarse

Hasta aquí, se han expuesto las distintas concepciones acerca del WhatsApp como medio de prueba. Algunas de ellas apuestan por considerarlo documento; otras, medio de reproducción de la palabra, la imagen y el sonido, lo que significa permitir o no la revisión en apelación de la valoración hecha en primera instancia.

Se han identificado las distintas formas de aportación de esta prueba al proceso, desde las más simples a las que evitan en la medida de lo posible las dudas sobre la posible manipulación del WhatsApp.

También se comentó cómo debe actuarse en casos de impugnación de la prueba de WhatsApp, según de qué tipo de impugnación se trate.

En las respuestas a esos interrogantes, a nuestro modo de ver, deben tenerse en cuenta, entre otras, las siguientes cuestiones que ayudan a contextualizar cualquier argumento, y que han sido tratadas en parte con anterioridad:

1. ya se dijo que las conclusiones que se alcancen respecto de la naturaleza, forma de aportación como medio de prueba, impugnación y valor probatorio de una conversación de WhatsApp en el proceso laboral deberán operar tanto si pretenden ser aportados por el trabajador como si pretenden ser aportados por el empresario, en acreditación de hechos que benefician al trabajador, o en acreditación de hechos que benefician la tesis del empresario;
2. también se dijo que habrá que echar mano de las distintas tesis procesalistas sobre el concepto de documento, y defender, de entre esas concepciones, la que mejor sirva a la interpretación que quiera hacerse de la norma y al objetivo que se quiera alcanzar en cada caso. A la postre, hablamos de un problema procesal;

3. podrán tomarse como punto de partida algunos argumentos y conclusiones que la doctrina y la jurisprudencia ya alcanzaron respecto de otros tipos de prueba digital, por ejemplo, las redes sociales, que guardan similitudes con el WhatsApp⁴¹. También los argumentos que se usaron en relación a los emails como prueba en el proceso laboral. Pero no debe perderse de vista que la mensajería instantánea tiene sus características técnicas específicas, puesto que los contenidos que comparten de forma rápida instantánea no quedan almacenados en un servidor externo⁴². Lo anterior tiene necesariamente incidencia en los casos de impugnación de la prueba, pero también en la forma de aportación, si se opta por la pericial, que debe tener en cuenta esas limitaciones.

8. A la prueba del WhatsApp (en general, a la prueba electrónica) se exige más que a la prueba tradicional

La jurisprudencia laboral se ha manifestado ya sobre que el simple pantallazo del WhatsApp no basta. En ocasiones se requiere de una diligencia notarial o de una prueba pericial, a lo que dedicábamos algunas líneas atrás. Puede incluso que se exija cotejar los resultados que arroja la prueba de WhatsApp con los resultados obtenidos de practicar otras pruebas.

Se despliega pues una prueba de la parte proponente para acreditar la autenticidad, integridad y exactitud del mensaje o conversación. El WhatsApp acredita los hechos (mejor dicho, las afirmaciones sobre los hechos) en los que se fundamenta la petición de una de las partes y esa

⁴¹ Hay quien recuerda que el deslinde entre la mensajería instantánea y las redes sociales es cada vez menor, que muchas redes sociales disponen de un apartado de mensajería instantánea. Ambos medios tecnológicos comparten las mismas problemáticas jurídicas y ello permite dar a las nuevas tecnologías un tratamiento conjunto en el ámbito procesal. *Vid.* A. LACALLE MULS, *op. cit.*, pp. 250-251.

⁴² El hecho de que el contenido no quede almacenado en el servidor del administrador impide que la autoridad judicial pueda solicitar a la empresa prestadora del servicio que certifique el contenido de mensajes enviados o recibidos, teniendo que acudir a los dispositivos electrónicos usados para su conversación. Otra cosa, sigue la autora, son los datos de tráfico generados durante la conservación de WhatsApp (origen y destino, ruta, hora, tamaño y duración de la comunicación). *Vid.* T. ARMENTA DEU, *op. cit.*, pp. 73 y 74. Por ello, en el ámbito de la jurisdicción penal, la intervención de las comunicaciones que no se efectúe en tiempo real no tendrá cabida fuera de la intervención del propio dispositivo móvil. *Vid.* J. DELGADO MARTÍN, *La prueba del WhatsApp*, en *Diario La Ley*, 2015, n. 8605.

prueba “añadida” sirve para acreditar la autenticidad, integridad y exactitud de la prueba de WhatsApp.

En cambio, cuando se aporta un documento, todo ello no se entiende necesario. Cuando se aporta un documento privado a cualquier proceso, laboral o no, ninguna de las partes se cuida de acreditar a su vez la veracidad de las firmas estampadas, o de acreditar la ausencia de manipulación del contenido del documento. Si hubiere impugnación, ya se resolverían esas cuestiones por medio de las formas de adveración que existen en cada caso. Y lo mismo con los documentos públicos, que una vez impugnados, deberán adverarse con los requisitos de la LEC, que opera como supletoria.

Todo ello nos lleva a la pregunta: ¿Por qué debe de acreditar el proponente la veracidad, autenticidad, integridad, respecto de las conversaciones de WhatsApp, de entrada? ¿Por qué deben aportarse de una determinada forma, con intervención del notario y/o del perito?

El argumento suele ser que son fácilmente manipulables, pero ello es propio de toda prueba electrónica, no sólo de los WhatsApp. Lo mismo que su carácter intangible y su volatilidad⁴³.

Pero la posible manipulación está presente en cada uno de los medios de prueba, también los tradicionales. No por ello debemos inadmitirlos, y no por ello se despliegan esfuerzos desproporcionados en su incorporación al proceso. La volatilidad es una característica que pueden tener algunos medios de prueba en soporte no digital, y que puede salvarse con un acta notarial o con una prueba anticipada, llegado el caso.

En defensa de nuestras tesis, puede citarse la antes mencionada STSJ Cataluña n. 2139/2018, que, respondiendo al argumento de la fácil manipulación del WhatsApp, sostiene: «Es cierto que un WhatsApp puede ser manipulado, como puede serlo todo documento que se aporte en el proceso, pero también pueden ser manipulados los testigos e incluso los peritos, y no por ello se sustraen al conocimiento del órgano judicial, que deberá valorar, insistimos, conforme a las reglas de la sana crítica la totalidad del acervo probatorio obrante en autos». Y, de hecho, sigue la sentencia, el no reconocimiento del WhatsApp exige sólo el cotejo con el original, y no la acreditación de la veracidad o validez a través de otro medio probatorio (por ejemplo, una pericial).

Si uno observa las similitudes y diferencias entre el documento electrónico

⁴³ La prueba digital es intangible, al encontrarse en formato electrónico, lo que supone la dificultad de distinguir los originales de las copias. Será fundamental acreditar que la prueba aportada al proceso es la original. Otra característica es su volatilidad, pues son pruebas que pueden ser modificadas, lo que facilita que sean fácilmente destruibles sus soportes. *Vid.* M. DE PRADA RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 345.

y el que no lo es (y el WhatsApp puede considerarse, aunque hay quien lo discute, documento electrónico), ninguna de las características del documento electrónico justifica las medidas precautorias “extras” que se exigen al WhatsApp cuando pretende ser aportado en juicio.

La doctrina sistematiza esas diferencias y las similitudes⁴⁴. En cuanto a las diferencias:

1. el documento electrónico tiene un código mediato, no es directamente legible, sino que se requiere un instrumento técnico para acceder a su contenido;
2. la autenticidad e identidad del suscriptor de un documento electrónico es la firma electrónica y no la manuscrita;
3. el contenido del documento electrónico pueden ser palabras e imágenes, pero también sonidos;
4. el documento electrónico es una realidad intangible, perceptible por los sentidos solo si es traducido a través de un medio técnico;
5. se desdibuja la distinción entre original y copia;
6. puede ser reutilizado sin especiales operaciones de reciclado.

Pero son similares en muchas cuestiones, que determinan las mismas soluciones en la regulación legal:

1. ambos, el documento electrónico y el que no lo es, son soportes adecuados para representar la voluntad;
2. es necesario constatar su autenticidad, en caso de impugnación, a través del cotejo de letras en el documento público (art. 320 LEC), a través del cotejo pericial de letras en el documento privado (art. 326 LEC) y a través de la pericial informática en el documento electrónico;
3. tienen especial contundencia probatoria, hasta el punto de que puede gozar de eficacia de prueba tasada (arts. 319 y 326.1 LEC) y su régimen de aportación está sometido a estrictas reglas de aportación;
4. movilidad de un lugar a otro, pues el documento en soporte papel y en soporte electrónico (CD, DVD, disquete, USB, etc.) son fácilmente transportables de un lugar a otro;
5. se aplican las normas sobre exhibición documental, pues ambos documentos se someten a las normas de exhibición entre partes (arts. 328 y 329 LEC), frente a terceros (art. 330 LEC) y el deber de exhibición de las entidades oficiales (art. 332 LEC);
6. ambos documentos son falsificables en el estado actual de la técnica.

A poco que uno se pare a pensar en ello, no hay motivos serios para dudar de la prueba de WhatsApp. El documento tradicional no ofrece más garantías de autenticidad que el WhatsApp. El WhatsApp puede ser una

⁴⁴ Véase la comparativa en X. ABELLUCH, *op. cit.*, pp. 224 y 225.

testifical documentada, como argumentan algunas resoluciones, pero también algunos documentos (una carta, un burofax) son declaraciones documentadas y no por ello se les niega valor probatorio.

Si existen dudas, se resuelven del mismo modo como se resuelve respecto de otro medio de prueba, con las reglas del juego que rigen en los casos de impugnación. En realidad, no son tantas las diferencias entre un documento electrónico y uno que no lo es. Las similitudes, sin embargo, sí permiten sostener una suerte de régimen común.

Hay que recordar en este punto que, una vez admitida la prueba del WhatsApp, habrá que valorarla. El órgano judicial, al dictar sentencia, contrastará los resultados probatorios de esta prueba con el resto de pruebas, y alcanzará sus conclusiones en relación a la eficacia probatoria. Como cualquier otro documento.

9. Las dudas interpretativas deben resolverse con base al derecho de defensa que incluye el derecho a la prueba. ¿También con el derecho al recurso?

Movido por el miedo a la volatilidad del WhatsApp y su fácil manipulación, el análisis doctrinal y jurisprudencial suele:

1. negar el carácter de documento a la prueba de WhatsApp, con sus limitaciones revisoras en segunda instancia;
2. exigir algo más que un simple pantallazo de la conversación (muchas veces se hace indispensable un acta notarial y una prueba pericial, o comparar sus resultados con lo ocurrido en otros medios de prueba);
3. desplazar sobre la parte proponente la carga de acreditar la autenticidad, exactitud e integridad de la conversación que se aporta como prueba, según hemos visto.

En todo caso, no debería perderse de vista que el respeto del derecho de defensa supone ser flexible con la aportación de pruebas al proceso. El art. 24.2 CE prevé el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, y además se hace referencia a “todos” los medios de prueba. Los tipificados y los que no lo están. Ello quiere decir que las partes podrán llevar a cabo una actividad probatoria que sirva para defender sus intereses, siempre que esté relacionada con el *thema decidendi* (STC 15 de junio 2002, n. 147, y STC 10 de abril 2000, n. 96, entre otras muchas). Insistimos, independientemente de que la norma regule el medio de prueba en concreto. Independientemente de cómo se aporte, el caso es que la parte pueda utilizar todos los medios de defensa.

Hace muchos años se ponía en duda la aportación de los mensajes de

WhatsApp como prueba en juicio laboral. Hoy se admite esa aportación y se trata de pruebas que pueden fundamentar la sentencia laboral que se dicte. Nadie lo duda. Cómo se aporten al proceso no debería ser lo importante.

Quizás esa misma interpretación flexible, basada en el derecho de defensa que incluye el derecho a probar, pueda servir hoy para aceptar la consideración como documento del WhatsApp o un relajamiento de los requisitos en su aportación. Si además está en juego el derecho al recurso, hay motivos (al menos dos elevados a rango de derecho constitucional) para apostar por unas soluciones y no por otras.

O tal vez no, pues el derecho al recurso es un derecho de configuración legal. La Constitución no garantiza el derecho a la segunda instancia y sólo existe en el ámbito penal por la firma de Tratados internacionales que así lo recogen⁴⁵.

Podemos llegar a aceptar que, si sólo tienen facultades revisoras de los hechos probados en segunda instancia determinados medios de prueba, ello es el criterio escogido por el legislador. Puede que el WhatsApp no sea uno de estos medios que permiten la revisión en suplicación.

Se respetaría la valoración hecha por el Juzgado de lo Social en primera instancia de la prueba de WhatsApp, como hemos visto que defienden algunas resoluciones (la que sea, y la valoración según las reglas de la sana crítica posiblemente sea la regla que permite decisiones ajustadas al caso concreto), pero no se admitiría la revisión de la valoración de esta prueba, sin que ello atente a derechos constitucionales. Una cosa es admitir el medio de prueba y su eficacia probatoria, al mismo nivel que la prueba tradicional, y otra permitir el acceso a la instancia superior.

10. Bibliografía

ABEL LLUCH X., *La impugnación de la prueba electrónica*, en *Justicia*, 2019, n. 1

ALONSO-CUEVILLAS SAYROL J., *Las nuevas tecnologías aplicadas a la prueba*, en J. PICÓ I JUNOY (dir.), *La prueba civil: aspectos problemáticos*, Aranzadi, 2017

ARMENTA DEU T., *Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre*, en *Revista d'Internet, Dret i Política*, 2018, n. 27

⁴⁵ La Constitución no garantiza una doble instancia, salvo en el orden jurisdiccional penal, por lo que no se vulnera por el legislador derecho alguno cuando no hay un recurso previsto para una materia concreta del orden social (entre otras muchas, STC 23 septiembre 1987, n. 43, o STC 31 enero 1991, n. 20).

COLÀS-NEILA E., YÉLAMOS BAYARRI E., *Prueba digital ilícita y calificación del despido: la constatación judicial de la vulneración de derechos fundamentales no puede suponer otra cosa sino la nulidad*, en J. DE QUINTANA PELLICER, M. MIRÓN HERNÁNDEZ, F. PÉREZ DURÁN (dirs.), *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social. Noves tecnologies i relacions laborals*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Consejo General del Poder Judicial, Associació Catalana de Iuslaboralistas, 2018

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Asuntos Judiciales Sociales 2018*, 2018

DE PRADA RODRÍGUEZ M., *La prueba digital. Una realidad en el proceso civil*, en M. JIMENO BULNES, J. PÉREZ GIL (coords.), *Nuevos horizontes del derecho procesal. Libro-homenaje al Prof. Ernesto Pedraza Penalva*, JMB, 2016

DELGADO MARTÍN J., *Investigación tecnológica y prueba digital en todas las jurisdicciones*, La Ley, 2018

DELGADO MARTÍN J., *La prueba del WhatsApp*, en *Diario La Ley*, 2015, n. 8605

FONS CARBONELL M., *Mensajería instantánea y redes sociales, la prueba en el proceso laboral*, en J. DE QUINTANA PELLICER, M. MIRÓN HERNÁNDEZ, F. PÉREZ DURÁN (dirs.), *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social. Noves tecnologies i relacions laborals*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Consejo General del Poder Judicial, Associació Catalana de Iuslaboralistas, 2018

GOMÁ LANZÓN F., *Actas notariales de internet, intranet, redes sociales y mensajería instantánea. Interés legítimo, casos y límites. La herencia digital*, en AA.VV., *Anales de la Academia Sevillana del Notariado. Tomo XXIX: Conferencias del curso académico 2017/2018*, Academia Sevillana del Notariado, 2018

LACALLE MULS A., *El impacto de las redes sociales y de la mensajería instantánea en la fase probatoria laboral*, en *IUSLabor*, 2018, n. 1

MORALES VÁLLEZ C., *La validez probatoria del whatsapp y su incorporación al procedimiento*, en www.sepin.es, junio 2016

MUNIN SÁNCHEZ L.M., *Las nuevas maneras de trabajar y los nuevos medios de prueba*, en L. MELLA MÉNDEZ, P. NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS (dirs.), *Nuevas tecnologías y nuevas maneras de trabajar: estudios desde el derecho español y comparado (Alemania, Reino Unido, Polonia, Portugal y Argentina)*, Dykinson, 2017

MUÑOZ SABATÉ L., *Introducción a la probática*, JMB, 2007

ROJAS R., *La prueba digital en el ámbito laboral. ¿Son válidos los "pantallazos"?*, en *Laboral 3.0*, 11 abril 2016

SALAS VELASCO A.C., *La utilización de las tecnologías de la comunicación e información (TIC) y sus efectos en la práctica de la prueba en el proceso*, en J. DE QUINTANA PELLICER, M. MIRÓN HERNÁNDEZ, F. PÉREZ DURÁN (dirs.), *XXIX Jornades Catalanes de Dret Social. Noves tecnologies i relacions laborals*, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, Consejo General del Poder Judicial, Associació Catalana de Iuslaboralistas, 2018

SANFULGENCIO J.A., *¿Son los emails prueba documental en un juicio laboral? A propósito de la STSJ Cantabria de 30 de enero de 2019*, en *Andersen Tax & Legal*, 6 septiembre 2019

SEMPERE SAMANIEGO J., *Usos y régimen jurídico aplicable a los drones*, en *Diario La Ley*, 2014, n. 8343

SIERRA VILLAÉCIJA A., *¿WhatsApp es un medio de prueba válido en el proceso laboral?*, en <https://blog.sepin.es/>, 23 octubre 2019

¿Por qué el Contrato para la Formación y el Aprendizaje no mejora la empleabilidad de los jóvenes? Aproximación cualitativa a las dificultades para implantar el sistema de Formación Profesional Dual en España*

Rocío MOLDES FARELO**

RESUMEN: El objetivo del presente artículo es mostrar la valoración que diferentes expertos ofrecen sobre el funcionamiento del CFA como herramienta para favorecer la inserción laboral de los jóvenes cara a mejorar su empleabilidad. El eje central del análisis se articula en torno a la comparación entre los periodos de “formación no vinculada” (2012/2015) y el de “formación vinculada” (2016/2018), en el proceso de implantación del CFA. La metodología, basada en un enfoque cualitativo, se centra en el material empírico obtenido en las entrevistas realizadas a expertos de diferentes sectores y el análisis del RD 1529/2012.

Palabras clave: Contrato para la formación y el aprendizaje, formación profesional dual, jóvenes, empleabilidad, enfoque cualitativo.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La implantación del Contrato para la Formación y el Aprendizaje como elemento constitutivo del sistema de FP dual de ámbito laboral. 3. Las etapas de implantación: del “periodo de prórroga” al periodo de “formación vinculada”. 3.1. El periodo de “formación no vinculada”. 3.2. El periodo de “formación vinculada”. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía. 6. Anexo.

* El contenido del artículo se basa en los resultados obtenidos en un apartado del proyecto de investigación *Plan anual de evaluación de la calidad, impacto, eficacia y eficiencia del conjunto del sistema de formación profesional para el empleo 2015-2016: informe de ejecución*, financiado por el Servicio de Empleo Público, SEPE (Ministerio de Empleo y seguridad Social), realizado entre noviembre de 2017 y julio de 2018 por un equipo de la Universidad Europea compuesto por los investigadores Almudena Briones, Fátima Gómez, María José Molina, Jesús Muñoz y Rocío Moldes (Investigadora Principal).

** Doctora en Ciencias Políticas y Sociología, UCM (España); Profesora Titular de Sociología, Universidad Europea (España).

Why Does the Training and Learning Contract Not Improve the Employability of Young People? Qualitative Approach to the Difficulties in Implementing the Dual Vocational Training System in Spain

ABSTRACT: The objective of this article is to show several experts' assessment of the functioning of the so-called "apprenticeship and training contracts" as a tool for giving dual vocational training in Spain a stronger labour component. The central axis of analysis is articulated around its capacity to facilitate work insertion of young people as a requirement for improving their employability. The methodology, based on a qualitative approach, focuses on the empirical material obtained in the interviews carried out. As for the comparison between the "extension period" (2012/2015) and the "training-related period" (2016/2018), it analyses the evolution of this contract modality. The paper closes with a conclusions section.

Key Words: Apprenticeship and training contracts, dual vocational training, youth, employability, qualitative approach.

1. Introducción

Los sistemas de formación profesional dual (en adelante FP dual) se presentan como una parte fundamental en la estrategia de crecimiento de los países y una de las principales políticas activas de empleo. De hecho, la Unión Europea ha convertido en una prioridad el establecimiento de marcos de referencia para garantizar la calidad en la educación y la formación profesional. Así como la transferencia de crédito para la formación profesional y la movilidad entre los países mediante el desarrollo de programas específicos en las diferentes áreas, cuya principal función es contribuir a incrementar la visibilidad de la FP dual en el aprendizaje permanente.

Alineada con este modelo de impulso internacional a los sistemas de FP e inserta en una crisis crónica del mercado de trabajo juvenil, España establecen las bases regulatorias de la FP dual mediante el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, cuyo tratamiento legal se concreta a través del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje.

El citado Real Decreto engloba dos iniciativas distintas (FP en el sistema educativo – dependiente del Ministerio de Educación Ciencia y Deporte – y la FP para el empleo, articulada a través del MEYSS) bajo la misma designación, pertenecientes a diferentes sistemas. Este hecho conduce a que el modelo de la FP Dual se perciba como confuso y complejo.

La necesidad de una separación normativa entre ámbito educativo y ámbito laboral, se argumenta sobre las muy diferentes necesidades que los “usuarios” de cada sistema tienen. En su aplicación cotidiana, la intervención de los Ministerios ha consolidado un modelo que diferencia dos perfiles: el “aprendiz” dependiente de Empleo que puede ser contratado mediante el contrato de formación; y el “estudiante” dependiente de Educación, cuya designación responde al hecho de que, desde algunas Consejerías de educación autonómicas, el proceso formativo en la empresa no se considera un empleo y, por tanto, existen diferentes modalidades de relación entre la empresa y el estudiante desligadas de la regulación laboral.

En la primera parte del proyecto¹ se identificaron tres medidas prioritarias

¹ El trabajo de campo, realizado entre los meses de enero a abril de 2018, se basa en 32 entrevistas semiestructuradas realizadas a expertos pertenecientes a seis áreas diferentes (técnicos de Administración, entidades formativas, tutores de empresa, tutores de centros educativos), con el fin de obtener una visión, lo más amplia posible, sobre las debilidades y fortalezas del Contrato para la Formación y el Aprendizaje durante los dos periodos de

para mejorar el éxito en la gobernanza de los sistemas de FP dual en España : la separación normativa para regular el ámbito educativo y el laboral, la necesidad de agilizar el proceso normativo de actualización y renovación de las cualificaciones para responder a las necesidades del mercado y la importancia de “profesionalizar” las entidades de formación en cada ámbito sectorial para atender de manera efectiva las demandas del sistema productivo y aplicar correctamente el CFA.

Abordamos en los siguientes epígrafes las principales debilidades del CFA, identificadas por los expertos para conseguir el objetivo de “laboralizar” el sistema de la FP dual en España.

2. La implantación del Contrato para la Formación y el Aprendizaje como elemento constitutivo del sistema de Formación Profesional Dual de ámbito laboral

El contrato para la formación y el aprendizaje es una modalidad contractual que tiene por objetivo principal la cualificación profesional de jóvenes trabajadores, alternando una actividad laboral retribuida en una empresa con una actividad formativa, para favorecer su inserción laboral. Se pretende que la empresa y el centro de formación profesional estrechen sus vínculos, aúnen esfuerzos y favorezcan una mayor inserción del alumnado en el mundo laboral durante el periodo de formación.

Esto último no resulta una novedad, como parece trascender del Real Decreto 1529/2012, dado que estas posibilidades (de colaboración y participación de las empresas) estaban ya previstas tanto en la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional como en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, pero no se desarrolló hasta un momento posterior.

El Contrato para la Formación y el Aprendizaje fue introducido, como una modalidad de los contratos formativos, por el Real Decreto-Ley 10/2011, con el objeto de favorecer la inserción laboral y la calificación profesional de los menores de 25 años². Con el actual marco normativo (estatal y autonómico), los destinatarios de este tipo de contrato son las personas mayores de 16 años y menores de 30 que carezcan de

su proceso de implantación. El anexo de codificación de los entrevistados se recoge al final del artículo.

² El mencionado RDL 10/2011 difiere del desarrollo reglamentario – que se efectúa mediante el RD 1529/2012 – respecto a la concreción del sistema de impartición y de las características de la formación de los trabajadores en los centros formativos, así como el reconocimiento de éstos.

cualificación profesional reconocida. Se trata de una modalidad contractual con una rentabilidad tanto para el trabajador, que obtiene un título acreditado y experiencia laboral al mismo tiempo, como para la empresa que se beneficia de una reducción de las cuotas a la Seguridad Social y en la bonificación de la formación recibida por el trabajador.

El contrato se celebra a tiempo completo, destinándose una parte de ese tiempo al desempeño de una actividad laboral retribuida y otra parte, al desarrollo de una actividad formativa relacionada con el puesto de trabajo que está ocupando. Durante el primer año de contratación, el tiempo destinado a la actividad formativa deberá ser como mínimo del 25% (máximo 75% de tiempo de trabajo); y durante el segundo y tercer año no será inferior al 15% (máximo 85% de tiempo de trabajo) de la jornada máxima prevista en el convenio colectivo o, en su defecto, de la jornada máxima legal vigente.

La actividad formativa inserta en este tipo de contrato debe ajustarse a los contenidos definidos para la obtención de los Certificados de Profesionalidad, que constituyen su objetivo. Además, previa autorización del Servicio Público de Empleo Estatal, se puede incluir formación complementaria asociada a las necesidades de la empresa o del aprendiz.

Para financiar el coste de la formación, la empresa utiliza bonificaciones aplicadas a las cuotas de la Seguridad Social. La cuantía máxima resulta de multiplicar los costes estipulados por participante/hora (según la modalidad de impartición sea, presencial, tele-formación o mixta), por un número de horas equivalente al 25% de la jornada mensual durante el primer año de contrato y el 15% en el segundo y tercer año.

Durante el año 2017 las bonificaciones de contratos de formación y aprendizaje, según datos facilitados por el Servicio Público de Empleo Estatal, tuvieron un importe de 110.579.998,89 euros, beneficiándose 128.229 jóvenes. De ellos, 8.251 se corresponden con trabajadores inscritos en el Sistema Nacional de Garantía Salarial, a los que se ha destinado 3.963.871,24 euros del importe total.

La implantación del sistema en plena crisis ha provocado reticencias a la hora de formalizar una relación contractual, en favor de la beca que implica una menor remuneración. Sin embargo, y de acuerdo con la *Propuesta de Recomendación del Consejo relativa al Marco Europeo para una Formación de Aprendices de Calidad y Eficacia*³, cuya primera recomendación es

³ A partir del 1º de enero de 2017 las reducciones en las cuotas a la Seguridad Social por la contratación de jóvenes inscritos en el Sistema Nacional de Garantía Juvenil pasan a ser consideradas como bonificaciones.

⁴ [COM\(2017\)563 final](#), 5 octubre 2017. El Consejo de la Unión Europea propone que, de acuerdo con la legislación nacional y en estrecha interacción con las partes interesadas,

«un contrato por escrito en el que queden definidos los derechos y las obligaciones de cada parte en relación con la formación y el trabajo», la celebración del contrato es un requisito para la implantación del sistema. Los testimonios obtenidos en este aspecto apuntan a la necesidad de “laboralizar la FP dual” y convertir el contrato en el núcleo del sistema: *«Todos deben estar bajo la cobertura de un contrato. El contrato es garantía para el joven y para el empresario y la exigencia debe ser que el joven se cualifique» (E11AS).*

3. Las etapas de implantación: del “periodo de prórroga” al periodo de “formación vinculada”

El Real Decreto 1529/2012, marco normativo de referencia para el establecimiento de las bases que permita la progresiva implantación de la FP dual en España mediante el CFA⁵, presenta dos momentos clave atendiendo a las estrategias para la instauración del modelo.

3.1. El periodo de “formación no vinculada”

El *primer periodo (2012/2015)* supone la articulación de la oferta de formación, ligada a aspectos como acreditar a las entidades de formación, completar el repertorio nacional de Certificados de Profesionalidad para todos los sectores, incorporar el nuevo modelo de tele-formación y poner en marcha los medios electrónicos para su gestión. En definitiva, un tiempo para adaptarse a los nuevos requerimientos que determina la regulación en vigor.

En este primer momento, la aplicación del Real Decreto 1529/2012 está influida por el carácter urgente del Real Decreto 10/2011, de 26 agosto (fomento del empleo), con el propósito de obtener resultados del CFA como mecanismo de inserción. Durante esta etapa se va a permitir que

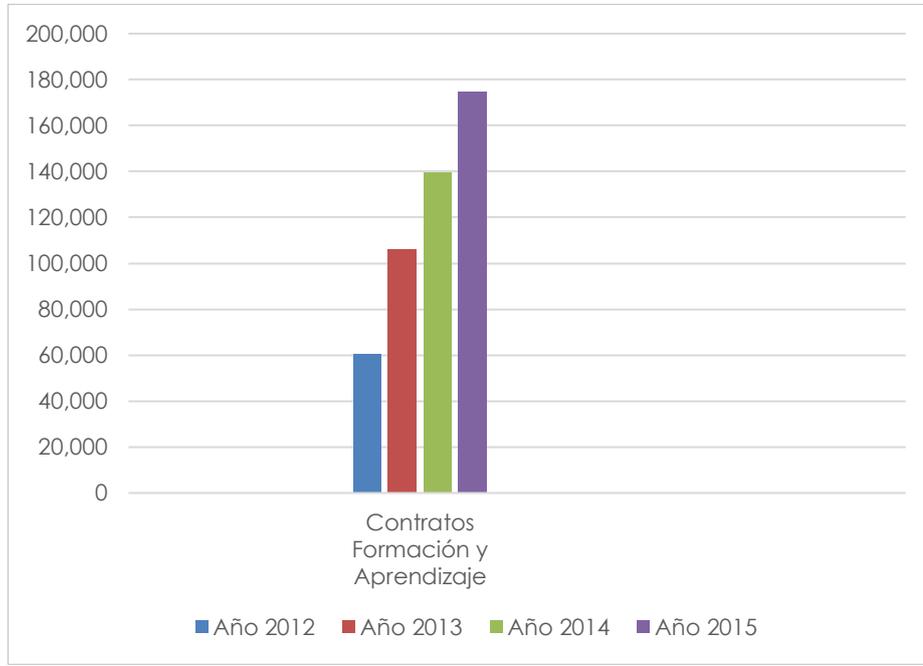
los Estados miembros deberán articular sus sistemas de formación de aprendices de acuerdo con los criterios recogidos en dicho documento.

⁵ El contrato para la formación y el aprendizaje está regulado en varias normas: el art. 11.2 del Estatuto de los Trabajadores, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, el RD 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación dual. La Orden ESS/2518/2013, de 26 de diciembre, por la que se regulan los aspectos formativos del contrato para la formación y el aprendizaje, y la Orden Ministerial ESS/41/2015, de 12 de enero, que la modifica e incorpora la garantía Juvenil. El RD 34/2008, de 18 de enero, que regula los Certificados de Profesionalidad y la Orden ESS/1897/2013 que lo desarrolla y establece el modelo de tele-formación.

cuando la formación de los contratos de formación y aprendizaje no pudiese asociarse a un certificado de profesionalidad, bien porque no existe o porque no hubiese centro asociado para impartirlo, pudiese ser sustituida por otra formación no acreditable. La normativa recogerá a tal efecto, un “periodo de transición”.

En efecto, la Disposición transitoria segunda del Real Decreto 1529/2012 se enmarca en la actividad formativa de los CFA, según la fecha de suscripción de dichos contratos, que permite la “formación no vinculada” al CFA, que faciliten la preparación y desarrollo de los instrumentos que requiere la implantación de la FP Dual. Asimismo, mencionar como continuidad de la regla jurídica apuntada anteriormente la Disposición transitoria única de la Orden ESS/2518/2013, de 26 de diciembre, por la que se regulan los aspectos formativos del contrato para la formación y el aprendizaje, en desarrollo del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre que regula el procedimiento para los contratos para la formación y el aprendizaje que transitoriamente no estén vinculados a la obtención de un título de formación profesional o certificado de profesionalidad relacionados con el trabajo efectivo a realizar, de conformidad con el apartado 2 de la disposición transitoria octava de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

El aumento de los CFA durante este primer periodo fue imparable tal como se recoge en el siguiente gráfico.

Gráfico 1 – Evolución de los contratos de formación y aprendizaje durante el "periodo de prórroga"

Fuente: elaboración propia sobre datos Sepe, varios años

Se trata de contratos firmados principalmente en el sector servicios (91%), en empresas pequeñas de menos de 26 trabajadores (77%), donde la continuidad, una vez finalizado el CFA, se sitúa en una media del 33,5%. Los jóvenes de entre 20 y 24 años son los principales destinatarios (44%) de este tipo de contrato, con una presencia casi equivalente a la sumada por las franjas de edad entre 16 a 19 y 25 a 29 (49%). El nivel de estudios de los jóvenes que participan en esta modalidad de contratación es la educación secundaria para en torno al 60%.

En lo que se refiere a la composición por sexo, se presenta bastante equilibrada. Solo durante el primer año de aplicación, el número de hombres fue ligeramente superior al de mujeres en un 3%. Mientras que, desde el segundo año, esta tendencia se invierte, consolidándose hasta la actualidad, la presencia levemente superior de mujeres en la misma proporción.

En consonancia con la concentración de contratos en el sector servicios, son aquellas Comunidades Autónomas en las que el sector terciario tiene una presencia notable, donde mayoritariamente se firman. Así, Andalucía, Cataluña, Canarias, Galicia, Madrid y Valencia, son las seis Comunidades

que concentran en torno al 70% de los contratos formativos. Una parte muy representativa (más del 70%) de la formación asociada al CFA se imparte en la modalidad de tele-formación. Esta concentración de los CFA en el “segmento intensivo” (hostelería y comercio) del sector servicios, conduce a que en el imaginario colectivo se perciba el contrato más como una forma barata de contratación que como un instrumento para mejorar la empleabilidad de los jóvenes.

«Los sectores en los que se firman los contratos ponen de manifiesto que el aprendizaje es una excusa para financiar con dinero público la precariedad laboral y que los centros (de formación) privados, ganen dinero» (E9AS).

Según los testimonios de los entrevistados, una de las irregularidades más frecuentes en este primer período es el hecho de que las empresas firmasen acuerdos de formación con entidades a distancia, sin comprobar los dos requisitos que permitían adoptar esta modalidad en aquel momento (que no exista el certificado de profesionalidad o que no existiese un centro que pudiese impartirlo).

La dinámica de funcionamiento consistía en que el centro de formación dejaba las hojas firmadas en la gestoría para conseguir la firma de la empresa. La descoordinación comienza cuando la gestoría no enviaba de vuelta la documentación al centro formativo, por lo que este no desarrollaba la acción, pero sí la acreditaba.

El “fraude” no consistía tanto en que los centros formativos fuesen capaces de preparar y proporcionar el material, sino sobre todo con la falta de control de las prácticas que determinadas entidades formativas estaban adoptando durante el “período de transición”, usándolo como un escenario para “hacer negocio”, bajo la excusa de prepararse como futura entidad de tele-formación.

Por lo que respecta a las empresas, según nos explica alguno de los entrevistados, en los posteriores procesos de inspección solían escudarse en las asesorías, alegando que eran éstas las que realizaban los trámites.

Las gestorías firmaban los acuerdos con entidades que realizaban la formación a distancia, porque no disponían de los mecanismos (ni de la voluntad de articularlos), para controlar la asistencia de los matriculados. Algunos centros de este tipo están registrados como gestorías y mantienen la formación como un negocio colateral, si bien los entrevistados consideran como muy reducido el número de centros de distancia que se han acreditado como centros de tele-formación.

Esta dinámica responde al hecho de que los centros a distancia rentabilizaron los tres años de negocio, pero nunca se plantearon acometer las transformaciones necesarias para convertirse en centros de tele-formación acreditados.

Entre los centros “acreditados” se percibe como positivo el hecho de que estas prácticas, hayan servido para profesionalizar el sector desde la Administración pública, con vistas a prestigiar la acreditación obtenida.

El objetivo es que las entidades que imparten la formación no solo cuenten con profesionales acreditados para ello, sino que se implante una “ética profesional” que contribuya, de forma progresiva, a eliminar del imaginario colectivo la idea de la tele-formación concebida solo como negocio.

En efecto, según hemos constatado en las entrevistas, durante este periodo el Sepe ha validado muy pocas plataformas porque no cumplían los requisitos. Por su parte, aquellas entidades que se han acreditado como centros de tele-formación, están consolidando su negocio mediante el alquiler de sus plataformas a los centros menores, incapaces de afrontar la inversión que suponía la acreditación.

A pesar de todo ello la valoración de los entrevistados sobre este periodo de prórroga es, en general, negativa: *«Fueron tres años más de desregulación que abundaron en la idea de que la formación para el empleo esta desorganizada, es poco útil y nada rentable. Pudiendo ser el dinero mejor invertido» (E4AP).*

Sirva como cierre de este primer periodo la reflexión de uno de los entrevistados, que podría considerarse como el objetivo del segundo periodo: *«Es muy importante que la formación sea acreditable, pero es tan importante poder controlar que se realice sin fraudes» (E5AP).*

Entre el primer y el segundo período se promulga la Orden ESS/41/2015 de 12 de enero, por la que se regulan los aspectos formativos del contrato para la formación y el aprendizaje. Esta Orden añadió al art. 8 de la Orden ESS/2518/2013 de 26 de diciembre el apartado 3. El contenido de este apartado⁶ suponía en la práctica, que durante el primer año el trabajador podía dedicar el mismo tiempo al trabajo que a sus estudios. Así mismo, se incentivaba un contrato a media jornada que permitía al alumno/trabajador asistir a clase cuatro horas al día. Esta modificación entra en vigor en enero de 2015 y dejó de estar vigente el 30 de junio de 2016. Pero la vigencia real de la medida fue solo durante los primeros seis meses (enero a junio) del año 2016, porque, como se explica a

⁶ El apartado 3 del art. 8 dice: «Cuando el contrato para la formación y el aprendizaje se formalice con personas beneficiarias del Sistema Nacional de Garantía Juvenil la cuantía máxima de bonificaciones que podrá aplicarse la empresa para la financiación de los costes de formación será la que resulte de multiplicar el correspondiente módulo económico por un número de horas equivalente al 50 por ciento de la jornada durante el primer año del contrato, y del 25 por ciento de la jornada el segundo y tercer año. Estos porcentajes se tendrán en cuenta a efectos de lo previsto en el artículo 10.2 para el cálculo de las bonificaciones a aplicar por la empresa».

continuación, la “formación vinculada” empieza a ser obligatoria desde el 1 de enero de 2016 y el cambio estuvo rodeado de bastante incertidumbre que conducirá a la reducción aguda en la celebración de CFA en este segundo periodo en el que nos introducimos a continuación.

3.2. El periodo de “formación vinculada”

El *segundo periodo (2016/2018)* supone la recuperación de la causalidad del CFA, al introducir varios requisitos de aplicación desde el 1 de enero de 2016, que se engloban dentro de lo que se conoce como “formación vinculada”, que significa que todo CFA, debe estar asociado a la obtención de un CDP, acreditación parcial acumulable, título de FP o certificación académica. En definitiva, se trata de garantizar a los jóvenes de FP dual una acreditación oficial.

Otro elemento que se incorpora a partir de este momento es que la actividad formativa, sólo se podrá llevar a cabo en modalidad presencial o tele-formación. En consecuencia, ya no es posible la formación a distancia.

«Cumplir con los requisitos del certificado de profesionalidad tiene como objetivo que el CFA se celebre en condiciones idóneas, aunque siempre atentos a cierta flexibilidad» (E3AP).

Tras el primer periodo, concebido como una etapa de adaptación, el objetivo es en esta segunda etapa implicar a las empresas intentando compensar las dificultades derivadas de la falta de recursos características de las micro empresas y superando la concentración de los CFA en el sector servicios mediante su diversificación (digitalización) y orientándolo hacia segmentos innovadores en sectores tradicionales (industria 4.0). Se trata en definitiva de profesionalizar el contrato para la formación y el aprendizaje, disociándolo de sectores de baja cualificación y salario: *«Hay que liberarse de la idea de que el contrato para la formación y el aprendizaje es un mecanismo de desregulación del contrato» (E3AP).*

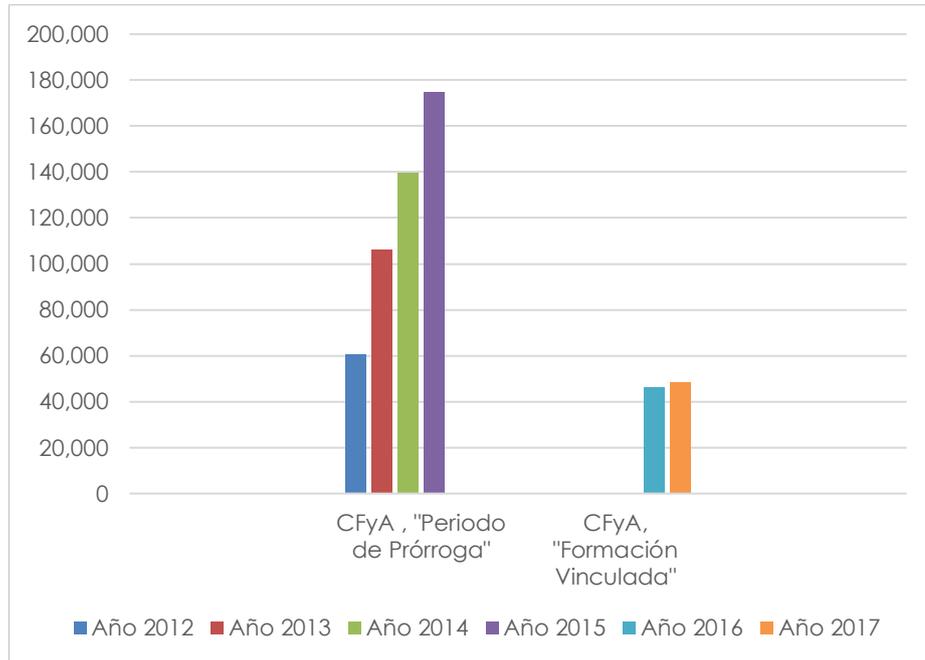
Se parte de la idea de que el salto de la inserción a la empleabilidad, solo es posible a partir del consenso sobre los resultados de aprendizaje: no se trata solo de desempeñar las tareas de un puesto de trabajo sino también de adquirir unas competencias transferibles que contribuyan a mejorar las oportunidades de carrera del aprendiz. Este aspecto se vuelve especialmente complicado en el entorno de micro empresas y su falta de recursos (figura del tutor, existencia de puesto formativo), sumado a la resistencia en cuanto a flexibilizar las modalidades de formación, combinando acreditable con complementaria que desemboquen en

itinerarios más adaptados a las necesidades del aprendiz y la empresa. De forma que la coordinación/implicación entre centros y empresas se presenta como una exigencia de vital importancia: *«Las microempresas solo pueden ofrecer la práctica laboral del contrato, pero la actividad formativa viene del centro de formación» (E5AP).*

El hecho es que en este segundo período se produzca un acusado descenso en el número de CFA⁷. De los casi 175.000 firmados en 2015, se celebraron solo 46.384 en el año 2016. En el año 2017, la firma de los contratos experimenta un ligerísimo repunte, cifrándose en 48.317.

En la práctica totalidad de las Comunidades Autónomas se produce un crecimiento comedido, de entre 100 y 200 solicitudes de autorización de inicio de actividad. Esta tendencia al alza podría indicar una situación de relativa estabilidad/consolidación propiciada por el ajuste entre la oferta de especialidades y las necesidades de los sectores, que, por supuesto, no oculta el descenso de casi un 75% experimentado en el periodo de la formación vinculada y la tele-formación.

Gráfico 2 – Contratos de formación y aprendizaje: comparación entre el “periodo de prórroga” y el periodo de “formación vinculada”



Fuente: elaboración propia sobre datos Sepe, varios años

⁷ Datos facilitados por el Servicio Público de Empleo Estatal.

Los variados argumentos y testimonios de los entrevistados, permiten agrupar las razones del descenso, muy acusado, de los CFA desde la entrada en vigor de la “formación vinculada” en tres grandes categorías:

- a. la inexistencia de una oferta de especialidades que satisfaga las necesidades de los diferentes sectores;
- b. el cumplimiento de los requisitos exigidos bajo la modalidad de teleformación;
- c. la solicitud de autorización de inicio de la actividad formativa.

La explicación a la primera cuestión, debe buscarse en las resistencias que genera entre la mayoría de los agentes, la rigidez cuando se trata de actualizar y modificar el contenido de los certificados de profesionalidad y su procedimiento en exceso burocratizado: *«No se hacen contratos porque no hay suficientes especialidades y hay que cumplir muchos requisitos [...] si la oferta fuese muy buena, el descenso en el contrato para la formación no hubiese sido tan agudo en el dieciséis (año 2016)» (E5AP).*

Directamente ligado a los problemas de actualización de los certificados está la incertidumbre de los centros formativos al afrontar la inversión en las dotaciones que la impartición de una determinada especialidad exige.

Las entidades formativas se quejan de la elevada dotación presupuestaria que supone afrontar la acreditación para impartir una determinada actividad profesional. Por ello, la oferta es reducida y concentrada en determinadas especialidades. En este sentido los responsables de asociaciones de centros entrevistados señalaban que no era la falta de iniciativa – sí están dispuestos a invertir para poder responder a las necesidades del sistema productivo – lo que no pueden afrontar es la incertidumbre a la que están sometidos por causa de la burocracia inherente a los procesos de actualización de los certificados de profesionalización, señalando que en numerosas ocasiones, cuando se regulariza el sector, dicho sector se ha transformado o dejado de existir.

Ambos aspectos combinados, la dificultad de actualizar Certificados de Profesionalidad y la incertidumbre de las entidades formativas, se retroalimentan extendiendo la idea de que *«El contenido de la formación depende más de la oferta de los centros, que de las necesidades de cualificación de los sectores productivos» (E26TE).*

Esta idea, y el relato que la acompaña, es uno de los elementos que más dificulta el diálogo entre las organizaciones empresariales y la FP dual para el empleo en el ámbito laboral. Para las organizaciones empresariales la “escasa utilidad” de los Certificados de Profesionalidad se demuestra en el hecho de que los centros no puedan mantener una oferta permanente, con un certificado específico, favoreciendo la estabilidad del sistema: *«Los*

concentraría en determinados perfiles, nadie los valora, no se ajustan a las demandas y se tarda un mundo en cambiarlos» (E11AS).

Los discursos del empresariado consideran que, estos certificados solo son útiles para desempleados, para colectivos especiales y para reconocer experiencia, porque no se adecúan a las circunstancias y necesidades de los trabajadores ocupados que requieren una formación mucho más modular. En el lado opuesto, el discurso de los “desarrolladores”, considera que es imprescindible mantener esta modalidad porque implica acreditar la cualificación de los trabajadores con el fin de evitar que sean “aprendices permanentes”.

El objetivo es evitar el estancamiento del aprendiz en tareas escasamente cualificadas que impiden su promoción y por extensión, el necesario paso de la inserción a la empleabilidad.

Por su parte, las asociaciones de centros, en línea con el debate ya explicitado por las organizaciones sindicales sobre el distinto reconocimiento otorgado a los títulos de sistema educativo y a los Certificados de Profesionalidad (si bien en el sistema nacional de cualificaciones la clave es la unidad de competencia), señalan como un agravio comparativo el hecho de que en el art. 17 del Real Decreto 1529/2012⁸ se establezca un distinto régimen de regulación en la impartición de la FP Dual, efectuada mediante CDP (Ministerio de Empleo) o través de ciclos formativos (Ministerio de Educación).

«Resulta sorprendente que el régimen establecido para los certificados de profesionalidad sea mucho más riguroso que el establecido en los ciclos formativos. Mientras que en los certificados de profesionalidad se ha eliminado la posibilidad de impartir en modalidad a distancia (tan solo se admite la modalidad presencial, tele-formación o mixta), la modalidad a distancia se admite en la impartición de los ciclos de formación profesional, que depende de educación» (E16AF).

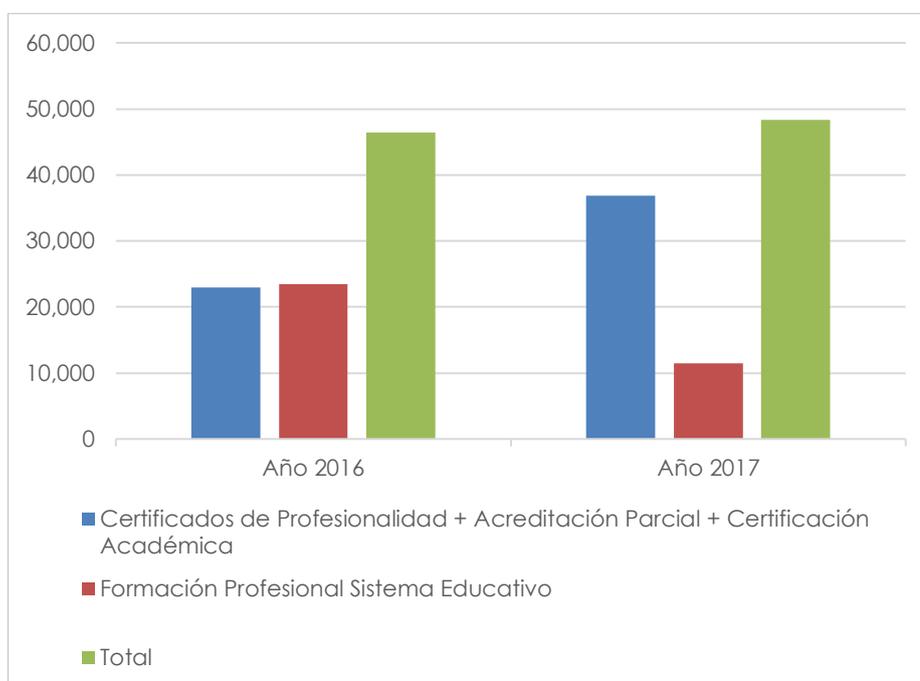
Desde que se inicia el periodo de la “formación vinculada” al contrato para la formación y el aprendizaje, se produce una diferencia considerable entre el primer y el segundo año. En 2016, la actividad formativa vinculada al contrato se reparte de una forma muy equitativa, prácticamente al 50%, entre el sistema educativo (23.438) y el ámbito laboral (22.946), presentando una ligera superioridad (492) el sistema

⁸ Art. 17, *Modalidades de impartición*, apartado 1 «Con el fin de facilitar su adecuación al régimen de alternancia con la actividad laboral en la empresa, las actividades formativas inherentes a los contratos para la formación y el aprendizaje se podrán ofertar e impartir, en el ámbito de la formación profesional para el empleo, en las modalidades presencial, tele-formación o mixta, y en el ámbito educativo, en régimen presencial o a distancia, de acuerdo, en cada caso, con lo dispuesto en la normativa reguladora de la formación profesional de los certificados de profesionalidad o del sistema educativo».

educativo.

En el año 2017, por el contrario, el 76,5% de los contratos firmados están vinculados a actividad formativa de ámbito laboral y solo el 23% está asociada al sistema educativo. Este cambio de tendencia podría explicarse en consonancia con el ligero aumento de los contratos en el año 2017 y un atisbo de estabilidad y consolidación del modelo de “laboralización” de la FP dual, respecto a la caída del año precedente, en el que se inaugura la “formación vinculada”.

Gráfico 3 – Contratos de formación y aprendizaje según tipo de actividad formativa



Fuente: elaboración propia sobre datos Sepe, varios años

Por lo que se refiere a la diferencia entre las solicitudes autorizadas y el número de contratos celebrados (23.438 para el año 2016 y 12.019 para el 2017) se debe a que los contratos para la formación y el aprendizaje que se celebran en el marco de los Programas de Escuelas Taller y Talleres de Empleo, no requieren de autorización de la *actividad formativa*. En el año 2017, la disimilitud es mucho mayor, se corresponde con el hecho mencionado de que determinados programas no necesiten autorización, pero también con la circunstancia de que las Comunidades Autónomas de

Andalucía, Canarias y Cantabria no tenían, durante un periodo, suscrito el Convenio para participar en el aplicativo del contrato para la formación y el aprendizaje, por lo que posiblemente habrá contratos en estas tres Comunidades registrados en el aplicativo, pero no así las solicitudes autorizadas.

La segunda razón que en las entrevistas se ha señalado como causa del descenso en la celebración de CFA, se debe a los problemas operativos de la puesta en marcha de la modalidad de tele-formación.

La exigencia de sesiones presenciales en los periodos de evaluación y sesiones de tutorías que se realizan en los centros acreditados en el Certificado de Profesionalidad vinculado a la ocupación por la que se formula el CFA, implica afrontar lo relativo al desplazamiento, que en algunas situaciones ni alumnos ni empresas quieren (o pueden) asumir.

Puede darse el caso de que en la localidad del centro de trabajo del alumno no exista un centro de formación acreditado en ese Certificado de Profesionalidad, pero este trabajador debe desplazarse a la localidad más cercana donde pueda existir, con el consiguiente coste para él o para la empresa, en caso de que ésta quiera ayudar a la financiación del desplazamiento.

En la mayoría de las ocasiones, asumir el coste del desplazamiento del trabajador por parte de la empresa (generalmente Pymes), supone que este no asista al curso.

En sectores como hostelería o comercio, (donde se concentran casi el 90% de los contratos) las tutorías de ciertos Certificados de Profesionalidad presentan una carga considerable de horas presenciales, que vuelven a hacer patente la problemática de los desplazamientos.

Además de los desplazamientos, los problemas de carácter organizativo ligado a la disponibilidad de aulas para las pruebas de evaluación por parte del centro acreditado, que en muchas ocasiones implica cambios en el calendario previsto con los consecuentes incidencias – la no presentación de los trabajadores/alumnos a las evaluaciones presenciales – y las dificultades en el seguimiento y control por parte de los organismos responsables.

A ello se debe añadir la mencionada Sentencia 81/2017, de 22 de junio, dictada por el Tribunal Constitucional según la cual cada Comunidad Autónoma hace seguimiento de la tele-formación al igual que sucede con los CFA. Históricamente y dado que las plataformas tienen un espacio ilimitado que abarca alumnos de cualquier punto geográfico, el Sepe validaba las plataformas y acreditaba a los centros gestores de dichas plataformas. Por su parte, las Comunidades Autónomas acreditaban la sede en la que se realizaban las tutorías y las evaluaciones presenciales.

La aplicación de esta resolución judicial ha dado lugar a una situación de cierto “parón institucional” para los centros que quisieran acreditarse, dado que muchas de las Comunidades Autónomas carecen de las herramientas suficientes para la validación de las plataformas y la acreditación de los centros gestores.

Algunos entrevistados reconocen que, de este modo, el Servicio Público de Empleo asumió “informalmente” una competencia que no estaba atribuida: *«Bueno el hecho de que no tenga nombre y apellidos no significa que corresponda al Sepe, parece lógico que cada Comunidad autónoma deba acreditar las actividades formativas que realiza» (E5AP).*

Mientras que otros señalan la falta de colaboración por parte de algunas Comunidades Autónomas, incidiendo muy negativamente en reforzar la consistencia del marco normativo y generar un marco de estabilidad: *«Cuestiones que se abordan en una mesa [...] en la que están presentes y participan las Comunidades Autónomas, resulta que cuando llego a mi Comunidad Autónoma lo que hago es presentar un recurso. Así [...] es un paso para adelante y diez para atrás» (E14AF).*

La tercera y última cuestión que los entrevistados señalan como causa del descenso en la firma de CFA es el procedimiento de solicitud de autorización de inicio de la actividad formativa.

En el nuevo escenario, las empresas no pueden comenzar el CFA hasta que el Servicio de Formación de la Comunidad Autónoma correspondiente lo autorice. El procedimiento consiste en que el Servicio Público de Empleo Estatal pone a disposición a las Comunidades Autónomas, un aplicativo para que se realice esta solicitud de autorización de inicio. La Comunidad Autónoma puede disponer de un mes para resolver.

Algunos entrevistados expresaban, de forma contundente, su descontento con este procedimiento: *«Lo que no es de recibo es que desde que presento la solicitud hasta que me la autorizan, se tarda un mes. La empresa, pequeña empresa, que necesita un trabajador [...], necesita el aprendiz para el momento, no para dentro de un mes» (E14AF).*

Parece que este periodo de espera no es compatible con las necesidades de las microempresas, sin capacidad para planificar a un mes vista la incorporación de su personal. Cuando una empresa de este tamaño tiene necesidad de cubrir una vacante y opta por este tipo de contratación, se espera que la relación laboral pueda comenzar en cualquier momento.

La constatación, tras el periodo de prórroga, de que los diseños de la formación acreditable tienen dificultades para ajustarse a la realidad de los sistemas productivos, ha conducido a que en la actualidad, desde el Ministerio de Empleo se esté trabajando en una modificación del contrato

de formación y aprendizaje que, manteniendo su vinculación al certificado de profesionalidad, posibilite establecer itinerarios formativos basados en módulos formativos asociados al Catálogo de Especialidades, que dada su mayor agilidad en la actualización favorezca responder de manera más efectiva a las demandas y retos que la sociedad global y la economía digital exigen.

Se plantea, asimismo, homologar las funciones de seguimiento y control de la formación, entre las diferentes Direcciones Provinciales del Sepe y las Comunidades Autónomas, dentro un marco común. Esta homologación y la creación de un marco común es una reivindicación constante y compartida por los entrevistados, como base para mejorar la gobernanza del sistema de FP Dual.

Tras la aprobación de los presupuestos 2018, el CFA incorpora dos novedades:

- a. el *Bono Formación* de 430 euros a los jóvenes, durante 18 meses que les permita obtener unos ingresos de más de 1.000 euros;
- b. el *Bono Conversión a Indefinidos*, conceder una bonificación en las cuotas empresariales de 250 euros/mes (3.000 euros/años) durante 3 años a aquellas empresas que conviertan los citados CFA en formación para el empleo, cara a dar estabilidad a la inserción laboral.

El momento actual podría considerarse como un “*tercer periodo*” en la aplicación del Real Decreto 1529/2012, en el que las estrategias puestas en marcha desde su promulgación comienzan a dar sus frutos. El objetivo se centra ahora en conseguir que el control en el cumplimiento de la actividad formación no implique su ineficacia, mediante flexibilidad operativa (visibilizando itinerarios formativos aprovechando la mayor agilidad del catálogo de especialidades) y coordinación interadministrativa (marco normativo común).

4. Conclusiones

• La *resistencia a la implantación generalizada del CFA* deriva de tres cuestiones:

- a. la falta de regulación jurídica sobre la relación entre el centro formativo y la empresa;
- b. la duración de las prácticas;
- c. el mes de espera para la autorización de la solicitud de la actividad formativa.

El hecho de que cuestiones trascendentales estén sometidas a interpretación, según los diferentes territorios, reduce considerablemente

el grado de implicación de las empresas y, por extensión, las posibilidades de “laboralizar” el sistema de FP dual.

- Las *dificultades para mejorar la empleabilidad* de los jóvenes, están ligadas a la desprofesionalización asociada al CFA, concentrado en sectores de baja cualificación y alta temporalidad. La media de continuidad tras el periodo de formación es de solo un 32%. Las prácticas están centradas en desempeño de tareas del puesto, en micro empresas con escasos recursos (materiales y humanos) que impiden desarrollar habilidades transferibles, al tiempo que no valoran la funcionalidad del CFA como excelente mecanismo de selección.

- Los principales *obstáculos para fomentar la inserción laboral* de los jóvenes se concentran en:

- a. instrumentalización del CFA por parte de las empresas y las entidades formativas caracterizado por falta de control, inspecciones de trabajo, etc.;
- b. proliferación de la tele-formación (concentrada en sectores de hostelería y pequeño comercio);
- c. falta de oferta de especialidades formativas (por la rigidez del catálogo de ocupaciones).

La incertidumbre de las entidades formativas que desconocen si el tiempo de impartición del curso permitirá amortizar inversión realizada, así como las dificultades tanto normativas como operativas para implantar un modelo de tele-formación integral.

- Los *problemas de gobernanza* identificados, específicamente asociados al Contrato para la Formación y el Aprendizaje, deben ser corregidos con el fin de que se materialice el consenso sobre la necesidad de implantar un sistema de FP dual adaptado a la idiosincrasia del sistema productivo y el mercado laboral español.

5. Bibliografía

AGUILAR GONZÁLEZ M.C., *EL sistema “alternativo” de Formación Profesional Dual para el Empleo en España: perspectivas de evolución*, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2015, vol. 3, n. 4, pp. 198-223

ALIANZA PARA LA FP DUAL, *Las empresas y la FP Dual en España. Informe de situación 2016*, 2016

- ÁNGELES CABALLERO M., LOZANO P., [Manual de tutores de empresa en la FP Dual](#), Fundación Bertelsmann, Consell de Cambres de Catalunya, 2016
- ARROW K.J., *The Economic Implications of Learning by Doing*, en *The Review of Economic Studies*, 1962, vol. 29, n. 3, pp. 155-173
- BEYRER M.J., *Dual-learning contributes to the competitiveness of industry*, en [World Commerce Review](#), 2015, vol. 9, n. 1, pp. 62-64
- BLÁZQUEZ AGUDO E., *El sistema de formación profesional para el empleo: hacia la creación de un derecho laboral*, Aranzadi, 2012
- BRUNET ICART I., MORAL MARTÍN D., *La formación profesional en la Unión Europea. Nuevas claves para su interpretación*, en *Revista Internacional de Organizaciones*, 2016, n. 17, pp. 65-97
- CEDEFOP, [The changing nature and role of vocational education and training in Europe. Volume 2: Results of a survey among European VET experts](#), Cedefop Research Paper, 2017
- CEDEFOP, [The impact of vocational education and training on company performance](#), Cedefop Research Paper, 2011, n. 19
- CEOE, *El aprendizaje clave de la mejora de la empleabilidad y la competitividad*, 2018
- CORPAS NOGALES J.M., [La Formación Profesional española en el sistema educativo reglado: aportaciones de países relevantes europeos](#), Fundación Alternativas, 2017
- EICHHORST W., [Does vocational training help young people find a \(good\) job?](#), en [IZA World of Labor](#), 2015, article n. 112
- FEDERAL MINISTRY OF SCIENCE, RESEARCH AND ECONOMY, *Dual vocational education and training. A building brick to foster economic growth*, Working Paper – Round table Ministers of Economy, Vienna, 2015
- GARCÍA PEREA P., GARCÍA CORIA R., [Formación profesional dual e inserción laboral en el área del euro](#), en [Boletín Económico – Banco de España](#), 2014, n. 2, pp. 63-74
- HOMS O., *La formación profesional en España. Hacia la sociedad del conocimiento*, Fundación “la Caixa”, 2008
- IGARTUA MIRÓ M.T., *La formación dual en el sistema educativo: balance y propuestas de mejora*, en *Temas Laborales*, 2017, n. 137, pp. 91-125
- KONINGS J., VANORMELINGEN S., *The Impact of Training on Productivity and Wages: Firm Level Evidence*, IZA Discussion Paper, 2010, n. 4731
- MARHUENDA F. (coord.), *La implantación de la Formación Profesional Dual: Evidencias empíricas*, UVEG, 2015
- OECD, [Getting Skills Right. Good Practice in Adapting to Changing Skill Needs. A Perspective on France, Italy, Spain, South Africa and the United Kingdom](#), 2017

- OECD, *Automation and Independent Work in a Digital Economy*, OECD Policy Brief on the Future of Work, 2016
- OIT, *Tendencias mundiales del empleo juvenil 2013. Una generación en peligro*, 2013
- PINEDA HERRERO P., ARNAU SABATÉS L., CIRASO CALÍ A., *Recomendaciones del Grupo de Trabajo. Centros educativos. La FP Dual en los centros educativos: visiones del profesorado. Informe ejecutivo*, Fundación Bertelsmann, Nestlé, 2017
- RAMÓN PIN J., ROIG MOLINS M., SUSAEETA ERBURU L., APASCARITEI P., *La formación profesional dual como reto nacional. Una perspectiva desde la empresa*, IESE Business School, 2014
- RAUNER F., WITTING W., DEIMER L., *Plural Administration in Dual Systems in selected European countries*, en RAUNER F., SMITH E. (eds.), *Rediscovering Apprenticeship*, Springer, 2010, pp. 31-43
- SALA G., PLANAS J., VAN ROMPAEY E., *Especialidad de formación, especialidad de empleo y resultados de inserción. ¿Trabajan los jóvenes donde deberían?*, en *Sociología del Trabajo*, 2010, n. 70, pp. 87-106
- SANCHA I., GUTIÉRREZ S., *La Formación Profesional en España 2016*, Fundae, 2016
- SANZ DE MIGUEL P., *Gobernanza de la formación profesional dual española: entre la descoordinación y la falta de objetivos*, en *Revista Española de Educación Comparada*, 2017, n. 30, pp. 60-81
- SCHWAB K. (ed.), *The Global Competitiveness Report 2016-2017*, World Economic Forum, 2016
- SEMPERE NAVARRO A.V., *Cuestiones prácticas del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, 2012, n. 8, pp. 55-61
- SOTOMAYOR VÁZQUEZ A., *Implantación y evolución de la formación profesional dual española*, en *Revista de Estudios e Investigación en Psicología y Educación*, 2017, vol. extraordinario, n. 7, pp. 58-61
- STAN L., *Formación Profesional y Desempleo Juvenil, Entre la Estrategia de Lisboa y Europa 2020*, Fundación Ideas, Documento de Debate, 2012, n. 13
- TODOLÍ SIGNES A., *La formación dual en Holanda. ¿Hacia un contrato para la formación y el aprendizaje en las universidades?*, en *Trabajo y Derecho*, 2017, n. 36, pp.47-60
- TORRES SASTRE G., *La FP dual en España. Una reflexión crítica*, CCOO, 2018
- VOSS E., DE MICHELI B., SCHÖNEBERG K., ROSINI S., *Final study report: Investment in Education and Training. Trends and challenges, the Role of EU Policies and Financing from the Perspective of European and National Social Partners*, ETUC, CEEP, ETUCE-CSEE, EFEE, 2017

WALTER S.C., MÜHLEMANN S., *La FP Dual en España – ¿Un modelo rentable para las empresas? Estudio de simulación coste-beneficio*, Fundación Bertelsmann, 2015

WOLLSCHLÄGER N., FRIES GUGGENHEIM É., *Una historia de la formación profesional en Europa: de la divergencia a la convergencia*, en *Revista Europea de la Formación Profesional*, 2004, n. 32, pp. 1-3

Normas

Comisión Europea, *Propuesta de Recomendación Del Consejo relativa al Marco Europeo para una Formación de Aprendices de Calidad y Eficaz*, COM(2017)563 final, 5 octubre 2017

Dictamen del Comité Consultivo de Formación Profesional dirigido a la Comisión Europea, *Una visión común para la eficacia y calidad del aprendizaje profesional y la formación profesional en las empresas*, 2 diciembre 2016

6. Anexo

Tabla – Codificación entrevistas realizadas

N. entrevista	
	TÉCNICOS ADMINISTRACIÓN (Directivos, Técnicos de empleo y formación, Expertos del sector público) (AP)
E1AP	TÉCNICO FORMACIÓN MINISTERIO EMPLEO
E2AP	CARGO INSTITUCIONAL MINISTERIO EMPLEO-FUNDAE
E3AP	EXPERTA MINISTERIO EMPLEO
E4AP	RESPONSABLE FORMACIÓN (VALENCIA)
E5AP	RESPONSABLE FORMACIÓN (TOLEDO)
E6AP	RESPONSABLE ÁREA DE GARANTÍA JUVENIL Y FORMACIÓN DUAL
E7AP	SUBDIRECTOR DE ORDENACIÓN ACADÉMICA DE FORMACIÓN PROFESIONAL Y ENSEÑANZAS DE RÉGIMEN ESPECIAL
E8AP	TÉCNICA FORMACIÓN SEPE
	AGENTES SOCIALES, SINDICATOS, EMPRESA (AS)
E9AS	TÉCNICO FORMACIÓN O. SINDICAL CCOO

E10AS	TÉCNICO FORMACIÓN O. SINDICAL (UGT)
E11AS	DIRECTOR FORMACIÓN O. EMPRESARIAL (CEOE)
	ASOCIACIONES DE CENTROS DE FORMACIÓN Y FUNDACIONES (AF)
E12AF	RESPONSABLE AGREMIA
E13AF	RESPONSABLE FORMACIÓN SECTORIAL (CONFEMETAL)
E14AF	RESPONSABLE ASOCIACIÓN CENTROS (CECAP)
E15AF	RESPONSABLE APEL (ASOCIACIÓN PROCEEDORES E-LEARNING)
E16AF	RESPONSABLE ANCED (ASOCIACIÓN NACIONAL DE CENTROS DE E-LEARNING Y DISTANCIA)
E17AF	EXPERTO AFEMCUAL
E18AF	EXPERTO FUNDACIÓN BERTELSMAN
E19AF	RESPONSABLE DE FORMACIÓN SECTORIAL (FEDERACIÓN REGIONAL EMPRESAS METAL. MURCIA)
E20AF	RESPONSABLE DE FORMACIÓN SECTORIAL (INSTITUTO MÁQUINA HERRAMIENTA GUIPUZCOA)
	ENTIDADES FORMATIVAS (Directores responsables de centros formativos) (CF)
E21CF	CENTRO DE REFERENCIA NACIONAL GETAFE
E22CF	CENTRO DE REFERENCIA NACIONAL MORATALAZ
E23CF	CENTRO SISTEMA EDUCATIVO FP DUAL (IES VALLECAS)
E24CF	CENTRO SISTEMA EDUCATIVO FP TRADICIONAL (PUERTA BONITA) MADRID
E25CF	CENTRO SISTEMA EDUCATIVO FP DUAL (IES CLARA DEL REY) MADRID
	TUTORES EMPRESA (TE)
E26TE	TUTOR EMPRESA (REPSOL)
E27TE	TUTOR EMPRESA (SWIFTAIR)
E28TE	TUTOR EMPRESA (SIMALGA)
E29TE	TUTOR EMPRESA (VEOLIA)
	TUTORES DE CENTRO EDUCATIVO (TC)
E30TC	TUTOR CENTRO AGREMIA
E31TC	TUTOR CENTRO FORMATEC

E32A	APRENDIZ AGREMIA
------	------------------

Análisis comparado del derecho a huelga en la normativa chileno-argentina. Hacia una autonomía sindical*

Romanet ATENAS PÉREZ**

RESUMEN: La presente investigación propone un análisis desde la perspectiva del derecho comparado entre la legislación laboral chileno-argentina, mediante la cual se propone exponer y analizar los respectivos modelos de manera que cristalicen las diversas formas en que se aborda el fenómeno del conflicto laboral, en concreto, la huelga y su regulación, y cómo ambas normativas son o no respetuosas de la autonomía de las y los trabajadores y sus organizaciones sindicales.

Palabras clave: Derecho comparado, derecho a huelga, Argentina, Chile, negociación colectiva, autonomía sindical.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Institución a comparar. 3. Fuentes normativas que regula el Derecho de Huelga. 3.1. Nivel constitucional. 3.2. Nivel infra-constitucional. 4. El ejercicio de la huelga en la negociación colectiva. 4.1. Con respecto a la titularidad. 4.2. Condiciones de ejercicio del derecho a huelga. 4.3. Límites al derecho de huelga: el reemplazo de trabajadores huelguistas. 5. Conclusiones. 5.1. Parámetro de comparación. 5.2. Regulación del conflicto colectivo. 5.3. Hacia una autonomía sindical. 6. Bibliografía.

* Estudio desarrollado en el marco de la tesina para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Alberto Hurtado (Chile). Agradecimientos al Profesor guía J.L. Ugarte Cataldo y los comentarios del Profesor G.A. Seren Novoa.

** Egresada de Derecho, Universidad Alberto Hurtado (Chile).

Comparative Analysis of the Right to Strike in Chilean-Argentine Regulation. Towards a Union Autonomy

ABSTRACT: This research proposes an analysis from the perspective of comparative law between Chilean-Argentine labour legislation, through which it is proposed to expose and analyse the respective models in order to crystallize the various ways in which the phenomenon of labour conflict is addressed, specifically, the strike and its regulation, and how both regulations are or are not respectful of the autonomy of the workers and their union organizations.

Key Words: Comparative law, right to strike, Argentina, Chile, collective bargaining, union autonomy.

1. Introducción

En la presente investigación, se entiende y acepta como base, que el fin del derecho del trabajo colectivo es lograr un *espacio de “no dominación” dentro del escenario de una relación de trabajo significada por el poder de una parte sobre la otra*, y es en este espacio, que se enmarca la huelga como parte del eje compuesto en conjunto con la organización sindical y la negociación colectiva, que son elementos fundamentales para satisfacer este ideal – con el fin mencionado – de modelo colectivo de relaciones laborales.

Si bien estos tres pilares son igualmente fundamentales, no se puede negar la existencia de una relación dinámica entre estos elementos, de tal manera que en el contexto latinoamericano y sobre todo nacional, la huelga se erige como de mayor relevancia funcional, dado que poseemos un contexto laboral precario producto de una perspectiva del derecho laboral inclinado preferentemente hacia su faz individual, en detrimento de su faz colectiva concebida solo de manera residual y estrecha, cuestión plasmada en la Carta Política y en los instrumentos jurídicos que emanan de ella. Es entonces que, en virtud de este panorama, la huelga es entendida como una puerta de entrada a los demás derechos de autonomía sindical dado su carácter instrumental en contextos que la negociación colectiva y la organización sindical son débiles.

En síntesis, se observa la relación de la huelga y el resto de los derechos colectivos desde un *«punto de vista funcional, el derecho a huelga sirve de anclaje a todo el sistema de relaciones colectivas del trabajo, o dicho de otro modo, permite sostener a los otros derechos colectivos: la posibilidad de una organización sindical con fuerza o una negociación colectiva robusta, exige la capacidad de los trabajadores de inhibir y amortizar el poder empresarial»*². Por ello es necesario tratar el derecho de huelga en nuestro contexto ya descrito, como condición de posibilidad para el perfeccionamiento de los demás elementos de la libertad sindical, así como de los demás derechos sociales. Así, esta investigación propone un análisis desde la perspectiva del derecho comparado³ entre la legislación laboral chileno-argentina, mediante la cual se propone exponer y analizar los respectivos modelos de manera que cristalicen las diversas formas en que se aborda el fenómeno del conflicto laboral, en concreto, la huelga y su regulación, y cómo ambas

¹ J.L. UGARTE, *Derecho del trabajo: invención, teoría y crítica*, Legal Publishing, 2014, p. 95.

² *Ibidem*, p. 88 (cursiva agregada).

³ «El Derecho Comparado no es un conjunto de normas y principios. Es antes de todo un método, una forma de ver los problemas jurídicos, las instituciones jurídicas y los sistemas jurídicos» (E. PICARD, *L'état du droit comparé en France, en 1999*, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1999, vol. 51, n. 4, p. 893).

normativas son o no respetuosas de la autonomía de las y los trabajadores y sus organizaciones sindicales.

Entonces, cabe la pregunta, ¿por qué la comparación entre Chile y Argentina? Y la respuesta por una parte es en virtud de la metodología comparativista⁴, es decir, se considera en primer lugar la familia jurídica⁵ a la cual pertenecen ambas tradiciones jurídicas, correspondiendo a la tradición romano-canónico-germánica. Luego se analiza el objeto de comparación dentro de este marco (el derecho a huelga), considerando sus variables relevantes como, las fuentes normativas que la regulan, la titularidad del derecho y sus limitaciones. Con la finalidad de obtener un análisis de dicha comparación y una posible conclusión tomando en consideración las mencionadas variables, y extraer a raíz de ello, una posición del Estado con respecto a la autonomía de los trabajadores en el ejercicio del derecho fundamental de huelga.

De manera tal que, esta lectura armonizada de ambas normativas pueda «superar los contrastes existentes entre las varias experiencias jurídicas nacionales intentando solucionar de manera posiblemente idéntica determinadas cuestiones, pero no necesariamente mediante idénticos instrumentos, preservando la diferencia del implante jurídico de cada ordenamiento, sin imponer una necesaria unificación estructural». Es decir, mediante la experiencia comparada poder observar cómo se abordan diferentes realidades jurídicas a través de determinadas respuestas normativas.

Por otro lado, la razón de esta comparación de la regulación de la huelga, obedece a su vez a la utilización por ambos países de la misma técnica jurídica para incorporar derechos laborales – con carácter de derechos humanos – consagrados en instrumentos internacionales, en las

4 Directrices basadas en texto de A. MANCERA COTA, *Consideraciones durante el proceso comparativo*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2008, vol. XLI, n. 121, p. 221 (fecha de consulta: 5 junio 2018): «Una vez entendido que el derecho comparado es un método que tiene varias funciones, resulta pertinente abordar la utilización del mismo. Una acertada metodología comparativa debe reunir varios requisitos y seguir un procedimiento».

5 «El concepto de familia jurídica, que ya delineó Montesquieu a mediados del siglo XVIII, se refiere a modelos jurídicos que sirven de referencia o del que provienen otros, arraigados en una misma tradición jurídica. Su conocimiento así como su modo operativo es obligado en cualquier tarea investigadora en el ámbito jurídico que se desarrolle más allá del derecho patrio» (G.M. MORÁN, *El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico*, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 2002, n. 6, p. 512).

6 A. FERRANTE, *Entre derecho comparado y derecho extranjero, una aproximación a la comparación jurídica*, en *Revista Chilena de Derecho*, 2016, vol. 43, n. 2, p. 612.

constituciones nacionales vía bloque de constitucionalidad, dando resultados favorables para ambas legislaciones, lo que sin duda, otorga un estándar para iniciar una comparación del cómo se aplican en los respectivos países dichos instrumentos.

Una vez aclarado el porqué de la presente comparación, es necesario desarrollar, aunque sea brevemente el objeto de comparación, es decir, el derecho de huelga.

2. Institución a comparar

En primer lugar, para efectos de la presente investigación se entenderá como huelga «toda interrupción o alteración del trabajo, con finalidad de protesta gremial, [...] y debe ser – teóricamente – considerada lícita, con la única excepción del sabotaje»⁷, y basada en principios como el pluralismo, el conflicto y la autotutela.

No obstante, esta definición abarcadora – en gran medida – de la noción de este derecho no ha sido entendida como tal por el legislador nacional, quien ha constreñido el ejercicio del derecho a huelga solo en un contexto de negociación colectiva, por lo que fuera de estos casos, es decir, en la negociación colectiva semi reglada (art. 314-*bis* del Código del trabajo) y no reglada (art. 314 del mismo Estatuto) ejercer este derecho no es legal, dado que nuestro Código del trabajo (en adelante CT) – con orígenes del Plan Laboral de 1979 en contexto de dictaduras – tiene como idea subyacente un modelo contractual de la huelga, es decir, *aquel que exige que la huelga solo tenga por finalidad la celebración de un contrato colectivo*.

Esta concepción actual no obsta a que, en la realidad independiente de esta normativa, la jurisprudencia se haya pronunciado a favor de una concepción del derecho de huelga como derecho fundamental, prescindiendo de estar subordinado su ejercicio a un modelo específico de negociación colectiva e incluso de la existencia de esta.

De manera complementaria, es menester señalar que la búsqueda por una eventual definición de huelga en la legislación devendría necesariamente en una conceptualización restringida dado el carácter mismo de la cultura jurídica que conserva el orden social. Con ello, Ermida aconseja «no dejarse “encandilar” por ese primer “fogonazo” perturbador que genera inseguridad, incomodidad e inestabilidad ante una situación conflictiva”,

⁷ A. PLÁ, *Los principios del Derecho del Trabajo*, Depalma, 1998, p. 290.

⁸ Para ello, visitar [Eija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo](http://www.leychile.cl), en www.leychile.cl (fecha de consulta: 20 diciembre 2018).

⁹ J.L. UGARTE, *Huelga y Derecho*, Legal Publishing, 2016, p. 99.

tomar conciencia de que, en nuestra atípica parcela del ordenamiento jurídico, el conflicto “es normal”, es el principio o la regla. Y a tal punto que su principal manifestación e instrumento ha sido reconocido en las Constituciones y Declaraciones internacionales»¹⁰.

Entonces una vez descrita la institución que me propongo comparar, daré paso a analizar cada criterio de comparación que he mencionado, esto es:

1. la fuente normativa que regula el Derecho de Huelga;
2. la huelga en la Negociación colectiva y en dicho criterio, abordaré la titularidad del derecho de huelga (a), sus condiciones de ejercicio (b) y sus límites (c).

3. Fuentes normativas que regula el Derecho de Huelga

3.1. Nivel constitucional

Argentina

A raíz de la última gran reforma constitucional de 1994 en la República Argentina, se adopta una «constitucionalización de los tratados internacionales» – vale decir los contemplados e incorporados vía art. 75, § 22¹¹, de la Constitución – lo que implicó un trascendente avance en el

¹⁰ O. ERMIDA, *La flexibilización de la huelga*, Fundación de Cultura Universitaria, 1999, p. 11.

¹¹ «Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruces, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional».

derecho argentino, toda vez que ha incorporado a la Carta Fundamental la cuestión de los Tratados Internacionales que versen sobre Derechos Humanos y por otro lado les otorga rango constitucional.

Configurándose así vía bloque de constitucionalidad, consagrado en el aludido artículo constitucional, la incorporación y con ello la constitucionalización de instrumentos internacionales concernientes a la seguridad social y protección al trabajo¹², tales como el Convenio OIT C087, las interpretaciones del Comité de Libertad Sindical y del Comité de Expertos, ambos órganos pertenecientes a la OIT¹³, logrando entonces el reconocimiento en el ordenamiento jurídico interno de ciertos derechos laborales eventualmente no reconocidos expresamente en la legislación nacional por medio del derecho internacional público e incluso por aplicación del *jus cogens*, dado que estos contienen ciertos principios y preceptos fundamentales relativos al derecho laboral¹⁴. Por lo que la

¹² Aplicándose dicho bloque de constitucionalidad por la jurisprudencia, como se observa en los fallos *Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688* en que se declara la inconstitucionalidad de la ley de riesgos del trabajo, en atención a que dicha ley se considera «en grave conflicto con un principio arquitectónico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en general, y del PIDESC en particular. [...] Concluyó que es contrario a los arts. 14 bis, 16, 17, 19 y 28 de la Constitución Nacional, a los tratados incorporados por el art. 75, inc. 22, y a los principios generales del derecho».

¹³ No obstante, es preciso señalar que los convenios de la OIT son integrados de manera material mas no formal, toda vez que se aplican en virtud de la remisión expresa que realiza el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en su artículo 22.3 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en su art. 8.3, estos sí reconocidos de manera formal. De la misma manera, los órganos de control de la OIT no son vinculantes de manera formal, pero son aplicables en virtud de la interpretación por parte de la jurisprudencia del máximo tribunal del aludido art. 75.22 de la Constitución Política Argentina, ya que alude que «en las condiciones de su vigencia» es decir, conforme lo interpretan los órganos autorizados. Observándose dicho criterio en los siguientes fallos en los que se tuvo en consideración a diversos Convenios de la OIT como parte del fundamento de la resolución: *Arecco Maximiliano c/ Praxair Argentina Sa s/ juicio sumarísimo*; *Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo*; *Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo*; *Fanjul, Patricia c/ Editorial Sarmiento S.A. s/ acción de amparo*; *Balaguer, Catalina c/ Pepsico*; *Castro, Erika c/ Casino Buenos Aires*; *González, Gerardo c/ Casino Buenos Aires*. Fallos recopilados en base a C.G. FERRANTE, [El papel de la jurisprudencia en la lucha contra la discriminación en el empleo](#), relación al IX Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Guayaquil, 2-4 octubre 2013 (fecha de consulta: 15 octubre 2019).

¹⁴ Así: «Mas allá de las características de interdependencia y potenciación recíproca de los instrumentos de derechos humanos, [...] la jerarquización que supuso la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo ha aclarado, ahora normativamente, el rango de algunos de los instrumentos vigentes y las especiales obligaciones que respecto de los mismos recaen, en el derecho interno tiene una importancia adicional: estos derechos, que han sido reconocidos en los siguientes instrumentos: libertad sindical

inobservancia de estas disposiciones sería eventualmente sometida a un control de convencionalidad¹⁵.

En cuanto al derecho propiamente tal, se esboza una consagración explícita del ejercicio de la huelga, contemplado en una disposición de la Constitución, art. 14-*bis*, inciso segundo: «Queda garantizado a los gremios: Concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo».

En síntesis, en lo que respecta al derecho a huelga en la normativa constitucional Argentina, es posible colegir su consagración, ya sea por vía bloque de constitucionalidad, mediante el art. 75, inciso segundo. O bien de manera explícita a través del art. 14-*bis*, inciso segundo.

Chile

Nuestro país ha transcurrido por todo un proceso cultural y jurídico en cuanto al reconocimiento del derecho a huelga primero como tolerable y luego como un derecho constitucional.

El recorrido ha sido desde una concepción que «históricamente [...] ha sido clasificada dentro de tres categorías con relevancia jurídica: como delito, como libertad o como expresión de un derecho»¹⁶, y dado que no

y negociación colectiva (Convenios 87, 98, 135, 141, 151 y 154), prohibición de trabajo forzoso (Convenios 29 y 105), abolición del trabajo infantil (Convenios 79, 123, 182) y eliminación de la discriminación (Convenios 100 y 111), además de resultar obligatorios aunque no estén ratificados, son susceptibles – en este caso sin previa ratificación en atención a la forma que ingresa al sistema interno – de elevar a la máxima jerarquía normativa, constitucionalizándose en los términos del último párrafo del inciso 22 del art. 75 CN» (G. GIANIBELLI, [El sistema de protección de derechos de la organización internacional del trabajo y sus efectos sobre el ordenamiento interno](#), 2007, p. 5 (fecha de consulta: 10 Julio 2018)).

¹⁵ Sentencia ilustrativa es *Quispe Quispe c/ Compañía Argentina de la Indumentaria SA* s/ juicio sumarísimo, en que se señala que «el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. [...] En virtud de los criterios expuestos, cabe concluir que las sentencias y las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los informes, recomendaciones, estudios y demás opiniones constitutivas de la doctrina de los organismos de control de la Organización Internacional del Trabajo, y, en general, las opiniones y decisiones adoptadas por los organismos internacionales de fiscalización y aplicación de los tratados, pactos y declaraciones internacionales de derechos humanos de jerarquía constitucional y supralegal deben servir de guía insoslayable para su interpretación y aplicación por los tribunales argentinos».

¹⁶ P. IRURETA, *Constitución y orden público laboral. un análisis del art. 19 n° 16 de la constitución*

hay un reconocimiento expreso en sentido positivo que reconozca el derecho a huelga como un derecho constitucional y fundamental, se barajaron diversas teorías en la doctrina nacional, en cuanto a su reconocimiento constitucional (tesis restrictivas, tesis del derecho implícito, tesis del bloque de constitucionalidad, tesis dogmática)¹⁷, no obstante las más reconocidas son en primer lugar en base al art. 5, inciso segundo, que permite la incorporación de instrumentos internacionales como el PIDESC y el Convenio OIT C087 ratificados por Chile (tesis del bloque de constitucionalidad al igual que la legislación comparada), en segundo lugar en relación al art. 19, n. 19, inciso tercero¹⁸, de la Constitución que consagra la autonomía colectiva, es decir, comprende los medios de acción y reivindicación de la misma clase trabajadora en que se erige por excelencia la huelga, como también reconocimiento relacionadas al art. 19, n. 16, inciso quinto¹⁹, que protege la negociación colectiva, por ende una de sus manifestaciones propias es la huelga como herramienta de contrapoder en dichas negociaciones.

Por último, el art. 19, n. 16, inciso primero²⁰, que ampara la protección del trabajo y con ello la huelga es decisivo para concretar dicha protección como mecanismo de autotutela propio de la relación desigual de poder en el contexto de la relación laboral en que una parte posee el capital y los medios de producción y la otra parte su fuerza de trabajo.

Es respaldada dicha jerarquía que irradia a todo el sistema normativo por diversos fallos de los tribunales de justicia del país, reconociéndola con ello como derecho fundamental²¹.

chilena, Universidad Alberto Hurtado, 2006, p. 185.

¹⁷ Cfr. S. GAMONAL, *El derecho de huelga en la constitución chilena*, en *Revista de Derecho – Coquimbo*, 2013, vol. 20, n. 1, pp. 117 ss.

¹⁸ «*La ley contemplará los mecanismos que aseguren la autonomía de estas organizaciones. Las organizaciones sindicales no podrán intervenir en actividades político-partidistas*» (cursiva agregada).

¹⁹ «*La negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores, salvo los casos en que la ley expresamente no permita negociar. La ley establecerá las modalidades de la negociación colectiva y los procedimientos adecuados para lograr en ella una solución justa y pacífica. La ley señalará los casos en que la negociación colectiva deba someterse a arbitraje obligatorio, el que corresponderá a tribunales especiales de expertos cuya organización y atribuciones se establecerán en ella*» (cursiva agregada).

²⁰ «La Constitución asegura a todas las personas: La libertad de trabajo y su protección».

²¹ Corte Suprema de Chile 4 diciembre 2014, Rol n. 3514-2014; Corte Suprema de Chile 1° abril 2015, Rol n. 11.584-2014; Corte Suprema de Chile 30 abril 2014, Rol n. 10.972-2013; Corte Suprema de Chile 29 enero 2015, Rol n. 10.444-2014; Corte Suprema de Chile 12 mayo 2015, Rol n. 15.293-2014; Corte de Apelaciones de Santiago 27 marzo 2014, Rol n. 142-2014; Corte de Apelaciones de San Miguel 9 julio 2014, Rol n. 183-2014; Corte de Apelaciones de Rancuagua 5 enero 2012, Rol n. 159-2011; Corte de

3.2. Nivel infra-constitucional

La regulación infra-constitucional del derecho de huelga en la Argentina transita por dos carriles: uno de índole formal o procesal, instrumentado por la ley n. 14.786, y otro de fondo o sustancial, aplicable a la huelga en los servicios esenciales, constituido por el art. 24 de la ley n. 25.877, su decreto reglamentario, n. 272/06, y la doctrina de los órganos de control de la libertad sindical de la OIT²².

En cuanto a la regulación chilena, es distintivo en esta materia, el CT chileno que sistematiza las normas relativas a la regulación laboral del ámbito privado²³, las cuales regulan el conflicto colectivo con gran intensidad, cuestión que se irá revisando en el desarrollo de la investigación comparativa.

De igual manera es llamativa la función de los reglamentos en Chile, emitidos por la Dirección del Trabajo – correspondientes a pronunciamientos por parte de este organismo técnico a la vez que político²⁴ –, que muchas veces ha debido rellenar ciertas lagunas jurídicas excediéndose de sus labores²⁵, cuestión que parece no ser tan evidente en el país argentino (ya sea porque el Código nacional no es capaz de regular todas las situaciones – por una cuestión de técnica legislativa – o porque las reformas laborales nunca quedan como un sistema coherente, dado que se da al calor de una discusión congresal, donde se requiere unir diversas opiniones o bien, porque los convenios colectivos regulan

Apelaciones de Santiago 23 de octubre de 2015, Rol n. 1144-2015; Juzgado del Trabajo de Iquique 11 abril 2016, Rit T-108-2015.

²² H.O. GARCÍA, *Estado, sindicatos y normas internacionales en la regulación de derecho a huelga en Argentina*, 2007, p. 19 (fecha de consulta: 5 junio 2018).

²³ Por ende, excluyendo el sector público que posee un estatuto diferente y al cual se le prohíbe constitucionalmente el derecho de huelga, en el art. 19, n. 16, inciso final.

²⁴ «Le corresponderá [a la Dirección del Trabajo] [...] b) Fijar de oficio o a petición de parte por medio de dictámenes el sentido y alcance de las leyes del trabajo» (art. 1, título I, DFL 2, publicado el 29 de septiembre de 1967).

²⁵ «Que, en consecuencia, según se viene razonando, el acto de la recurrida, en cuanto emite el Dictamen antes particularizado, que concluyó que se está en presencia de un instrumento colectivo, *es ilegal y arbitrario porque carecía de facultades y excedió las materias propias de su competencia*, vulnerando el principio de igualdad ante la ley, pues ha dejado en un plano de igualdad a los sindicatos y a los grupos negociadores, en circunstancias que la ley solo ha regulado a los primeros; y respecto de los segundos, en iguales condiciones, pero solo con el mérito de lo decidido por la Dirección del Trabajo, en un acto infra legal e infra reglamentario, como es el Dictamen recurrido» (Corte de Apelaciones de Santiago Rol n. 56412-2018, considerando décimo cuarto (cursiva agregada)).

muchas veces materias que en Chile se determinan vía dictamen, entre otros).

4. El ejercicio de la huelga en la negociación colectiva

Para llevar a cabo la mencionada comparación, me enfocaré en la huelga chilena dentro de la negociación colectiva reglada, la cual es la regla general en el CT chileno, concentrando en ella los derechos, las prerrogativas y obligaciones por parte de la legislación para llevar a cabo el derecho huelga, no considerando para el análisis por ende, la negociación colectiva no reglada (art. 314 CT) y especial para trabajadores eventuales, de temporada y de obra o faena transitoria, como también de negociación de federaciones y confederaciones (ambos en art. 364 CT) quienes no reúnen dichas prerrogativas ni obligaciones²⁶.

En el caso argentino los derechos, prerrogativas y obligaciones operan de manera indistinta al tipo de negociación colectiva, ya que independiente del nivel en que se negocie, es solo una clase de negociación colectiva.

Por último, la variable a considerar es el nivel en que se negocia mayoritariamente en ambos países, así en Chile, se negocia con el sindicato a nivel de empresa y en Argentina, lo usual es que sea el sindicato único representativo por rama de actividad.

Es así, que, con la óptica de la huelga dentro del marco de la negociación colectiva, se analizará la titularidad, condiciones de ejercicio del derecho a huelga y sus limitaciones.

4.1. Con respecto a la titularidad

Previo al tratamiento de este tópico, es necesario aclarar que se entenderá por titularidad de la huelga «el reconocimiento del sujeto a quien el orden legal le reconoce la facultad de convocar o declarar la huelga. Entendiendo por declaración o convocatoria el acto que da lugar – gatilla –, jurídicamente hablando, el ejercicio del derecho»²⁷.

Así, la titularidad del derecho de huelga no ha sido un tema pacífico en ambas legislaciones, ya que se discute quien posee la facultad de convocar, ejercer y terminar dicho derecho dentro de los márgenes legales.

²⁶ Ver DIRECCIÓN DEL TRABAJO, *¿Cuáles son los procedimientos de negociación colectiva que contempla la legislación laboral?*, en www.dt.gob.cl, 9 abril 2018 (fecha de consulta: 5 julio 2018).

²⁷ J.L. UGARTE, *Huelga y Derecho*, cit., p. 116.

Encontrándose variadas posiciones al respecto que han fluctuado según el contexto socio político y en último término por posturas ideológicas.

Organizaciones internacionales, como la OIT si bien no se ha expresado expresamente sobre el tema, sí se ha pronunciado sobre la libertad sindical comprendida en ella la huelga en el Convenio C087, en específico en su art. 3.1 al garantizar la autonomía de «las organizaciones de trabajadores» para formular su «programa de acción», remarcando en el art. 10 del propio instrumento que el término «organización» significa «toda organización de trabajadores [o de empleadores] que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores». De ello surge indudablemente una titularidad amplia que consiente el ejercicio del derecho de huelga por todo conjunto de trabajadores, organizados institucionalmente en un sindicato o de manera informal, espontánea y transitoria como puede ser una coalición o una asamblea en el establecimiento, siempre que dicho agrupamiento se encuentre enderezado a la promoción o defensa del interés colectivo de los trabajadores²⁸.

De manera complementaria, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones y el Comité de Libertad Sindical de la OIT (ambos órganos internacionales de control de las normas sobre libertad sindical) entienden el derecho a la huelga a partir del art. 10²⁹ del Convenio OIT C087 como un derecho esencial de los trabajadores y sus organizaciones en un sentido amplio, de organizaciones o grupos conformados por trabajadores con el fin de promover o tutelar sus derechos e intereses económicos y sociales³⁰.

No obstante, en las legislaciones en comento, se han aplicado formulas diferentes. Así, en el caso de Argentina resurgió el debate con el fallo emblemático de la Corte Suprema en la causa *Orellano c. Correo Oficial de la República Argentina*, caso que presentaba una disyuntiva sobre la legalidad dentro de una negociación colectiva liderada por sindicatos con personería gremial que negociaban debidamente con la representación patronal.

Es en ese contexto, que durante los últimos tres días de los dieciséis que se negoció, los trabajadores – afiliados y no afiliados – sin que hayan sido convocados oficialmente por los sindicatos, se siguieron reuniendo una hora laboral por día – dado que existían asuntos fundamentales de sus posiciones que no habían sido tratadas o no habían tenido respuesta en el

²⁸ H.O. GARCÍA, *El Derecho de Huelga*, 2015, p. 91 (fecha de consulta: 10 septiembre 2018).

²⁹ «En el presente Convenio, el término *organización* significa toda organización de trabajadores o de empleadores que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los trabajadores o de los empleadores».

³⁰ H.O. GARCÍA, *El Derecho de Huelga*, cit., p. 91.

marco de dicha negociación colectiva formal – para abarcar un tema relativo a las condiciones laborales, en específico sobre la precariedad laboral, cuestión que indudablemente es parte de un interés colectivo, que fue lo que mantuvo a los trabajadores autoconvocados para abordar dicho problema que los aquejaba.

En el tercer día de reunión y conflicto colectivo, la empresa comunica públicamente que las asambleas eran ilegales, cuestión que produjo que las asambleas cesaran, sucediendo a este conflicto despidos en que tenían como motivación asambleas llevadas a cabo, incluso aquellas convocadas oficialmente por el sindicato con personería gremial³¹.

Se desencadena así, un reclamo por parte de un empleado del Correo Oficial de la República Argentina, al ser despedido por haber participado en una huelga que no había sido convocada por una organización gremial, por lo que los jueces de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo consideraron discriminatoria la decisión patronal en razón de que, según sostuvieron, la titularidad del derecho de huelga no corresponde a los trabajadores en forma individual, pero sí concierne al colectivo de la actividad u oficio aunque sus integrantes no estén afiliados a un sindicato. Se plantea ante la Corte, por tanto, objeciones sobre quién es o quiénes son los sujetos habilitados constitucional y legalmente para disponer medidas de acción directa³².

La importancia de este caso y su fallo radica en que sentó como doctrina dominante la titularidad orgánica, según se puede leer del fallo: «A partir del encuadre descripto y desde una perspectiva de análisis que hace pie en el examen integral del texto de la norma constitucional es indudable que la titularidad del derecho a declarar una huelga pertenece a un colectivo de trabajadores organizados en función de intereses comunes, no al trabajador en forma individual ni a cualquier grupo de trabajadores. Concretamente, corresponde entender que los gremios mencionados en el segundo párrafo del arto 14 bis como titulares del derecho de declarar una huelga [...] a las asociaciones sindicales a las que la Constitución habilita para el ejercicio de derechos colectivos cuando satisfacen el requisito de su “simple inscripción en un registro especial”»³³.

Generando reacciones diversas, así se manifestó en contra H. Omar quien

³¹ Información extraída de la audiencia pública convocada por Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10 septiembre 2015.

³² Ver CENTRO DE INFORMACIÓN JUDICIAL, *La Corte Suprema de Justicia realizó una audiencia pública en una causa por despido*, en www.cij.gov.ar, 10 septiembre 2015 (fecha de consulta: 5 julio 2018).

³³ CSJ 93/2013 (49-0)/CS1, Recurso de hecho, *Orellano, Francisco Daniel e/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo*, considerando octavo.

sostiene que «la amplitud exteriorizada por nuestro mayor tribunal con respecto a las modalidades o “corpus” de la huelga que se encuentran comprendidas por el alcance de la garantía constitucional – que resulta, a juicio de quien escribe, ajustada a derecho – no se refleja al momento de pronunciarse sobre la capacidad jurídica para ejercerla»³⁴. Sosteniendo además argumentos relativos a la intención del constituyente³⁵, del contexto sociopolítico³⁶ y esclareciendo considerandos que fueron citados en la sentencia en comento, de manera equívoca³⁷.

De manera independiente a la sentencia misma, el mismo autor se ha pronunciado sobre el mismo tema, declarando que entender de manera literal el art. 14-*bis* de la Constitución, arrogándole un sentido restrictivo de la titularidad de la huelga es inconstitucional toda vez que va en contra de tratados internacionales de derechos humanos de carácter laboral como son los Convenios de la OIT y sus órganos de control. Y por ello está en contra de la concepción orgánica toda vez que «recibe un requisito añadido, relacionado con la característica nuclear de nuestro modelo sindical, que ha llevado mayoritariamente a la jurisprudencia a exigir como requisito de validez de la huelga, que la misma haya sido resuelta por una asociación sindical posea *personería gremial*, a pesar de que dicho condicionante no tiene correlato en la Constitución, ni en las normas internacionales, ni en la legislación – al menos desde la ley 23.551, que se encuentra vigente desde 1988 – y, más aun, contrasta frontalmente con lo dispuesto por el art. 24 de la ley 25.877, sancionada en marzo de 2004, que integra a la regulación de la huelga a los “criterios” y “principios” de los órganos de control de normas de la OIT»³⁸.

Dando a su vez un panorama general sobre titularidad del derecho de huelga, sosteniendo que «se polarizaron en dos grandes posturas: una

³⁴ H.O. GARCÍA, *¿Quiénes son titulares del derecho de huelga? (Sobre la doctrina sentada por la Corte Suprema en la causa “Orellano c. Correo Oficial de la República Argentina” y las inconsistencias de sus fundamentos)*, 2016, p. 4 (fecha de consulta: 5 julio 2018).

³⁵ *Ibidem*, p. 4: «En sentido contrario a lo que se lee en la motivación de la sentencia con respecto al sujeto titular del derecho de huelga, no es sino la significación que denomino “amplia” o “inorgánica” la que surge mayoritariamente del debate que tuvo lugar en la Convención Reformadora de 1957 en torno a la palabra “gremios”, que resultó finalmente plasmada en el texto del art. 14 bis».

³⁶ *Ibidem*, p. 2: «Si bien en la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal no faltan pronunciamientos sobre el mencionado asunto, la sentencia que acaba de dictar la Corte adquiere aristas especiales por cuanto se dicta en un contexto como el actual, que reúne características distintivas y novedosas en relación con las circunstancias que rodearon a aquellos precedentes».

³⁷ *Ibidem*, p. 5.

³⁸ H.O. GARCÍA, *El Derecho de Huelga*, cit., p. 89.

restrictiva – aquí denominada “orgánica-concentrada” –, que ha predominado en la doctrina hasta la última década del siglo pasado y continúa concitando adhesiones mayoritarias en la jurisprudencia, la cual considera al derecho de huelga como una atribución exclusiva del *sindicato con personería gremial*; y otra *amplia*, que ha acrecido su grado de adhesión en la doctrina y, sobre la base de la terminología utilizada por el texto constitucional, concibe a la huelga como un derecho de titularidad de los *gremios*, entendiéndolo que este concepto comprende a cualquier pluralidad de trabajadores, incluidos los agrupamientos no institucionalizados y transitorios o *ad hoc* como son las coaliciones»³⁹.

En Chile, el tema no ha estado libre de discusiones doctrinarias tampoco, así el debate resurgió en el último tiempo, en el trámite de discusión del proyecto de Reforma Laboral durante el año 2015 y 2016), en virtud de un requerimiento de inconstitucionalidad presentados por un grupo de senadores y diputados ante el Tribunal Constitucional enmarcado en la facultad de control preventivo del mismo órgano, para que se pronuncie sobre normas – inconstitucionales a juicio del Tribunal o de parlamentarios – contenidas en dicho proyecto de ley que moderniza el sistema de relaciones laborales introduciendo modificaciones al CT.

Entre dichas normas, se cuestionan las relativas a la titularidad del derecho de huelga, ya que según se argumentó «el Proyecto de Ley contempla modificaciones sustanciales de carácter estructural. Lo anteriormente manifestado se ve reflejado, desde el inicio, con la redefinición misma de lo que ha de entenderse como negociación colectiva. Así, el nuevo inciso primero del artículo 303 del reformado Libro IV del C.T. dispone que “La negociación colectiva es aquella que tiene lugar entre uno o más empleadores con una o más organizaciones sindicales”. Como queda de manifiesto, en la definición de negociación colectiva se innova – respecto de la regulación existente – al excluirse el término “trabajadores que se unen para tal efecto”, con lo cual este tipo de negociación grupal con el empleador se reduce a uno que sólo puede ejercerse por organizaciones sindicales»⁴⁰.

En dicha ocasión, se presenta la posición de ambas partes. Por un lado, los parlamentarios de oposición – de ese entonces – planteaban que «la supresión que el proyecto de ley establece respecto de la titularidad de los trabajadores para negociar colectivamente, a través de un subterfugio o excusa para que éste sea sólo ejercido a través de las organizaciones

³⁹ *Ibidem*, p. 94.

⁴⁰ Sentencia Rol n. 3016 (3026-16-CPT), p. 53.

sindicales, contraviene la Carta Fundamental»⁴¹. Agregando que «así, no es posible interpretar que la modalidad por la que opta el legislador sea que la negociación colectiva sea ejercida a través de una organización sindical. Conforme a la libre asociación, los trabajadores pueden adoptar mecanismos diversos al sindicato para organizarse, no pudiendo el Estado imponer una sola forma de organización»⁴².

Y por el lado de quien presentó el proyecto de Reforma, es decir, el Poder ejecutivo, señala que «los Tratados Internacionales sobre esta materia apuntan al fomento y protección de los sindicatos, cuyo *corpus iuris* puede encontrarse principalmente en el artículo 8° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como en el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en los Convenios OIT C087 y C098. Esta profusa legislación fluye como obligatoria para el Estado chileno, a efectos de que éste adopte las medidas necesarias para el logro del referido fin, cuestión armónica con la debida protección de los grupos intermedios y la exigencia basal de una sociedad democrática»⁴³.

Resolviendo finalmente el Tribunal que «la Constitución establece que “la negociación colectiva con la empresa en que laboren es un derecho de los trabajadores” (artículo 19, N° 16°, inciso quinto). En otras palabras, la titularidad del derecho para negociar colectivamente es de todos y cada uno de los trabajadores. En efecto, se trata de un derecho fundamental cuya activación o determinación originaria para ejercerlo o no reside en los trabajadores individualmente considerados. Dicho de otra manera, se garantiza el derecho de cada trabajador de manifestarse de forma grupal para la consecución de un interés colectivo consistente en negociar con su empleador condiciones de trabajo, entre ellas la más importante, la retribución por su trabajo»⁴⁴.

Finalmente, para llegar a un consenso, cabe citar de manera ilustrativa la postura del profesor Ugarte, quien sostiene que el ordenamiento jurídico chileno está compuesto de un modelo mixto toda vez que la titularidad variaría según la modalidad de huelga que se analice.

Es decir, en el caso de la huelga como derecho fundamental en términos amplios, «la titularidad es individual de ejercicio colectivo. En otras palabras, no exige para el ejercicio del derecho de huelga la convocatoria de un sindicato que detente la representación de los trabajadores, basta la concurrencia de un grupo o colectivo – espontánea y transitoria, incluso –

⁴¹ *Ibidem*, p. 8.

⁴² *Ibidem*, p. 10.

⁴³ *Ibidem*, p. 14.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 56.

para que nos encontremos ante un ejercicio lícito de ese derecho fundamental»⁴⁵.

En cambio, en caso de analizar la huelga en su faceta de etapa de la negociación colectiva reglada – aquí estudiada –, sostiene que la titularidad corresponde al sindicato toda vez que «la obsesiva reglamentación de la huelga prevista en el Código del Trabajo no ha dejado detalle suelto: la convocatoria que gatilla la huelga es necesariamente la de un colectivo expresamente previsto en la ley, nunca de los trabajadores. En la negociación colectiva reglada, la convocatoria de la huelga está en manos del sindicato, único sujeto que lleva adelante la negociación colectiva de los trabajadores (artículo 327 del Código del Trabajo)»⁴⁶.

Hallando como fundamento a este modelo orgánico de huelga establecido por la reforma laboral de la ley n. 10.940, la voluntad del legislador de ejercer un mayor disciplinamiento de la acción colectiva de la clase trabajadora, haciendo estrecho el campo de acción en situaciones tales del conflicto colectivo⁴⁷.

Según lo expuesto, se puede observar que en cuanto a la titularidad del derecho de huelga en ambos países se viven situaciones diferentes. Mientras que el foco de discusión en Argentina radica en la personería gremial dado a que la negociación colectiva por regla general es a nivel ramal, en Chile la cuestión radica en el fortalecimiento del sindicato, en virtud de la negociación a nivel empresa que obedece a nuestra realidad nacional.

Entonces, a pesar de dichas particularidades de cada país, se defiende en el presente trabajo una titularidad amplia, pero entendiendo que es un derecho individual, pero de ejercicio colectivo, ya que es una forma idónea de garantizar en ambas realidades, una respuesta satisfactoria, ya que parte de la base de leer el derecho de huelga en clave progresiva dado su carácter de derecho fundamental, y por otro lado, sin desconocer que se requiere la anuencia de los trabajadores y su acción colectiva.

4.2. Condiciones de ejercicio del derecho a huelga

La ejecución del derecho de huelga en el contexto chileno está contemplada minuciosamente en el capítulo sexto del libro IV, teniendo que agregar como prevención en esta posición, que la huelga entendida

⁴⁵ J.L. UGARTE, *Huelga y Derecho*, cit., p. 117.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 118.

exclusivamente dentro de la negociación colectiva, adquiere un carácter de mero significado de una etapa más, sometiéndola a la misma lógica procedimental, estandarizada, obviando su naturaleza de hecho social, de descontento y reivindicación⁴⁸ y con ello ignorando las diversas formas que puede adoptar según el contexto en que se invoque. Es entonces, en virtud de este carácter reglado y contractual, es que la negociación colectiva actúa como marco condicionante en que se desenvuelve la misma.

En dicha negociación colectiva, se dispone que el día de la convocatoria a la votación de la huelga, será en función al día en que se realizará la votación⁴⁹. Votación que tendrá oportunidad según la existencia de un contrato colectivo vigente⁵⁰. Se determina a su vez que los medios de votación de la huelga deben ser facilitados por el empleador y el permiso de poder realizar una asamblea convocada por el sindicato⁵¹. Se regula asimismo la forma del voto, el que «debe ser en forma personal, secreta y ante un ministro de fe. Los votos serán impresos y deben emitirse con las expresiones “última oferta del empleador” o “huelga”»⁵². Es decir, impone un plebiscito en que las opciones están dadas previamente por la ley, independientemente de la voluntad de la organización ante el conflicto laboral que puede sostener una tercera opción.

Por otro lado, la ley le impone un quórum de aprobación de mayoría absoluta de los trabajadores representados por el sindicato para acordar la huelga⁵³. Si bien la exigencia de un quórum de la votación de la misma está permitida por la OIT, la intensidad con que es exigida en la norma del CT excede lo tolerado por el organismo internacional, toda vez que se ha pronunciado al respecto de tal manera: «La exigencia de la decisión de más de la mitad de los trabajadores concernidos para declarar una huelga es demasiado elevada y podría dificultar excesivamente la posibilidad de

⁴⁸ Así, O. ERMIDA, *Apuntes Sobre la Huelga*, Fundación de Cultura Universitaria, 1996, p. 38.

⁴⁹ Art. 347 CT.

⁵⁰ Art. 348 CT.

⁵¹ Art. 349 CT.

⁵² «La votación de la huelga se realizará en forma personal, secreta y ante un ministro de fe. Los votos serán impresos y deberán emitirse con las expresiones “última oferta del empleador” o “huelga”» (art. 350, inciso primero, CT).

⁵³ «La última oferta o la huelga deberán ser acordadas por la mayoría absoluta de los trabajadores representados por el sindicato. Del quórum de votación se descontarán aquellos trabajadores que no se encuentren actualmente prestando servicios en la empresa por licencia médica, feriado legal o aquellos que, por requerimientos de la empresa, se encuentren fuera del lugar habitual donde prestan servicios» (art. 350, inciso segundo, CT).

efectuar la huelga, sobre todo en grandes empresas. La mayoría absoluta de trabajadores vinculados en una declaración de huelga puede resultar difícil de alcanzar, particularmente en aquellos sindicatos que agrupan a un gran número de afiliados. Esta disposición puede entrañar, pues, un riesgo de limitación importante al derecho de huelga»⁵⁴.

En el caso que la votación no alcance dicho quórum, se establece una presunción de voluntad colectiva tácita proempresa, ya que en el caso de que no se reúna el quórum para que se acuerde la huelga y pasado tres días no se suscriba al contrato colectivo con las estipulaciones establecidas con el piso de la negociación, se entiende que el sindicato ha optado por aceptar la última oferta del empleador⁵⁵, cuestión que contraviene las directrices trazadas por la OIT quien recomienda que la proposición de la última oferta del empleador debiera funcionar solo como una base para una negociación voluntaria, pero jamás como un instrumento definitivo aun en defecto de otra alternativa⁵⁶.

Finalmente, en el caso de cumplirse todas las reglas previas, deja en suspenso su ejercicio hasta cinco días después de su aprobación.⁵⁷ En dicho intervalo, se prevé la mediación obligatoria⁵⁸, la cual se discute en el

⁵⁴ OIT, *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, cuarta edición (revisada), 1996, §§ 507 y 508.

⁵⁵ «En los casos en que no se alcancen los quórum de votación necesarios para que la asamblea acuerde la huelga, el sindicato tendrá la facultad de impetrar la suscripción de un contrato colectivo con las estipulaciones establecidas en el piso de la negociación, conforme al artículo 342, facultad que deberá ejercerse dentro del plazo de tres días contado desde la votación. En caso de no ejercer la facultad señalada en el inciso anterior, se entenderá que el sindicato ha optado por aceptar la última oferta del empleador» (art. 352 CT).

⁵⁶ Véase pie de página J.L. UGARTE, *Huelga y Derecho*, cit., p. 147.

⁵⁷ «De aprobarse la huelga, esta se hará efectiva a partir del inicio de la respectiva jornada del quinto día siguiente a su aprobación» (art. 350, inciso tercero, CT).

⁵⁸ «Mediación obligatoria. Dentro de los cuatro días siguientes de acordada la huelga, cualquiera de las partes podrá solicitar la mediación obligatoria del Inspector del Trabajo competente, para facilitar el acuerdo entre ellas. En el desempeño de su cometido, el Inspector del Trabajo podrá citar a las partes, en forma conjunta o separada, cuantas veces estime necesario, con el objeto de acercar posiciones y facilitar el establecimiento de bases de acuerdo para la suscripción del contrato colectivo. Transcurridos cinco días hábiles desde que fuere solicitada su intervención sin que las partes hubieren llegado a un acuerdo, el Inspector del Trabajo dará por terminada su labor, debiendo hacerse efectiva la huelga al inicio del día siguiente hábil. Sin perjuicio de lo anterior, las partes podrán acordar que el Inspector del Trabajo continúe desarrollando su gestión por un lapso de hasta cinco días, prorrogándose por ese hecho la fecha en que la huelga deba hacerse efectiva. De las audiencias que se realicen ante el Inspector del Trabajo deberá levantarse acta firmada por los comparecientes y el funcionario referido» (art. 351 CT).

período en que se aprobó la huelga y se hará efectiva, presentándose como otro obstáculo a sortear en la ejecución de la huelga, previo los procedimientos ya descritos, perdiendo su carácter de instancia de real entendimiento.

A diferencia de la legislación comparada en comento, que contiene solo dos normas que regulan la ejecución de la huelga mediante el cauce procesal normativo, que son relativas al arbitraje, conciliación o mediación a través de un procedimiento administrativo de conciliación (ley n. 14.786) en la cual, la mediación también es obligatoria ya que dispone que el Ministerio del Trabajo y Seguridad Social de manera facultativa pueda tanto antes como durante de la realización de las acciones directas, exigir la realización de la mediación. Instancia en la cual se deben cesar dichas acciones hasta la conclusión de la instancia administrativa⁵⁹.

A mayor abundamiento, la ley n. 14.786 dispone que en caso de conflicto colectivo cuyo conocimiento sea de la competencia del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social⁶⁰, y que no tenga solución entre las partes, cualquiera de éstas deberá, antes de recurrir a medidas de acción directa, comunicarlo a la autoridad administrativa, para formalizar los trámites de la instancia obligatoria de conciliación⁶¹. El resultado de esta instancia será una Convención Colectiva⁶².

Por último en la misma ley, se establecen las formalidades indispensables para llevar a cabo la conciliación, «en el cual la autoridad de aplicación laboral media entre las partes durante un plazo de quince días hábiles prorrogables por otros cinco (art. 11), contando, entre otras atribuciones, con facultades para obligarlas a someterse a dicho trámite e intimarlas a cesar de inmediato la ejecución de las medidas (art. 8°), proponerles fórmulas conciliatorias (art. 3°) y disponer que el estado de cosas se retrotraiga al momento previo al origen del conflicto (art. 10)»⁶³. Vencidos los plazos (15 días con posibilidad de prórroga de 5 días) sin que hubiera sido aceptada una fórmula de conciliación ni suscrito un compromiso arbitral podrán las partes recurrir a las medidas de acción directa que

⁵⁹ Art. 2, ley 14.786 de la República de Argentina: «Suscitado un conflicto que no tenga solución entre las partes, cualquiera de éstas deberá, antes de recurrir a medidas de acción directa, comunicarlo a la autoridad administrativa, para formalizar los trámites de la instancia obligatoria de conciliación. El Ministerio podrá, asimismo, intervenir de oficio, si lo estimare oportuno, en atención a la naturaleza del conflicto».

⁶⁰ Art. 1, ley n. 14.786.

⁶¹ Art. 2, ley n. 14.786.

⁶² Como las referidas en la ley n. 14.250, según el art. 7 de la ley n. 14.786.

⁶³ H.O. GARCÍA, *Eficacia, efectividad y eficiencia de las normas que regulan el ejercicio del derecho de huelga y sus métodos de composición. Apuntes críticos*, 2005, p. 14 (fecha de consulta: 12 noviembre 2018).

estimaren convenientes⁶⁴.

Por otro lado, se contempla la regulación de los servicios esenciales (art. 24 de la ley n. 25.877 en complemento con su decreto reglamentario n. 272/06), aplicable además a todo el proceso de ejecución de la huelga la doctrina de los órganos de control de la libertad sindical de la OIT⁶⁵, así «la doctrina del Comité de Libertad Sindical y la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (que) adquieren eficacia como normas de derecho interno aplicables en forma articulada con el artículo 24 de la ley 25.877 y la reglamentación»⁶⁶.

4.3. Límites al derecho de huelga: el reemplazo de trabajadores huelguistas

Se reconocen variadas limitaciones al derecho en comento, dado el conflicto que surge al colisionar derechos fundamentales, por un lado, el derecho fundamental de huelga de la clase trabajadora versus los derechos fundamentales del empleador y terceros.

Dichas limitaciones pueden obedecer a variadas categorías, en que me parece importante resaltar la que esgrime García, quien sostiene la existencia de un límite interno y externo, no obstante, plantea que el límite interno nunca debe operar, ya que éste operaría sobre el contenido mismo de la huelga, restringiendo su contenido con una supuesta vocación de definirla ontológicamente. Por lo que a su juicio es legítimo la aplicación de los límites externos o extrínsecos – como serían la determinación de los servicios esenciales, como limitación de tipo sustancial o bien, la mediación o arbitraje como limitación de índole formal –, en cuanto restringen el ejercicio de la huelga – en la medida que no altere la esencia del derecho – y no su naturaleza⁶⁷.

Otra categorización en cuanto a los límites de la huelga, la construye Ermida, distinguiendo entre prohibiciones generales y limitaciones específicas. A su vez, las primeras se dividen en directas (prohibición directa) e indirectas (formalidades para su ejercicio) y las segundas, se subdividen también, según sujetos del derecho, la actividad afectada, la finalidad de la huelga, la modalidad de esta, los requisitos formales y de

⁶⁴ Art. 11, ley n. 14.786.

⁶⁵ S.J. RAMOS, *Ejercicio del derecho de huelga en la legislación argentina*, en www.sajj.gob.ar, enero 2009 (fecha de consulta: 8 octubre 2018).

⁶⁶ H.O. GARCÍA, *Eficacia, efectividad y eficiencia de las normas que regulan el ejercicio del derecho de huelga y sus métodos de composición. Apuntes críticos*, cit., p. 14.

⁶⁷ H.O. GARCÍA, *El Derecho de Huelga*, cit., p. 138.

procedimiento, el definir la huelga y por último limitaciones específicas según los efectos de la huelga sobre la relación individual de trabajo, en la cual puede operar el reintegro o el reemplazo. Y es en este aspecto en el que quiero profundizar⁶⁸.

Entonces, el tema aquí a tratar versa sobre el reemplazo en la huelga (conocido generalmente como esquirolaje) y su prohibición, derivada de un deber para el empleador de no neutralizar la huelga y con ello, sus efectos⁶⁹. Y obedeciendo a las categorías mencionadas, corresponde a un límite externo (García) y de limitación específica (Ermida).

En términos más concretos, dada la mencionada colisión de derechos fundamentales y con ello, limitación de dichos derechos (en tanto ninguno es absoluto), se presenta para el empleador, el “deber de no neutralizar” ante la ejecución de la huelga. Lo que significa que por regla general se prohíbe el reemplazo – tanto interno como externo – de trabajadores que se encuentran en movilización, con el objetivo de no quitar eficacia al efecto querido por la huelga, que es el daño a la producción como medida de presión, mientras se solucionan los desacuerdos entre las partes en conflicto.

En Chile, esta prohibición de reemplazo, se plasma en el art. 345 CT, el cual luego de toda una evolución jurisprudencial y legislativa desde el Código de 1931, ha establecido post reforma laboral (2016) una posición garante del derecho de huelga en clave de derecho constitucional, al establecer expresamente que «se prohíbe el reemplazo de trabajadores en huelga»⁷⁰, cuestión que ha sido todo un avance como se mencionó, en comparación a disposiciones anteriores, en las cuales dicha prohibición era parcial.

Entonces, «la norma que prohíbe el reemplazo debe ser entendida como la prohibición de cualquier conducta del empleador que signifique la sustitución de la función que, en razón de la huelga, se encuentra suspendida o alterada»⁷¹. De igual manera se han referido los tribunales de justicia, aseverando que «ningún sentido tiene el derecho a la huelga, reconocido en favor de los trabajadores, si el empleador, en cualquier situación, puede realizar el reemplazo y continuar con el funcionamiento de la empresa, sin mayores tropiezos, pues ello importa atentar contra la eficacia de la huelga»⁷².

Por lo que cualquier reemplazo de trabajadores tanto interno como

⁶⁸ O. ERMIDA, *Apuntes Sobre la Huelga*, cit., pp. 133 ss.

⁶⁹ J.L. UGARTE, *Huelga y Derecho*, cit., pp. 184 ss.

⁷⁰ Capítulo VI, *Derecho a huelga*, art. 145, inciso segundo.

⁷¹ J.L. UGARTE, *Huelga y Derecho*, cit., p. 187.

⁷² Corte Suprema rol n. 10444-2014.

externo que implique un menoscabo a la eficacia del derecho de huelga en el nivel que sea, debe ser proscrito, y en el caso de incurrir en dicha práctica el legislador ordena el cese inmediato o bien una multa por parte de la Dirección del Trabajo, en caso de negativa al retiro del reemplazo de huelguistas por parte del empleador⁷³.

A pesar de esta disposición que impide la pérdida de eficacia del derecho de huelga por una eventual conducta lesiva del empleador, se debe agregar un matiz, y es que en el art. 403.d CT⁷⁴, se establece como práctica desleal del empleador «el reemplazo de los trabajadores que hubieren hecho efectiva la huelga dentro del procedimiento de negociación colectiva», no obstante, permite que el empleador, en el ejercicio de sus facultades legales, pueda modificar los turnos u horarios de trabajo, y efectuar las *adaptaciones necesarias* para garantizar las condiciones laborales de quienes no suscribieron a la medida de presión, siempre y cuando no implique una infracción a la mentada prohibición, es decir, que no atenúe el efecto de la huelga.

Adaptaciones necesarias en atención a las facultades de *ius variandi* del empleador, consagradas en el artículo 12 del mismo Código, pero que deben tener las siguientes restricciones: primero, sólo opera para modificar la jornada de trabajo – «turnos y horarios» dice textual la norma –, segundo, sólo opera una vez hecha efectiva la huelga dentro de la negociación colectiva reglada – «trabajadores no involucrados en la huelga» – dice la ley⁷⁵. Solo así, será considerada como legítimo el ejercicio de dicha facultad del empleador.

Finalmente, a modo de síntesis, la Dirección del Trabajo ha emitido un dictamen en el cual se refiere al sentido y alcance de la expresión “reemplazo” en el contexto de huelga, en relación con la utilización de

⁷³ «La infracción de la prohibición señalada en el inciso segundo constituye una práctica desleal grave, la que habilitará a la Inspección del Trabajo para requerir el retiro inmediato de los trabajadores reemplazantes. En el caso de negativa del empleador para retirar a los reemplazantes, la Inspección del Trabajo deberá denunciar al empleador al Juzgado de Letras del Trabajo conforme a las normas establecidas en los artículos 485 y siguientes, con excepción de lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 486. El sindicato podrá iniciar esta acción o hacerse parte de la denuncia presentada por la Inspección del Trabajo. El Tribunal, revisados los antecedentes de la denuncia, ordenará al empleador el retiro inmediato de los reemplazantes en la primera resolución, bajo el apercibimiento señalado en el artículo 492» (art. 345, inciso cuarto y quinto).

⁷⁴ Art. 403, *Prácticas desleales del empleador*: «Serán consideradas prácticas desleales del empleador las acciones que entorpezcan la negociación colectiva y sus procedimientos. Entre otras, se considerarán las siguientes: [...] d) El reemplazo de los trabajadores que hubieren hecho efectiva la huelga dentro del procedimiento de negociación colectiva reglada del Título IV de este Libro».

⁷⁵ J.L. UGARTE, *Huelga y Derecho*, cit., p. 191.

sistemas de automatización y medios tecnológicos en actividades productivas cuyos trabajadores se encuentran en huelga.

Pronunciando que «una exégesis que permitiese el reemplazo de las funciones de los trabajadores en huelga por medios tecnológicos a partir de sostener una suerte de concurrencia normativa necesaria entre las expresiones “reemplazo” y “reemplazantes”, contenidas en la letra d) del art. 403 y en los incisos cuarto y quinto del art. 345, respectivamente, vulneraría la garantía consagrada en el n. 26 del art. 19 de la Constitución, pues se afectaría en su *esencia* el derecho fundamental, dejando de ser reconocible como tal; del mismo modo que, en su momento, apuntó la Corte Suprema con relación al reemplazo interno: “De aceptarse que el precepto indagado [art. 381] tolera el reemplazo con propios dependientes se lesiona en su esencia la suspensión colectiva de funciones en que consiste la huelga legal” (Rol N°10.444-2014)»⁷⁶.

En el mismo sentido, en la legislación argentina, se concibe como ilícito el reemplazo de trabajadores huelguistas de quienes se encuentren en ejercicio del derecho de huelga.

Cuestión que primigeniamente estaba consagrada en el art. 244 de la ley n. 20.744 y actualmente en el art. 70 de la ley n. 24.013⁷⁷, la cual prohíbe expresamente la contratación de trabajadores bajo la modalidad eventual (prevista en el art. 99 de la ley de contrato de trabajo n. 20.744) con la finalidad de sustituir trabajadores que no prestaran servicios normalmente en virtud del ejercicio de medidas legítimas de acción sindical.

Misma prohibición en la prestación de servicios eventuales, en el art. 6.b del decreto n. 1694/2006⁷⁸. A su vez, se contempla dicha conducta dentro las prácticas desleales del art. 53, letras *b* y *d*, de la ley n. 23.551⁷⁹.

Por último, destaco la posición del Comité de Libertad Sindical, órgano de control de las normas de la OIT, el cual señala que «Si una huelga es legal, el recurso a la utilización de mano de obra no perteneciente a la empresa con el fin de sustituir a los huelguistas, por una duración indeterminada, entraña el riesgo de violación del derecho de huelga que puede afectar el

⁷⁶ [Ord. 24 enero 2018, n. 448/6.](#)

⁷⁷ Art. 70: «Se prohíbe la contratación de trabajadores bajo esta modalidad para sustituir trabajadores que no prestaran servicios normalmente en virtud del ejercicio de medidas legítimas de acción sindical».

⁷⁸ Art. 6: «La empresa de servicios eventuales sólo podrá asignar trabajadores a las empresas usuarias, cuando los requerimientos de las segundas tengan por causa exclusiva alguna de las siguientes circunstancias: [...] b) En caso de licencias o suspensiones legales o convencionales, durante el período en que se extiendan, excepto cuando la suspensión sea producto de una huelga o por fuerza mayor, falta o disminución de trabajo».

⁷⁹ O. ERMIDA, *Apuntes Sobre la Huelga*, cit., p. 150.

libre ejercicio de los derechos sindicales»⁸⁰. Precizando que «La contratación de trabajadores para romper una huelga en un sector, al que no cabría considerarse como un sector esencial en el sentido estricto del término para que pudiera prohibirse la huelga, constituye una grave violación de la libertad sindical»⁸¹.

Finalmente, y de manera accesoria, resulta necesario referir sucintamente el conflicto de derechos entre la ejecución de la huelga y la repercusión a terceros que se encuentran en ambas legislaciones, correspondiente a la institución de los servicios esenciales, los cuales son enmarcados en las categorías del límite externo, y de limitación específica, en relación a la actividad afectada, tema que solo quedará mencionado por una cuestión de extensión.

5. Conclusiones

5.1. Parámetro de comparación

El presente trabajo tiene como objetivo exponer un análisis comparado del derecho a huelga, en el ámbito de la negociación colectiva entre la legislación chileno-argentina. De modo que permita observar y analizar, el tratamiento diferente al que se somete el derecho fundamental de la huelga, considerando el hecho de que ambas legislaciones están sujetas a la misma familia jurídica, suscrito y ratificado mismos tratados internacionales de la materia y poseen un expreso reconocimiento constitucional y jurisprudencial del derecho a huelga.

Si bien esto obedece a una particular cultura jurídica y social y a la política legislativa de cada país, no deja llamar la atención que en Chile la voluntad del legislador se caracteriza por desconfiar de la capacidad de autodeterminación de los trabajadores. Esto, se observa de manera más concreta en las normas del CT chileno que regulan en exceso el ejercicio de la huelga en el desarrollo de la negociación colectiva, imponiéndole requisitos que van más allá de los permitidos por los estándares de la OIT, como el quórum de mayoría absoluta para votar la huelga, o la imposición del arbitraje en un momento que significa más un obstáculo para la acción directa y no como medio alternativo de solución de conflictos, o bien, la imposición previa por parte del legislador en el contenido de las opciones

⁸⁰ OIT, *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, quinta edición (revisada), 2006, § 633.

⁸¹ *Ibidem*, § 632.

de voto, entre otras disposiciones ya expuestas en el desarrollo del presente trabajo.

5.2. Regulación del conflicto colectivo

El modelo a comparar es Argentina, dado a la técnica legislativa de normas más generales, permitiendo así mayor autodeterminación de las organizaciones sindicales, pero de modo alguno, se ilustra como un modelo óptimo a adaptar e implantar, sino que es esbozado como la muestra de que es posible, el ejercicio de la huelga en negociación colectiva con normas que facilitan el empoderamiento de la organización sindical.

Sin obviar el intervencionismo del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, y de las complejidades propias de la organización, sus vicios y aspectos negativos del funcionamiento de dicho sindicalismo vertical.

5.3. Hacia una autonomía sindical

A raíz de lo expuesto, nuestros esfuerzos deben ser encaminados a construir un modelo propio acorde a nuestra cultura y realidad, pero, sobre todo, que abandone el origen oscuro de nuestra legislación actual, que tiene sus cimientos en el Plan Laboral elaborado e implantado en plena vigencia de la dictadura militar chilena.

Así, los esfuerzos deben ser puestos en un modelo en el cual, se abandone ese intervencionismo en los procesos colectivos y se acoja la autonomía colectiva como fuente de ordenación de las relaciones laborales por las siguientes razones. En atención a los compromisos internacionales suscritos por el Estado chileno en cuanto al fomento de dicha autonomía⁸², así como en virtud del rol del derecho como forma de distribución del poder y, por último, considerar la autonomía colectiva como elemento del sistema democrático.

⁸² I. ROJAS, *EL derecho del trabajo en Chile. Su formación histórica y el control de la autonomía colectiva*, Legal Publishing, 2016, p. 305.

6. Bibliografía

- CENTRO DE INFORMACIÓN JUDICIAL, *La Corte Suprema de Justicia realizó una audiencia pública en una causa por despido*, en www.cji.gov.ar, 10 septiembre 2015
- DIRECCIÓN DEL TRABAJO, *¿Cuáles son los procedimientos de negociación colectiva que contemplan la legislación laboral?*, en www.dt.gob.cl, 9 abril 2018
- ERMIDA O., *La flexibilización de la huelga*, Fundación de Cultura Universitaria, 1999
- ERMIDA O., *Apuntes Sobre la Huelga*, Fundación de Cultura Universitaria, 1996
- FERRANTE A., *Entre derecho comparado y derecho extranjero, una aproximación a la comparación jurídica*, en *Revista Chilena de Derecho*, 2016, vol. 43, n. 2
- FERRANTE C.G., *El papel de la jurisprudencia en la lucha contra la discriminación en el empleo*, relación al IX Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Guayaquil, 2-4 octubre 2013
- GAMONAL S., *El derecho de huelga en la constitución chilena*, en *Revista de Derecho – Coquimbo*, 2013, vol. 20, n. 1
- GARCÍA H.O., *¿Quiénes son titulares del derecho de huelga? (Sobre la doctrina sentada por la Corte Suprema en la causa “Orellano c. Correo Oficial de la República Argentina” y las inconsistencias de sus fundamentos)*, 2016
- GARCÍA H.O., *El Derecho de Huelga*, 2015
- GARCÍA H.O., *Estado, sindicatos y normas internacionales en la regulación de derecho a huelga en Argentina*, 2007
- GARCÍA H.O., *Eficacia, efectividad y eficiencia de las normas que regulan el ejercicio del derecho de huelga y sus métodos de composición. Apuntes críticos*, 2005
- GIANIBELLI G., *El sistema de protección de derechos de la organización internacional del trabajo y sus efectos sobre el ordenamiento interno*, 2007
- IRURETA P., *Constitución y orden público laboral. un análisis del art. 19 n° 16 de la constitución chilena*, Universidad Alberto Hurtado, 2006
- MANCERA COTA A., *Consideraciones durante el proceso comparativo*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2008, vol. XLI, n. 121
- MORÁN G.M., *El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico*, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 2002, n. 6
- PICARD E., *L'état du droit comparé en France, en 1999*, en *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1999, vol. 51, n. 4
- PLÁ A., *Los principios del Derecho del Trabajo*, Depalma, 1998

RAMOS S.J., *Ejercicio del derecho de huelga en la legislación argentina*, en www.saij.gob.ar, enero 2009

ROJAS I., *EL derecho del trabajo en Chile. Su formación histórica y el control de la autonomía colectiva*, Legal Publishing, 2016

UGARTE J.L., *Huelga y Derecho*, Legal Publishing, 2016

UGARTE J.L., *Derecho del trabajo: invención, teoría y crítica*, Legal Publishing, 2014

Normativa

Chile

Ley n. 21.165 (Código del Trabajo)

Ley n. 21.096 (Constitución política de la República de Chile)

Ley n. 20.940 (moderniza el sistema de relaciones laborales; fecha de promulgación: 29 agosto 2016; fecha de publicación: 8 septiembre 2016)

DFL 2 (dispone la reestructuración y fija las funciones de la Dirección del Trabajo; fecha de promulgación: 30 mayo 1967; fecha de publicación: 29 septiembre 1967)

Argentina

Ley n. 25.877 (régimen laboral, ordenamiento del régimen laboral; sancionada el 2 marzo 2004; promulgada el 18 marzo 2004)

Ley n. 24.430 (Constitución de la Nación Argentina)

Ley n. 24.013 (ley de empleo, protección del trabajo; sancionada el 13 noviembre 1991; promulgada parcialmente el 5 diciembre 1991)

Ley n. 23.551 (asociaciones sindicales, régimen de las asociaciones sindicales; sancionada el 23 marzo 1988; promulgada el 14 abril 1988)

Ley n. 20.744 (ley de contrato de trabajo, régimen del contrato de trabajo, texto ordenado por decreto n. 390/1976, Bs. As., 13 mayo 1976; sancionada el 11 septiembre 1974; promulgada el 20 septiembre 1974)

Ley n. 14.786 (conflictos de trabajo, conciliación obligatoria; sancionada el 22 diciembre 1958; promulgada el 2 enero 1959)

Decreto reglamentario n. 1694/06 (fecha de emisión: 22 noviembre 2006; fecha de publicación: 27 noviembre 2006)

Decreto reglamentario n. 272/06 (fecha de emisión: 10 marzo 2006; fecha de publicación: 13 marzo 2006)

*Jurisprudencia**Chile*

Corte de Apelaciones de Rancuagua 5 enero 2012, Rol n. 159-2011

Corte de Apelaciones de San Miguel 9 julio 2014, Rol n. 183-2014

Corte de Apelaciones de Santiago 11 octubre 2018, Rol n. 56412-2018

Corte de Apelaciones de Santiago 23 octubre 2015, Rol n. 1144-2015

Corte de Apelaciones de Santiago 27 marzo 2014, Rol n. 142-2014

Corte Suprema de Chile 1º abril 2015, Rol n. 11584-2014

Corte Suprema de Chile 12 mayo 2015, Rol n. 15293-2014

Corte Suprema de Chile 29 enero 2015, Rol n. 10444-2014

Corte Suprema de Chile 4 diciembre 2014, Rol n. 3514-2014

Corte Suprema de Chile 30 abril 2014, Rol n. 10972-2013

Juzgado del Trabajo de Iquique 11 abril 2016, Rit T-108-2015

Tribunal Constitucional Chileno 9 de mayo de 2016, Rol Nº 3016 (3026-16-CPT acumulados)

Argentina

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IX, 11 abril 2011, *Castro Erika Andrea c/ Casino Buenos Aires S.A. Compañía de Inversiones en Entretenimientos S.A. s/ juicio sumarísimo*

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II, 15 febrero 2011 *Fanjul Patricia Irena c/ Editorial Sarmiento S.A. s/ acción de amparo*

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala X, 28 junio 2010, *González Gerardo Esteban c/ Casino de Buenos Aires SA Compañía de Inversiones en Entretenimiento SA UTE s/ juicio sumarísimo*

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V, 20 diciembre 2007, *Quispe Quispe c/ Compañía Argentina de la Indumentaria SA s/ juicio sumarísimo*

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V, 23 junio 2006, *Arecco Maximiliano c/ Praxair Argentina Sa s/ juicio sumarísimo*

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala V, 14 junio 2006, *Parra Vera, Máxima c/ San Timoteo*

Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VI, 10 marzo 2004, *Balaguer, Catalina Teresa c/ Pepsico de Argentina S.R.L s/ juicio sumarísimo*

Corte Suprema de Justicia 7 junio 2016, *Orellano, Francisco Daniel e/ Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/ juicio sumarísimo*

Corte Suprema de Justicia 7 diciembre 2010, *Álvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A. s/ acción de amparo*

Corte Suprema de Justicia 21 septiembre 2004, *Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688*

Reflexiones sobre el despido en Argentina y España. Garantías para la estabilidad en el trabajo

María Florencia SUÁREZ*

RESUMEN: El presente trabajo se propone contribuir a la mejor comprensión del instituto del despido y sus consecuencias jurídicas patrimoniales y extrapatrimoniales, a partir de una breve comparación entre el sistema jurídico argentino y español. Para ello, se realizará un análisis jurídico de legislación, jurisprudencia y doctrina argentina y española, tendiente a evidenciar la necesidad de dar efectiva tutela a derechos y garantías consagradas por las Constituciones Nacionales y el derecho internacional de los derechos humanos.

Palabras clave: Despido injustificado, derecho al trabajo, estabilidad.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El despido: dos caras de una misma moneda. 3. El despido y sus consecuencias jurídicas en Argentina y España. 4. Sistema de derecho internacional del trabajo. 4.1. La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos y su situación actual. 4.2. El control de convencionalidad: garantía de los derechos humanos laborales. 4.3. La protección constitucional del derecho al trabajo: ¿un límite para despedir? 5. El presente del derecho del trabajo y el futuro que queremos. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

* Abogada graduada de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina); Becaria Interna Doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET – Argentina) con lugar de trabajo en el Instituto de Estudios para el Desarrollo Social (Indes-FHyCsyS-UNSE/CONICET); Docente de la Universidad Nacional de Santiago del Estero (Argentina).

Reflections on Unjustified Dismissals in Argentina and Spain. Guarantees of Work Stability

ABSTRACT: This work is intended to contribute to a better understanding of the dismissal and its patrimonial and extra-patrimonial legal consequences from a brief comparison between the Argentine and Spanish legal system and from the analysis of the constitutional protection of the right to work as the boundary to dismissal. In order to achieve this, a legal analysis of legislation, jurisprudence and Argentina and Spanish doctrine will be carried out, aimed to demonstrate the need for effective protection to rights and guarantees enshrined in national constitutions and international law of human rights.

Key Words: Unjustified dismissal, right to work, stability.

1. Introducción

El contrato de trabajo, al igual que el resto de los contratos, determina derechos y obligaciones entre las partes. En el caso del trabajador, poner a disposición su fuerza de trabajo y en el caso del empleador, pagar un salario o remuneración como contraprestación. Todo contrato, además, mantiene un ciclo vital, es decir, nace, se desarrolla y dura en el tiempo para luego extinguirse.

Para perfeccionar un contrato de trabajo, es necesaria la concurrencia de voluntades de dos sujetos. De ahí, su naturaleza esencialmente libre, voluntaria y bilateral, al menos, en el momento de su constitución. Sin embargo, el contrato de trabajo supone una natural desigualdad, jurídico, social y económica entre las partes que forman parte del mismo. Este supone una relación de subordinación del trabajador en favor del empleador que se representa, por ejemplo durante los dos momentos posteriores al nacimiento del contrato, es decir durante la ejecución y extinción del mismo, donde aquella supuesta “libertad” con que el trabajador vendió su fuerza de trabajo a cambio de un salario, parece ceder ante el poder unilateral del empleador.

Es por eso que, desde el Derecho del Trabajo, se vislumbró la necesidad de reforzar su protección teórica y práctica. Esta es una disciplina que busca, desde su origen, a partir de reconocer esta situación, generar una mayor igualdad y construcción de equilibrios entre la libertad de empresa y la protección del trabajo o, lo que es lo mismo entre el capital y trabajo. Esa es su función histórica y social.

El trabajo se estructurará en 3 líneas de exposición. La primera de ellas estará destinada a presentar el tema, el estado del arte del mismo y posiciones doctrinarias contrapuestas en este sentido. También buscará comparar muy brevemente la regulación de las consecuencias jurídicas del instituto del despido, tanto en el sistema jurídico argentino, como español. La segunda parte, se encargará de abordar el sistema de derecho internacional del trabajo, comenzando por el proceso de constitucionalización de la protección del trabajo y del derecho internacional de los derechos humanos. Este capítulo incluirá un breve análisis sobre el control de convencionalidad y de las dificultades con que aún cuenta reconocimiento del derecho al trabajo para actuar efectivamente como un límite para despedir.

Por último, nos abocaremos a tratar la complejidad del presente por el que

¹ Vid. M.F. SUÁREZ, *El despido injustificado y sus consecuencias jurídicas en Argentina*, en *En Letra*, 2018, n. 10, p. 160.

atraviesa nuestra disciplina a nivel mundial. Su problemática actual, dificultades y desafíos de cara al futuro; sin perder de vista su fin fundamental: tutelar el trabajo reconociendo derechos a los trabajadores para corregir la desigualdad estructural de las relaciones de trabajo.

La metodología escogida será fundamentalmente normativa analítica y el material de análisis estará constituido por: legislación nacional e internacional del trabajo, doctrina argentina y española y jurisprudencia.

2. El despido: dos caras de una misma moneda

El despido no constituye un tema nuevo para la doctrina del derecho del trabajo. Este viene siendo largamente estudiado y analizado. Pero ¿qué es el despido?

En sentido amplio, podemos decir que es «la declaración (acto jurídico) unilateral de una de las partes, dirigida a la otra y recibida (no aceptada) por ésta que, tiene por objeto la terminación del contrato»².

El despido nace con el síndrome de la transgresión del orden normativo, un orden dominado por el principio según el cual salvo que la ley dispusiera lo contrario, los contratos se disuelven mediante una sentencia constitutiva de resolución de relaciones obligatorias por incumplimientos³.

Estela Ferreirós, en la misma línea, sostiene que «cuando el despido se produce sin justa causa, resulta arbitrario y produce un daño que la ley presume *iuris et de iure*. En este caso, el despido es un acto ilícito contractual, ya que reúne los cuatro elementos para su configuración. De tal manera que el despido es en los términos expuestos, un hecho ilícito y todo hecho ilícito requiere reparación»⁴.

Para Antonio Baylos, en cambio, el despido es ante todo un «acto de violencia» del poder privado. La empresa, a través de la privación del trabajo a una persona, procede a expulsarla de una esfera social y culturalmente decisiva. Es un «acto de fuerza», un acto lesivo del derecho del trabajo y por eso señala su necesidad de reforzar sus límites y controles, entendiendo que no se trata de un acto “neutro”, a pesar que nos ha hecho creer que el despido constituye un fenómeno socialmente irrelevante, banal, que no genera daños a nadie.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en su

² E. KROTOSCHIN, *Tratado práctico de derecho del trabajo*, Depalma, 1977, p. 128.

³ Vid. U. ROMAGNOLI, *Sobre el despido o la violencia del poder privado. Prólogo a un libro de Antonio Baylos y Joaquín Pérez Rey*, en *Revista de Derecho Social – Latinoamérica*, 2008, n. 4-5, p. 11.

⁴ E.M. FERREIRÓS, *Daño producido por el despido y su reparación*, Hammurabi, 2009, p. 202.

⁵ Vid. A. BAYLOS, J. PÉREZ REY, *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta, 2009, p. 44.

voto en minoría del fallo *Alvarez, Maximiliano y otros c/ Cencosud S.A sobre acción de Amparo*, se refirió al despido afirmando que «no se puede obligar a un empleador – contra su voluntad – a seguir manteniendo en su puesto a empleados que no gozan de la confianza que debe presidir toda relación de dependencia» y que «una vez rota la relación laboral a raíz de un despido injusto se debe reconocer al trabajador el derecho a reclamar una indemnización razonablemente proporcionada al perjuicio sufrido».

Como se puede ver, este es un tema que divide las aguas en la doctrina del trabajo. Existen, por lo menos, dos claras posiciones sobre el régimen de despido y sus consecuencias jurídicas, sociales y patrimoniales en relación a la garantía de estabilidad laboral, que evidencian una tensión de fuerzas y de derechos constitucionales en esta cuestión.

Por un lado, encontramos la libertad de empresa, de mercado, de contratación y el derecho a propiedad, y por el otro, la protección contra el despido arbitrario o injustificado, la estabilidad en el empleo y el “derecho al trabajo”, que a partir de la Reforma de 1994 goza de jerarquía constitucional (art. 75.22) en Argentina.

La primera, (en la que podríamos mencionar autores como Vázquez Vialard, Rodríguez Mancini y Lorenzetti), considera que el empleador tiene derecho a despedir, amparado en la libertad de contratación empresarial y su correlato en la libertad de extinción de los contratos de trabajo. En esta línea de pensamiento, se alude al derecho del empleador de despedir, incluso sin expresión de causa, con la única consecuencia jurídica de abonar una indemnización. Quienes defienden esta posición piensan al trabajador como un instrumento de la empresa, considerado fundamentalmente en términos de productividad en la que creencia de que el contrato de trabajo concede un derecho de propiedad sobre el objeto comprado, objeto que, en todo caso, es la fuerza de trabajo, pero no el trabajador, el cual no constituye una mercancía⁶.

«Está en derecho», sentenciaban los probiviri del despegue de la industrialización apenas iniciada en Italia a finales del siglo XIX, que el trabajador puede ser despedido con el único obstáculo del preaviso. «Está en derecho» era la premisa de la que partían⁷.

La segunda posición con respecto al tema, en la que podemos mencionar autores como Moisés Meik y Ricardo Cornaglia, Antonio Baylos entiende que hay que separar la fuerza de trabajo de la persona del trabajador. Esto supone una revalorización y repolitización del elemento personal del

⁶ Vid. M.F. SUÁREZ, *El despido injustificado a la luz del principio protectorio y el derecho internacional d ellos derechos humanos*, proyecto de Tesis Doctoral, Universidad Nacional de Córdoba, 2017.

⁷ U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 11.

contrato de trabajo, el trabajador, y una mayor protección del mismo, entendiéndolo de acuerdo al fallo *Vizzoti*, como «sujeto de preferente tutela legal» y como la parte más débil de la relación laboral. Considera además su status de ciudadanía dentro y fuera del lugar de trabajo, entendiéndolo como un ser social, sin que sea posible la reducción del mismo a pura energía productiva incorporada al proyecto de producción de bienes y servicios dirigido por la empresas.

3. El despido y sus consecuencias jurídicas en Argentina y España

En Argentina, la Ley de Contrato de Trabajo consagra dos formas de despedir. El despido con causa justificada, que no es indemnizable: es el que corresponde al art. 242 y el despido que carece de causa, y que establece como consecuencia el pago de una indemnización a cargo del empleador (art. 245).

La indemnización allí prevista se encuentra tarifada en función de la antigüedad y la remuneración que poseía el trabajador al momento del despido, y limitada a un tope en relación al promedio de remuneraciones previstas en los convenios colectivos aplicables. Esta indemnización no comprende el resarcimiento de otros daños que pueden causarse al trabajador y se limita a reparar la mera pérdida del puesto del trabajo. Esto se contrapone con lo dispuesto por los arts. 90 y 10 de la misma ley que señalan una clara vocación de permanencia del contrato de trabajo, entendiendo que este se celebra por tiempo indeterminado y con normas constitucionales e internacionales de protección contra la terminación injustificada del contrato de trabajo, como veremos más adelante.

Sin embargo, entre las “bondades” del sistema tarifado se encuentra la de evitar probar daños, lo cual no debiera bloquear la posibilidad de probar “mayores daños” o nulificar el despido en los casos que este colisione con derechos fundamentales como el derecho al trabajo o el respeto a la no discriminación.

El sistema español, por su parte, ha regulado el despido de manera diferente. Este prevé tres requisitos de validez.

En primer lugar, se debe ofrecer una causa, luego cumplir con determinada formalidad y por último ser sometido un control jurisdiccional posterior que verifique la corrección de la conducta empresarial al respecto, aunque sin privar al acto de los efectos extintivos de la relación laboral. De esta manera el juez podrá optar por tres calificaciones posibles: despido

⁸ *Vid.* A. BAYLOS, J. PÉREZ REY, *op. cit.*, p. 49.

procedente, improcedente o nulo para los casos de lesión de derechos fundamentales, entre los que no se encuentra el derecho al trabajo, y libertades públicas del trabajador».

Cuando no existe causa legal para poder despedir, al ser consecuencia de la calificación de improcedencia, el empresario podrá optar libremente por la reincorporación o bien la rescisión del contrato, con el pago de una indemnización y el depósito de los salarios de tramitación correspondientes de conformidad con el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores¹⁰. Esto coloca al empleador en juez y parte.

El mayor problema se presenta, sin embargo, cuando en la práctica y luego de sucesivas reformas legislativas en la materia, la declaración de improcedencia, se constituyó por parte del control jurisdiccional, como la regla general de respuesta al despido sin causa, lo cual implica admitir implícitamente la posibilidad de despedir injustificadamente pagando una indemnización y sin someter la cuestión a ningún control, tal como ocurre en nuestro país.

El despido se “automatiza”, impidiendo la revisión y disuadiendo al trabajador de acudir a los tribunales de justicia porque si el juez coincide en la valoración de improcedencia, este no tendrá derecho a percibir los salarios de tramitación.

Si bien es cierto, el sistema jurídico español prevé “en apariencia” mayores garantías a la hora despedir, porque otorga una mayor “visibilidad” del acto a través de la necesidad de exteriorización de la causa, porque requiere de una determinada formalidad, o bien porque somete la decisión a un control judicial posterior, vemos que éstas son meramente “formales” y que ambos países admiten – ya sea en la letra de la ley o en la práctica – la posibilidad de despido injustificado indemnizado, con efecto extintivo irreversible, en la mayoría de los casos. Nos encontramos finalmente, ante un sistema de «despido ilícito pero válido o, lo que es lo mismo, libre pero indemnizado»¹¹.

⁹ *Ibidem*, p. 91.

¹⁰ *Vid.* D. TOSCANI GIMÉNEZ, *Garantía del trabajador frente al despido arbitrario, discrecional o provocado por el propio empresario*, en *Revista de Derecho Social*, 2009, n. 46.

¹¹ LÓPEZ J., *¿Es inconstitucional el derecho a la estabilidad?*, en *Legislación del Trabajo*, 1969, vol. XVII, p. 385.

4. Sistema de derecho internacional del trabajo

4.1. La constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos y su situación actual

Después de la primera Guerra mundial, sucedieron hechos que marcaron la historia y cambiaron el escenario mundial en relación al trabajo y los derechos de los trabajadores. La constitución de México y la Revolución Rusa de 1917, el preámbulo de la constitución de la OIT de 1919 como primera carta internacional de derechos de los trabajadores donde ya se plasmaba la idea de que el trabajo humano no es una mercancía, dándole con esto una estructura y los primeros cimientos de la concepción universal de la protección del trabajo¹².

Si cualquier nación no adoptare un régimen de trabajo realmente humano, esta omisión constituiría un obstáculo a los esfuerzos de otras naciones que deseen mejorar la suerte de los trabajadores en sus propios países¹³.

Luego con la Segunda Guerra Mundial de 1945 aparecen una nueva oleada de derechos fundamentales, el rechazo a los regímenes totalitarios, la Declaración de Filadelfia de 1944 y los primeros tratados internacionales sobre derechos humanos. La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de 1966, lo cual se completa con con Declaración de la OIT sobre Principios y Derechos Fundamentales 1998. y un año mas tarde la noción de trabajo decente¹⁴.

El siglo XX, marcado por dos guerras mundiales, representa la etapa de la internacionalización y de la especificación de los derechos humanos. Los derechos fundamentales se amplían en generaciones y salen de las fronteras estatales para integrarse en el Derecho internacional. Así mismo, empiezan a especificarse en instrumentos internacionales por razón de sujetos (mujer, niño, discapacitados) o bien por derechos concretos (tortura, desaparición forzada de personas, discriminación racial)¹⁵.

Pero, ¿qué es el Derecho Internacional de los Derechos Humanos laborales? ¿Cuál es su contenido? Podemos decir que es aquel gran conjunto

¹² Vid. D. DUARTE, *Derecho del Trabajo y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en M. MEIK (dir.), *Trabajo y Derechos. Miradas críticas en dimensión jurídica, social y jurisprudencial*, Librería Editora Platense, 2014, pp. 564 ss.

¹³ Preámbulo de la Constitución de la OIT.

¹⁴ Vid. D. DUARTE, *op. cit.*

¹⁵ Vid. C.H. PRECIADO DOMÈNECH, *Breve historia del trabajo y los derechos fundamentales*, Bomarzo, 2018, p. 69.

de derechos laborales que son derechos humanos y están reconocidos por un gran cúmulo de normas internacionales, que forman parte de la constitución, sea por remisión expresa o por esta idea del bloque de constitucionalidad y ahí radica su obligada aplicación en el derecho del trabajo.

El Derecho internacional de los derechos humanos está inspirado en la dignidad humana. Rolando Gialdino¹⁶ habla de esta como un principio mayor. Para este autor, la dignidad humana cumple tres funciones básicas. La primera como fundamento del ordenamiento jurídico positivo. En segundo término, la dignidad es la guía orientadora de la tarea interpretativa de las normas. Y en Tercer lugar, la dignidad sirve como fuente del Derecho cuando no se tiene normas concretas cumpliendo la función de integrar el derecho. De esta manera, toda norma incompatible con la dignidad de la persona se torna inconstitucional por que aquella es causa fuente de derechos humanos.

En Argentina, con la Reforma de 1994 se incorporaron a nuestra Constitución Nacional, en el art. 75.22, diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, consagrando con jerarquía constitucional y status supra legal: el derecho internacional de los derechos humanos y entre ellos el derecho al trabajo.

A su vez, el constitucionalismo social, de manera previa, había introducido en 1957, los denominados Derechos Sociales. Su art. 14-*bis* enuncia «el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes» otorgándole, con su incorporación, jerarquía constitucional al llamado “principio protectorio”.

Ambos momentos constituyentes enmarcaron, sin dudas, al trabajo y sus derechos en el régimen constitucional vigente y se trazó un nuevo rumbo interpretativo para la jurisprudencia en la materia¹⁷.

A partir del año 2004, a través de una seguidilla de fallos, como *Vizzoti*, *Aquino*, *Milone*, *Castillo*, todos ellos vinculados al Derecho del Trabajo, la Corte Nacional generó un notorio cambio de paradigma promoviendo la directa e inmediata aplicación de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, haciendo operativas normas constitucionales que ya existían y el control de convencionalidad.

En algunos de estos fallos se empiezan a observar menciones al estilo de que «la comunidad internacional cumpla su solemne obligación de fomentar

¹⁶ R.E. GIALDINO, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*, Abeledo Perrot, 2013.

¹⁷ Vid. M.F. SUÁREZ, *El despido injustificado a la luz del principio protectorio y el derecho internacional de ellos derechos humanos*, cit.

y alentar el respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales para todos, sin distinción alguna» (fallo *Vizotti*) o a que «las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagradas por la constitución e independientemente de las leyes reglamentarias» (*Angel Siri s/ Amparo*) o planteos de inconstitucionalidad por contrariar instrumentos internacionales, como el caso *Giroldi*, en virtud del cual, se entendió que el art. 459.2, del Código Procesal Penal de la Nación se contraponía a lo dispuesto en el art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que otorga a toda persona inculpada de un delito el derecho «de recurrir el fallo ante juez o tribunal superior».

Pero fue el caso *Simon*, el cual sentó las bases de aquel nuevo enfoque en cuanto se trate de normas intencionales que aseguren los Derechos Humanos. De él se pueden extraer algunas pautas interpretativas de gran importancia y plenamente aplicables al Derecho del Trabajo:

1. la afectación y exigibilidad de un derecho reconocido internacionalmente es posible aun cuando no estuviese reglamentado;
2. la violación de un Tratado opera tanto por el establecimiento de una norma que prescriba una conducta contraria cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan imposible su cumplimiento;
3. la supremacía del Derecho internacional se establece en el art. 31 de nuestra CN y en el art. 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados que señala la primacía del derecho internacional sobre el Derecho interno, pues una parte no podrá invocar su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un Tratado;
4. la ratificación de un Tratado internacional implica la obligación internacional a que los órganos administrativos y jurisdiccionales nacionales lo apliquen, siempre que contengan descripciones suficientemente concretas;
5. cuando los Estados se vinculan mediante tratados de Derechos Humanos, se someten a un orden legal en el cual ellos asumen obligaciones no en relación con otros estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción;
6. incumbe a los Estados partes de la CADH no solo un deber de respeto de los Derechos Humanos sino también un deber de garantía;
7. tras la reforma constitucional de 1994 el Estado argentino ha asumido una serie de deberes y compromisos internacionales consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno (*Simon*)¹⁸.

¹⁸ Vid. D. DUARTE, *El Derecho del Trabajo Internacional y la OIT*, en M. MEIK (dir.), *op. cit.*,

Otro antecedente jurisprudencial de relevancia en este sentido fue *Pinturerías y Revestimientos aplicados S.A./ sobre Quiebra*. En este fallo, la Corte dispuso que el crédito laboral originado en una indemnización por accidente de trabajo, reconocido mediante sentencia firme, goza de privilegio sobre los de la AFIP, por la aplicación del Convenio OIT C173, dejando en claro que los tratados internacionales no son de carácter meramente programático, si no que pueden ser aplicadas a los casos concretos en el ámbito local sin necesidad de que una medida legislativa adicional a la ratificación ya acordada al instrumento internacional, les confiera operatividad.

A propósito de esto último (o de lo anterior) conviene recordar que existen dos teorías con respecto a la recepción del derecho internacional en el derecho interno de cada país: la monista y la dualista. La primera de ellas supone la aplicación “automática” de las normas convencionales en el ordenamiento interno. Una vez que un tratado ha entrado en vigor internacionalmente, sin requerirse ningún acto posterior interno de conversión en norma jurídica interna, entra en vigor internamente.

El sistema monista encuentra su sustento en las ideas de Kelsen. Dicho autor sostenía que existe solo una norma fundamental que da validez a todo el ordenamiento jurídico, norma única que termina por unir al Derecho Interno con el Internacional ya que ambos encuentran en ella su razón de validez. Dentro de la teoría de Kelsen, si una norma encuentra su razón de validez en la norma de jerarquía inmediatamente superior, y existe solo una norma última que es la razón de validez y justificación de la obligatoriedad tanto del Derecho Interno como del Derecho Internacional, entonces entre ambos ordenamientos existirá una relación de jerarquía que muestra que están necesariamente unidos.

El sistema jurídico español, sigue un sistema monista en las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho interno. La constitución española indica expresamente que «Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno». Una vez publicado el texto del tratado, las normas de éste son obligatorias para todos, ciudadanos, poderes públicos y tribunales ante los cuales pueden ser invocados directamente (art. 96 de la Constitución Española). A su vez que el art. 10.2 dispone que «Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

Mientras que la tesis dualista postula que los dos órdenes jurídicos, el

pp. 606 ss.

internacional y el interno, son totalmente distintos y existen independientemente el uno del otro como dos sistemas jurídicos autónomos cuya relación se limita a entrar en contacto, sin que la validez de uno dependa del otro. La teoría dualista afirma que el Derecho Internacional y el Derecho Interno son dos ordenamientos jurídicos totalmente separados, independientes y autónomos, ya que sus fundamentos de validez y destinatarios son distintos. De este modo, las normas de Derecho Internacional son producidas mediante un procedimiento internacional y solamente obligan a comunidades soberanas, mientras que el Derecho Interno tiene su fundamento de creación y validez en la Constitución del Estado, que es el único ordenamiento que puede originar derechos y obligaciones para los individuos. Esta concepción postula una total independencia entre los dos órdenes jurídicos, por lo que ninguno de ellos define la validez del otro. De esta forma, aun las normas estatales opuestas al Derecho Internacional podrán gozar de obligatoriedad jurídica. Si el Derecho Internacional contenido en tratados quiere aplicarse a nivel interno, debe, según esta teoría, transformarse en Derecho Interno, mediante un acto del legislador; para someterse a la norma fundante de dicho Derecho y ser una norma obligatoria para aquel, sin entrar en contradicciones. Este último sería el adoptado por el sistema argentino¹⁹.

Pero tanto el monismo como el dualismo son teorías responden al contexto en el que se originan, un contexto marcadamente estatista con regulaciones nacionales “fuertes” donde además existía una pugna entre quienes pretendían la unicidad del derecho y aquellos que se negaban a ella, entre quienes defendían la soberanía estatal y aquellos que daban un lugar privilegiado a los individuos y, con él, al derecho internacional.

Sin embargo hoy el escenario mundial ha mutado considerablemente y en parte como consecuencia de lo anterior, resulta cada vez más difícil apoyar la existencia de un único ordenamiento jurídico perfectamente articulado, en el cual se subsuman normas nacionales e internacionales, a la vez que parece improbable concebir a los diferentes ordenamientos en juego como compartimentos estancos sin intersección alguna y autosuficientes o completos.

Este nuevo contexto requiere una lectura completamente nueva, se torna necesario reconsiderar, reformular o reinterpretar un derecho internacional que se vincule con los derechos internos de los estados y con el respeto de los derechos humanos fundamentales de manera efectiva.

En este marco el “pluralismo constitucional” se ha instalado como una

¹⁹ Vid. P.A. ACOSTA ALVARADO, *Zombis vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno*, en *Estudios Constitucionales*, 2016, n. 1.

alternativa que plantea, entre otras cosas, que el derecho internacional y derecho interno son dos ordenamientos diferentes y que las constituciones nacionales de los países son incompletas y, a partir de asumir esta incompletitud, deben generarse principios comunes de interacción. Estos principios se construyen tomando en consideración los objetivos de ambos ordenamientos y lo mejor de cada uno de ellos. Su función es permitir la articulación de los dos ordenamientos, el internacional y el interno, considerándolos de forma sistémica, garantizando la legitimidad de las decisiones y asegurando el respeto de cuestiones esenciales.

Esto conlleva necesariamente una reformulación metodológica que implica, un ejercicio de diálogo y acomodación en el que las cortes nacionales y los jueces que las integran, asumen un rol fundamental como mediadores o ‘bisagras’ entre los diversos ordenamientos en juego. Estos deberán interpretar las constituciones nacionales a la luz de los instrumentos internacionales de DDHH y de forma “interdependiente”. Es decir que para interpretar lo que dice una tengo que acudir a lo que dice la otra, y a los órganos de control exteriores (CIDH) para garantizar el cumplimiento y respeto pleno de estos.

Finalmente, la aplicación del derecho – nacional e internacional – debe dar cuenta de una cuestión común: la de la salvaguarda de ciertos valores, entre ellos los derechos humanos, por lo que la decisión respecto del uso de ciertas normas debe abogar siempre por la mayor y mejor protección posible de esos valores comunes. En este sentido, hay límites a la actividad de las autoridades en términos de lo que es razonable – razón pública – independientemente de si su actuación está o no fundada en una norma de derecho nacional o internacional.

4.2. El control de convencionalidad: garantía de los derechos humanos laborales

En la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos, ha surgido el concepto control de convencionalidad para denominar a la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la CADH y su jurisprudencia.

El control de convencionalidad, con dicha denominación, aparece por primera vez en la jurisprudencia internacional de la Corte IDH en el caso *Almonacid Arellano vs Chile* y a partir de dicho precedente, la Corte IDH ha ido precisando su contenido y alcance en su jurisprudencia, para llegar a un

concepto complejo que comprende las siguientes características:

- a. consiste en verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;
- b. es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias;
- c. para efectos de determinar la compatibilidad con la CADH, no sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte;
- d. es un control que debe ser realizado ex officio por toda autoridad pública;
- e. su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la CADH o bien su interpretación conforme a la CADH, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública.

Con el caso *Boyce y otros vs Barbados*, la Corte agrega a su jurisprudencia lo dispuesto por el art. 27 de la Convención de Viena, según el cual Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines.

Mientras que el caso *Mendoza y otros vs Argentina*, la Corte agrega la novedad de solicitar que «dentro de un plazo razonable, el Estado argentino debe adecuar su ordenamiento jurídico interno de conformidad con los parámetros establecidos en esta Sentencia».

Otro aporte significativo a la construcción jurisprudencial de la Corte Interamericana representó el caso *Radilla Pacheco vs México*, a través del cual el tribunal entendió que no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el art. 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el art. 2 de la Convención²⁰.

²⁰ Vid. M.F. SUÁREZ, *Control de convencionalidad: Garantía de protección de los derechos fundamentales y de la reparación integral de los daños en el derecho del trabajo*, en C.A. TOSELLI (dir.),

En efecto, las normas de DH de los Pactos y Declaraciones de DH, forman parte del *ius cogens* u Orden Público Internacional, son vinculantes y conducen al deber de cumplimiento de buena fe de los compromisos internacionales, los cuales no solo son vinculantes para los Estados en una relación vertical con los ciudadanos; si no también en forma horizontal es decir obliga a todos en relación intersubjetiva, lo que involucra a trabajadores y empleadores.

La Declaración Universal sobre Derechos Humanos enuncia una «concepción común a todos los pueblos de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana y la declara obligatoria para la comunidad internacional».

La Convención Americana, a su vez (arts. 1.1 y 2), impone el deber a todos los Estados partes de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró que es «deber de los estados parte de organizar todo el aparato gubernamental, y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Por eso cuando se invocan Tratados internacionales a los que el país esté vinculado, en caso de omitir su aplicación u operatividad, puede acarrear responsabilidad internacional del estado»²¹.

Ni los Estados ni los jueces pueden invocar las disposiciones e su derecho interno para dejar de aplicar la solución más favorable prevista por los tratados internacionales, que se encuentran en la cúspide del derecho internacional como lo determina la Carta de Constitución de las Naciones Unidas, en tanto las disposiciones de estos últimos no pueden ser interpretadas en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir o limitar el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos (art. 29 CADH).

Por eso, cuando un Estado ratifica un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus poderes y sobre todo sus jueces, también están sometidos a lo que ella dispone y «los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin», que desde un inicio carecerán de efectos jurídicos en virtud de dicho control. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la

Temas de derecho laboral. Doctrina, jurisprudencia, legislación, Errepar, 2016, pp. 31 ss.

²¹ Opinión Consultiva 11/90, § 23.

CADH. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

De esta manera, la incorporación de los derechos fundamentales en el nivel constitucional cambian la relación entre el juez y la ley y asignan a la jurisdicción una función de garantía del ciudadano frente a las violaciones de cualquier nivel de la legalidad²². De ahora en más, los jueces no podrán alegar la falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento y deberá aplicarse obligatoriamente e interpretarse de manera más favorable a la vigencia, con un sentido progresivo e imponiendo la no regresividad en materia de Derechos humanos. Pero el control de convencionalidad que estos realizan no se agota en lo descripto. Aquellos estados parte de la Convención que no se adecuen a los dispuesto en ella, incurrirán en responsabilidad internacional. Esta última puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado.

Es por eso que los jueces, en el ejercicio de su ministerio, deben «evitar que la responsabilidad internacional de la República quede comprometida por el incumplimiento» de los tratados y para ello, será necesario que realicen, a través de dicho control, un trabajo de “adecuación” su derecho interno a las disposiciones del tratado, para garantizar los derechos enunciados en éste. «Tal adecuación implica la “adopción de medidas” en “dos vertientes”:

- supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención, y
- expedición de normas y desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías».

4.3. La protección constitucional del derecho al trabajo: ¿un límite para despedir?

El derecho al trabajo es un derecho humano fundamental que consiste en el derecho de toda persona a trabajar en condiciones dignas, equitativas e iguales. Este resulta esencial para la realización de otros derechos humanos y constituye una parte inseparable e inherente a la dignidad humana²³. Su

²² Vid. FERRAJOLI L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 1999.

²³ Vid. R.E. GIALDINO, *op. cit.*

contenido se extiende en un doble sentido: por un lado, el de acceder a un puesto de trabajo y por el otro, el derecho a no ser despedido sin una justa causa²⁴.

Según expusiera el Profesor Fernando Valdés Dal-Ré durante una de sus clases, los derechos fundamentales gozan de tres características principales que los distinguen:

1. imputación subjetiva universal, es decir que le corresponden a todo ser humano por su sola condición de tal;
2. son inalienables, tanto por el poder público como privado;
3. deben estar enunciados en una norma general y abstracta, ej. la constitución.

Estamos en un siglo que se caracteriza por incorporar a las constituciones de los Estados los derechos fundamentales de las personas que se encuentran consagrados por tratados internacionales, los que colocan al hombre en el centro de toda protección y tutela, pero ya no sobre el supuesto como lo hacían los estados liberales que concedían determinados derechos como si se tratase de determinadas gracias o beneficios que debían ser adjuntados o repartidos, sino ahora, desde el tránsito del constitucionalismo liberal al social y a partir de ella tutela de los derechos de segunda generación, sobre la base del reconocimiento de derechos inherentes y esenciales a las personas que son anteriores a la creación de los mismos estados²⁵.

De esta forma, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales ha supuesto la apertura de la , precisamente, al objeto de este trabajo, puesto que desde la segunda mitad del siglo XX derechos fundamentales y relaciones laborales no son compartimentos estancos o esferas diferenciadas, sino que las relaciones laborales nacen, se desarrollan y se extinguen dentro de la esfera de los derechos fundamentales, a lo que se hallan sujetas, además de que existen algunos derechos inherentes a tales relaciones, como trabajo, libertad sindical, conflicto colectivo, negociación colectiva o huelga²⁶.

En el caso de Argentina, el derecho al trabajo, aparece mencionado en nuestra Constitución Nacional, con diversa formulación, a partir de: la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 23.1), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 6) y en el sistema interamericano queda reconocido por el Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

²⁴ *Vid.* M. MEIK (dir.), *op. cit.*

²⁵ *Vid.* R.C. POMPA, *Estabilidad y tratados internacionales sobre derechos fundamentales de los hombres*, en *Derecho Laboral*, 2011, n. 244.

²⁶ *Vid.* C.H. PRECIADO DOMÈNECH, *op. cit.*, p. 85.

(Protocolo de San Salvador), que en su art. 7 habilita, inclusive, a la readmisión al mismo en caso de despido sin justa causa. Al igual que el Convenio OIT n. 158 de 1982 sobre la Terminación de la relación de trabajo, el cual no ha sido ratificado aún por nuestro país pero sí por España.

Este último, delimita su ámbito de protección previendo que este sea aplicará a «todas las ramas de actividad económica» y a «todas las personas empleadas» (art. 2), es decir que su aplicación es universal. Prevé, además, la necesidad de ofrecer causa justificada relacionada con la conducta del trabajador para poder despedir: «No se pondrá fin a la relación de trabajo de un trabajador, a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio» (art. 4).

Vemos que el despido es un tema que se relaciona directamente con el reconocimiento constitucional del derecho al trabajo en las cartas fundamentales de la mayoría de los países. No obstante, no basta con eso. Se trata además de las posibilidades concretas para su eficacia, es decir de las garantías instrumentales para hacerlo efectivo. De lo contrario, el derecho al trabajo, como otros, queda suspendido «en un lugar parecido al limbo donde los católicos creen que encuentran las almas de los cándidos»²⁷. Esto requiere una lectura completamente nueva, se torna necesario reconsiderar, reformular o reinterpretar un derecho internacional que se vincule con los derechos internos de los estados y con el respeto de los derechos humanos fundamentales de manera efectiva. Establecer garantías adecuadas para los derechos fundamentales, que superen algunas limitaciones.

El derecho al trabajo y su garantía de estabilidad requiere, entonces, de un sistema que en lugar de otorgarle eficacia al despido a cambio de una indemnización, le reste fuerza extintiva al acto, se necesita una solución jurídica diferente a la mera indemnización ya que con ella no se reparan integralmente los daños causados por un acto que vulnera derechos que son considerados fundamentales por la comunidad internacional. Pues no es resulta esto suficiente y debe, en consecuencia, limitarse.

Daniel Brain²⁸ ha entendido que existen tres distintas teorías sobre el alcance de la protección contra el despido arbitrario plasmado en el art. 14-*bis* de la Constitución Nacional Argentina. Una “tesis amplia” o progresista, renovadora, que intenta abarcar la totalidad de los aspectos dogmáticos que

²⁷ U. ROMAGNOLI, *op. cit.*, p. 10.

²⁸ D.H. BRAIN, *La reparación frente al despido arbitrario y su nueva concepción con el trabajo decente y los derechos fundamentales del trabajo*, proyecto de Tesis doctoral, Universidad Nacional de Córdoba, 2014.

sintetizan esta protección incluyendo la posibilidad de considerar ese precepto constitucional con una garantía de estabilidad absoluta en el empleo, con derecho a una reincorporación; una “tesis intermedia”, que garantiza la continuidad del trabajador pero que acepta la posibilidad de una indemnización comprensiva de la totalidad de los daños que ocasiona la pérdida del empleo en un trabajador inserto en una sociedad más humanista, estructurada sobre la base de un piso indemnizatorio obligatorio y la posibilidad de acreditar un daño mayor; una “tesis restrictiva”, que no considera al art. 245 LCT como una norma en crisis, sino más bien fortalecida con una indemnización tarifada que suple cualquier idea de daño resarcible, posicionándose en una teoría o “tesis intermedia” por entender que es la que más se ajusta al nuevo modelo humanista de la Constitución Nacional.

Propiciamos la tesis que sostiene que, por la aplicación de las normas superiores emanadas de los Tratados Internacionales, frente a un despido sin causa, al trabajador le asiste también el derecho consagrado en los tratados internacionales de poder demandar su invalidez y la opción de reincorporación, más el resarcimiento integral de los daños.

No desconocemos las teorías que postulan que una solución como la propiciada puede ser considerada confiscatoria por afectar el derecho de propiedad o la libertad de contratar en la versión de des-contratar que se les reconoce a los empleadores. Aclaramos que no se está propiciando un sistema que implique el pago indefinido de salarios sin la correspondiente contraprestación del trabajo, si sostenemos que los empleadores no puedan ejercer el poder de despedir. Lo que se sostiene es que no puede haber despido sin causa²⁹.

Los derechos fundamentales del hombre no pueden ser enajenados por el precio de una indemnización pecuniaria. La cuestión de la recuperación del puesto de trabajo no puede ser encarada desde el cumplimiento de las obligaciones, sino desde la nulidad de los actos ilícitos.

5. El presente del derecho del trabajo y el futuro que queremos

Las normas jurídicas regulan la convivencia de las personas durante un tiempo y espacio determinado, es decir que la creación y evolución normativa en una sociedad depende de una serie de factores (históricos, políticos, sociales, económicos, etc.) y de las necesidades de la propia sociedad. Por eso es común observar modificaciones en los instrumentos

²⁹ *Vid.* R.C. POMPA, *op. cit.*

normativos, como así también en los espacios donde estos se aplican.

Podemos afirmar, además, que el derecho y las leyes que resultan de él son la expresión de la correlación de fuerzas y de poder en un momento y contexto determinado y el Derecho del Trabajo no es la excepción. El contexto de crisis actual, la globalización, el cambio tecnológico y el surgimiento de nuevas formas de trabajo, que parecen desplazar al trabajo asalariado típico; exigen que repensemos la noción de trabajo.

En este tercer y último capítulo, nos proponemos analizar la complejidad del contexto que hoy atraviesa nuestra disciplina, su realidad actual, dificultades y desafíos de cara al futuro.

La natural exigencia de eficiencia de los mercados, sobre todo en contextos de crisis, deja al derecho del trabajo imposibilitado, incapaz de cumplir con su fin institucional y constitucional, a saber: tutelar el trabajo reconociendo derechos a los trabajadores para corregir la desigualdad estructural de las relaciones de trabajo. Vemos, por el contrario que, la regulación laboral actual muestra, una notable disminución en la protección del trabajador a la estabilidad en el empleo y a su derecho a la protección contra el despido injustificado, contenido esencial del derecho al trabajo.

De esta forma, la inestabilidad del empleo y su falta, la baja tasa de empleo, su precariedad y el gravísimo problema social y económico de la alta y persistente tasa de desempleo extendido por la recesión y el estancamiento económicos, y las nuevas formas de organización empresarial y de actuación económica promovidas por el cambio tecnológico y la globalización, en un contexto político ideológico que subordina el Derecho del Trabajo y el empleo a la economía según una nueva relación en la que las normas laborales han de servir de instrumentos de ordenación económica³⁰.

A su vez, la globalización sumada al cambio tecnológico genera un nuevo contexto a nivel internacional. Asistimos a una transformación disruptiva, un transición imparable que influye inevitablemente en el mundo del trabajo y su regulación. Se plantea un nuevo escenario global. Con nuevas formas de trabajo, nuevos actores, pero no nuevas reglas e instrumentos normativos que lo regulen.

La globalización ha sido definida como: «Constelación de centros con fuerte poder económica y fines lucrativos, unidos por intereses paralelos, cuyas decisiones dominan los mercados mundiales, especialmente los financieros, usando para ello la más avanzada tecnología y aprovechando la ausencia y debilidad de medidas reguladoras y de controles políticos.

³⁰ Vid. M.E. CASAS BAAMONDE, *La eficacia y la eficiencia del derecho del trabajo. Reflexiones sobre un derecho cuestionado por la economía y el desempleo*, en *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, 2014, n. 15.

Fenómeno económico con raigambre en todos los ámbitos, por el cual los países se van integrando progresivamente en el marco de la economía internacional y, al mismo tiempo, cediendo poder a unas fuerzas supranacionales»³¹.

De esta manera, el espacio globalizado ha generado el ámbito propicio para el surgimiento de un nuevo sujeto privado de gran poder económico y político: la empresa transnacional. Estas buscan países o estados donde realizar sus inversiones de manera competitiva, al menor costo posible y al margen de cualquier obstáculo legal, constitucional o internacional que se interponga. Todo ello genera una gran presión sobre los gobiernos de los respectivos países, que muchas veces deben a reducir la protección social y flexibilizar normas protectoras del trabajo, ante la necesidad de esas inversiones³².

Los estados (por lo general subdesarrollados), se comprometen a conceder contrapartidas al inversor frente a sus leyes internas protectoras en materia de derechos humanos, seguridad en el trabajo, medio ambiente, etc. De alguna manera, la renuncia a los derechos humanos se convierte en el precio del desarrollo. ¿Cómo puede proteger un Estado los derechos humanos si cambia las inversiones necesarias par el desarrollo por la vulneración de esos mismos derechos (ej. explotación infantil)³³.

Otro factor de enorme relevancia para la regulación del derecho del trabajo son las nuevas tecnologías, las cuales por un lado, contribuyen de forma innegable al incremento de la productividad y un cambio de paradigma en los sistemas de producción tradicionales, pero por otro lado, han generado numerosos problemas en las relaciones laborales. Como ser:

- injerencias en la intimidad o en el derecho a derecho a la protección de datos de los trabajadores al controlar la actividad laboral;
- listas negras de trabajadores en sindicatos;
- obsolescencia de los trabajadores que cada vez necesitan más de la formación continua para adaptarse al elevado ritmo de las TIC;
- aumento del teletrabajo y deslocalización de servicios a países con peores condiciones laborales;
- favorecimiento del *outsourcing* como fenómeno de fragmentación empresarial en detrimento de los derechos de los trabajadores;
- incremento del trabajo autónomo;
- desempleo de trabajadores por la informatización de su puesto de

³¹ C.H. PRECIADO DOMÈNECH, *op. cit.*, p. 88.

³² *Vid.* A. BAYLOS GRAU, *El futuro de las normas del trabajo que queremos*, en L.M. CABELLO DE ALBA, M.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (coords.), *El futuro del trabajo que queremos*, Bomarzo, 2017.

³³ *Vid.* C.H. PRECIADO DOMÈNECH, *op. cit.*, p. 89.

trabajo y aumento del desempleo de larga duración por falta de reinsertabilidad en el mercado laboral³⁴.

Se han producido cambios en los sistemas de vigilancia, los cuales se han visto mejorados y optimizados con el uso de la tecnología. Esto provocó que los tradicionales poderes de dirección y de control del empleador se fortalezcan, ampliando más aún la brecha que existe con la natural disparidad de poder de las partes del contrato de trabajo.

En cuanto a la forma de trabajo y a pesar de que hoy se exige un tiempo y lugar determinados de trabajo, observamos que cada vez más se trabaja en cualquier momento, con tiempos flexibles de trabajo, que de hecho han dado lugar al surgimiento de nuevos derechos como el derecho a la desconexión digital.

También se trabaja en cualquier lugar (deslocalización productiva), la cual actúa como una estrategia empresarial fundamental y exige la permanente adaptabilidad de los trabajadores/as al cambio de circunstancias y desregulación, supeditando los derechos de los trabajadores a las exigencias de la economía, precarizando las condiciones de trabajo.

El outsourcing o descentralización productiva, supone un importante impacto en las relaciones laborales. Se pasa con el outsourcing de la clásica división del trabajo en la empresa como forma organizativa de la producción a gran escala, a una empresa fraccionada en una red de empresas dominadas por la empresa holding o matriz, generalmente vacía de trabajadores, sin stocks, produciendo “*just in time*”, diluyéndose así la fuerza sindical de los trabajadores puesto que las normas reguladoras suele seguir apoyadas en el modelo fordista con una empresa ideal demasiado grande para la realidad actual, de forma que el desfase normativo de ella realidad empresarial disminuye la adaptación del sindicalismo a la nueva realidad.

Por último y en parte como consecuencia de lo anterior, han surgido alternativas al sistema de producción capitalista: Economía social, popular, solidaria, o bien experiencias vinculadas con el trabajo autónomo, o voluntario que ponen en la mira al trabajo asalariado, el cual se ha convertido en un bien escaso.

«Hasta ahora y desde hace dos siglos, el trabajo asalariado ha sido o intentado ser el lugar donde organizar al grupo social. La modernidad sitúa la explotación del trabajo como medio de acumulación para quienes poseen los medios de producción»³⁵.

³⁴ M.E. CASAS BAAMONDE, *op. cit.*, p. 92.

³⁵ L.M. CABELLO DE ALBA, *El futuro de trabajo de queremos hoy*, en L.M. CABELLO DE ALBA, M.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (coords.), *op. cit.*, p. 17.

El sistema capitalista de producción lanza a la informalidad a la mayoría de los trabajadores del mundo. El mercado de trabajo se polariza, como consecuencia del cambio tecnológico y la crisis económica, entre lo que tienen un trabajo decente (de buena calidad, estable y con una remuneración digna) y el trabajo precario, informal o los que no tienen trabajo.

En este marco, han surgido diversas alternativas a la economía tradicional o al sistema capitalista de producción. La economía social y solidaria, por ejemplo, se define como un modo de hacer economía, organizando de manera asociada y cooperativa la producción, distribución, circulación y consumo de bienes y servicios no en base al motivo de lucro privado sino a la resolución de las necesidades, buscando condiciones de vida de alta calidad para todos los que en ella participan, sus familiares y comunidades, en colaboración con otras comunidades para resolver las necesidades materiales a la vez que estableciendo lazos sociales fraternales y solidarios, asumiendo con responsabilidad el manejo de los recursos naturales y el respeto a las generaciones futuras, consolidando vínculos sociales armónicos y duraderos entre comunidades, sin explotación del trabajo ajeno³⁶.

La economía popular, mientras tanto, es de surgimiento más reciente y ha sido entendida como «toda actividad creadora y productiva asociada a mejorar los medios de vida de actores de alta vulnerabilidad social, con el objeto de generar y/o comercializar bienes y servicios que sustenten su propio desarrollo o el familiar. La Economía Popular se desarrolla mediante proyectos económicos de unidades productivas o comerciales de baja escala, capitalización y productividad, cuyo principal activo es la fuerza de trabajo»³⁷.

César Arese³⁸, en este sentido, ha entendido que, «En suma, los Derechos Humanos Laborales, sus fuentes constitucionales y supranacionales, amparan al trabajador como ciudadano portador de derechos humanos subjetivos, pero no circunscriben su radio de actuación a un trabajador que ingresa a un trabajo dependiente, sea formal o informal (en negro), estable o precario, sino que comprende al trabajador en su condición de tal, cualquiera sea la forma de su situación legal o real; empleado dependiente o desempleado, en negro, autónomo, cuenta propista, cooperativista o integrante de otras empresas o estructuras que no implican nexo dependiente».

Y aporta, además un interesante antecedente jurisprudencial sobre la

³⁶ Vid. SUÁREZ M.F., *El despido injustificado y sus consecuencias jurídicas en Argentina*, cit.

³⁷ Art. 1, Decreto 159/17.

³⁸ C. ARESE, *Trabajo precario y de economía popular: negociación, sindicalización y conflictos*, en *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, 2017, n. 3.

posibilidad de exigibilidad del derecho al trabajo en *Tejeda, Esa Cecilia y ot. c/ Estado Nacional* (19 diciembre 2006) donde la Cámara Federal de Córdoba, Argentina, acogió un amparo presentado por 620 desocupados y sus hijos de un conjunto de barrios carenciados y azotados por redes de narcotráfico, para que, sobre la base del derecho al trabajo según las fuentes ya informadas en el título anterior más los derechos humanos de los niños, se los incorporara a un plan ocupacional en el sector público o privado para ejercer un trabajo digno y remunerado. El tribunal reconoció el acceso a la jurisdicción (arts. 8 y 25 CADH), el derecho sustancial en emergencia y declaró la procedencia de la acción de amparo «desde punto de vista formal» y el «control de judicial desde la óptica de un efectivo examen de razonabilidad, verificando el cumplimiento de las obligaciones positivas del Estado en garantizar prestaciones establecidas en programas sociales y en los instrumentos que con su suscripción ha comprometido su responsabilidad internacional». Asimismo, indicó la necesidad de una “conciliación de intereses” que finalmente, se logró entre el Estado Nacional y los amparistas, mediante planes de asistencia, formación profesional e inclusión escolar y laboral.

Finalmente ante la exclusión masiva generada por el sistema socioeconómico dominante, la crisis del trabajo asalariado, el fracaso de las políticas neoliberales, el aumento de la pobreza y el debilitamiento de las estructuras partidarias, sindicales y estatales para dar respuesta a la situación antes mencionada se exige un cambio estructural que vuelva capaz al derecho del trabajo de dar respuestas rápidas y eficaces a las exigencias del mercado sin que estas impliquen la destrucción del trabajo y el trabajador. El trabajo, al igual que el despido, no puede quedar librado al mercado. Debe ser regulado y limitado. Logrando determinada previsibilidad jurídico que no anulen garantías laborales, ni flexibilicen con resultados de precariedad y pérdida de protección, que respeten las constituciones nacionales, la normas y tratados internacionales, el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho al trabajo.

En todos los casos, es clave la actuación del Estado en la determinación de los contornos de su soberanía o de la intensidad de su regulación, aunque el resultado genere una verdadera crisis en la configuración clásica de la potencia determinante de la normatividad de un sistema jurídico.

Por eso la regulación del trabajo es un tema central en el diseño del mismo, que enlaza directamente con la noción de trabajo decente y la forma de preservar y adecuar este concepto en medio y largo plazo con instrumentos y medidas que lo universalicen como eje de cualquier sistema de gobierno y como pauta de corrección de las políticas económicas adoptadas, en

definitiva, como fundamento de la gobernanza en un mundo global³⁹.

6. Conclusión

El trabajo confiere, además de la renta o salario necesario para vivir, la calidad de ciudadano y una serie de derechos además de los estrictamente laborales. Joaquín Pérez Rey, durante sus clases, ha dicho que el trabajo es un elemento definitorio del ser (“Yo soy carpintero”, “Yo soy abogado”, “Yo soy obrero”) y la ausencia del mismo no es por lo tanto un “no tener”, sino un “no ser”. Quien pierde su trabajo pierde una condición valiosa, una fuente de ingresos y su derecho a trabajar, siendo sometido a una situación de desempleo o subempleo y posible marginalidad del mercado de trabajo. Esto mismo provoca que en ocasiones, como la actual, el trabajador deba soportar situaciones de violencia institucional o la privación de derechos laborales individuales y colectivos cuando hay posibilidades de perder el puesto de trabajo. De este modo, ese “temor” se convierte en un instrumento de control social y reproduce aquella desigualdad jurídico-social entre las partes⁴⁰.

Se ha ido instalando de manera muy firme en el tiempo una narrativa que incorpora lo esencial del discurso economista neoliberal: que el despido es un acto de libertad y que la libertad de organización de la vida social y económica, derivada de la capacidad de crear riqueza, no puede ser limitada sino excepcionalmente. Por eso el despido aparece como un acto que no puede ser limitado sino a lo sumo compensado económicamente. Esto se ha sido asumido y naturalizado por la el campo de la técnica jurídica⁴¹.

Pero no es así, el despido constituye una sanción muy severa desde el punto de vista político y social, con efectos “plurilesivos” para la persona del trabajador y debe ser limitado, en consecuencia.

Las condiciones actuales demandan que repensemos las nociones de trabajo y despido. Debemos pensar al trabajo no ya como un factor o como un valor económico ligado a la creación de riqueza; si no como un espacio de contrapoder y como expresión ligada a la expresión de la personalidad, como manifestación de la creatividad y dignidad de las personas (noción de “trabajo decente”). El trabajo actúa nivelador de las desigualdades sociales y el derecho al trabajo, es un derecho constitucional garantizado.

No se puede perder de vista que el derecho a ese trabajo ha sido consagrado

³⁹ Vid. A. BAYLOS GRAU, *El futuro de las normas del trabajo que queremos*, cit., p. 117.

⁴⁰ Vid. M. MOREIRA, *Antropología del Control Social*, Antropofagia, 2001.

⁴¹ Vid. A. BAYLOS GRAU, *Consideraciones sobre el despido individual y la garantía judicial del derecho al trabajo*, en *Revista de Derecho Social*, 2009, n. 46, p. 21.

y protegido por los tratados internacionales de derechos humanos laborales, los cuales constituyen el marco constitucional vigente. Las normas internacionales sobre derechos humanos y el derecho al trabajo son Fuente de Derecho y han generado un Standar de protección, un umbral, en base al cual hay que interpretar y aplicar el derecho. Tal como lo hizo la jurisprudencia de nuestro país luego de la Reforma constitucional de 1994. Se requiere, por lo tanto un movimiento en sentido opuesto, es decir, en la dirección de “empoderar” las normas internacionales del trabajo no solo, como se ha dicho, en cuanto éstas sean el eje de la actuación de los sujetos globales, sino en su inserción en los ordenamientos jurídicos nacionales, permitirá ir estableciendo un sólido piso de condiciones laborales y sociales que generalicen primero y universalices después la noción de trabajo decente a través de los complementos básicos que lo constituyen⁴².

Por último, no podemos perder de vista, que el sector del trabajo es la fuente casi exclusiva de ingreso de la mayoría de la población. Es por lo tanto la fuerza motriz y generadora de riquezas en el proceso productivo, que tuvo a su cargo las mayores responsabilidades en los procesos históricos de transformación colectiva de su propia realidad, y que se caracteriza por su sentido de solidaridad, cooperación y justicia social a lo largo de la historia. Características estas últimas que no son propias del capital. Precisamente porque este no tiene razones para ser justo solidario por su propia definición de objetivos, que para satisfacer sus intereses de eficiencia, productividad y la mayor rentabilidad se torna necesario ser frío y egoísta.

Pues a lo largo de la historia la conquista de los derechos laborales más significativos por parte de la clase trabajadora, tuvo que ver con su acción colectiva y organizada y un posterior correlato legal de dichos procesos sociales. Recordemos que es recién a principios del siglo pasado cuando con el surgimiento del derecho del trabajo se comienza a limitar aquella autonomía de la voluntad de despedir del empleador, consagrándose formas superadoras de la continuidad y permanencia en el trabajo. Se relacionó el carácter alimentario de la remuneración con el derecho a la permanencia, y ambos en conexión con el derecho superior a una vida digna.

Tal vez hoy, igual que ayer, la principal y más valiosa arma con la que cuente el trabajador, en la lucha por sus más profundas reivindicaciones, sea una vez más *La organización colectiva*⁴³.

⁴² Vid. A. BAYLOS GRAU, *El futuro de las normas del trabajo que queremos*, cit., p. 129.

⁴³ M.F. SUÁREZ, *El despido arbitrario en las normas y en los hechos: garantías para la estabilidad en el trabajo*, Tesis de Maestría, Universidad de Palermo, 2015, pp. 57 y 58.

7. Bibliografía

- ACOSTA ALVARADO P.A., *Zombis vs. Frankenstein: Sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno*, en *Estudios Constitucionales*, 2016, n. 1, pp. 15-60
- ARESE C., *Trabajo precario y de economía popular: negociación, sindicalización y conflictos*, en *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, 2017, n. 3, pp. 29-43
- BAYLOS GRAU A., *El futuro de las normas del trabajo que queremos*, en L.M. CABELLO DE ALBA, M.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (coords.), *El futuro del trabajo que queremos*, Bomarzo, 2017
- BAYLOS GRAU A., *Consideraciones sobre el despido individual y la garantía judicial del derecho al trabajo*, en *Revista de Derecho Social*, 2009, n. 46, pp. 11-30
- BAYLOS A., PÉREZ REY J., *El despido o la violencia del poder privado*, Trotta, 2009
- BRAIN D.H., *La reparación frente al despido arbitrario y su nueva concepción con el trabajo decente y los derechos fundamentales del trabajo*, proyecto de Tesis doctoral, Universidad Nacional de Córdoba, 2014
- CABELLO DE ALBA L.M., *El futuro de trabajo de queremos hoy*, en L.M. CABELLO DE ALBA, M.L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (coords.), *El futuro del trabajo que queremos*, Bomarzo, 2017
- CABELLO DE ALBA L.M., RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ M.L. (coords.), *El futuro del trabajo que queremos*, Bomarzo, 2017
- CASAS BAAMONDE M.E., *La eficacia y la eficiencia del derecho del trabajo. Reflexiones sobre un derecho cuestionado por la economía y el desempleo*, en *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, 2014, n. 15, pp. 67-99
- DUARTE D., *Derecho del Trabajo y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en M. MEIK (dir.), *Trabajo y Derechos. Miradas críticas en dimensión jurídica, social y jurisprudencial*, Librería Editora Platense, 2014
- DUARTE D., *El Derecho del Trabajo Internacional y la OIT*, en M. MEIK (dir.), *Trabajo y Derechos. Miradas críticas en dimensión jurídica, social y jurisprudencial*, Librería Editora Platense, 2014
- FERRAJOLI L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, 1999
- FERREIRÓS E.M., *Daño producido por el despido y su reparación*, Hammurabi, 2009
- GIALDINO R.E., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Principios, Fuentes, Interpretación y Obligaciones*, Abeledo Perrot, 2013
- KROTOSCHIN E., *Tratado práctico de derecho del trabajo*, Depalma, 1977

- LÓPEZ J., *¿Es inconstitucional el derecho a la estabilidad?*, en *Legislación del Trabajo*, 1969, vol. XVII, pp. 385-398
- MEIK M. (dir.), *Trabajo y Derechos. Miradas críticas en dimensión jurídica, social y jurisprudencial*, Librería Editora Platense, 2014
- MOREIRA M., *Antropología del Control Social*, Antropofagia, 2001
- MURCIA CLAVERÍA A., *Derecho al trabajo y crisis económica*, en *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, 2014, n. 15, pp. 371-401
- POMPA R.C., *Estabilidad y tratados internacionales sobre derechos fundamentales de los hombres*, en *Derecho Laboral*, 2011, n. 244, pp. 675-692
- PRECIADO DOMÈNECH C.H., *Breve historia del trabajo y los derechos fundamentales*, Bomarzo, 2018
- ROMAGNOLI U., *Sobre el despido o la violencia del poder privado. Prólogo a un libro de Antonio Baylos y Joaquín Pérez Rey*, en *Revista de Derecho Social – Latinoamérica*, 2008, n. 4-5, pp. 9-16
- SUÁREZ M.F., [Nuevas formas de trabajo. Los trabajadores de la economía popular](#), en [Revista de la Facultad](#), 2019, n. 1, pp. 111-121
- SUÁREZ M.F., [El despido injustificado y sus consecuencias jurídicas en Argentina](#), en [En Letra](#), 2018, n. 10, pp. 156-168
- SUÁREZ M.F., *El despido injustificado a la luz del principio protectorio y el derecho internacional de los derechos humanos*, proyecto de Tesis Doctoral, Universidad Nacional de Córdoba, 2017
- SUÁREZ M.F., *Control de convencionalidad: Garantía de protección de los derechos fundamentales y de la reparación integral de los daños en el derecho del trabajo*, en C.A. TOSELLI (dir.), *Temas de derecho laboral. Doctrina, jurisprudencia, legislación*, Errepar, 2016
- SUÁREZ M.F., *El despido arbitrario en las normas y en los hechos: garantías para la estabilidad en el trabajo*, Tesis de Maestría, Universidad de Palermo, 2015
- TOSCANI GIMÉNEZ D., *Garantía del trabajador frente al despido arbitrario, discrecional o provocado por el propio empresario*, en *Revista de Derecho Social*, 2009, n. 46, pp. 97-119

Del *mobbing* de trabajo en el ordenamiento jurídico brasileño*

Rocco Antonio Rangel Rosso NELSON**
Walkyria de Oliveira Rocha TEIXEIRA***

RESUMEN: El trabajo es una actividad ligada umbilicalmente con todas las esferas de la vida de una persona, puesto que una parte significativa del tiempo de vida del ser humano se desarrolla trabajando, lo que refleja en las dimensiones personales, familiares y sociales del trabajador. De tal suerte, un ambiente de trabajo sano es fundamental para el buen desarrollo de la persona, en todas estas dimensiones. No es por otra razón que los derechos sociales son erigidos en el status de derechos humanos. El objetivo del presente ensayo es precisamente evaluar los contornos jurídico-normativos que permiten la subsunción de conductas como forma de acoso moral laboral, y en estos términos, las consecuencias jurídicas de dicha práctica. La investigación en pantalla, haciendo uso de una metodología de análisis cualitativo, usando los métodos de abordaje hipotético-deductivos de carácter descriptivo y analítico, así como la técnica de investigación bibliográfica, tiene por línea de fondo hacer un análisis dogmático en cuanto a la construcción normativa de la conducta de acoso moral en el seno del sistema jurídico brasileño teniendo por vector axiológico, siempre, la búsqueda de la eficacia de los derechos fundamentales esculpidos en la Constitución Federal de 1988.

Palabras clave: acoso moral, características, previsión legal, posicionamiento de los tribunales.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. De las clasificaciones en cuanto al acoso moral. 2.1. De la clasificación en cuanto al grado jerárquico. 2.1.1. De la clasificación en cuanto al grado del daño. 2.2. De la clasificación en cuanto a la motivación. 3. De las fuentes del derecho en

* Artículo de investigación elaborado a partir de un estudio desarrollado en la línea de investigación *Democracia, Ciudadanía y Derechos Fundamentales*, inscrita en el Grupo de Estudio e Investigación sobre Extensión y Responsabilidad Social del Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte – IFRN (Brasil).

** Professor efetivo de Derecho, Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central (Brasil).

*** Auditora Federal, Abogada, Jefa de Auditoría General de la IFRN.

cuanto al acoso moral. 4. De los elementos normativos estructurantes del acoso moral. 4.1. Del contexto laboral. 4.2. De la práctica reiterada y sistémica. 4.3. Del resultado dañino. 4.4. De la conducta dolosa. 4.5. De la intensidad de la violencia. 5. De las consecuencias jurídicas del acoso moral en el marco del contrato de trabajo. 6. De la distinción entre acoso moral y acoso sexual. 6.1. Del Proyecto de Ley 5.971/2001. 7. Conclusiones. 8. Bibliografía.

About Mobbing at Work in the Brazilian Legal System

ABSTRACT: Work is an umbilically linked activity with all spheres of a person's life, since a significant part of the human being's working life is reflected in the personal, family, and social dimensions of the worker. In such a way, a healthy working environment is crucial for the good development of the person, in all said dimensions. It is for no other reason that social rights are erected to human rights status. The objective of this essay is precisely to verify the normative juridical contours that allow the subsumption of conduct as a form of moral harassment, and in these terms, the legal consequence of said practice. The on-screen research, using a methodology of qualitative analysis, using the hypothetical-deductive approaches of a descriptive and analytical character, adopting a bibliographic research technique, has its background a dogmatic analysis of the construction Normative of the conduct of moral harassment in the bulge of the Brazilian juridical system having by axiological vector, always, the search of the effectiveness of the fundamental rights carved in the Federal Constitution of 1988.

Key Words: Harassment, features, legal forecast, positioning of courts.

1. Introducción

El acoso moral posee diversas denominaciones en el derecho comparado: “acoso moral”, en España; “*mobbing*”, en Italia y Alemania; “*ijime*”, en Japón; “*bullying*”, en Inglaterra; “*harassment*”, en los Estados Unidos; “*harcèlement moral*”, en Francia; “*assédio moral*” en Brasil. También es común la terminología de psicoterror.

El llamado acoso moral laboral en verdad es fruto de la apropiación de la terminología “*mobbing*” utilizada en la ciencia que estudia comportamiento animal (etología) el cual está relacionado con la práctica colectiva de animales practicando comportamiento hostil con el desiderato de prohibir a uno de sus miembros de la convivencia de la banda.

El *mobbing* en el contexto laboral sólo fue utilizado en la década de ochenta por el psicólogo del trabajo Heinz Leymann. La referida terminología y el asunto, en sí, gana destaque e importancia en su estudio a partir de 1998 con la obra de la psicoanalista francesa Marie-France Hirigoyen (*harcèlement moral: démêler le vrai du faux*)¹.

Leymann fue el primero en definir el *mobbing* laboral, presentando el tema de la siguiente manera²:

Psychical terror or mobbing in working life means hostile and unethical communication which is directed in a systematic way by one or a number of persons mainly toward one individual. There are also cases where such mobbing is mutual until one of the participants becomes the underdog. These actions take place often (almost every day) and over a long period (at least for six months) and, because of this frequency and duration, result in considerable psychic, psychosomatic and social misery. This definition eliminates temporary conflicts and focuses on the transition zone where the psychosocial situation starts to result in psychiatric and/or psychosomatic pathological states.

En su best-seller³ Hirigoyen presenta la siguiente definición sobre el tema:

Por assédio em um local de trabalho temos que entender total e qualquer conduta abusiva, manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à

¹ Cfr. C.R. CARNEIRO DE CASTRO, *O que você precisa saber sobre o assédio moral nas relações de emprego*, LTr, 2014, pp. 20-21.

² H. LEYMAN, *Mobbing and Psychological Terror at Workplaces*, en *Violence and Victims*, 1990, vol. 5, n. 2, p. 120, pp. 119-126 (último acceso: 20 julio 2017).

³ M.-F. HIRIGOYEN, *Assédio Moral. A violência perversa no cotidiano*, Bertrand Brasil, 2002, p. 65.

dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, por em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho.

Pamplona Filho, Lago Junior y Sarno Braga así define acoso moral y observan en cuanto a su concepto generalista⁴:

O assédio moral pode ser conceituado como uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, tendo por efeito a sensação de exclusão do ambiente e do convívio social.

Este nosso conceito busca um sentido de generalidade, pois o assédio moral não é um “privilégio” da relação de emprego, podendo ser praticado em qualquer ambiente onde haja uma coletividade, como, por exemplo, em escolas, comunidades eclesíásticas, corporações militares, entre outros.

La profesora Bomfim Cassar explicita que el acoso moral se caracteriza:

pelas condutas abusivas praticas pelo empregador direta ou indiretamente, sob o plano vertical ou horizontal, ao empregado, que afetem seu estado psicológico. Normalmente, refere-se a um costume ou prática reiterada do empregador.

En cuanto al asunto, así se posiciona el profesor Godinho Delgado⁶:

conduta reiterada seguida pelo sujeito ativo no sentido de desgastar o equilíbrio emocional do sujeito passivo, por meio de atos, palavras, gestos e silêncios significativos que visem ao enfraquecimento e diminuição da autoestima da vítima ou a outra forma de tensão ou desequilíbrio emocionais graves.

Es lapidar la definición de Carneiro de Castro⁷, en el cual busca presentar todas las características del acoso moral:

Violência moral intensa praticada por um agente (ou mais), em regra, o empregador ou superior hierárquico (assédio moral “vertical descendente”), porém, pode ser efetuado por subordinado (assédio moral “ascendente”), por colega de trabalho (assédio moral “horizontal”) ou por terceiro não vinculado à hierarquia empresarial. Os atos ofensivos devem ser dolosos ou

⁴ R. PAMPLONA FILHO, A. LAGO JUNIOR, P. SARNO BRAGA, *Noções Conceituais sobre o Assédio Moral na Relação de Emprego*, en *Direito UNIFACS*, 2016, n. 190, pp. 1-35, p. 8 (último acceso: 20 julio 2017).

⁵ V. BOMFIM CASSAR, *Direito do trabalho*, Impetus, 2011, p. 976.

⁶ M. GODINHO DELGADO, *Curso do direito do trabalho*, LTr, 2015, p. 698.

⁷ C.R. CARNEIRO DE CASTRO, *op. cit.*, p. 143.

simplesmente ter por efeito provocar um dano, não desejado, à dignidade ou integridade moral de uma ou de muitas vítimas no trabalho e ocorrem através de uma série de ações – em que cada uma das quais aparece isoladamente como lícita ou ilícita, embora na realidade seja simples fração da atuação total – unidas entre si pela sistematização das circunstâncias que se repetem durante um período (normalmente de duração longa, lenta e gradual), que, no conjunto, constituem, por ficção, fato unitário e unidade jurídica, para todos os efeitos de Direito.

Pinto Martins así se manifiesta en cuanto a la definición de acoso morales:

O assédio moral é a conduta ilícita do empregador ou seus prepostos, por ação ou comissão, por dolo ou culpa, de forma repetitiva e geralmente prolongada, de natureza psicológica, causando ofensa à dignidade, à personalidade e à integridade do trabalhador. Causa humilhação e constrangimento ao trabalhador. Implica guerra de nervos contra o trabalhador, que é perseguido por alguém. O trabalhador fica exposto a situações humilhantes e constrangedoras durante a jornada de trabalho e no exercício de suas funções.

En una verdadera interpretación auténtica la Ley estadual de Rio de Janeiro 3.921/2002, presenta la siguiente definición de acoso moral, en su art. 2:

Considera-se assédio moral no trabalho, para os fins do que trata a presente Lei, a exposição do funcionário, servidor ou empregado a situação humilhante ou constrangedora, ou qualquer ação, ou palavra gesto, praticada de modo repetitivo e prolongado, durante o expediente do órgão ou entidade, e, por agente, delegado, chefe ou supervisor hierárquico ou qualquer representante que, no exercício de suas funções, abusando da autoridade que lhe foi conferida, tenha por objetivo ou efeito atingir a autoestima e a autodeterminação do subordinado, com danos ao ambiente de trabalho, aos serviços prestados ao público e ao próprio usuário, bem como, obstaculizar a evolução da carreira ou a estabilidade funcional do servidor constrangido.

Es importante resaltar que a título de lege herenda hay el Proyecto de Ley 4.593/2009 del ex diputado federal Nelson Goetten que trata específicamente sobre el acoso moral en las relaciones de trabajo, que así presenta la concepción de acoso moral, en el art. 1, § 1:

Entenda-se por assédio moral a reiterada e abusiva sujeição do empregado a condições de trabalho humilhantes ou degradantes, implicando violação à

8 S. PINTO MARTINS, *Assédio moral no emprego*, Atlas, 2015, p. 17.

sua dignidade humana, por parte do empregador ou de seus prepostos, ou de grupo de empregados, bem como a omissão na prevenção e punição da ocorrência do assédio moral.

En síntesis, se tiene en el *mobbing* laboral un proceso victimización del trabajador, sea discriminando, inferiorizando, hostilizando, entre otras conductas, de forma habitual y constante, acarreado la marginación del mismo dentro del espacio laboral y pudiendo ocasionar severos sacudidos psicosomáticos en el espacio el trabajador victimado que acaba por sufrir de ansiedad, depresión, ataques de pánico, e incluso llegando al punto de tentativa de suicidio.

La práctica de acoso moral laboral es el vilipendio de la dignidad de la persona humana, fundamento de la República Federativa del Brasil (art. 1, III, de la Constitución Federal) y del valor del trabajo y de los derechos sociales, vector axiológico este presente, también, como fundamento de la República (art. 1, IV, de la Constitución Federal) y en el título sobre el orden económico (art. 170 de la Constitución Federal) y en el título del orden social (art. 193 de la Constitución Federal).

El uso de una metodología de análisis cualitativo, utilizando los métodos de enfoque hipotético-deductivos de carácter descriptivo y analítico, adoptando técnica de investigación bibliográfica, tiene por línea de fondo hacer un análisis dogmático como la construcción normativa de la conducta de acoso moral en el seno del sistema jurídico brasileño teniendo por vector axiológico, siempre, la búsqueda de la eficacia de los derechos fundamentales esculpidos en la Constitución Federal de 1988.

Se subraya que el consiguiente del acoso moral, el cual sería la figura del daño moral, así como de la competencia de la justicia del trabajo para analizar el referido daño no son objetos del ensayo aquí presentado.

2. De las clasificaciones en cuanto al acoso moral

2.1. De la clasificación en cuanto al grado jerárquico

Esta clasificación es la más utilizada y tiene por vértice el grado jerárquico del agente acosador, clasificándose en acoso moral vertical descendente; acoso moral vertical ascendente; acoso moral horizontal; y el acoso moral mixto.

En el acoso moral vertical descendente el acosador es la figura del empleador o persona de nivel jerárquico superior con poder de mandato en relación al trabajador victimado. Es evidente una relación asimétrica de

poder entre las partes.

Esta figura también es conocida como “*bossing*”, siendo de todas las más comunes de suceder y de perdurar, visto la subordinación jurídica del contrato de trabajo y la dependencia económica de la víctima.

El acoso moral ascendente es de difícil práctica ocurriendo por parte de los subordinados en relación al superior jerárquico (ejemplo de motivación: el jefe es muy joven y administraba subordinados muchos más viejos, falta de experiencia y seguridad, superior proveniente de otra empresa). Generalmente, en este caso, se da la asociación por más de un subordinado para perseguir y denigrar la figura del superior jerárquico practicando insubordinaciones, sarcasmos, etc.

El acoso moral horizontal se presenta cuando la práctica movilizadora es perpetrada por personas del mismo nivel jerárquico, inexistiendo la superioridad jerárquica, desencadenada, generalmente, por conflictos interpersonales o rivalidades de carácter profesional. En estos casos es común la omisión o falta de interés de la empresa para suprimir tales prácticas.

Por último, subsiste acoso moral mixto o “*mobbing* combinado” que consiste en la combinación del acoso vertical y horizontal para denigrar al trabajador victimado.

Se afirma que en esta práctica el acoso comienza por parte autoridad superior y viene por contaminar a los compañeros de trabajo, autorizando implícitamente que los mismos realicen la referida práctica en relación al trabajador acosado. El inverso también es válido. La práctica asediante se da en el nivel horizontal, viniendo a configurar el acoso vertical por omisión de los superiores jerárquicos.

2.1.1. De la clasificación en cuanto al grado del daño

En esta clasificación tiene por foco excesivo a la víctima, siendo ésta la razón de la crítica, puesto que la culpa no es del individuo acosado.

En el acoso moral de primer grado son conductas pasivas de ser absorbidas por el trabajador e incluso desvincularse de la persecución de forma que no acarrea su exclusión del ambiente de trabajo.

En el acoso moral de segundo grado el trabajador no logra desvincularse de las conductas mobizantes habiendo afectación en cuanto a su salud, habiendo dificultades en cuanto al regreso al ambiente de trabajo¹⁰.

⁹ Cfr. C.R. CARNEIRO DE CASTRO, *op. cit.*, p. 54.

¹⁰ *Ibidem*, p. 66.

Por último, el acoso moral de tercer grado el acosado queda imposibilitado por completo en retornar al ambiente y trabajo, además de la dificultad de rehabilitación del propio trabajador frente a las enfermedades físicas y psiquiátricas desarrolladas.

2.2. De la clasificación en cuanto a la motivación

Esta última clasificación tiene como foco la motivación detrás del cual se perpetra el acoso, dividiéndose en “*mobbing* emocional” y “*mobbing* estratégico”¹¹.

El “*mobbing* emocional” las conductas asediadas son frente a las relaciones interpersonal donde se desarrolla sentimientos de envidia, competencia, antipatía, discriminación en la cara de la raza, el color, el género, etc.

En el “*mobbing* estratégico” se refiere a la planificación y ejecución de artificios con el propósito de llevar al trabajador indeseado a pedir dimisión, lo que reduciría los fondos laborales con la rescisión del contrato de trabajo. Exempli gratia de práctica de *mobbing* estratégico fue lo que se percató en el sistema bancario, en un pasado no muy distante, donde diversos bancos con el fin de disminuir el cuadro de personal comenzaron a presionar a los funcionarios a adherirse al plan de dimisión voluntaria (PDV) o sobrecargarlos con excesos de trabajo y una constante presión para alcanzar metas inalcanzables con el propósito de que los mismos pidieran dimisión.

3. De las fuentes del derecho en cuanto al acoso moral

En primer lugar, es primordial señalar la inexistencia de fuente heterónoma, o sea, de legislación laboral específica sobre el acoso moral, siendo éste, como ya explicitado, una construcción normativa derivada de la doctrina y la jurisprudencia.

En el marco de la Cámara de Diputados, en el marco de la Cámara de Diputados, el Proyecto de Ley 4.593/2009, el cual dispone sobre el acoso moral en las relaciones de trabajo, y un proyecto, más antiguo, Proyecto de Ley 2.369/2003. cambia los dispositivos de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT), para disponer sobre la prohibición de la práctica del acoso moral en las relaciones de trabajo.

Consta la existencia de dos leyes federales dispersas que en su síntesis normativa venden la concesión de préstamos a empresas condenadas por

¹¹ *Ibidem*, p. 61.

acoso moral.

La Ley 11.514/2007 que dispone sobre las directrices para la elaboración y ejecución de la Ley Presupuestaria de 2008 y da otras providencias prevé en su art. 96, § 1, la prohibición de la concesión o renovación de préstamos o financiamientos por las agencias oficiales a las instituciones condenadas por acoso moral.

É vedada a concessão ou renovação de quaisquer empréstimos ou financiamentos pelas agências financeiras oficiais de fomento:

[...]

IV. A instituições cujos dirigentes sejam condenados por assédio moral ou sexual, racismo, trabalho infantil ou trabalho escravo.

La Ley 11.948/2009, art. 4, veda, en el mismo sentido, concesión o renovación de cualesquiera préstamos o financiaciones por el Banco Nacional de Desarrollo Nacional a empresas condenadas por acoso moral.

Fica vedada a concessão ou renovação de quaisquer empréstimos ou financiamentos pelo BNDES a empresas da iniciativa privada cujos dirigentes sejam condenados por assédio moral ou sexual, racismo, trabalho infantil, trabalho escravo ou crime contra o meio ambiente.

En la Norma Reguladora n. 17 que trata sobre ergonomía, anexo II, § 5.13, el cual versa sobre el trabajo en teleatención/telemarketing se tiene el sello en cuanto a la práctica del acoso moral:

É vedada a utilização de métodos que causem assédio moral, medo ou constrangimento, tais como:

- a) estímulo abusivo à competição entre trabalhadores ou grupos/equipes de trabalho;
- b) exigência de que os trabalhadores usem, de forma permanente ou temporária, adereços, acessórios, fantasias e vestimentas com o objetivo de punição, promoção e propaganda;
- c) exposição pública das avaliações de desempenho dos operadores.

Por obvio no se oye la posibilidad de fuente autónoma derivada de acuerdos y convenciones colectivas de trabajo con previsión de cláusulas con el propósito de cohibir la práctica del acoso moral.

En este contexto de la mesa privada, la existencia de norma específica de forma detallada la figura del acoso moral, o simplemente vedando su práctica, se encuentra en legislaciones estatales y municipales que organizan el régimen propio de sus respectivos servidores o leyes específicas que prohíben la práctica en el seno de la Administración Pública.

El primer Estado a preocuparse por la cuestión del acoso moral fue el de Rio de Janeiro, habiendo creado la Ley 3.921/2002 para disciplinar el asunto. En la esfera municipal, el Municipio de Iracemópolis, del Estado de São Paulo, fue el primero en crear una ley municipal sobre la materia (Ley 1.163/2000)¹².

No existe previsión legal en cuanto al acoso moral, en particular, en la legislación federal para la Administración Pública como en el caso de las leyes estatales y municipales retro.

En el marco de la Ley 8.112/1990 que establece el régimen jurídico de los funcionarios públicos civiles de la Unión, de los municipios y de las fundaciones públicas federales, la conducta de acoso moral podría subsumirse, en tesis, en las infracciones disciplinarias en cuanto al deber de mantener conducta que es compatible con la moralidad administrativa o el trato urbano, ambos previstos en el art. 116 de la Ley 8.112/1990¹³.

En el caso de autos, el acoso moral se puede configurar hipótesis de improbidad administrativa (art. 11, Ley 8.429/1992)¹⁴, que ya había sido reconocido por el Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁵:

Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Assédio moral. Violação dos princípios da administração pública. Art. 11 da lei 8.429/1992. Enquadramento. Conduta que extrapola mera irregularidade. Elemento subjetivo. Dolo genérico.

1. O ilícito previsto no art. 11 da Lei 8.249/1992 dispensa a prova de dano, segundo a jurisprudência do STJ.
2. Não se enquadra como ofensa aos princípios da administração pública

¹² Lei 1.163/2000, art. 1: «Ficam os servidores públicos municipais sujeitos às seguintes penalidades administrativas na prática de assédio moral, nas dependências do local de trabalho: I. Advertência. II. Suspensão, impondo-se ao funcionário a participação em curso de comportamento profissional. III. Demissão. Parágrafo Único. Para fins do disposto nesta Lei, considera-se assédio moral todo tipo de ação, gesto ou palavra que atinja, pela repetição, a auto-estima e a segurança de um indivíduo, fazendo-o duvidar de si e de sua competência, implicando em dano ao ambiente de trabalho, à evolução da carreira profissional ou à estabilidade do vínculo empregatício do funcionário, tais como: marcar tarefas com prazos impossíveis, passar alguém de uma área de responsabilidade para funções triviais; tomar crédito de idéias de outros; ignorar ou excluir um funcionário só se dirigindo a ele através de terceiros; sonegar informações de forma insistente; espalhar rumores maliciosos; criticar com persistência; subestimar esforços».

¹³ Lei 8.112/1990, art. 116: «São deveres do servidor: [...] IX. Manter conduta compatível com a moralidade administrativa; [...] XI. Tratar com urbanidade as pessoas».

¹⁴ «Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições».

¹⁵ STJ, 2º turma, 3 septiembre 2013, RESP n. 1286466/RS, DJE 18 septiembre 2013.

(art. 11 da LIA) a mera irregularidade, não revestida do elemento subjetivo convincente (dolo genérico).

3. *O assédio moral, mais do que provocações no local de trabalho – sarcasmo, crítica, zombaria e trote –, é campanha de terror psicológico pela rejeição* [cursiva nuestra].

4. A prática de assédio moral enquadra-se na conduta prevista no art. 11, caput, da Lei de Improbidade Administrativa, em razão do evidente abuso de poder, desvio de finalidade e malferimento à impessoalidade, ao agir deliberadamente em prejuízo de alguém.

5. A Lei 8.429/1992 objetiva coibir, punir e/ou afastar da atividade pública os agentes que demonstrem caráter incompatível com a natureza da atividade desenvolvida.

6. Esse tipo de ato, para configurar-se como ato de improbidade exige a demonstração do elemento subjetivo, a título de dolo lato sensu ou genérico, presente na hipótese.

7. Recurso especial provido.

4. De los elementos normativos estructurantes del acoso moral

En el Proyecto de Ley 4.593/2009, art. 2, se ventilan hipótesis (rol no taxativo) de conductas que subsumirían la figura del acoso moral:

I. A exposição do empregado a situação constrangedora, praticada de modo repetitivo ou prolongado;

II. A tortura psicológica, o desprezo e a sonegação de informações que sejam necessárias ao bom desempenho das funções do empregado ou úteis ao desempenho do trabalho;

III. A exposição do empregado, em prejuízo de seu desenvolvimento pessoal e profissional, a críticas reiteradas e infundadas, que atinjam a sua saúde física, mental, à sua honra e à sua dignidade, bem como de seus familiares;

IV. A apropriação do crédito do trabalho do empregado, com desrespeito à respectiva autoria;

V. A determinação de atribuições estranhas ou atividades incompatíveis com o contrato de trabalho ou em condições e prazos inexecutáveis;

VI. A obstacularização, por qualquer meio, da evolução do empregado na respectiva carreira;

VII. A ocorrência das hipóteses previstas nas alíneas “a”, “b”, “d”, “e” e “g”, do art. 483 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

El referido dispositivo de proyecto de ley presenta, apenas, situaciones que conducen al acoso moral. Entonces se hace la pregunta clave del problema planteado: ¿qué elementos constituirían el fenómeno del acoso moral?

4.1. Del contexto laboral

Para poder salir sobre acoso moral laboral, primero, tiene por requisito que dicha conducta abusiva se suceda en lo que se refiere al ambiente de trabajo (dependencias del lugar de trabajo) o en función del trabajo.

A pesar de que no hay necesidad de ceñirse, específicamente y tan sólo, al espacio físico del trabajo, es fundamental el nexo de causalidad con la realidad social laboral bajo pena, sea de restringir, apenas, a la circunscripción del establecimiento empresarial, forma estratosférica que va más allá del contexto laboral.

4.2. De la práctica reiterada y sistémica

El acoso moral se configura, precisamente, por un conjunto de conductas (diversos actos), reiteradas, durante cierto lapso de tiempo, que acaba por macular dañosamente los derechos de personalidad del trabajador¹⁶.

Un acto aislado puede conformarse con una agresión moral con repercusión en la esfera civil, penal y laboral. Sin embargo, no configura el acoso moral en la relación de empleo.

El lapso temporal en que esa suma de actos configuraría el acoso moral es cuantificado matemáticamente por algunos adoctrinadores, ventilándose fracciones de tiempo como 6 meses a un año.

¹⁶ «Assédio significa submeter sem trégua a pequenos ataques repetidos. Trata-se, portanto, de ato que só adquire significado pela insistência, visando atingir a autoestima da pessoa. O termo moral, por sua vez, quer dizer o que é ou não aceitável na sociedade, havendo valoração de acordo com o contexto social. Diante da inexistência de legislação específica sobre assédio moral no âmbito da relação de emprego, e a partir do seu conceito, exsurtem como elementos caracterizadores do instituto: a) identificação dos sujeitos; b) conduta, comportamento e atos atentatórios aos direitos da personalidade; c) *reiteração e sistematização*; e d) consciência do agente. Na situação em apreço, ao analisar o conjunto probatório percebo que o autor não logrou demonstrar satisfatoriamente os fatos que teriam gerado o assédio. Nessa seara, despidiendá a persecução processual no sentido de se conjumar os fatos narrados com os traços característicos do assédio moral, à míngua de elementos aptos a comprová-los. Multa do art. 477 da CLT. Não incidência. A homologação rescisória operada em data posterior aos prazos previstos no parágrafo 6º do art. 477 da CLT não atrai a multa preconizada no parágrafo 8º do mesmo artigo se o reclamado procedeu, tempestivamente, ao depósito do valor correspondente às verbas resilitórias em conta bancária do obreiro. Recurso do reclamante parcialmente conhecido e parcialmente provido. Recurso da reclamada conhecido e não provido» (TRT da 10ª região, 3ª turma, 21 noviembre 2012, RO 1149201110110007, DEJT 30 noviembre 2012, curviva nuestra).

No se cree que la obediencia de un marco temporal fijo sea la mejor forma de imputar la subsunción del hecho laboral como acoso moral. En realidad sería mejor analizar caso por caso, y a partir de las pruebas ventiladas determinar si estar ante un real acoso moral laboral o acciones de agresión moral aisladas.

Otra forma de pensar sería dejar descubierto la protección a la dignidad del trabajador en diversas hipótesis.

En ese sentido está la mejor jurisprudencia laboral que ha vislumbrado el acoso moral en el corto lapso temporal del aviso previo.

4.3. Del resultado dañino

La controversia bajo el cual recae el resultado dañino resultante de la práctica del acoso moral laboral versa sobre la necesidad o no de apreciarse clínicamente lesión en la dimensión de la salud física y psicológica del trabajador acosado¹⁷.

En el marco de la doctrina que reconoce la necesidad de la lesión (daño) como imprescindible para la configuración del acoso moral, no configurándose, sin embargo, como central la presencia de daño en cuanto a la salud del trabajador.

La conducta del *mobbing* puede acarrear daño a un plexo de derechos fundamentales del trabajador, como el honor, libertad de expresión, derecho de trato igualitario, sin discriminación, entre otros. Es decir, el mero daño moral ya bastaría para el formato del acoso moral.

En la esfera del derecho se debe atender para la lesión del bien jurídico tutelado, que en el presente, se identifica como la integridad moral del trabajador.

El nivel de gravedad del daño cuando la afectación de la salud (daño psíquico) del trabajador tiene importancia en lo que se refiere a la cuantificación de la responsabilidad civil del acoso moral, pero no como elemento central de su constitución¹⁸.

¹⁷ «Dano psíquico não é, portanto, elemento para a caracterização do assédio moral» (S. PINTO MARTINS, *op. cit.*, p. 21).

¹⁸ «Pensa-se, pois, que juridicamente o dano psíquico pode ter relevância para fins de fixação de responsabilidade civil, mas não é imprescindível à configuração do *mobbing*» (C.R. CARNEIRO DE CASTRO, *op. cit.*, p. 129).

4.4. De la conducta dolosa

Es imprescindible para la configuración del acoso moral laboral la constatación de la conducta dolosa del agente acosador, no siendo cribado admitir la responsabilización en virtud de práctica culposa.

El elemento doloso es entintado a *mobbing*, puesto la necesidad de práctica reiterada que hieren la dignidad y la personalidad del trabajador cuyo destino final («finalidad especial de actuar») se presenta con la marginación del trabajador del ambiente de trabajo, o la sujeción a condiciones desfavorables de trabajo, entre otros (el rol no es exhaustivo).

En este contexto del acoso moral laboral debe tener la cuestión de la conducta dolosa en la misma perspectiva del Derecho Penal, siendo conceptualizado por el profesor Zaffaroni en los siguientes términos¹⁹:

é conveniente conceituá-lo como a vontade realizadora do tipo objetivo, guiado pelo conhecimento dos elementos deste no caso concreto.

É ínsito à figura do dolo dois elementos: o intelectual (cognitivo) e o volitivo (emocional, intencional). Ou seja, o sujeito assediador precisa ter conhecimento das circunstâncias fáticas da conduta que deseja perpetrar²⁰, así como la voluntad de querer realizarlo²¹.

En la esfera del Derecho Penal el dolo abarca las siguientes dimensiones:

O *conhecimento* do dolo compreende a realização dos elementos descritivos e normativos, do nexo causal e do evento (delitos de lesão), da lesão ao bem jurídico dos elementos da autoria e da participação dos elementos objetivos das circunstâncias agravantes e atenuantes que supõem uma maior ou menor gravidade do injusto (tipo qualificado ou privilegiado) e dos elementos acidentais do tipo objetivo [22].

En el caso de que se trate de un sistema de gestión de la calidad de la información, no se descarta que conductas culposas (realizadas ante la negligencia, imprudencia e impericia) pueda acarrear daño en la

¹⁹ Vid. E.R. ZAFFARONI, J.H. PIERANGELI, *Manual de direito penal Brasileiro*, RT, 2005, vol. I, pp. 413-414.

²⁰ «A *consciência*, ou seja, o momento intelectual do dolo, basicamente, diz respeito à situação fática em que se encontra o agente. O agente deve ter *consciência*, isto é, deve saber exatamente aquilo que faz, para que se lhe possa atribuir o resultado lesivo a título de dolo» (R. GRECO, *Curso de direito penal. Parte geral*, Impetus, 2011, vol. I, p. 183).

²¹ «Compõe-se de um momento intelectual (conhecimento do que se quer) e de um momento volitivo (decisão no sentido de sua realização)» (L. REGIS PRADO, *Curso de Direito Penal brasileiro*, Revista dos Tribunais, 2010, vol. I, p. 325).

²² *Ibidem*, p. 320.

personalidad del trabajador, sin embargo, se desnaturalizará la figura de un acoso moral laboral.

La imprescindibilidad de la conducta dolosa es algo tan evidente que cuando de la tipificación penal del crimen de acoso sexual (abajo explicitado), el cual se constituye en una forma de acosar moralmente al trabajador, sólo previó el tipo en su forma dolosa, no haciendo previsión cuánto al tipo culposo²³.

Se destaca, además, que en la conducta culposa, hay una finalidad (generalmente lícita)²⁴, sin embargo, lo que importa en esta conducta es si la elección del medio, por el agente, para alcanzar el fin, viola o no el deber de cuidado, donde el derecho exigía la previsión del resultado²⁵.

De tal suerte, se desprende que la estructura dogmática de la conducta culposa atraviesa exactamente por la violación del deber de cuidado, donde la elección de los medios para alcanzar el fin de la conducta es fundamental para atestiguar cuál era el deber de cuidado.

A partir de esa explicación del elemento subjetivo culpa que integra la conducta vislumbrar que la misma pudiera componer la práctica sistemática de violación de la dignidad del trabajador con el correspondiente daño moral.

4.5. De la intensidad de la violencia

A un consenso en lo que se refiere a la necesidad de un cierto grado de intensidad en la violencia perpetrada de forma que no venga a constituir un daño insignificante, fácilmente absorbido por el trabajador, derivado de los embates normales en las tratativas laborales.

En suma se apunta como central gravedad en la violencia hasta el punto de acarrear un daño valorado como no insignificante.

Atestar que ese nivel e intensidad no es analizado en lo que se refiere cada conducta aisladamente, sino el conjunto de acciones (en su totalidad)

²³ *Vid.* Art. 216-A, Código Penal.

²⁴ «O tipo culposo não individualiza a conduta pela finalidade e sim porque, na forma em que se obtém essa finalidade, viola-se um dever de cuidado, ou seja, como diz a própria lei penal, a pessoa, por sua conduta, dá causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. A circunstância de que o tipo não individualize a conduta culposa pela finalidade em si mesma não significa que a conduta não tenha finalidade, como parece terem entendido muito autores» (E.R. ZAFFARONI, J.H. PIERANGELI, *op. cit.*, p. 435).

²⁵ «O crime culposo é aquele onde há a falta de previsão do resultado, quando o Direito exigia do agente essa previsão, ou é aquele onde, havendo a efetiva previsão do resultado, o agente confia que ele não se configurara» (C. BRANDÃO, *Curso de Direito Penal. Parte geral*, Forense, 2010, p. 182).

perpetrado por el acosador.

5. De las consecuencias jurídicas del acoso moral en el marco del contrato de trabajo

En consecuencia del acoso moral, sea vertical u horizontal, puede darse la extinción del contrato de trabajo.

En la hipótesis de acoso moral vertical esto acarrearía la rescisión indirecta del contrato de trabajo, resguardando todos los derechos laborales del empleado acosado, conforme a una hipótesis de dimisión sin justa causa.

La base normativa para ello se encuentra en el art. 483 CLT:

O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- a) forem exigidos serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato;
- b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c) *correr perigo manifesto de mal considerável* [cursiva nuestra];
- d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
- e) *praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama* [cursiva nuestra];
- f) o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- g) o empregador reduzir o seu trabalho, sendo este por peça ou tarefa, de forma a afetar sensivelmente a importância dos salários.

Afirma que el acoso moral, por sí solo, de forma generalista, ya se sustenta en la hipótesis de «no cumplir con el empleador las obligaciones del contrato». Sin embargo, en el caso concreto, se deparará con situaciones enmarcadas en más de una letra del art. 483 CLT como «practicar el empleador o sus prepostos, contra él o personas de su familia, acto lesivo del honor y buena fama»; o depender del caso de «correr peligro manifiesto de mal considerable».

La configuración de la rescisión indirecta derivada del acoso moral es tranquilamente reconocida en el seno de la jurisprudencia²⁶:

Rescisão indireta e assédio moral

A rescisão indireta do contrato laboral constitui falta máxima cometida pelo patrão, de modo a tornar insustentável a manutenção do contrato de

²⁶ TRT da 2ª região, 11ª turma, RO 1001734-51.2014.5.02.0501, DEJT 15 marzo 2016.

trabalho. No caso em apreço, o assédio moral evidenciado constitui motivo para a configuração da rescisão indireta do contrato de trabalho na forma tipificada no septuagenário artigo 483 consolidado de 1943. Recurso ordinário não provido.

De otra suerte, cuando el acoso moral horizontal, puede acarrear la dimisión por justa causa del empleado asediante, ya que el acoso moral podría ser enmarcado como incontinencia de conducta o mal procedimiento; acto de indisciplina; el acto lesivo del honor o de la buena fama practicado en el servicio contra cualquier persona, o ofensas físicas, en las mismas condiciones.

Art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

- a) ato de improbidade;
- b) *incontinência de conduta ou mau procedimento* [cursiva nuestra];
- c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;
- d) condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e) desídia no desempenho das respectivas funções;
- f) embriaguez habitual ou em serviço;
- g) violação de segredo da empresa;
- h) *ato de indisciplina* ou de insubordinação [cursiva nuestra];
- i) abandono de emprego;
- j) *ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem* [cursiva nuestra];
- k) ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l) prática constante de jogos de azar.

6. De la distinción entre acoso moral y acoso sexual

Varios de lo que sucede con la figura del acoso moral, el acoso sexual posee una tipificación penal que ha sido introducida al Código Penal por medio de la Ley 10.224/2001.

El tipo penal del acoso sexual así se encuentra prescrito en el art. 216-A del Código Penal Brasileño:

Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.
Pena-detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Afirma que el núcleo del tipo es la conducta de obligar, siendo ésta sin violencia o grave amenaza, lo que desnaturalizará el crimen de acoso sexual hacia la esfera de otro tipo penal.

El acoso sexual se constituye en una forma de acoso moral laboral, teniendo el elemento sexual como el especial fin de actuar del agresor (sujeto activo del delito), acarreado repercusiones, no sólo en la esfera laboral y civil, sino también en la penal.

Por la prescripción de los elementos del tipo penal, en su parte final «prevaleciendo el agente de su condición de superior jerárquico o ascendencia inherentes al ejercicio de empleo, cargo o función», se constata que la única la forma de acoso sexual que corresponde a delito sería aquel perpetrado de forma descendente (acoso moral vertical descendente).

Es decir, el acoso sexual en la modalidad horizontal, practicado por compañeros de trabajo, o en la modalidad ascendente, del subordinado en relación al superior jerárquico, constituyen, como se ha visto anteriormente, en formas de acoso moral, pero no en un tipo penal.

El acoso sexual puede ocurrir tanto en la esfera pública de trabajo como en la mina privada. La controversia existente, a pesar de no tener repercusiones mucho más prácticas, referente al hecho de que los adoctrinadores interpretar que el elemento normativo del tipo «condición de superior jerárquico [...] inherentes al ejercicio de empleo, cargo o función», se restringirá, «la ascendencia inherente al ejercicio de empleo, cargo o función» diría respecto a la esfera laboral privada²⁷.

²⁷ «A expressão superior hierárquico indica uma relação de Direito Público, vale dizer, de Direito Administrativo, não se incluindo, as relações de Direito Privado. Para que a máquina administrativa possa funcionar com eficiência preciso que exista uma escala hierárquica entre aqueles que detêm o poder de mando e seus subordinados. [...] Isso significa que não há relação hierárquica entre particulares, como no caso do gerente de uma agência bancária e seus subordinados, bem como inexistente tal relação nas hipóteses de temor reverencial entre pais e filhos ou mesmo entre líderes religiosos e os fiéis. No entanto, poderia haver a prática do delito de assédio sexual, por exemplo, entre um coronel e alguém de uma patente menor [...]. Enfim, visualizando-se a relação de Direito Público, seria possível o reconhecimento do assédio sexual» (R. GRECO, *op. cit.*, p. 518). «Superior hierárquico: trata-se de expressão utilizada para designar o funcionário possuidor de maior autoridade na mesma estrutura administrativa pública, civil ou militar, que possui poder de mando sobre os outros. Não se admite, nesse contexto, a relação de subordinação existente na esfera civil. [...] Ascendência: significa superioridade ou preponderância. No caso presente, refere-se ao maior poder de mando, que possui um indivíduo, na relação de

En una breve investigación sobre el asunto, en el seno de la jurisprudencia²⁸, advierte que al elemento superioridad jerárquica abarcaría, también a la mina laboral y no sólo de la Administración Pública²⁹, como en el juzgado del Tribunal de Justicia de Río Grande del Sur que reconoció el acoso sexual en el caso de empleado doméstico³⁰:

emprego, com relação a outro. Liga-se ao setor privado [...]. Não há qualquer possibilidade de haver assédio sexual quando envolver empregados de igual escalão, nem tampouco quando o de menor autoridade assediar o de maior poder de mando» (G. DE SOUZA NUCCI, *Código Penal comentado*, Forense, 2015, p. 1219. Cfr. C. MASSON, *Direito Penal esquematizado. Parte especial*, Método, 2013, vol. 3, pp. 47-48).

²⁸ A questão não fora ventilada no seio do STJ.

²⁹ «A relação superior-subalterno pode existir na seara pública e na seara privada. Na relação hierárquica há uma escala demarcando posições, graus ou postos ordenados configuradores de uma carreira funcional. Na ascendência, contrariamente, não existe essa organização funcional, mas tão somente uma situação de influência ou respeitoso domínio, podendo atingir, inclusive, o nível de temor reverencial. Nesse sentido, discordamos do entendimento esposado por Guilherme Nucci, segundo o qual, a superioridade hierárquica retrata uma relação laboral no âmbito público, enquanto a ascendência reflete a mesma relação, porém, no âmbito privado, ambas inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Na verdade, a ascendência não se vincula a qualquer relação laboral, funcional ou trabalhista, no âmbito público ou privado, como destacamos. Cargo e função referem-se ao setor público, disciplinado pelo Direito Administrativo; emprego expressa a relação empregatícia no setor privado. O Código Penal brasileiro disciplina a obediência hierárquica (art. 22, segunda parte), “que requer uma relação de direito público, e somente de direito público. A hierarquia privada, própria das relações da iniciativa privada, não é abrangida por esse dispositivo”. O subordinado não tem o direito de discutir a oportunidade ou conveniência de uma ordem. Considerando que o subordinado deve cumprir ordem do superior, desde que essa ordem não seja manifestamente ilegal, pode-se concluir os abusos que um superior mal-intencionado pode praticar quando, por exemplo, for movido por desvio de conduta, especialmente se alimentada por interesses libidinosos. Embora a “hierarquia privada” não receba a mesma disciplina no CP, com as devidas cautelas, *mutatis mutandis*, os abusos também podem ser gravemente praticados contra quem se encontre em condição de inferioridade, na relação de trabalho ou emprego» (C.R. BITENCOURT, *Tratado de Direito Penal. Parte especial*, Saraiva, 2010, vol. IV, p. 81). «Na situação de superioridade hierárquica, se detecta um relacionamento que diz respeito à hierarquia decorrente de uma organização funcional, que pode dar-se tanto nas relações laborais de direito público quanto nas de direito privado: as elementares cargo e função são conceitos que dizem respeito ao serviço público, enquanto que emprego faz referência às relações trabalhistas inerentes ao setor privado, onde uma pessoa presta serviços ao empregador mediante salário no regime regido pela C.L.T. A ascendência apresenta um outro aspecto, não se vinculando a qualquer hierarquia, mas sim a uma relação de domínio, de influência ou mesmo o temor reverencial, porém referentes também às relações laborais, em seu sentido amplo» (A. SILVA FRANCO, R. STOCO (coords.), *Código Penal e sua interpretação*, RT, 2007, pp. 1061-1062).

³⁰ Tribunal de Justiça do RS 5 noviembre 2015, Apelação Crime n. 70065105108, Sétima Câmara Criminal.

Apelação criminal. Crimes sexuais. Assédio sexual majorado. Materialidade e autoria.

Não prevalece a alegação de insuficiência de provas relativamente à materialidade e autoria do crime de assédio sexual imputado ao réu, tendo em vista o robusto e concludente conjunto probatório coligido aos autos, de onde se destaca o relato da vítima, que demonstrou que o réu, aproveitando-se da sua superioridade hierárquica, pois que à época do fato era o empregador da ofendida, agarrou-a contra a sua vontade tentando lhe dar um beijo. Dosimetria da pena. Mantido o apenamento aplicado na sentença, porquanto evidenciado que está em sintonia com os critérios de necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime. Apelação a que se nega provimento.

En vista de ello podemos tomar algunas premisas:

1. todo acoso sexual caracteriza necesariamente en un acoso moral;
2. ni todo acoso sexual sería crimen, sino sólo aquel practicado en una relación vertical descendente.

En el caso de que se trate de un delito o de un acto de castigo, se trata de un acto de castigo, en los dictámenes del principio de intervención mínima³¹, configurando, además, más ejemplos de derecho penal simbólico, cuya infracción criminal, pragmáticamente, terminará siendo uno de dos casos penales especiales, ya sea como una suspensión condicional del proceso (pena mínima de hasta un año)³², sea con una transacción penal (pena máxima de hasta 2 años)³³, visto estar ante un crimen de menor potencial ofensivo.

Es en ese mismo sentido las duras críticas del Profesor de Souza Nucci³⁴ en cuanto al tipo penal del acoso sexual:

³¹ «As condutas dessa estirpe, covardes e repugnantes, indiscutivelmente merecem rígida punição, mas fora da órbita penal. Se o legislador esqueceu-se do caráter fragmentário do Direito Penal, criando um crime quando a ilicitude era resolvida por outros ramos do ordenamento jurídico, na prática o tipo penal quase não é usado, em obediência ao princípio da subsidiariedade (*ultima ratio*)» (C. MASSON, *op. cit.*, pp. 45-46).

³² Lei 9.099/1995, art. 89: «Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)».

³³ Lei 9.099/1995, art. 76: «Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta».

³⁴ G. DE SOUZA NUCCI, *op. cit.*, pp. 1217-1218.

cremos ser totalmente inadequada e inoportuna a criação do delito de assédio sexual no Brasil. Primeiramente, deve-se ressaltar que são poucos os casos noticiados de importunações graves, no cenário das relações de trabalho, que não forma devidamente solucionados, com justiça, nas esferas cível e trabalhista – ou mesmo administrativa, quando se cuidar de funcionário público. Em segundo lugar, é preciso considerar que, para o nascimento de uma nova figura típica incriminadora, seria indispensável levar em conta o conceito material de crime, isto é, o fiel sentimento popular de que uma conduta merecesse ser sancionada com uma pena, o que não ocorre. Trata-se de um delito natimorto, sem qualquer utilidade pública, o que p tempo irá demonstrar. Não se desconhece que o assédio sexual é uma realidade em todo o mundo, merecendo punição, além de ser nitidamente ilícito, antiético e imoral, mas não se trata de assunto para o direito penal. Podemos insistir que, em vez de descriminalização, observamos o fenômeno inverso, consistente no surgimento de uma nova figura incriminadora, desconsiderando-se o ser o direito penal a *ultima ratio*, ou seja, a última cartada do legislador para a punição de condutas verdadeiramente sérias e comprometedoras da tranquilidade social. Não é o caso do assédio sexual, fruto da importação de normas de outros sistemas legislativo, inadequados à realidade brasileira. Enfim, melhor teria sido a previsão, se fosse o caso, de maior rigidez na punição de empregadores e funcionários, nos campos civil, trabalhista e administrativo, do que ter criado um outro tipo penal, cuja margem de aplicação será diminuta, quando não for geradora de erros judiciários consideráveis, até mesmo porque a prova de uma existência será extremamente complexa. [...] Em suma, a solução legislativa para os casos de assédio sexual, tipificando-a, não foi acertada, em nosso entender.

6.1. Del Proyecto de Ley 5.971/2001

Se destaca el Proyecto de Ley 5.971/2001 del ex diputado federal Ignacio Arruda y otros con el fin de tipificar la conducta del acoso moral, añadiendo el art. 203-A en el Código Penal con el *nomen iuris* de *coação moral no ambiente de trabalho*:

Coagir moralmente empregado no ambiente de trabalho, através de atos ou expressões que tenham por objetivo atingir a dignidade ou criar condições de trabalho humilhantes ou degradantes, abusando da autoridade conferida pela posição hierárquica.

Pena-detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos e multa.

Las mismas consideraciones presentadas en cuanto a la criminalización del acoso sexual y el vector normativo de la intervención mínima del Derecho

penal se aplica a la propuesta de criminalización del acoso moral laboral³⁵. Es importante subrayar, por fin, que a pesar de no estar de acuerdo con la creación de un tipo penal específico en cuanto al acoso moral, las diversas conductas asediantes acaban resbalando en diversos tipos penales ya existentes como por ejemplo la injuria, difamación, amenaza, constreñimiento ilegal, atentado contra la libertad de trabajo, etc.

7. Conclusiones

El acoso moral laboral a pesar de no ser un fenómeno nuevo, se ha destacado su reconocimiento cada vez más constante en el seno de las reclamaciones laborales, tras la Enmienda Constitucional n. 45/2004. La definición del *mobbing* laboral no encuentra respaldo en ninguna fuente heterónoma en el seno del sistema jurídico brasileño, al menos en lo que se refiere a la esfera de las relaciones privadas, lo que ha acarreado diversas divergencias en cuanto a los elementos y límites de la caracterización del acoso moral laboral lo que pone el referido fenómeno en una pauta de cierta

³⁵ A favor pela tese da criminalização do assédio moral laboral é a corrente defendida por G. MENDES DE CARVALHO, É. MENDES DE CARVALHO, *O Assédio moral nas relações de trabalho: uma proposta de criminalização*, en AA.VV., *Anais do XV Congresso Nacional organizado pelo CONPEDI*, Manaus, 2006, pp. 2918-2919 (último acceso: 12 julio 2017): «Tudo quanto foi dito anteriormente põe em evidência a necessidade de criação de um tipo penal específico e novo no âmbito dos “Crimes contra a Organização do Trabalho” (Título IV do Código Penal), através do qual fosse criminalizada uma conduta com as características do assédio moral nas relações de trabalho. Já vimos como os atuais tipos penais resultam insuficientes para a repressão do assédio psicológico no ambiente laboral. Só através da criação dessa nova figura delitiva, será possível fazer com que os assediadores conheçam a conduta proibida pela norma e sua punição, e os assediados saibam a partir de que momento o assédio ultrapassa os limites do permitido e é possível contar com a proteção da legislação penal. Também seria conveniente que essa proposta de criminalização viesse acompanhada pela devida reforma da legislação trabalhista (Consolidação das Leis do Trabalho), da qual deveria constar expressamente a proibição do assédio moral e o direito dos trabalhadores a não sofrê-lo, além da específica sanção para o empregado ou empregador que desrespeitasse tal normativa. [...] Conforme destacado anteriormente, o tratamento atual do assédio moral nas relações de trabalho no ordenamento brasileiro resulta extremamente insatisfatório, já que o máximo de proteção que pode obter o trabalhador assediado, no âmbito do Direito Laboral, é a rescisão unilateral do contrato de trabalho, o que acarreta a necessidade de que seja ele quem abandone o seu posto de trabalho e, o que é pior, muitas vezes permite que o assediador ou assediadores fiquem completamente impunes. Por outro lado, não parece ser que os tipos penais dos delitos já existentes na legislação brasileira (lesões corporais, injúria, difamação, assédio sexual, constrangimento ilegal, ameaça, etc.) possam encerrar com precisão todo o conteúdo do injusto específico do assédio moral no ambiente de trabalho».

inseguridad jurídica.

Entendemos que la figura del acoso moral en la calle laboral se configura cuando está presente necesariamente la conducta dolosa que acarrea un resultado dañino a la dignidad del trabajador, estando relacionado con el contexto laboral, de forma reiterada y sistémica, siendo perpetrado con una cierta intensidad de trabajo violencia.

Ante un acoso moral vertical esto acarrearía la rescisión indirecta del contrato de trabajo. Ya cuando el acoso moral horizontal puede acarrear el despido por justa causa del empleado asediante visto por ser enmarcado como incontinencia de conducta o mal procedimiento; acto de indisciplina; el acto lesivo del honor o de la buena fama practicado en el servicio contra cualquier persona, o ofensas físicas, en las mismas condiciones.

En lo que se refiere a la distinción entre acoso y acoso sexual se obtienen las siguientes premisas:

1. todo acoso sexual caracteriza necesariamente en un acoso moral;
2. ni todo acoso sexual sería crimen, sino sólo aquel practicado en una relación vertical descendente.

En un primer momento no coincidimos con el Proyecto de Ley que criminaliza conducta del acoso moral como crimen pues el Derecho Penal es la última ratio, en los dictados del principio de la intervención mínima³⁶, en el caso de que se trate de un delito, que, en el caso de los juicios especiales penales, sea con una suspensión condicional del proceso (pena mínima de hasta un año), una infracción penal, pragmáticamente³⁷, sea con una transacción penal (pena máxima de hasta 2 años)³⁸, ya que está ante un crimen de menor potencial ofensivo.

La actualización de la CLT se hace urgente con el fin de crear un capítulo propio en cuanto a la figura del acoso moral para que la inseguridad jurídica existente en torno a esta materia sea sanada, lo que permitiría una mejor base normativa con el propósito de combatir esa práctica odiosa, inconcebible en un llamado derecho global que tiene el primado de la dignidad de la persona humana como vector máximo.

8. Bibliografía

BITENCOURT C.R., *Tratado de Direito Penal. Parte especial*, Saraiva, 2010, vol. IV

BOMFIM CASSAR V., *Direito do trabalho*, Impetus, 2011

³⁶ *Vid.* nota 31.

³⁷ *Vid.* art. 89, Lei 9.099/1995.

³⁸ *Vid.* art. 76, Lei 9.099/1995.

- BRANDÃO C., *Curso de Direito Penal. Parte geral*, Forense, 2010
- CARNEIRO DE CASTRO C.R., *O que você precisa saber sobre o assédio moral nas relações de emprego*, LTr, 2014
- DE CARVALHO SOARES F., HERCULANO DUARTE B., [O assédio moral no ordenamento jurídico brasileiro](#), em *Revista Fórum Trabalhista*, 2014, vol. 3, n. 11, p. 21-47
- DE SOUZA NUCCI G., *Código Penal comentado*, Forense, 2015
- GODINHO DELGADO M., *Curso do direito do trabalho*, LTr, 2015
- GRECO R., *Curso de direito penal. Parte geral*, Impetus, 2011, vol. I
- HIRIGOYEN M.-F., *Assédio Moral. A violência perversa no cotidiano*, Bertrand Brasil, 2002
- LEYMANN H., [Mobbing and Psychological Terror at Workplaces](#), em *Violence and Victims*, 1990, vol. 5, n. 2, pp. 119-126
- MASSON C., *Direito Penal esquematizado. Parte especial*, Método, 2013, vol. 3
- MENDES DE CARVALHO G., MENDES DE CARVALHO É., [O Assédio moral nas relações de trabalho: uma proposta de criminalização](#), em AA.VV., *Anais do XV Congresso Nacional organizado pelo CONPEDI*, Manaus, 2006
- PAMPLONA FILHO R., LAGO JUNIOR A., SARNO BRAGA P., [Noções Conceituais sobre o Assédio Moral na Relação de Emprego](#), em *Direito UNIFACS*, 2016, n. 190, pp. 1-35
- PINTO MARTINS S., *Assédio moral no emprego*, Atlas, 2015
- REGIS PRADO L., *Curso de Direito Penal brasileiro*, Revista dos Tribunais, 2010, vol. I
- RENZETTI R., *Assédio moral nas relações de trabalho*, em E. MIESSA, H. CORREIA (orgs.), *Temas atuais de direito e processo do trabalho*, Juspodivm, 2014
- SILVA FRANCO A., STOCO R. (coords.), *Código Penal e sua interpretação*, RT, 2007
- ZAFFARONI E.R., PIERANGELI J.H., *Manual de direito penal Brasileiro*, RT, 2005, vol. I

Algunas reflexiones acerca de la representatividad de las asociaciones empresariales

Carmen CARRERO DOMÍNGUEZ*

RESUMEN Este estudio pretende ser un acercamiento y reflexión de las cuestiones que la representatividad de las asociaciones empresariales plantea. La implantación es el criterio fundamental que se utiliza para la mayor difusión de estas Asociaciones. Cuando se habla de difusión se está refiriendo al nivel de proyección representativa que estos tengan en la sociedad. Una primera reflexión que se obtiene cuando se estudia esta materia es que se debe subrayar que los medios que ofrece el ordenamiento jurídico son insuficientes y ello provoca la necesidad de buscar otras formas de medición que junto con las legalmente establecidas nos indiquen de forma más real y cierta de la representatividad empresarial. Lo que se debe conseguir es, primero en una diversificación de las asociaciones empresariales más cercana a los intereses propios; en segundo lugar, a una mayor democratización de las organizaciones representativas; finalmente, un alejamiento de la burocratización, concentración y corporativismo organizativo de las asociaciones. La realidad social debe tener una proyección jurídica y que el concepto de representatividad social de los empresarios no siempre es coincidente con el de la representatividad legal.

Palabras clave: Asociaciones empresariales, representatividad. El criterio de la implantación de las asociaciones de empresarios.

SUMARIO: 1. La representatividad: delimitación de cuestiones que se plantean. 2. La noción de la representatividad social. 3. Delimitación de la representatividad en el ordenamiento legal español. 3.1. Carencias y alternativas del sistema legal de representatividad empresarial. 3.2. La medición y la acreditación de la representatividad empresarial. 3.2.1. El criterio de la *implantación* y sus indicadores. 4. Bibliografía.

* Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Carlos III de Madrid (España).

Some Reflections about the Representation Powers of Employers' Associations

ABSTRACT: This study aims to be an approach and reflection of the issues that the representativeness of business associations raises. The implementation is the fundamental criterion that is used for the greater diffusion of these Associations. When talking about dissemination, it is referring to the level of representative projection that these have in society. A first reflection that is obtained when studying this matter is that it should be stressed that the means offered by the legal system are insufficient and this causes the need to look for other forms of measurement that together with the legally established ones indicate us in a more real and true of business representativeness. What must be achieved is, first in a diversification of business associations closer to their own interests; secondly, to a greater democratization of representative organizations; finally, a departure from the bureaucratization, concentration and organizational corporatism of the associations. The social reality must have a legal projection and that the concept of social representation of businessmen is not always coincident with that of legal representation.

Key Words: Business associations Representativeness The criteria for the implementation of business associations

1. La representatividad: delimitación de cuestiones que se plantean

El estudio de la representatividad de las organizaciones empresariales es una materia en la que se produce una cierta contradicción. Por un lado, es un asunto que preocupa en gran medida a trabajadores, empresarios y a los poderes públicos – preocupación que se proyecta en el nivel nacional, comparado y comunitario – pero, por otro, es una cuestión que, aún siendo de gran importancia, ha merecido un escaso tratamiento jurídico y doctrinal tanto en el ámbito sociológico como el laboral. Este tratamiento modesto contrasta con el que ha merecido tradicionalmente la representatividad del lado sindical, tanto en el nivel normativo, como jurisprudencial y doctrinal. En efecto, son numerosos los trabajos doctrinales y abundante la jurisprudencia que se han acercado a la representatividad de las organizaciones sindicales. Desde luego, el fenómeno sindical se ha considerado la fuerza conductora del sistema de relaciones laborales lo que ha conllevado que los estudios se hayan centrado en su análisis desde todas las perspectivas¹.

Esta asimetría en el tratamiento de la representatividad de los interlocutores sociales justifica sobradamente que se lleve a cabo una reflexión de las cuestiones y problemas más significativos que la representatividad empresarial suscita en nuestro actual marco jurídico, así como la proyección de la misma en las atribuciones que los seleccionados como más representativos van a ejercer. En este planteamiento debe destacar cuáles son las carencias y las posibles alternativas que pueden cubrir las lagunas existentes.

Estas reflexiones no pueden realizarse sin un acercamiento inicial dogmático o abstracto a lo que es la representatividad, noción que presenta unos contornos difusos que dependen del punto de partida metodológico. La representatividad es, en primer lugar, un hecho social de perfiles poco definidos, es decir, responde a una realidad social que, lógicamente, tendrá su influencia en la realidad jurídica que la interpreta y, ésta a su vez producirá unas determinadas consecuencias en ese ámbito. Si estos son los parámetros de esta figura, es decir, el significado de la representatividad como hecho social, lo primero que debe señalarse es que cuando se habla de representatividad no se está pensando en la actividad

¹ S. DEL REY GUANTER, *Las asociaciones empresariales en el sistema de relaciones laborales: una aproximación inicial*, en *Revista de Política Social*, 1983, n. 137, p. 310. Este A. señala que «el sindicato es por excelencia, *the driving force* del sistema, su fuerza conducente e impulsora», lo que ha llevado a considerar a los empresarios y sus organizaciones como un fenómeno receptivo e inerte en el campo de las relaciones laborales.

de representación, ni desde un punto de vista sociológico ni jurídico privado.

En este mismo orden de cosas, no hay que dejar de destacar que la función de representación en el ámbito privado se está refiriendo a una institución de Derecho civil de dimensión compleja y de difícil delimitación sobre todo, con el contrato de mandato². De esta manera, la representación privada se manifiesta en varias dimensiones. Por un lado, es un negocio jurídico a través del cual el representante actúa en nombre del representado y los efectos jurídicos que produzca el negocio jurídico realizado por aquel entrarán en la esfera de éste último; por otro, el representante no sólo actúa en nombre del representado y en su interés sino que también lo puede hacer en su propio interés o de terceros. Pues bien, desde esta concepción de la representación tampoco se puede equiparar al mandato por cuanto que éste supone el cumplimiento de un encargo mientras que el apoderamiento o representación tiene un campo de actuación mucho más amplio tal y como lo hemos definido anteriormente. En estos términos, la “representatividad” de organizaciones en el ámbito laboral nada tienen que ver con la configuración civil de esta institución.

En efecto, en nuestro caso, las asociaciones empresariales (como también las sindicales) tienen capacidad de obrar y personalidad jurídica propia por lo que no necesitan de ningún apoderamiento unilateral y recepticio para que cumplan con su función. Función ésta que dimana directamente del art. 7 la Constitución Española (CE) donde se les reconoce la capacidad de defensa y promoción de los intereses que le son propios y, en concreto, de sus intereses económicos y sociales. Además, esos intereses tienen una dimensión que rebasa el ámbito individual y se centra en el ámbito colectivo, de forma que no se está confiriendo la representación individualmente a través de la asociación o afiliación, sino que aquí se está refiriendo a un grupo de empresas o asociaciones empresariales con objetivos comunes y con intereses compartidos que se van a defender a través de la Asociación a la que se adscriben. Es cierto que, a veces, no existe una total coincidencia entre el interés del grupo y de la Asociación; pero también lo es, que las organizaciones profesionales cumplen funciones que la ley les otorga por lo que esa dimensión colectiva prima, sin lugar a dudas, sobre el interés individual de los socios e, incluso, de la propia Asociación.

² L. Díez-Picazo, A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, Técno, 2001, vol. I. En general sobre la institución de la representación y el mandato, ver el estudio de J.M. BAdENAS CARPIO, *Apoderamiento y representación voluntaria*, Aranzadi, 1998.

A lo anteriormente señalado hay que añadir, descendiendo ya al plano estrictamente laboral y antes de enfrentarnos a la noción de representatividad social, que hay que diferenciar entre el concepto de representación de un colectivo de empresarios que ostenta cualquier asociación u organización de mayor o menor extensión, por la integración de sus posibles afiliados y que actúa en defensa de sus intereses, y el concepto de “organización más representativa”, que es un concepto legal que atribuye a las organizaciones empresariales las competencias que la legislación les proporciona y fundamentalmente la representación “genérica” de todo el empresariado dentro del ámbito correspondiente. Esta diferenciación dogmático-jurídica entre “representatividad” y “representación” en el sentido que aquí lo hacemos, viene reforzada por el diferente significado que estos dos vocablos poseen en lengua castellana, lo que a su vez tiene su origen en la anfibología del verbo “representar”: por un lado, es el negocio que describen los juristas, pero por otro equivale a ser “significativo”, “importante”, “relevante”, “que puede dar idea del todo” o “que es fiel reflejo de un universo más amplio”. En su primera acepción, el verbo “representar” daría lugar al sustantivo “representación”, mientras que en la segunda, al sustantivo “representatividad”. Y finalmente, quien ejerce una “representación” es un “representante”, mientras que el que posee representatividad es “representativo”. En los casos de representación múltiple no puede decirse que ningún “representante” sea más “representativo” que otro, puesto que la representación es un negocio que será válido o que no lo será, y que tiene determinado ámbito o radio de actividad. En cambio, la “representatividad” es perfectamente medible mediante el recurso a cifras o magnitudes mensurables que nos ayuden a descubrir precisamente el grado o medida en que algo “representa” al todo. En ese sentido, se dice en términos estadísticos que la *muestra* es más o menos “representativa”, en la medida en que sea encuestado un número más o menos alto de personas. Podemos extrapolar estas reflexiones semánticas al terreno de nuestro análisis: todas las asociaciones empresariales “representan” a los empresarios que están afiliados a ellas, pero no todas son “representativas”. Sólo las que cumplan un determinado nivel de “importancia” o “relevancia”, esto es, las que gocen de una implantación, arraigo o difusión suficientes.

³ Así, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (*Diccionario del español jurídico*, 2019) distingue varias acepciones del vocablo “representatividad”: por un lado, es «lo que sirve para representar otra cosa», y pone como ejemplo el *gobierno representativo*, supuesto en el que hay una representación política del electorado, pero, según la acepción tercera, equivale a «característico, que tiene condición ejemplar o de modelo». Por su parte, el

En otro orden de cosas, y por lo que respecta el punto de vista sociológico, la sociedad del Estado del bienestar se caracteriza por una dominante articulación organizacional o asociativa de los ciudadanos, lo que se proyecta, más si cabe, en el ámbito de las organizaciones profesionales. De hecho se habla de un corporativismo o «nuevo feudalismo»⁴ de los grupos sociales que impregna nuestra sociedad y, por ello, nuestro ordenamiento jurídicos. En este afianzamiento del corporativismo hay que señalar que si la tendencia de las organizaciones sindicales ha sido la de organizarse unitariamente, en las empresariales se ha venido produciendo una fragmentación piramidal de federaciones y confederaciones articuladas mediante mecanismos de inter-relación entre ellas que se han materializado en una burocratización o concentración que marca la separación entre las organizaciones representativas de las que no lo son. De alguna manera, ello ha tenido como consecuencia la consolidación de algunas asociaciones complejas con diferentes grados o niveles organizativos e institucionales que se solapan, por último, con la cúpula de la Asociación y que se manifestarán consiguientemente en el

Diccionario de uso del español de María Molinar (1998) define “representativo” de la siguiente forma: «se dice de lo que se puede tomar como representación de cierta cosa. Ej: *estas cifras son bien representativas del desarrollo industrial*», y “representatividad” como «calidad de representativo». En cuanto al vocablo “representar”, y junto al negocio jurídico de ese nombre, suministra otras dos acepciones, la quinta, que dice de “representar”: «servir algo para mostrar cierto hecho o fenómeno: *este gráfico representa el aumento de población en los últimos 50 años*», y la décima, según la cual representar es «importar mucho o poco una cosa: *eso representa muy poco en la economía total del país*». Esta dicotomía se observa también en lengua francesa e inglesa. En la primera, “*représentatif*” tiene como principal significado el de «qui représente convenablement un ensemble; modèle, type» (*Gran dictionnaire des lettres Larousse*, 1989). En la segunda, “*representativeness*” significa «the quality or state of being representative» y “*representative*” «prototypical, characteristic, illustrative, indicative, paradigmatic» (*The Webster Third International Dictionary*, 1980). Hacemos referencias a estas dos lenguas no por un simple prurito de erudición, sino porque son las dos lenguas de trabajo más importantes en la Unión Europea y es conveniente saber que ése es el significado que se da a la palabra “representatividad” (*représentativité, representativeness*) en numerosos documentos de trabajo de la Comisión, que por desgracia no están disponibles en castellano. Véase en este sentido COMMISSION EUROPEENNE, *Rapport sur la représentativité des organisations européennes de partenaires sociaux*, 1999.

⁴ J. MORALES NAVARRO, *Sociología de las relaciones industriales*, Trotta, 1995, pp. 73 ss.; M.A. SOLA LATRE, *Concertación social y otras formas de neocorporativismo en España y en la Unión Europea*, Tecnos, 1995, pp. 122 ss.

⁵ F. NAVARRO NIETO, *La acción colectiva de los empresarios en las relaciones laborales: características organizativas y problemática jurídica*, en M.C. RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO (coord.), *EL empleador en el Derecho del Trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos, 1999, p. 204.

funcionamiento mismo del Sistema de relaciones laborales⁶.

A partir de estas consideraciones, las cuestiones que intentaremos desarrollar a continuación son las siguientes:

- a. en primer lugar, qué motivaciones impulsan a los empresarios a asociarse;
- b. en segundo lugar, qué significa la representatividad en el marco de nuestra sociedad democrática, lo que obliga irremediablemente a plantearse;
- c. en tercer lugar, la determinación del grado de capacidad de organización y de representación colectiva que tienen estas asociaciones, lo que hará que se compruebe la sintonía de las organizaciones con las aspiraciones de los intereses del colectivo al que representan;
- d. qué capacidad tiene las asociaciones empresariales para crear un estado de opinión y de voluntad colectivas que influya en el comportamiento de los representados.

A partir de la contestación a todas estas preguntas se podrá discriminar la selección jurídica de aquellas asociaciones más capaces para ejercer las atribuciones que la norma les otorga, por ser las que por su grado de representatividad pueden, de manera más general y eficaz, ejecutar las competencias que tienen conferidas. Todas estas preguntas irán recibiendo respuesta al hilo del análisis del concepto de representatividad, desde el ángulo social y jurídico.

2. La noción de la representatividad social

Según los cultivadores de la sociología jurídica, el estudio del concepto de representatividad social conduce necesariamente a establecer una relación entre la aparición de grupos sociales con medios humanos y económicos que son el resultado de la sociedad industrial y la dificultad de garantizarse el carácter representativo de un colectivo y de unos intereses generales. Además se habla de proyectos globales de intereses que son comunes a todos esos grupos sociales. Sin embargo, pese a la existencia de esos proyectos comunes es cierto que unos grupos son sacrificados por otros que son los que van a obtener las ventajas que el propio ordenamiento jurídico les confiere. Esto tiene como consecuencia un fenómeno de

⁶ R. MARTÍNEZ, R. PARDO AVELLANEDA, *El asociacionismo empresarial español en la transición*, en *Papeles de Economía Española*, 1985, n. 22, pp. 84 ss. Ejemplo de ello es la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE).

dominio que significa en términos generales, la oportunidad de hallar una obediencia proporcionada por los representados susceptibles de cumplir un mandato (entendido como orden) que ellos mismos han conferido⁷.

Los elementos fundamentales que determinan que un determinado grupo represente la voluntad de un número inespecífico de sujetos van a girar entre el sentimiento de subordinación de dichos sujetos con relación a la cúpula y el control y poder de generación de opinión que la Asociación tenga sobre los que pertenecen a ella. Al mismo tiempo debe existir, para que se materialicen ambos elementos, una relación institucionalizada de manera que, no habiendo una sujeción absoluta sí, al menos, se controlen las decisiones más importantes del colectivo. En todo caso, lo importante es vigilar y asegurar que el dominio sea efectivos. Esta Organización global de dominio de la sociedad a su vez va a influir directamente en un aumento del asociacionismo y en la aparición bien de nuevos grupos o bien en la unión de estos en asociaciones “más fuertes” y por ende “más representativas” de ese hecho social. Lo cierto es que este análisis sociológico de la aparición de grupos representativos de voluntades comunes no tendría sentido sin una implicación directa de los sujetos que los conforman⁹.

En este orden de cosas, es claro que el nivel de importancia de los grupos de intereses, sean sociales o económicos, va a depender de su relevancia social y del grado de implicación de uno u otros que, a su vez, serán contrapuestos. En efecto, la implicación entendida como la posibilidad de imponer o controlar determinadas decisiones, incentivarlas e incluso negociarlas dependerá, en nuestro campo de estudio, de los intereses que configuran y provocan el conflicto social¹⁰. Desde este punto de vista, es

⁷ M.J. FARIÑAS DULCE, *La sociología del Derecho de Max Weber*, Cívitas, 1991, pp. 51 ss. La teoría del fenómeno del dominio tiene su máximo exponente en Weber.

⁸ En general, *vid.* R. DAHRENDORF, *Sociedad y libertad*, Tecnos, 1966.

⁹ Voluntariedad de los empresarios o empresas en la entrada a las asociaciones empresariales, que hace diferenciar sin lugar a dudas a éstas de los colegios profesionales donde la colegiación es obligatoria, así como de las organizaciones puramente profesionales, donde los intereses laborales carecen de valor alguno. Ver las sentencias del Tribunal Supremo 4 mayo 1995, RJ 1996/3247, y 20 diciembre 1999, RJ 1999/9472.

¹⁰ A.L. PORTUONDO VÉLEZ, A. RODRÍGUEZ PÉREZ, *Dirección y organización: la decisión en la empresa, implicación, algo más que participación, el camino hacia la modernidad en la dirección empresarial*, Instituto Superior Politécnico de La Habana, 1992. La implicación en la empresa supuso una nueva forma de gestión personal que apareció en los años Ochenta que significa una total identificación del trabajador y su sistema de valores con la propia cultura de la empresa. De tal forma que la creencia y aceptación de objetivos de la empresa y sus valores produce un deseo de participación activa en la misma consiguiendo un modelo armónico entre las decisiones empresariales y la propia dinámica sociolaboral. Esta teoría aplicada al asociacionismo empresarial significa que

obvio que los intereses de los empresarios sienten hacia el asociacionismo no sólo se basan en intereses sociales sino, más al contrario, en los económicos¹¹.

De esta manera, se puede señalar que la competitividad surge en determinados asuntos que se pueden considerar estratégicos y que desde luego se aposentan en la economía de mercado que una vez más incide en la conflictividad social. Por ello, la necesidad de organizarse y ocupar un lugar privilegiado dentro del marco de relaciones laborales nace de razones puramente económicas y, por ende, de la necesidad de situarse en una posición privilegiada frente a los poderes públicos que son los que más directamente intervienen, a través de sus políticas sociales y presupuestarias, en la economía de mercado. A su vez, la economía globalizada hace que el asociacionismo favorezca la competitividad de la economía de los Estados y empresas cada vez más mundializadas, así como el florecimiento de asociaciones empresariales transnacionales o internacionales.

Estas consideraciones nos permiten entender la noción de representatividad desde una doble acepción. De un lado, como representatividad “interna”, es decir, la posibilidad de defender los intereses de un colectivo de empresas o asociaciones empresariales federadas en una gran Asociación en la que ésta funciona con criterios de generación de opinión y de aceptación por parte de los representados de aquellas decisiones que favorecen la marcha de sus empresas desde un punto de vista económico y que va a incidir muy directamente, una vez más, en las relaciones laborales; sobre todo, si esas decisiones suponen una menor conflictividad en esas relaciones. Aún más cuando rige el principio de libre creación y funcionamiento¹² de dichas asociaciones y se les exige que su actividad interna se lleve a cabo con criterios democráticos¹³. Indudablemente, esta noción de representatividad supone que el representado va a participar de los asuntos comunes y en la formación de la voluntad social o de grupo aunque tenga como consecuencia tener que aceptar la voluntad de la mayoría y ésta, hasta cierto punto, venga condicionada por los intereses más propios de la

aquellas empresas que se asocian a una Asociación patronal se identifican con el proyecto de la misma y creen en la opinión que se genera para adoptar de forma participativa, aunque a veces no tanto, de las políticas económicas y laborales que las guían.

¹¹ J.C. FERNÁNDEZ SANCHIDRIÁN, A. HERNÁNDEZ SÁNCHEZ (coords.), *Diccionario de Sociología en la empresa y de las relaciones laborales*, Lex Nova, 2000, pp. 265-266.

¹² F. PANTALEÓN, *Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código Civil)*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1993, vol. 46, n. 1, pp. 5 ss.

¹³ Art. 7 CE.

Asociación a la que se pertenece¹⁴.

Una segunda noción de representatividad, la que se podría calificar como “externa”, se referiría a la pura representatividad de la organización en la vida social y jurídica. Desde esta perspectiva, la representatividad la tendría aquella Asociación que tiene un reconocimiento social y público en la realización de sus actividades, o dicho de otro modo, una asociación es representativa cuando su presencia social provoca la necesidad de contar con ella en la toma de decisiones políticas, económicas o sociales. Definición esta que se ajusta al supuesto de las asociaciones empresariales. El “hecho” empresarial se refleja, por tanto, en un interés unitario de carácter colectivo que tiene como consecuencia la actividad de representación. Ese interés no tiene naturaleza personal, es decir, el empresario busca la maximización del beneficio en el proyecto empresarial, por lo que no implica que considere como prioridad las relaciones laborales. Ahora bien, las relaciones laborales le condicionan a organizarse de forma colectiva y necesaria para disponer de lo que se ha denominado un poder social común como actor en esas relaciones laborales¹⁵. Escenario socio-económico diferente del que preside las organizaciones sindicales, donde la necesidad de asociacionismo es elemental para satisfacer los intereses materiales de un colectivo de trabajadores con un proyecto común y como medio defensivo frente al poder de los empresarios, tanto en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales pero también, sin lugar a dudas, actuando como verdaderos movimientos políticos en defensa del reparto de riqueza¹⁶.

A partir de estas reflexiones de contenido general se va dando respuesta a alguna de las cuestiones que se planteaban al principio de esta exposición. En efecto, conociendo lo que significa socialmente la representatividad podemos intuir cuáles son las motivaciones de los empresarios para asociarse. Se puede afirmar que desde luego el fenómeno organizativo empresarial no radica sólo en objetivos puramente económicos sino en su actuación como grupo de presión o “lobby” y como contraparte de las poderosas organizaciones sindicales y, por último, para hacer frente al incesante, aunque cada vez más atenuado) intervencionismo estatal¹⁷. De

¹⁴ J.M. BILBAO UBILLOS, *Libertad de asociación y derecho de los socios*, Universidad de Valladolid, 1997, p. 127.

¹⁵ P. PERULLI, M. CATINO, *Le organizzazioni di rappresentanza imprenditoriale: verso uno sperimentalismo istituzionale*, en *Stato e Mercato*, 1997, n. 50, pp. 219 ss.

¹⁶ J. MORALES NAVARRO, *op. cit.*, pp. 101 ss.

¹⁷ Á. SOTO CARMONA, *De la representación a la organización patronal (1975-1977)*, en *Sociología del Trabajo*, 1995, n. 24, pp. 99 ss.; en general, A.M. GARCÍA FEMENÍA, *El asociacionismo empresarial en España*, Institutos de Estudios Económicos, 2002. En este artículo se

esta manera, los empresarios llegan a la conclusión de que es imprescindible crear Asociaciones fuertes que contrarresten los efectos de las actuaciones de los sindicatos y de los poderes públicos¹⁸.

Es evidente que estas consideraciones son resultado de un análisis principalmente sociológico. Ahora bien, todo hecho social tiene su materialización en las normas. Es decir, la realidad de las Asociaciones (y en concreto las que son objeto de nuestro estudio, las empresariales) y su representatividad así como su implantación en la vida de las relaciones laborales obliga a que el ordenamiento jurídico preste atención a su establecimiento y determine las reglas necesarias para su delimitación y régimen jurídico. La normativa tiene que estar atenta a las proyecciones sociales de los ciudadanos, aún más si estas son las organizaciones profesionales, esfera de la vida social que se proyecta muy directamente tanto en los poderes públicos como en los interlocutores sociales y, desde luego en los trabajadores y empresarios individualmente considerados. Por otra parte, otro de los factores que inciden muy directamente en este ámbito, es la relación que existe entre la dimensión de las empresas y el asociacionismo empresarial.

En este sentido, no se debe olvidar que el tejido productivo español se caracteriza por un elevado grado de atomización, lo que significa una dimensión media de las empresas inferior a la media europea y a la de otros países desarrollados. Situación, dicho sea de paso, que debería corregirse por cuanto, como ya se ha señalado anteriormente, la tendencia globalizadora del mercado exige una más adecuada respuesta de las empresas y son las de dimensión mayor las que pueden dar una mejor contestación a las exigencias de internacionalización e innovación¹⁹. Aún más cuando los umbrales de calidad de las empresas y su distribución van a influir en el ritmo expansivo de las actividades y de la creación de empleo. Esta condición de dimensión de la empresa redundará, claramente, en la selección de aquellas asociaciones empresariales que representen de forma “más relevante” a las empresas en distintos sectores y que van a tener una incidencia importante en la selección de los agentes sociales que, después, serán los encargados de participar con los poderes

enmarca desde un perspectiva histórica la creación de una de las Organizaciones más importantes empresariales, la CEOE y los motivos que llevaron a la necesidad de su creación.

¹⁸ R. MARTÍNEZ, R. PARDO AVELLANEDA, *op. cit.*, p. 92.

¹⁹ A.-J. ARNAUD, M.J. FARIÑAS DULCE, *Sistemas jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III de Madrid; Boletín Oficial del Estado, 1996, p. 274. Los AA. ponen de manifiesto la influencia de la globalización a efectos sociales y jurídicos en materia de derecho de asociaciones y del trabajo.

públicos o de negociar las condiciones laborales. Consecuentemente los grupos sociales buscan en el ordenamiento jurídico legitimidad, aceptación y consenso en las decisiones, estructuras y órganos de representación. Partiendo de esta afirmación, las asociaciones socialmente representativas buscan la legitimación jurídica, y por ello se hace necesario plantear la noción legal de la representatividad.

En conclusión, la representatividad debe ser entendida, desde un plano sociológico, como sinónimo de relevancia, notoriedad, implantación y reconocimiento de los representados; tanto desde la perspectiva interna, es decir, de participación y elaboración de estados de opinión dentro de la asociación empresarial, como externa, esto es, la organización se refleja en la vida social y jurídica. De tal manera que la asociación empresarial se convierte en una proyección de voluntades individuales y colectivas hacia la sociedad que la reconoce como representativa de las mismas. Por ello, ser representativo no supone un negocio jurídico del representante que producirá efectos jurídicos en la esfera del representado sino que supone “*unus animus*” común de la organización con quienes representa. Dicho esto a continuación se intentará delimitar el reflejo del “hecho social” de la representatividad en el ordenamiento jurídico²⁰.

2.1. La proyección jurídica de la representatividad como hecho social

Desde el ángulo analítico jurídico-laboral, la definición de la representatividad parece estar conformada por distintos elementos, cuya determinación preliminar ayudará a su elaboración posterior. A saber, la Constitución, como ya se ha puesto de relieve en otro momento, otorga a las organizaciones profesionales y, en concreto, a las empresariales un papel muy relevante en las esferas económicas y sociales o laborales. En efecto, los sindicatos y las asociaciones empresariales tienen atribuida la función de «contribuir a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios», concediéndoles libertad en su creación y actividad y con la única condición de que su funcionamiento y organización interna sean democráticos. Este reconocimiento constitucional obliga necesariamente al legislador a determinar tanto su creación como cuáles de las asociaciones que van a participar de la vida socioeconómica tienen una representatividad suficiente para, después,

²⁰ F.J. CALVO GALLEGO, S. DE SOTO RIOJA, *Los colegios profesionales como asociaciones empresariales*, en *Actualidad Laboral*, 1998, n. 20, p. 439.

atribuirles funciones con incidencia directa en las relaciones laborales y en la participación pública²¹.

Ciertamente, hablar de representatividad supone que se está dentro de un Estado democrático, de un régimen de Libertad Sindical y de un pluralismo organizativo que induce a determinar jurídicamente quién es representativo a los efectos de articular las relaciones laborales. Estos presupuestos son básicos para poder llegar a una definición de representatividad, pero también importa la existencia de una concordancia entre los intereses de las empresas y las actuaciones e intereses de la Asociación empresarial de la que forman parte. Desde este punto de vista, la definición legal vendrá condicionada por la sintonía de intereses del representante y de los representados y las atribuciones que la ley otorgue a dichas asociaciones, ya que las normas no nos definen qué es representatividad. Consecuentemente, la representación de intereses tiene que tener un doble objetivo, por un lado, el de satisfacer desde los intereses colectivos, los intereses individuales de los empresarios y, por otro lado, los resultados de la propia gestión con los poderes públicos. Por lo que la representatividad nos tiene que indicar no sólo la sintonía entre asociación y representados sino también las consecuencias de alcanzarla. Esta consideración social hace que exista una representatividad, por decirlo de alguna manera, de carácter “pasivo”, es decir una situación caracterizada por la existencia de una sintonía aunque no de una verdadera identificación ideológica, y una representatividad “dinámica” o “activa”, que se traduce en una posición de poder económico y político de las asociaciones que la adquieren, puesto que a quienes se les considere más representativos, se les van a conceder legalmente atribuciones y funciones de relevancia pública.

En este orden de cosas, y tomando como partida las reflexiones anteriormente expuestas, se puede definir la representatividad como aquella cualidad jurídica que adquieren determinadas organizaciones profesionales y, por ende, las empresariales, y que les supone alcanzar una especial y «singular posición jurídica»²² que les va a facultar, desde la legalidad, a realizar funciones tan importantes como, por ejemplo, la participación de la negociación colectiva de eficacia general, la concertación social, la obtención de ventajas económicas o la

²¹ En general, F. GARRIDO FALLA (coord.), *Comentarios a la Constitución Española*, Cívitas, 2001.

²² GARCÍA MURCIA, J. “El hecho sindical. La mayor representatividad. Asociacionismo profesional y empresaria. Balance y propuestas de reforma”. Revista [Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos](#), ISSN 1138-9532, N.º. 429, 2018 pp. 67 ss.

participación en las Instituciones Públicas, aspectos todos ellos que serán analizados en epígrafes posteriores.

Esta definición nos proporciona las siguientes notas caracterizadoras: en primer lugar, la representatividad es una condición social y jurídica intrínseca a la asociación; en segundo lugar, al ser un criterio que sirve para conceder un *status* de poder a la asociación patronal, el umbral de representatividad tiene que determinarse por medio de una regulación jurídica que refleje ese “hecho patronal” en la sociedad; en tercer lugar la misma dinámica de la representatividad provocará unas consecuencias jurídicas importantes para el asociacionismo empresarial lo que a su vez se proyectará en la discriminación de unas asociaciones con respecto a otras. Estos desarrollos normativos, por su parte, retroalimentan otros sociológicos en el seno del asociacionismo empresarial: una vez alcanzado el “*status*” jurídico de “representativo” por una asociación, estará en una “ventaja competitiva” respecto de las que no lo sean a la hora de captar nuevas empresas afiliadas, el mapa asociativo tenderá a racionalizarse, etc. Es momento ahora de señalar, siquiera brevemente, cuáles son esas consecuencias jurídicas de manera que se cierre el círculo que se avanzó al principio de este trabajo y que no está de más recordar. Se decía allí que la representatividad es un hecho social o supone una presencia social que luego se recoge en la norma jurídica que la interpreta. El círculo se cierra cuando la norma refleja su virtualidad práctica y produce unas determinadas consecuencias jurídicas incidiendo en la realidad social que provoca todo el proceso. Hay que tener en cuenta que la representatividad es tanto consecuencia como instrumento de su propia generación y expresión. O dicho de otro modo, la representatividad recoge el hecho social y lo convierte en mecanismo de incidencia en ese mismo hecho generador.

En buena lógica el criterio de la representatividad supone, tanto en el caso de las organizaciones sindicales como en el de las empresariales, una selección que privilegia a las asociaciones más capaces para ejercer unas competencias atribuidas por la ley. Por tanto, la representatividad es un criterio discriminador de las organizaciones empresariales. Esta no es una cuestión baladí, y de hecho los Tribunales han tenido que pronunciarse sobre la posible vulneración del principio de igualdad cuando se utilizan criterios de determinación de las asociaciones que van a participar en las distintas esferas de la vida social y pública en menoscabo de otras. Pero no sólo se encuentra este problema, sino que conferir la cualidad de “representativo” puede suponer incentivar a las empresas a asociarse a unas asociaciones en detrimento de otras, no tanto por identificación representativa e, incluso, ideológica, sino por el propio interés de obtener

más ventajas a sus empresas o asociación federada que el hacerlo a otra que no va a realizar funciones de tanta relevancia pública. Realmente, sin descender al plano normativo o jurisprudencial sino por pura intuición social, el pertenecer o no a una organización que represente los intereses, sobre todo económicos, del empresario o empresa y que, además, tenga un reconocimiento estatal o internacional condiciona, sin lugar a dudas, la decisión final. Esta no va a estar, por tanto, basada en la identificación entre empresario y asociación por motivos ideológicos básicos, estructura y formas de actuación sino en la composición de beneficios que el representado se haga con respecto de la Asociación. Es obvio que, esta dicotomía que se le presenta al empresario, va a recibir del ordenamiento jurídico la respuesta y parece incontrovertible que, no habiendo una cultura asociativa empresarial de la enjundia de la que tienen los trabajadores con las organizaciones sindicales, las motivaciones se inclinarán más hacia la obtención de beneficios que puedan revertir en la empresa (económicos, de competitividad, de participación con los poderes públicos, de intervención en la negociación colectiva, etc.) que en la pura concordancia “ideológica” entre asociación y empresario.

Algunos de los problemas que se plantean han tenido una respuesta parcial por parte de los Tribunales. Los requisitos que deben de cumplirse, según la jurisprudencia, para que no nos encontremos ante un tratamiento discriminatorio se basan fundamentalmente en la imparcialidad, la ausencia de abuso y el establecimiento de unos criterios de medición de la representatividad que sean objetivos, inequívocos y fácilmente determinables y controlables. Así, el Tribunal Constitucional se pronunció en el sentido de que la representatividad es un derecho de configuración legal que tiene unas limitaciones que son, entre otras, la objetividad de los criterios que la norma fije para su medición de manera que no se fundamente en elementos que ofrezcan la posibilidad de parcialidad o abuso²³. El propio Tribunal ya ha reconocido el vacío normativo que existe en la delimitación de la representatividad de las asociaciones empresariales, lo que conlleva ineludiblemente que sean elementos como la “notoriedad” mutuamente reconocida por los interlocutores sociales los que se utilicen para esta delimitación. No obstante, el Tribunal identifica notoriedad con reconocimiento mutuo cuando ambos conceptos son diferentes, ya que aunque ese reconocimiento exista por parte de los interlocutores sociales ello no conlleva, necesariamente que las organizaciones tengan notoriedad en la sociedad. El concepto de notoriedad tiene unos perfiles que no son puramente jurídicos como se

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional 10 noviembre 1982, n. 65.

verá más adelante.

El Tribunal Constitucional ha señalado que no se puede alegar vulneración del principio de igualdad cuando el tratamiento desigual se debe a elementos diferenciadores de las asociaciones que la alegan, entre otros, ámbitos de actuación de las organizaciones patronales al que se le debe unir que cualquier comparación, como normalmente suele suceder cuando se reclama la condición de más representativa, con los criterios que la normas establecen para medir la representatividad sindical es inconsistente, no sólo porque ambas organizaciones son diferentes sino además porque los criterios para los sindicatos, aún si cabe son más objetivos y vienen determinados por la Ley Orgánica que los regula. Además estas afirmaciones no afectan a la relevancia constitucional que ambas organizaciones, sindicales y patronales, tienen otorgada desde nuestro Texto fundamental²⁴. Estas consideraciones nos permiten concluir que la representatividad tiene como consecuencia la selección preferente de unas organizaciones sobre otras, pero ello no vulnera el principio de legalidad ni de igualdad²⁵, en tanto que dicha selección sea razonable. No podemos olvidar que este derecho es de configuración legal, otorga unas atribuciones de relevancia pública y general que obligan al legislador a determinar qué organizaciones son las idóneas para representar los intereses generales de un colectivo concreto²⁶.

3. Delimitación de la representatividad en el ordenamiento legal español

Las organizaciones empresariales tienen, en nuestro ordenamiento jurídico, su fundamento en la ley n. 19/1977, de 1º de abril, sobre regulación del derecho de Asociación Sindical (LAS). Esta norma aprobada durante la Transición Política, está hoy vigente, exclusivamente, para las asociaciones empresariales, ya que las organizaciones sindicales se rigen por una disposición específica, la Ley Orgánica n. 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS)²⁷. Fue la disposición Derogatoria de la LOLS la que estableció que las organizaciones empresariales quedaban fuera de su ámbito y que seguirían estando reguladas por la LAS.

Un primer acercamiento a la LAS refleja que se trata una regulación

²⁴ Sentencias del Tribunal Constitucional 8 abril 1992, n. 52, y 14 mayo 1992, n. 75.

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 4 abril 1989, RJ 1989/3073.

²⁶ Auto del Tribunal Constitucional 15 enero 1990, n. 13.

²⁷ Esta norma fue objeto de revisión por el Tribunal Constitucional que declaró su constitucionalidad en la sentencia 29 julio 1985, n. 98.

escueta, simple y poco detallada. Se limita a señalar algo que ya está reconocido en sede constitucional cual es la libertad de asociación para la defensa de los intereses propios y la prohibición de injerencia de los poderes públicos, lo que tiene como consecuencia la independencia en el ejercicio de sus actividades²⁸. Sin embargo, no se encuentra ninguna referencia a las funciones de representación y aún menos a la delimitación de la representatividad de las asociaciones u organizaciones que las ejercitan. Lo único que se señala a efectos de representación es su plena capacidad de obrar y el reconocimiento de la personalidad jurídica²⁹. El debate fundamental que ha tenido lugar durante los primeros años de la vigencia de la LOLS consistió en determinar si se podía considerar que las asociaciones empresariales eran titulares del Derecho de Libertad Sindical (*ex art. 28 CE*) o, por el contrario, se negaba esa posibilidad, y su actuación tenía como apoyatura constitucional el art. 22 donde se reconoce como Derecho Fundamental la libertad de asociación. El debate se acentuó teniendo en cuenta que las normas internacionales, en concreto, el Convenio OIT C087, sí que considera a las organizaciones profesionales sin distinción como titulares de la libertad sindical. Esta polémica no tiene, actualmente, mayor relevancia por cuanto que ha quedado zanjada con la jurisprudencia constitucional recaída sobre esta cuestión en la que se declara que el asociacionismo empresarial tiene su apoyo en ese art. 22 CE, sin que por esa simple razón sistemática se reste importancia a la función pública que les está atribuida por el art. 7 del mismo cuerpo constitucional³⁰.

En cualquier caso, este debate no debe preocuparnos en este momento, y ahora sólo interesa el marco legal de la representatividad empresarial, aunque este sea un tema que se vea más profundamente en otros epígrafes posteriores a éste. De esta manera, lo primero que se debe indicar es que nuestra legislación establece, en general, procedimientos de reconocimiento de la representatividad, a efectos de determinar las organizaciones a las que ha de atribuirse una serie de derechos, entre otros, la negociación colectiva, la participación institucional, la cesión de

²⁸ Acerca de la prohibición de injerencia de los poderes públicos en el derecho de Asociación, véase la sentencia del Tribunal Constitucional n. 75/1992, cit.

²⁹ M.E. CASAS BAAMONDE, *Las Asociaciones empresariales, su exclusión del Derecho de Libertad Sindical y su representatividad. Los diferentes sistemas de medición de la representatividad empresarial y sindical (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 52/1992 de 8 de abril)*, en *Civitas*, 1993, n. 58, p. 238.

³⁰ Para profundizar sobre este debate constitucional véase, entre otras, la sentencias del Tribunal Constitucional 22 febrero 1984, n. 113, n. 52/1992, cit., y 21 marzo 1994, n. 92.

bienes, representación internacional o europea, etc.³¹.

Dichos procedimientos intentan basarse en criterios objetivos y previamente definidos. No obstante, antes de entrar en el análisis de la regulación legal, es preciso realizar una reflexión general sobre la representatividad y su posible graduación. Como se podrá comprobar que ocurre en el ordenamiento internacional, comparado y europeo, cuando se intenta localizar los interlocutores sociales adecuados para ejercer funciones o atribuciones de relevancia pública, se utilizan criterios de representatividad sin más. O se es representativo de una realidad social como organización profesional o no.

Sin embargo, un primer acercamiento a nuestro ordenamiento pone de manifiesto que se gradúa la representatividad, de tal forma que nos encontramos con la siguiente tipología de organizaciones:

- a. organizaciones profesionales no representativas, siempre desde un punto de vista legal, por no alcanzar determinados indicadores que miden el nivel o posición en la que encuentran;
- b. otras, que ciertamente son representativas sin más en un determinado ámbito territorial y funcional, pero que solamente tiene virtualidad práctica para determinadas funciones (es el caso concreto de los sindicatos suficientemente representativos a efectos de negociación colectiva o acción sindical);
- c. el grado más elevado al que pretenden, en general, todas las organizaciones que es la mayor representatividad.

Este escalón superior o cualificado es el que interesa en este estudio ya que una vez alcanzado u obtenido este “status” se despliegan toda una serie de facultades y derechos (con sus correspondientes problemas). No deja de sorprender, de todas formas, que el legislador haya optado, como después se comprobará al analizar los criterios de medición, por un concepto de representatividad tan estricto, quizás se debe a la naturaleza de las atribuciones que se conferirán a quienes lo obtenga. En todo caso, este estado de cosas vuelve a confirmar de nuevo la promoción que desde el ordenamiento se concede al corporativismo y, por ello, a las grandes organizaciones profesionales, sobre todo empresariales, fuertes económicamente y consecuentemente con un mayor poder social. Supone, en fin, que estas organizaciones más representativas van a poseer una habilitación social y de decisión que implica un debilitamiento del asociacionismo de base.

Volviendo al hilo argumental principal, estos criterios de elección son

³¹ A. ESTEVE SEGARRA, *Las asociaciones empresariales: régimen jurídico y representatividad*, Aranzadi, 2003.

concretamente, para el caso que nos interesa, el de *implantación* basada en el número de empresas y/o (depende de los supuestos) el del número de trabajadores que prestan servicios en esas empresas en un sector determinado y en un ámbito territorial concreto³². Estos criterios se encuentran recogidos en el art. 87 y la Disposición adicional sexta del Estatuto de los Trabajadores (ET)³³. El cumplimiento de estos criterios de medición de la representatividad va a suponer que las asociaciones empresariales elegidas se conviertan en unos interlocutores sociales privilegiados, a quienes se les otorgará una capacidad representativa que se proyectará a todos los niveles territoriales y funcionales. Correlativamente, y en plano sociológico, la adquisición de la representatividad va a conllevar que la actividad de la asociación se imponga a la voluntad individual de las empresas o empresarios asociados y representados por la misma, y además con preferencia a otras organizaciones que no hayan adquirido esa representatividad³⁴.

La configuración legal de la representatividad en nuestro ordenamiento jurídico va a perfilarse pues, para las organizaciones empresariales, como un poder social que habilita a quienes lo ostentan para ejercer unas atribuciones que la propia ley establece y que se concretan en el terreno del derecho a la negociación colectiva (posibilidad de negociar convenios colectivos de eficacia general o *erga omnes*) y en el de la participación institucional³⁵.

3.1. Carencias y alternativas del sistema legal de representatividad empresarial

La configuración legal de la representatividad empresarial tal y como se ha descrito en el epígrafe anterior provoca no pocos problemas aplicativos. Problemas que vienen marcados por una legislación escueta y dispersa en lo relativo a las asociaciones empresariales. En este apartado pondremos

³² El criterio de medición de la representatividad de las organizaciones sindicales es totalmente diferente. Este es el de la *audiencia electoral*, que significa, como ya se sabe, aquella que se obtiene tras un proceso electoral mediante el cual se eligen a los representantes unitarios en las empresas.

³³ Real decreto legislativo n. 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

³⁴ I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, *La reforma de la negociación colectiva en España (El Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de Junio, de Medidas Urgentes)*, en *Derecho & Sociedad*, 2011, n. 37, pp. 59 ss.

³⁵ D.M. CAIRÓS BARRETO, *La representatividad y la mayor representatividad de las asociaciones empresariales*, en *Civitas*, 2003, n. 118, pp. 583 ss.

de manifiesto las carencias que sufre el concepto y la regulación jurídica de la representatividad empresarial y su proyección práctica. Asimismo se propondrá algunas alternativas que permitan dar respuesta a las cuestiones más relevantes que plantea este vacío normativo. Ello nos ayudará posteriormente a analizar cada una de las manifestaciones de la representatividad en el marco de los derechos y atribuciones que la ley otorga a las organizaciones empresariales que la adquieren y acreditan.

No es una tarea fácil delimitar y solucionar las cuestiones que la representatividad provoca en las relaciones laborales, sobre todo, cuando se tiene en cuenta que el sistema que se aplica para medir la representatividad empresarial no deviene de un proceso de elección sino de factores que están fuera del control directo e inmediato de los poderes públicos. A ello hay que añadir que, al contrario de lo que ocurre en el ámbito sindical donde la representatividad se obtiene mediante un proceso electoral y conlleva la posibilidad de ejercer cuantas atribuciones la norma otorga, en el supuesto de las asociaciones empresariales la representatividad debe ser acreditada de manera empírica, como todos los problemas probatorios que ello implica, sobre todo cuando esa acreditación se desarrolla en un escenario competitivo.

3.2. La medición y la acreditación de la representatividad empresarial

Los indicadores que miden la representatividad de las asociaciones empresariales carecen de una regulación concreta para su utilización y cómputo. Esto provoca problemas importantes a la hora de probar que una Asociación es más representativa en el nivel geográfico o, en su caso, funcional específico y para permitirle acceder a los beneficios que aquélla proporciona a quienes la ostentan. Además, los criterios de la implantación y el número de trabajadores, que son los que legalmente se exigen no son suficientes, en términos absolutos, para medir la representatividad de los que van a ser los interlocutores sociales. Habría sido conveniente adicionar a la medida legal otros criterios que sin ser los principales ayudaran a determinar de forma más objetiva, clara y eficaz dicha representatividad. El derecho comparado (pero aún más el comunitario) han establecido criterios que también son adecuados para llevar a cabo la correspondencia entre la presencia social de la organización empresarial y la cobertura jurídica que debe tener. Entre otros, y sin ánimo exhaustivo, se pueden mencionar los siguientes: volumen de producción o negocio teniendo en cuenta el nivel de

comercialización y transformación; disponer de estructuras adecuadas que garanticen de forma efectiva la interlocución social y sirva para la validez de los acuerdos obtenidos; influencia que la organización proyecte en el ámbito social; dimensión de las empresas asociadas y de las organizaciones empresariales y, finalmente por qué no, el reconocimiento formal o mutuo entre los interlocutores sociales e, incluso, entre estos y las Administraciones correspondientes.

Esto no quiere decir que todos ellos y otros muchos datos que se pudieran considerar tengan que ser acumulativos, a veces, y alternativos, otras, pero sí que sería necesario la selección de alguno más que pudiera aportar más información sobre la realidad social de la organización empresarial que se esté considerando. No podemos obviar, que los que nos ofrece nuestra legislación no es suficientes a la hora de acreditar y probar la representatividad³⁶. Porque uno de los problemas que plantea este sistema de medición es claramente de pruebas; ¿Cómo y cuando se demuestra que una organización empresarial es más representativa?. Esta es una de las cuestiones más importantes que solucionaría todos las demás directamente relacionadas con ella, tales como el control, las posibles impugnaciones, etc. Además habría que añadir, ya en lo que es lo concreto de las funciones atribuidas, la pregunta de ¿qué sujetos son los legitimados para poner en duda la representatividad de una asociación empresarial?

Lo primero que hay que señalar, a estos efectos, es que cuando se habla de asociación empresarial cuya representatividad se quiere establecer se hace referencia a las constituidas conforme a la LAS, lo que significa que debe existir un nexo de unión afiliativo o asociativo entre las empresas, en ejercicio de ese derecho de asociación establecido en la LAS, y la organización empresarial. No se está aludiendo, pues, como no puede ser de otra forma, a otro tipo de vinculación como es el caso de los mandatos representativos; es decir, a que varias empresas deleguen la representación a través de un mandato u otro acto jurídico similar. A este respecto se tuvo que pronunciar el Tribunal Supremo en relación a esta cuestión. En efecto, se trataba de una Asociación empresarial sin Estatutos ni afiliación, en la que determinadas empresas otorgaron la mera representación a efectos de la negociación de un convenio colectivo. El Tribunal, acertadamente, señala que no se puede confundir las representaciones concedidas para negociar con la afiliación y, por tanto, no todas las asociaciones profesionales pueden participar ni están habilitadas para intervenir en las relaciones laborales. Solamente aquellas que estén

³⁶ S. DEL REY GUANTER, J. GARCÍA MURCIA, *Naturaleza "sindical" y representatividad de las organizaciones agrarias*, en *Relaciones Laborales*, 1985, n. 10, p. 459.

acogidas a la normativa de asociaciones profesionales establecida por la LAS³⁷.

Consecuentemente con lo anterior, para hablar de la representatividad empresarial, en primer lugar, una organización debe constituirse conforme a las reglas establecidas en la LAS. En segundo lugar, dicha asociación tiene que ser el reflejo de una realidad social para después poder establecer cuál es su representatividad en el plano jurídico; en tercer lugar, y al mismo tiempo, los otros sujetos sociales y la propia Administración deben tener una constatación real y fehaciente de dicha representatividad. Ahora bien, esa representatividad debe delimitarse utilizando los indicadores normativos que el Estatuto establece y que son, los tan repetidamente señalados en páginas anteriores, el número de empresas asociadas a una organización empresarial y el número de trabajadores que prestan servicios en esas empresas. Dicho esto, es necesario analizar cada uno de ellos para descubrir los problemas que provocan y plantear, si las hubiere, las posibles alternativas que los solucionen.

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo 21 marzo 2002, RJ 2002/3812, que conoce del recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional 15 noviembre 2000, JUR 2001/109527. a sentencia versa, entre otras cuestiones, sobre la existencia o no de la asociación de empresarios de mataderos y comercio de aves, conejos, huevos y caza de Cataluña como organización habilitada para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo estatal para la industria de los mataderos de aves y conejos. Esta asociación no aportó ni Acta de su constitución, ni sus Estatutos, ni las afiliaciones o empresas asociadas a la misma para poder cumplir con los requisitos establecidos por el art. 87.3 ET. Solamente acreditó, documentalmente, escritos de varias empresas, con certificación del número de trabajadores y con delegación de representación individual de cada una de ellas a efectos de la negociación del convenio colectivo de referencia. No obstante, esto no es suficiente para acreditar la representatividad que, de cualquier forma, únicamente puede ser atribuidas a las asociaciones empresariales constituidas conforme a la LAS y al RD n. 873/1977. Parece, pues, claro como ya se comentó que se debe diferenciar claramente la organización profesional o asociación profesional que se constituye conforme a las reglas del derecho privado, de aquellas otras que, además de tener finalidades económicas, persiguen intervenir en las relaciones laborales y, por ende, el poder alcanzar los niveles de representatividad suficientes para participar de las atribuciones legales que adquieren estas asociaciones. Para ello, es decir, para ser una verdadera asociación empresarial, es requisito imprescindible que su constitución, sus Estatutos, el depósito de los mismos y el régimen afiliativo o asociativo de las empresas que servirán para medir su implantación se realice a partir de las reglas establecidas en las normas referenciadas anteriormente. También, en el mismo sentido, sentencias del Tribunal Supremo 25 enero 1995, RJ 1995/1022, y 23 julio 1999, RJ 1999/6843.

3.2.1. El criterio de la *implantación* y sus indicadores

El número de empresas asociadas a una organización empresarial

Se ha comentado que las asociaciones más representativas deben alcanzar una representatividad que suponga tener afiliadas al menos al 10% de las empresas en el ámbito geográfico y/o funcional correspondiente. El problema fundamental es que se deben conocer con exactitud qué empresas y cuál es el número de las mismas. Además como la norma laboral es deficiente dado que no prevé un sistema de medición de la representatividad y tampoco se cuenta con la posibilidad de un proceso electoral, se tendrán que considerar otros datos para conocerlas. Sin embargo, esta deficiencia contradice la importancia que la normativa atribuye a los indicadores de la representatividad cuando no establece al mismo tiempo los instrumentos necesarios, transparentes e incuestionables de los indicadores de aquella³⁸. Ni siquiera existe un órgano u archivo público capaz de ofrecer datos fiables y objetivos sobre la representatividad de una determinada asociación empresarial³⁹. Lo que sí debe estar claro es que sólo se computan empresas reales a efectos laborales, es decir, para realizar el recuento de las empresas, sólo se tendrán en cuenta aquellas que están en activo y que no carezcan de trabajadores asalariados. No podemos olvidar que la norma legal habla de empresas y empresarios conforme a lo establecido en el art. 1.2 ET. Por lo tanto es imprescindible que se cumpla con este requisito. Ahora bien, se debe señalar que una cosa es el nivel de representatividad o los indicadores para fijarla (acreditación) y otra como probarla. Las carencias legislativas, en este sentido, son manifiestas respecto a la comprobación de la representatividad porque el sistema descansa en la documentación probatoria de las propias asociaciones⁴⁰.

³⁸ Ya la sentencia del Tribunal Constitucional n. 52/1992, cit., los puso de manifiesto concluyendo que «se carece de un sistema de medición seguro de los porcentajes, relativos a empresas y trabajadores» (fdto. Jco. 4º).

³⁹ Deficiencia puesta de manifiesto, entre otras, por la sentencia del Tribunal Supremo 25 enero 2001, RJ 2001/2065.

⁴⁰ De hecho, pone de manifiesto la sentencia del Tribunal Supremo RJ 2002/3812, cit., que habiendo pedido información acerca del número de empresas de las Asociaciones en litigio la Dirección General de Trabajo comunica en escrito de 6 de junio de 2000 que carece «de datos sobre las empresas asociadas y trabajadores al servicio de las mismas [...] y que, por tanto, habrán de ser las propias Asociaciones o la Tesorería General de la Seguridad Social las que proporcionen la información solicitada». Estas carencias legislativas también se critican en la sentencia del mismo Tribunal 14 febrero 1996, RJ 1996/1017.

Hay que indicar, por tanto, que no se tendrá en cuenta que existan empresas sin trabajadores asalariados afiliadas o asociadas a la asociación empresarial que corresponda. Lo importante a la hora de medir la representatividad, para que esta sea real, es que las empresas que van a ser computadas sean las que efectivamente tengan trabajadores por cuenta ajena. No se puede olvidar en ningún caso que la implantación juega con el “plus” del número de trabajadores y si la efectividad de ese indicador provoca ya no pocos problemas aún más si se rompiera con la medida real en el caso de que se contara con empresas en las que no existe prestación por cuenta ajena.

Esta situación insatisfactoria, se agudiza en el momento de demostrar que una asociación es representativa, por cuanto que los datos necesarios que deben aportarse para dar luz afectan muy directamente a la autonomía e independencia de la asociación⁴¹. Son informaciones que implican muy directamente datos de la vida privada de la organización empresarial y que además es ésta, con las matizaciones que posteriormente se señalarán, la que los debe aportar como medio instrumental para acreditar cuáles son las empresas que forman parte de la misma. Junto con ello, hay que confiar, como si se tratase de un acto de fe, en que la información que aporte la organización empresarial responde a la realidad. Hay que tener en cuenta que los documentos que acreditan dicha representatividad son documentos privados acerca de la afiliación de las empresas asociadas, y que no está determinado en qué momento se realiza el cómputo para la medición y el grado de actualización de la información que se aporte.

Todas estas apreciaciones vienen de nuevo a reflejar que nuestro ordenamiento no posee instrumentos determinantes y precisos para verificar la legitimidad – representatividad – empresarial y, es por ello, que el juzgador debe guiarse, cuando se plantea la controversia, por valorar razonablemente los datos aportados⁴². En todo caso, varios son los métodos a través de los cuáles se puede obtener el número, listado y singularización real y efectiva de las empresas representadas por la asociación empresarial de que se trate. Entre estos se podrían tener en cuenta, *documentos y certificaciones* aportados por la propia organización, de naturaleza declarativa de la identidad y del número de empresas que forman parte de ella. Desde luego esta declaración se convierte en una

⁴¹ Entre otras, sentencia del Tribunal Supremo 20 septiembre 1993, RJ 1993/6889, donde se establece que «El dato de la afiliación a una organización empresarial no es un dato público y se trata incluso de un dato variable en atención al carácter voluntario de las decisiones de afiliación».

⁴² Ver las sentencias del Tribunal Supremo 18 diciembre 1995, RJ 1995/9308; 27 febrero 1996, RJ 1996/1510; RJ 2001/2065, cit.

presunción de representatividad o de reflejo de la notoriedad que tiene la asociación en la sociedad. Ahora bien estas certificaciones de identidad pierden totalmente su carga probatoria cuando surja un conflicto, momento en que es razonable que no se conceda carácter probatorio a aquellos documentos que se convierten en “auto-declaraciones” de representatividad⁴³.

Otros tipos de documentos que podrían acompañar a los anteriormente mencionados y que proyectarían de forma más fehaciente la realidad social de la organización empresarial, serían aquellos en los que, de forma individualizada y cercana en la fecha al momento de acreditar la representatividad, las empresas asociadas manifestaran la voluntad inequívoca de pertenecer a la asociación y querer seguir perteneciendo. A ellos se añadirían otros como los boletines de cotización o afiliación donde se establezcan el pago de las cuotas correspondientes al curso del año donde se pretenda acreditar dicha representatividad. De tal manera que, a partir del momento de la fecha del justificante de pago, se presuma la afiliación. No debe existir dificultad alguna para aportar todos aquellos documentos que de forma objetiva, clara, suficiente y razonable prueben la pertenencia a una determinada organización empresarial e incluso, también, aportar aquellos que certifiquen que no se pertenece a dos organizaciones u asociaciones al mismo tiempo; hecho que debe prohibirse en tanto que supondría una doble representación de la empresa, lo que implicaría en términos de representatividad que se estarían computando unas asociaciones de forma múltiple en detrimento de las que sólo admiten una única afiliación.

Estos datos documentales pueden venir acompañados por la circunstancia de que los interlocutores sociales se reconozcan como tales, de hecho y desde la propia norma estatutaria. Baste a modo de ejemplo lo establecido en el art. 87.1 ET, se da relevancia legal a ese reconocimiento mutuo que tiene como siguiente eslabón en la cadena el reconocimiento de la representatividad. Ciertamente, no se puede alegar que si no existe reconocimiento mutuo la organización correspondiente carezca de representatividad. O al contrario, que el reconocimiento mutuo presuma la representatividad de la asociación empresarial correspondiente. Desde luego, no puede negarse lo que suficientemente se prueba y no debe ser discutido a partir de ese dato. Ahora bien, ese reconocimiento mutuo

⁴³ La sentencia de Tribunal Supremo 15 marzo 1999, RJ 1999/2917, declara la carencia de valor probatorio a las certificaciones internas de las Asociaciones empresariales donde demuestran su naturaleza representativa; según la Sentencia, la censura jurídica que se debe realizar al valor probatorio de estos documentos es razonable teniendo en cuenta quien los certifica.

evita, en principio, controversias y despeja dudas sobre la representatividad de las organizaciones.

La primera crítica que se puede realizar a lo anteriormente expuesto radica en que ese reconocimiento se basa fundamentalmente en la voluntad única y exclusiva de los que deben reconocerse mutuamente su representatividad y, puede ocurrir que basándose en los intereses sectoriales de cada una de las organizaciones sindicales o empresariales y, en última instancia administrativas, se reconozca representatividad a una u otra representación empresarial desnaturalizando la presencia social de aquellas otras que pretenden participar de la representatividad. Obviamente, debe considerarse irrelevante, en estos casos de controversia directa, la trascendencia del reconocimiento de las partes⁴⁴. Ello no quiere decir que se le reste valor a este barómetro social de representatividad⁴⁵.

Finalmente, quedaría como posibilidad de medición la *notoriedad*. Decíamos en la primera parte de este trabajo que la realidad social debe tener una proyección jurídica y que el concepto de representatividad social de los empresarios no siempre es coincidente con el de la representatividad legal. Estas discordancias provocan, inevitablemente, en el ámbito de las relaciones laborales, disfuncionalidades en la delimitación de cuáles son las asociaciones representativas en los distintos órdenes de actuación. Si al mismo tiempo los indicadores legales no adecuan ambas realidades, la social y la jurídica, el resultado es, desde el punto de vista laboral, negativo. Por ello hay que buscar otras alternativas que coadyuven a determinar fehacientemente los interlocutores empresariales más adecuados. De este modo, junto con los indicadores legales y teniendo en cuenta el desarrollo democrático del sistema de relaciones laborales en nuestro país, parece innecesario poner en duda la presencia de algunas organizaciones empresariales cuya notoriedad está acreditada. Consecuentemente *notoriedad* debe ser un sinónimo de presunción de representatividad suficiente en tanto que se utilizarán los criterios de medición normativos y aquéllos datos externos que visualizan a una entidad cuyas actividades demuestran, en lo laboral, un apoyo y

⁴⁴ Así se ha manifestado la sentencia del Tribunal Supremo 13 febrero 1996, RJ 1996/1016, y 14 abril 2000, RJ 2000/8191.

⁴⁵ De hecho nuestra jurisprudencia, hasta hoy, viene presumiendo la representatividad “suficiente” a aquellas asociaciones empresariales que ha recibido el reconocimiento como interlocutores sociales. Este reconocimiento presunto según el Tribunal Supremo «es indicativo de que en la mesa de negociaciones se ha apreciado por unos y otros sin necesidad de demostración expresa, por ser notoria o al menos sobradamente conocida, la superación de la representatividad mínima exigida en la ley». Aún más si después está sometido a un control de legalidad administrativa y judicial. La más reciente, la sentencia del Tribunal Supremo RJ 2002/3812, cit.

seguimiento mayoritario de las empresas del sector o sectores que representan. Capacidad que, a su vez, se materializa en una influencia real como interlocutores habituales de las organizaciones sindicales, participación institucional con reconocimiento de los poderes públicos, intervención en procesos anteriores de negociación colectiva, en fin, con un funcionamiento real de organización con poder social. Esta valoración conjunta de criterios no puede ser utilizada configurando una presunción *iuris et de iure*, pero sí que colocan a la asociación empresarial en una posición destacada y, si no es discutido ningún déficit de representatividad, puede funcionar suficientemente para lograr acceder a la facultad que se pretenda.

El número de trabajadores que prestan servicios en las empresas asociadas a una organización empresarial

Se ha señalado que el criterio de *implantación* se compone de un segundo indicador, como fórmula para hallar la representatividad: el porcentaje de trabajadores que presten servicios en las empresas afiliadas a una asociación empresarial. Así, este segundo indicador de medida intenta configurar una representatividad más real de la organización. Como ya se apuntó en otro momento, estos porcentajes varían dependiendo de las competencias a las que se intente acceder y a su vez, dentro de ellas, dependiendo del ámbito geográfico donde se pretenda adquirir dicha representatividad. De esta forma, el art. 87 ET, y en lo que se refiere a la negociación colectiva supraempresarial, exige que la asociación empresarial demuestre su implantación asociativa y al menos que las empresas que forman parte de ella ocupen el 10% de los trabajadores afectados. La DA 6ª ET, para la representación institucional y cesión del uso de bienes inmuebles públicos, establece que para reconocer la mayor representatividad en el nivel estatal las empresas deben ocupar el 10% de los trabajadores en ese nivel; y en el supuesto de que la representatividad que se pretenda sea en el nivel de Comunidad Autónoma se exige un porcentaje que se eleva al 15%. Por tanto, al dato inicial de conocer con exactitud el número de empresas con trabajadores a su servicio habrá que añadir el número de trabajadores contratados en el ámbito concreto, nacional o autonómico, por todas esas empresas; es decir, la cantidad total de empresas y trabajadores. Una vez que se conoce el quantum numérico global se estará en disposición de valorar singularmente la representatividad de la asociación.

Las cuestiones que se suscitan, siendo esta la regulación legal, son, en primer lugar, qué trabajadores se computan y, en segundo lugar cómo se

prueba la plantilla de cada una de las empresas que pertenecen a la asociación que pretende el reconocimiento de su mayor representatividad. La primera cuestión debe ser resuelta diciendo que se debe calcular contando todos los trabajadores por cuenta ajena, independientemente de la modalidad contractual que tengan y que presten servicios en las distintas empresas. En este sentido, se puede decir que, incluso, sería posible la contabilización de autónomos sin trabajadores a cargo cuando estos presten servicios de forma más o menos permanente en una empresa (Trabajadores autónomos económicamente dependientes). Sobre todo si trata de la materia de negociación colectiva. No se quiere caer en la contradicción con esta puntualización que no está exenta de problemas. Por ello, hay que indicar que ese cómputo debería tenerse en cuenta solamente para algunas de las atribuciones que la norma otorga. En todo caso, de nuevo se plantearía la cuestión de probar que esos autónomos no cuentan con trabajadores a cargo. Además es una difícil cuestión a resolver por cuanto que el enlace jurídico que une al trabajador por cuenta propia y al empresario suelen ser figuras contractuales civiles o mercantiles, entre otros, arrendamientos de servicios u obra, etc. de complicado control por entrar dentro de la esfera privada de los particulares. Ciertamente es que el problema se eliminaría si, como ya se dijo, junto con los indicadores generales la norma contemplara algún otro dato más que realmente reflejara la realidad social de la organización que sea⁴⁶. No obstante, como esta previsión legislativa no se contempla, el estudio debe centrarse en lo establecido que se refiere a los trabajadores por cuenta ajena.

La segunda cuestión, la prueba de la plantilla de trabajadores, es un dato que no plantea mayores problemas porque éstos pueden obtenerse a través de medios públicos y oficiales como por ejemplo las certificaciones de la Tesorería de la Seguridad Social, los censos de población activa y de empresas del Instituto Nacional de Estadística, datos del Registro mercantil o listados de empresas que pueda ofrecer la Agencia Tributaria, los datos que puede ofrecer los Servicios Públicos de Empleo, etc. Como puede comprobarse se puede constatar con relativa facilidad, y dejando aparte toda la problemática de la economía sumergida, a través de estos certificados que ofrecen garantías suficientes de fiabilidad, precisión y objetividad y, quizás la única objeción que se puede realizar, es que carezcan de la actualización suficiente⁴⁷. Por ello, se manifiesta como

⁴⁶ M.D. RUBIO DE MEDINA, *Asociaciones empresariales, sindicatos, asociaciones profesionales del trabajo autónomo y el derecho de asociación de los extranjeros*, en *Temas Laborales*, 2010, n. 105, pp. 163 ss.

⁴⁷ Dan testimonio de la validez de estas certificaciones y comprobaciones, entre otras, las

imprescindible el esfuerzo de los poderes públicos en mantener actualizados los censos y listados de empresas y de número de trabajadores que correspondería fundamentalmente y cumpliendo exactamente el mandato de la DF 2ª ET⁴⁸.

Finalmente, debemos subrayar que los medios que ofrece el ordenamiento jurídico son insuficientes y ello provoca la necesidad de buscar otras formas de medición que junto con las legalmente establecidas nos indiquen de forma más real y cierta la representatividad empresarial. En efecto, la implantación, que es el indicador más importante, plantea, como se ha comprobado, numerosos problemas en relación con el número de empresas asociadas, desde luego, más que el criterio del número de trabajadores. La cuestión se complica cuando se producen las conexiones mutuas entre ambos y el operador jurídico se encuentra, desde la perspectiva normativa, sin más elementos que valorar, para dilucidar la representatividad, que los datos aportados por la asociación que se mida. Pero aquí no acaba el problema sino que, además de la carencia de otros criterios más cercanos a la realidad social, que más o menos se pueden soslayar a través del reconocimiento y de la notoriedad de las asociaciones empresariales, se tropieza con un nuevo obstáculo que es la falta de mecanismos públicos de control de la representatividad.

4. Bibliografía

ARNAUD A.-J., FARIÑAS DULCE M.J., *Sistemas jurídicos. Elementos para un análisis sociológico*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1996

BÁDENAS CARPIO J.M., *Apoderamiento y representación voluntaria*, Aranzadi, 1998

BILBAO UBILLOS J.M., *Libertad de asociación y derecho de los socios*, Universidad de Valladolid, 1997

sentencias del Tribunal Supremo RJ 1995/9308, cit.; RJ 1996/1510, cit.; RJ 1999/2917, cit.

⁴⁸ La Disposición Final segunda dispone que «El Gobierno, previas las consultas que considere oportunas a las asociaciones empresariales y organizaciones sindicales, dictará las normas necesarias para la aplicación del título II en aquellas empresas pertenecientes a sectores de actividad en las que sea relevante el número de trabajadores no fijos o el de trabajadores menores de dieciocho años, así como a los colectivos en los que, por la naturaleza de sus actividades, se ocasione una movilidad permanente, una acusada dispersión o unos desplazamientos de localidad, ligados al ejercicio normal de sus actividades, y en los que concurran otras circunstancias que hagan aconsejable su inclusión en el ámbito de aplicación del título II citado. En todo caso, dichas normas respetarán el contenido básico de esos procedimientos de representación en la empresa».

- CAIRÓS BARRETO D.M., *La representatividad y la mayor representatividad de las asociaciones empresariales*, en *Civitas*, 2003, n. 118
- CALVO GALLEGO F.J., DE SOTO RIOJA S., *Los colegios profesionales como asociaciones empresariales*, en *Actualidad Laboral*, 1998, n. 20
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO J.I., *El poder irrevocable*, Bosch, 1998
- CASAS BAAMONDE M.E., *Las Asociaciones empresariales, su exclusión del Derecho de Libertad Sindical y su representatividad. Los diferentes sistemas de medición de la representatividad empresarial y sindical (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 52/1992 de 8 de abril)*, en *Civitas*, 1993, n. 58
- COMMISSION EUROPEENNE, *Rapport sur la représentativité des organisations européennes de partenaires sociaux*, 1999
- DAHRENDORF R., *Sociedad y libertad*, Tecnos, 1966
- DE CASTRO Y BRAVO F., *Temas de Derecho Civil*, Instituto de Ciencias Jurídicas, 1972
- DEL REY GUANTER S., GARCÍA MURCIA J., *Naturaleza "sindical" y representatividad de las organizaciones agrarias*, en *Relaciones Laborales*, 1985, n. 10
- DEL REY GUANTER S., *Las asociaciones empresariales en el sistema de relaciones laborales: una aproximación inicial*, en *Revista de Política Social*, 1983, n. 137
- DÍEZ-PICAZO L., GULLÓN A., *Sistema de Derecho Civil*, Tecnos, 2001, vol. I
- DÍEZ-PICAZO L., *La representación en el Derecho privado*, Civitas, 1979
- ESTEVE SEGARRA A., *Las asociaciones empresariales: régimen jurídico y representatividad*, Aranzadi, 2003
- FARIÑAS DULCE M.J., *La sociología del Derecho de Max Weber*, Civitas, 1991
- FERNÁNDEZ SANCHIDRIÁN J.C., HERNÁNDEZ SÁNCHEZ A. (coords.), *Diccionario de Sociología en la empresa y de las relaciones laborales*, Lex Nova, 2000
- GARCÍA COTARELO R., *Del estado del bienestar al estado del malestar*, Centro de Estudios Constitucionales, 1986
- GARCÍA FEMENÍA A.M., *El asociacionismo empresarial en España*, Institutos de Estudios Económicos, 2002
- GARCÍA MURCIA J. "El hecho sindical. La mayor representatividad. Asociacionismo profesional y empresaria. Balance y propuestas de reforma". *Revista Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, ISSN 1138-9532, N.º. 429, 2018 pp. 67 ss.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN I., *La reforma de la negociación colectiva en España (El Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de Junio, de Medidas Urgentes)*, en *Derecho & Sociedad*, 2011, n. 37

- GARRIDO FALLA F. (coord.), *Comentarios a la Constitución Española*, Cívitas, 2001
- MARTÍNEZ R., PARDO AVELLANEDA R., *El asociacionismo empresarial español en la transición*, en *Papeles de Economía Española*, 1985, n. 22
- MORALES NAVARRO J., *Sociología de las relaciones industriales*, Trotta, 1995
- NAVARRO NIETO F., *La acción colectiva de los empresarios en las relaciones laborales: características organizativas y problemática jurídica*, en M.C. RODRÍGUEZ PIÑERO-ROYO (coord.), *EL empleador en el Derecho del Trabajo. XVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Tecnos, 1999
- PANTALEÓN F., *Asociación y sociedad (A propósito de una errata del Código Civil)*, en *Anuario de Derecho Civil*, 1993, vol. 46, n. 1
- PERULLI P., CATINO M., *Le organizzazioni di rappresentanza imprenditoriale: verso uno sperimentalismo istituzionale*, en *Stato e Mercato*, 1997, n. 50
- PORTUONDO VÉLEZ A.L., RODRÍGUEZ PÉREZ A., *Dirección y organización: la decisión en la empresa, implicación, algo más que participación, el camino hacia la modernidad en la dirección empresarial*, Instituto Superior Politécnico de La Habana, 1992
- RUBIO DE MEDINA M.D., *Asociaciones empresariales, sindicatos, asociaciones profesionales del trabajo autónomo y el derecho de asociación de los extranjeros*, en *Temas Laborales*, 2010, n. 105
- RUIZ-RICO RUIZ J.M., *La representación en interés del representante*, Instituto de Ciencias Jurídicas, 1985
- SOLA LATRE M.A., *Concertación social y otras formas de neocorporativismo en España y en la Unión Europea*, Tecnos, 1995
- SOTO CARMONA Á., *De la representación a la organización patronal (1975-1977)*, en *Sociología del Trabajo*, 1995, n. 24
- WEBER M., *Economía y sociedad*, FCE, 1969

**Reversión de servicios públicos
y subrogación empresarial.
Aspectos jurídico laborales**
por José A. Soler Arrebola
Una reseña

La prestigiosa editorial Tirant Lo Blanch y el Profesor José A. Soler Arrebola, Titular del Área de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social de la Universidad de Almería, nos traen una monografía de particular interés. A lo largo de este trabajo, se analizan la problemática y vicisitudes de la subrogación empresarial en procesos de reversión de servicios públicos, centrándose especialmente en los asuntos que atañen al ámbito laboral, pero sin prescindir del Derecho Administrativo allí donde se hace necesario para comprender globalmente las cuestiones que suscita. Su nota distintiva reside precisamente en abordar desde el Derecho del Trabajo un tema que ha sido tratado doctrinalmente en mayor medida por el Derecho Administrativo que por nuestra disciplina, pese a que algunos de los problemas – de compleja solución – que genera están íntimamente ligados a qué tratamiento otorgar a la plantilla que antes formaba parte de una empresa privada.

La obra, que se divide en siete capítulos siguiendo el esquema de lo general a lo específico, logra dar una visión integral de la materia, proponiendo soluciones que contribuyan a clarificar y aportar seguridad jurídica en torno a las cuestiones laborales subyacentes en este tipo de operaciones, en las cuales no es raro que se produzcan colisiones entre las dos ramas del derecho intervinientes. Tampoco podrán excluirse del análisis los aspectos presupuestarios, de gran trascendencia en estos procesos.

De esta forma, en su apartado introductorio se describen las tensiones entre las corrientes que defienden, con un trasfondo inevitablemente ideológico, la privatización de la prestación de servicios públicos, frente a aquellos que, por el contrario, apuestan por su “publicación”. Como es sabido, es la

primera corriente la que ha predominado en nuestro país y los países de nuestro entorno en las últimas décadas, con una Unión Europea favorable y potenciadora de dichas posiciones. Igualmente, esta introducción aborda los conceptos esenciales que se tratarán a lo largo del trabajo.

En el segundo capítulo se abre paso el análisis causal tanto de la externalización de servicios como de su posterior reversión. Así, argumentos clásicos a favor de la externalización son aquellos basados en que la misma lleva aparejada una mayor eficiencia y contención del gasto, además de evitar la burocratización pública en aras de una mayor agilidad, a lo que ha de sumarse la cuestión de la libre competencia, siempre presente como telón de fondo. Con respecto a los trabajadores, se argumenta que su contratación es más rápida, pues está exenta de complejos procesos de selección, existe más facilidad para la movilidad y el coste es menor. Evidentemente, estas posiciones privatizadoras encuentran su réplica en posturas opuestas que apuestan por la reversión, es decir, por retornar al ámbito público aquellos servicios públicos que en su momento fueron privatizados. El autor pone de manifiesto como estas últimas posturas están tomando fuerza, defendiendo a través de diversos estudios que las bondades de las posiciones favorables a la privatización no han sido en la práctica tales, ni a nivel económico, ni a nivel de calidad y bienestar de los ciudadanos, pues realmente lo que ha primado ha sido el interés económico empresarial. Cuando operan estos procesos, y teniendo en cuenta que no hay una norma que aúne globalmente su régimen jurídico, se producen inevitables tensiones normativas entre el Derecho Administrativo y el del Trabajo, lo que los convierte en una materia compleja donde deben tenerse en cuenta numerosos factores, como así hace la obra.

Por su parte, el tercer capítulo tiene como protagonista la delimitación de conceptos imprescindibles para una correcta aproximación a los problemas que se describirán posteriormente, yendo – como en toda la monografía – más allá de la mera descripción e incorporando un juicio crítico. Así, se indagará en un concepto jurídico indeterminado como es “servicio público”, y cuáles son los elementos esenciales que lo integran. Por otro lado, se arrojará luz sobre conceptos más recientes que han contribuido a las tendencias despublicadoras, evidenciando como en ocasiones la tensión no es sólo ideológica, sino que se produce una verdadera fricción jurídica. Como se decía, el autor no se detiene en la descripción, sino que no duda en dar su punto de vista con claridad y motivadamente, advirtiendo del error que sería pretender tasar conceptos que están en continuo cambio social, descartando que ese deba ser el criterio sistematizador. También se analiza en este apartado la dicotomía titularidad/gestión.

A partir del capítulo cuarto, nos encontramos ya dentro de la esfera del Derecho del Trabajo de manera plena, estudiando la evolución y las claves normativas y jurisprudenciales de los factores tanto objetivos como subjetivos presentes en los procesos de reversión. Resulta de particular interés la nítida exposición del diálogo jurisprudencial mantenido entre nuestra jurisprudencia (en especial la del Tribunal Supremo) y la europea en lo que respecta a los requisitos para que el art. 44 ET produzca sus efectos, siguiendo para ello la siguiente esquematización:

- las actividades materializadas y desmaterializadas;
- los componentes inmateriales como elementos a considerar;
- analogía entre las actividades realizadas antes y después de la transmisión;
- duración de una eventual suspensión de las actividades ejercidas;
- derivaciones en la extensión del objeto de transmisión ante las nuevas realidades empresariales.

El capítulo que le sigue, es decir, el quinto, tiene su epicentro en el convenio colectivo, examinando su papel en estos procesos, respondiendo durante esta parte del trabajo a la pregunta planteada al inicio del capítulo: «¿cabe plantearse si la vía convencional es apta para proceder a regular los efectos subrogatorios y derivarse la reversión de servicios públicos mediante la aplicación de lo negociado en ella?». Estoy convencida de que reproducir esa pregunta es la mejor presentación que puede hacerse de este interesante apartado, pues su mera formulación deja entrever las numerosas y complejas cuestiones que plantea a nivel de fuentes y de indisponibilidad de derechos. No obstante, y en el ámbito de la reversión, habrá que tener en cuenta lo expresamente dispuesto por la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP). Nuevamente es de destacar la labor de estudio jurisprudencial, que no se limita a describir las últimas tendencias, sino que hace un repaso de estas hasta llegar a la actualidad.

Una vez en el capítulo sexto, y tras explorar la vía de la subrogación a través del convenio, se analizan ahora otras posibles vías negociales de subrogación, centrándose en el papel de los pliegos de condiciones particulares y de los acuerdos de negociación colectiva de eficacia general. En el primer caso, la valoración ha sido divergente entre los tribunales administrativos y los laborales, dándose también el debate doctrinalmente. La actual LCSP parece haber querido evitar dudas al respecto, como se pone de manifiesto, contemplando como fuentes subrogatorias a la ley, al convenio colectivo y a los acuerdos de negociación colectiva de eficacia general.

Por último, el séptimo capítulo aborda la crucial cuestión de la asunción del personal involucrado en los procesos de reversión y sus condiciones

laborales. Como puede deducirse, se trata de un apartado enormemente complejo, que se estructura de la siguiente forma:

- la importancia de la organización del sector público para la identificación de la naturaleza del personal implicado en la reversión;
- el personal indefinido no fijo frente al personal fijo;
- el personal temporal afectado por los procesos de reversión;
- la consideración como personal subrogado. Problemas aplicativos en su configuración;
- la compleja adaptación normativa a la figura del trabajador subrogado;
- condiciones laborales del personal subrogado;

En este punto puede observarse la mencionada colisión con el Derecho Administrativo, pues la norma laboral se ve abocada a conciliarse con las exigencias de las distintas fórmulas de acceso al sector público, de base constitucional. Se advierte de la trascendencia, por otra parte, de la identificación del tipo de entidad y el sujeto encargado de su gestión donde pasará a integrarse el trabajador, pues tanto el Tribunal Constitucional como el Supremo han establecido una clara división entre las entidades públicas empresariales y las sociedades mercantiles públicas, de manera que prevé un régimen jurídico aplicable distinto para cada una de ellas, un criterio novedoso que además, a juicio del autor, ha sido insuficientemente explorado, y sobre el que entiendo que aún no se ha dado una solución clara ni jurisprudencial ni legislativamente. De indudable valor resulta, sin duda, el repaso que hace de cada una de las figuras que pueden surgir en estos procesos, así como de los problemas aplicativos que generan y las soluciones aportadas doctrinal y jurisprudencialmente. El análisis de tales problemas aplicativos, que tiene como hilo conductor la gran complejidad de la figura del trabajador subrogado en estos supuestos, se divide según el mismo se integre en sociedades mercantiles públicas, o pase a integrarse en Administraciones públicas o en entidades públicas empresariales.

Para finalizar, en lo relativo a las condiciones laborales aplicables a estos trabajadores, se realiza la propuesta de que pasen a integrar una nueva categoría diferenciada, aunque, consciente de los peligros que esto podría entrañar, se aconseja un riguroso control, así como su limitación. Todo ello sin perjuicio de una posterior negociación que determine las condiciones de trabajo. No obstante, si toda la monografía presenta problemas que no tienen una solución fácil, estas cuestiones son realmente críticas y están regidas por la incertidumbre. La ausencia de una regulación homogénea contribuye a ello, y la llamada al legislador a la misma una reivindicación constante en toda la obra.

Como conclusión, estamos ante un trabajo cuyo valor científico es notable, por su tema, por el análisis legal y jurisprudencial que supone y por el

esfuerzo de su autor en aportar soluciones que puedan contribuir a clarificar la incierta situación actual. Todo ello da lugar a una monografía completa y muy bien sistematizada, donde se tratan los principales aspectos y problemas que genera la subrogación empresarial en procesos de reversión de servicios públicos.

*Cristina Roldán Maleno**

* Contratada predoctoral FPU (Ministerio de Educación), Área de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Universidad de Almería (España).

**Vacíos e insuficiencias
en la adaptación y protección adecuada
a las personas trabajadoras con discapacidad**
por José Luis Ruiz Santamaría
Una reseña

La protección de riesgos laborales es un tema que, por su complejidad e importancia en el mundo laboral, es objeto de controversia, y esto se potencia aún más si el caso de estudio es la protección de las personas trabajadoras con discapacidad. Arrojar luz sobre la dificultad de adaptación de una persona con una discapacidad congénita o sobrevenida, la legislación y jurisprudencia al respecto y la protección de este en el puesto de trabajo, es el objetivo de esta obra. El autor crea una convergencia del plano sociológico y jurídico de la discapacidad para conseguir acercarnos a esta materia desde distintas perspectivas. En este libro, se introduce al lector de manera ordenada y bastante gráfica en el avance histórico de la condición de discapacidad y los diferentes modelos sociológicos con los cuales ha sido tratada, desde los tiempos en los que la persona con discapacidad era ignorada y abandonada por la sociedad hasta el tratamiento actual en el que se aboga por la dignidad de esta. En los siguientes capítulos gradualmente se explica la materia de estudio, la prevención de riesgos desde diferentes ópticas, el papel de la negociación colectiva para luego concluir con una síntesis de todo lo visto. El autor, José Luis Ruíz Santamaría, que es un gran conocedor de la materia, y ha participado en diversos proyectos de investigación en esta vertiente, aúna ahora todo su conocimiento en esta monografía, la cual ayuda a comprender y profundizar más en el tratamiento, la legislación, la jurisprudencia y la negociación colectiva al respecto. El libro consta de cinco capítulos, en los que podemos observar diferentes aspectos de la discapacidad.

En el primero de ellos, se hace un repaso desde los tiempos más primarios explicando el tratamiento de la discapacidad en la antigüedad. En esta

contextualización nos ilustra sobre las diferentes ópticas con las cuales ha sido afrontada dicha condición. Se da cuenta de los distintos paradigmas con los que ha sido tratada la discapacidad y sus modelos, empezando por el “Paradigma de la Prescindencia” el cual viene fundamentado por dos presupuestos; por un lado, el trato a la persona con discapacidad como una carga para la sociedad, una visión negativa de esta, y el convencimiento de que no tienen nada que aportar, y por el otro, el sentido religioso de la discapacidad como castigo divino. Luego, con el paso del tiempo se llega al “Paradigma de la Rehabilitación” en el cual se asiste a una transición del pensamiento, intentando curar la discapacidad y modificar el comportamiento de estos para que puedan convivir en sociedad. Finalizando con el “Paradigma de la Autonomía Personal” visto desde el modelo de la diversidad funcional y social de la persona con discapacidad desde una óptica integradora, se desplaza la centralidad del análisis de lo personal a lo social. Aparece la preocupación por integrar a la persona discapacitada y por no excluirla como anteriormente se había hecho. La “Diversidad Funcional” mira la discapacidad desde un punto de vista sociológico, ético y centrado en los derechos humanos. Se basa en los pilares fundamentales de «diversidad, igualdad y dignidad».

En el segundo capítulo, el más extenso, se empieza a tocar el tema de estudio desde el último modelo nombrado para luego profundizar en la prevención de riesgos laborales (en adelante PRL) y su aplicación a los trabajadores con discapacidad, desgranando las fuentes reguladoras generales y las específicas en estos casos. Mediante diversas tablas se explican gráficamente las exigencias europeas en materia de PRL y cómo han sido aplicadas, desde las singularidades científico-técnicas profundizando en las normas, las guías y notas técnicas. El autor, habla de la concepción de justicia como antecedente de la justicia social, que es uno de los preceptos de las relaciones laborales, haciendo un análisis histórico-filosófico de esta desde el pensamiento de diversos autores. Luego se centra en la justicia social y la importancia que tiene para comprender esta realidad desde un ángulo más humano.

El libro prosigue con el tercer capítulo, titulado *Vacíos de justicia en la protección de las personas con discapacidad en el empleo*, en el que se tratan los problemas que encuentran los trabajadores discapacitados en las relaciones laborales, ya que se estima que la inclusión no es efectiva. Se explica que esta debe verse desde tres dimensiones, *Institucionalidad, Reciprocidad y Socialidad*, y, utilizando las palabras del autor «se detecta una falta de paridad y simetría en la propia relación, lo que llevará implícito una carencia de participación». De esta manera el autor expone como las personas discapacitadas no se encuentran en igualdad de condiciones a la hora de

conseguir un empleo, afectando también a la dimensión institucional, razón por la cual en el libro también se abordan los vacíos e insuficiencias desde el punto de vista de la justicia social. Se explica que la discapacidad se está extendiendo por el envejecimiento de la población y las enfermedades congénitas por lo que es útil contemplar y plantear nuevas medidas institucionales para establecer condiciones que den un acceso efectivo al empleo a las personas que sufren estas condiciones, evitando la discriminación laboral. Además, se hace un repaso de la legislación europea, nacional y andaluza haciendo una comparativa de distintas variables como acceso al empleo, actividad, etcétera con la media nacional.

En el cuarto capítulo, *Los modelos de organización y gestión en prevención de riesgos laborales y el trato dispensado a personas trabajadoras con discapacidad*, se tratan los distintos modelos de organización y gestión preventiva desde el punto de vista dual, el derecho de los trabajadores a la salud y el deber empresarial de garantizarlo. Gráficamente, mediante distintos cuadros normativos el libro ofrece una imagen de la PRL española en la empresa privada y en la Administración General del Estado, teniendo en cuenta el tamaño de la empresa, los riesgos de exposición y el grado de peligrosidad. También se da cuenta de los diferentes modelos de gestión preventiva en las organizaciones para finalizar con un cuadro que lleva las directrices marcadas por la Unión Europea. Tras ver esto, se aborda la cuestión de la insuficiencia de la gestión en esta materia, viéndola desde las tres dimensiones en las que gira este trabajo. El capítulo finaliza con la indagación práctica de los vacíos de justicia, poniendo sobre la mesa un caso que es bastante ilustrativo sobre la jurisprudencia en este sentido, del que se desprende el vacío de justicia existente en la materia.

Por último, el capítulo que cierra el libro y que lleva el título *La negociación colectiva ante las insuficiencias institucionales y los vacíos de justicia: la pérdida del empleo por discapacidad sobrevenida*, aborda el problema con el que se encuentran muchos trabajadores que sufren una discapacidad sobrevenida una vez en su puesto de trabajo. Se sostiene que la búsqueda de soluciones debería pasar por una mejor negociación colectiva, la cual también podría ser un instrumento para mitigar el efecto extintivo que se produce en estos casos. Del mismo modo, se aboga por la adaptación del puesto o recolocación del trabajador en vez de extinguir el contrato. El capítulo, continúa con un estudio estadístico para conocer la situación de España respecto a la discapacidad sobrevenida, y finaliza explicando cómo los Convenios Colectivos abordan este tema, enumerando, además, aquellos que puedan resultar interesantes por las medidas de adaptación o recolocación que recogen. El apartado termina con una frase que expresa en buena medida la relevancia del problema: «A través de una buena práctica de negociación

colectiva [...] se puede contribuir a colmar los vacíos de justicia presentes en el plano legal».

El libro culmina con las conclusiones que el autor saca de su estudio exhaustivo de la discapacidad y los vacíos e insuficiencias que se encuentran en este tema. Hace un elenco de los distintos temas tratados para finalizar la obra, con unas consideraciones finales en las que brevemente trata de nuevo la adaptación del puesto de trabajo y la protección de las personas trabajadoras con discapacidad, la dimensión institucional o normativa al respecto, el acceso al empleo de estos trabajadores, los esquemas organizativos de la actividad preventiva y ejemplos de negociación colectiva, el impacto de la extinción laboral en el contrato de trabajo y las distintas alternativas que podrían tomarse al respecto.

En definitiva, cabe destacar el gran trabajo que ha hecho el autor ofreciendo una perspectiva detallada de los problemas que encuentran las personas con discapacidad (congénita o sobrevenida) tanto en el tratamiento en el empleo, como en la protección de riesgos y en la búsqueda de empleo. El análisis jurídico, estadístico, jurisprudencial y sociológico añade valor ya que no se centra en una sola disciplina, ofreciendo a los lectores una visión panorámica del tema central de la obra. Por lo cual, es un libro muy recomendable a la hora de analizar la discapacidad en todas sus vertientes.

*Esperanza Sánchez Muñoz**

* Becaria ADAPT.

ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo