



REVISTA

DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

EFICIENCIA ECONÓMICA Y PROTECCIÓN SOCIAL

NÚMERO 7, JULIO DE 2017

TRABAJO DECENTE Y REFORMAS LABORALES

José Luis Gil y Gil

EFICIENCIA ECONÓMICA *VERSUS* PROTECCIÓN LABORAL EN LA JURISPRUDENCIA

Antonio V. Sempere Navarro y Ángel Arias Domínguez

EFICIENCIA ECONÓMICA *VS.* PROTECCIÓN LABORAL:

ANÁLISIS A PARTIR DE LA CLÁUSULA SOCIAL

Tatsiana Ushakova

THE EFFECT OF BREXIT ON BRITISH INDUSTRIAL RELATIONS LAWS
AND ITS COMMERCIAL AND CONSTITUTIONAL CONSEQUENCES

Jo Carby-Hall

ENTIDAD EDITORA

Dykinson, S.L.



Centro de Estudios
SAGARDOY



CÁTEDRA UNESCO
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY

ISSN 2341-135X

La Editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1 párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).



ADQUISICIÓN Y SUSCRIPCIONES

Dykinson, S.L.

Suscripción versión electrónica (Revista en PDF)



© Copyright by

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015, Madrid

Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISSN: 2341-135X

REVISTA
**DERECHO SOCIAL
Y EMPRESA**

*El objetivo de esta Revista es conseguir los máximos índices de calidad,
y está indexada en las siguientes bases de datos:*

latindex

BASE DE DATOS
ISOC



Dialnet

vlex
vlex.com

MIAR

Colabora:





Revista Derecho Social y Empresa

CÁTEDRA UNESCO PROMOCIÓN SOCIO LABORAL
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY
EDITORIAL DYKINSON



DIRECTORA

Pilar Núñez-Cortés Contreras

*Cátedra UNESCO Promoción Socio Laboral Centro de Estudios Sagardoy
Profesora Titular de Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Loyola Andalucía*

EDITORA

Esperanza Macarena Sierra Benítez

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

SECRETARIA

Amanda Moreno Solana

*Profesora Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid*

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense (Madrid)*

MIEMBROS

María del Mar Alarcón Castellanos

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

Lourdes Arastey Sahún

Magistrada del Tribunal Supremo (Madrid)

Philippe Auvergnon

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Directeur de Recherche del CNRS,
miembro del Centre de droit comparé du travail et de la sécurité du travail
Université Bordeaux (Francia)*

Marie Cécile Escande-Varniol

*Catedrática de Derecho del Trabajo
Université Lyon 2 (Francia)*

Carolina Gala Durán

*Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Autónoma de Barcelona*

Santiago García Echevarría

*Catedrático de Política Económica de la Empresa
Universidad Alcalá de Henares (Madrid)*

Joaquín García Murcia

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Complutense (Madrid)*

Abbo Junker

*Catedrático de Derecho del Trabajo, Zentrum für
Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht Ludwig-Maximilians
Universität München (Alemania)*

Lourdes Mella Méndez

*Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Santiago Compostela*

Antonio Ojeda Avilés

Catedrático de Derecho del Trabajo

Mariano Sampedro del Corral

Magistrado del Tribunal Supremo

Cristina Sánchez-Rodas Navarro

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

Esperanza Macarena Sierra Benítez

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

Michele Tiraboschi

Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de

Módena y Reggio Emilia (Italia) y Director Científico de ADAPT

Jorge Tua Fernández

Catedrático de Economía Financiera y Contabilidad

Universidad Autónoma de Madrid

Fernando Valdés Dal-Ré

Magistrado del Tribunal Constitucional

Luis Enrique de la Villa Gil

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Autónoma (Madrid)

COMITÉ EDITORIAL

PRESIDENTE

Íñigo Sagardoy de Simón

Doctor en Derecho, Presidente de Sagardoy Abogados (Madrid)

DIRECTOR

Martín Godino Reyes

Doctor en Derecho, Socio Director de Sagardoy Abogados (Madrid)

MIEMBROS

Valentín Bote Álvarez-Carrasco

Director del Servicio de Estudios de Randstad Research

Jaime Cabeza Pereiro

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
de la Universidad de Vigo*

Macarena Castro Conte

*Profesora Titular Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

Antonio Cebrián Carrillo

Abogado, Socio Director S&C Abogados (Madrid)

Teresa Cervera Soto

Directora de Recursos Humanos, Paradores de Turismo

Martin Fröhlich

Attorney-at-law (Rechtsanwalt), Cologne (Alemania)

María Jesús Herrera Duque

Doctora en Derecho, Socia de Sagardoy Abogados (Madrid)

Fernando Lousada Arochena

Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

José Antonio Marcos Herrero

*Abogado, Director de Recursos Humanos
de Agencia Sanitaria de Poniente (Málaga)*

José Manuel Martín Martín

Socio Director de Sagardoy Abogados (Madrid)

Ana Matorras Díaz-Caneja

*Profesora Agregada
Universidad Pontificia Comillas (Madrid)*

María Luisa Molero Marañón

*Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

Rocío Molina González-Pumariega

*Profesora Titular Interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)*

Horacio Molina Sánchez

*Profesor Titular de Área
Universidad Loyola Andalucía*

Amanda Moreno Solana

Profesora Doctora

Universidad Carlos III (Madrid)

Leonor Victoria Pablos Fernández

Directora de Recursos Humanos, Ferrovial (Madrid)

Vicente Pérez Menayo

Consejero de Empleo y Seguridad Social en la Embajada de España en Bélgica

Anselmo Presencio Fernández

Director Recursos Humanos, Persan

Iván Rodríguez Cardo

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Oviedo

Lavinia Serrani

Editorial Coordinator of ADAPT International,

*Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro
e sulle Relazioni industriali (Italia)*

Francesca Sperotti

Research Fellow e Responsabile Relazioni Internazionali, ADAPT,

*Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro
e sulle Relazioni industriali (Italia)*

Helmut Weber

Consejero Técnico Jefe de Unidad, Bundesministerium für Arbeit und Soziales (Alemania)

EVALUADORES EXTERNOS

Francisco Alemán Páez

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Córdoba

Jesús Cruz Villalón

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

José Manuel del Valle Villar

Profesor Titular de Derecho del Trabajo

Universidad de Alcalá de Henares (Madrid)

José Luis Gil Gil

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Alcalá de Henares (Madrid)*

María Sonsoles Gutiérrez de la Peña

Inspectora de Trabajo y de la Seguridad Social (Madrid)

María Teresa Igartua Miró

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

Risa L. Lieberwitz

*Catedrática de Derecho del Trabajo
Cornell University, ILR School (USA)*

Paz Menéndez Sebastián

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Oviedo*

Jesús R. Mercader Uguina

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

Jesús Nicolás Ramírez Sobrino

*Profesor Titular de Área de Comercialización e Investigación de Mercados
Universidad Loyola Andalucía*

Eduardo Rojo Torrecilla

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

Tatsiana Ushakova

Doctora en Derecho, Acreditada como Profesora Titular de Ciencias Sociales y Jurídicas

Teresa Velasco Portero

*Profesora Titular de Área
Universidad Loyola Andalucía*

CORRECCIÓN Y DISEÑO

Rúnica servicios editoriales

runica.servicios.editoriales@gmail.com

www.runica.es

El sentido de la Revista Derecho Social y Empresa

Dentro del campo de las ciencias sociales, con enfoque internacional, de derecho comparado e interdisciplinar, la Revista Derecho Social y Empresa, es una publicación científico-técnica, en el ámbito Jurídico Laboral y de la Seguridad Social, cuyo objetivo es dar a conocer a nivel internacional los debates sobre la regulación y la organización del trabajo en la empresa y en la sociedad, los sistemas de relaciones industriales y las políticas de empleo.

La Revista Derecho Social y Empresa tiene dos números al año, ambos incluyen artículos académicos (Estudios), así como un barómetro del mercado de trabajo en España. El primer número de cada año tiene un contenido monográfico y versará sobre un tema predefinido por el Comité Editorial.

La Revista cuenta con un Comité Científico y un Comité Editorial, que reúnen a prestigiosos juristas, académicos y profesionales, principalmente del entorno europeo (España, Francia, Italia y Alemania) y también de los Estados Unidos de América.

De las opiniones expresadas en los artículos únicamente son responsables los propios autores.

Para cualquier propuesta de colaboración siga las instrucciones de publicación de la Revista.



Revista Derecho Social y Empresa

ÍNDICE NÚM. 7, JULIO 2017

«EFICIENCIA ECONÓMICA Y PROTECCIÓN SOCIAL»

COORDINADOR

PROF. DR. D. JOSÉ LUIS GIL Y GIL



PRESENTACIÓN

JOSÉ LUIS GIL Y GIL

ARTÍCULOS

Trabajo Decente y Reformas Laborales

JOSÉ LUIS GIL Y GIL

Eficiencia Económica *versus* Protección Laboral en la Jurisprudencia

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO Y ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

**Eficiencia Económica *vs.* Protección Laboral:
análisis a partir de la Cláusula Social**

TATSIANA USHAKOVA

**The effect of Brexit on British industrial relations laws
and its commercial and constitutional consequences**

JO CARBY-HALL

INSTRUCCIONES PARA LA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS

PRESENTACIÓN

En el modo de producción capitalista, existe un conflicto inmanente entre el capital y el trabajo. Un sistema democrático de relaciones laborales como el que consagra la CE se fundamenta en la autonomía colectiva, como pieza esencial del sistema normativo, y en una concepción dialéctica de las relaciones de trabajo y en la atribución al conflicto de un papel funcional en el esquema constitucional. El modelo de relaciones colectivas de trabajo que instaura la CE reposa en la función reguladora de las condiciones de trabajo sobre las que actúan los interlocutores sociales, en virtud de la autonomía colectiva (art. 37.1 CE). La autonomía normativa de los interlocutores sociales reemplaza al rol normativo del Estado como fuente exclusiva o preponderante de las relaciones laborales. Cambia, en consecuencia, el sistema de fuentes jurídicas del trabajo, al pasar la autonomía colectiva al primer plano del esquema normativo. Dos consecuencias inmediatas se desprenden de la concepción dialéctica de las relaciones laborales y de la atribución al conflicto de un papel funcional en el esquema constitucional. La primera es una definición de los actores indispensables para la defensa y la representación de los intereses contrapuestos. Dentro de los principios de estructuración básica del Estado, que contiene el título preliminar de la CE, se halla el artículo 7, el cual eleva los sindicatos de trabajadores y las asociaciones de empresarios a la categoría de base institucional, y proclama la libertad de su creación y de ejercicio de su actividad, la exigencia de su estructura y funcionamiento democráticos y el respeto que deben a la Constitución y a la ley. La segunda es una definición de los derechos fundamentales en materia de conflicto. Se reconoce así a los trabajadores el derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) y el derecho de huelga “para la defensa de sus intereses”, aun cuando la CE menciona también las garantías necesarias para el mantenimiento de los servicios esenciales para la comunidad (art. 28.2 CE).

Así, desde sus orígenes, el ordenamiento jurídico laboral se basa en un consenso implícito: la ley reconoce, regula y limita los poderes del empresario, que se fundamentan en los derechos de propiedad (art. 33 CE) y de libertad de empresa (art. 38 CE) y protege la dignidad del trabajador, otorgándole un estatuto de protección, que puede mejorar la negociación colectiva. Como ha advertido Supiot, el problema que plantea la crisis del Estado social no es conservar o destruir la herencia fordista, sino instaurar un nuevo compromiso entre la libertad de empresa y la protección de los trabajadores¹. Desde finales del siglo veinte, tal cuestión ha dado lugar a muchas reflexiones, que, a grandes rasgos,



1 SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, Paris, 2015, pp. 344 ss.

dibujan dos orientaciones posibles: por un lado, la flexiseguridad y, por otro, la de un estado profesional de las personas, que propugna situar el trabajo, y no el mercado, en el centro de la política, analizando de nuevo la cuestión del “régimen de trabajo realmente humano” al que alude el preámbulo de la Constitución de la OIT. Basta con comparar las palabras que utilizan las dos propuestas para comprender la diferencia que las separa. La flexiseguridad lleva a razonar en términos de flexibilidad, eficacia económica, mercado, capital humano y empleabilidad; el estado profesional de las personas, en términos de libertad, justicia social, derecho, trabajo y capacidad. En los últimos años, por influjo del derecho de la Unión Europea, la flexiseguridad se ha convertido en el discurso dominante para analizar la tensión entre la eficacia económica y la protección laboral y para ensayar respuestas legales a la globalización y a la crisis financiera y económica. El objetivo del presente número monográfico, cuya dirección me encomendaron los profesores Sagardoy Bengoechea y Núñez-Cortés, es estudiar algunas vertientes de esa contraposición entre la lógica de la eficacia económica y la necesidad de otorgar un estatuto adecuado de protección al trabajador, no solo porque así lo exige la justicia social, sino también para el logro de una paz social duradera.

El primero de los artículos, del que soy autor, lleva por título “Trabajo decente y reformas laborales”, y pretende estudiar si las reformas laborales que han llevado a cabo países como España para hacer frente a la globalización y luchar contra la crisis financiera y económica se adecúan al concepto ético-jurídico de trabajo decente que propugna la OIT, y que constituye un marco integrador de los objetivos estratégicos de esa organización: la promoción del empleo, la protección de los derechos en el trabajo, la extensión de la protección social y el fomento del diálogo social, así como el respeto de la igualdad de oportunidades y trato para todas las mujeres y hombres. El artículo concluye que esas reformas suscitan problemas de adecuación a los instrumentos de derecho internacional del trabajo, ya sea por la vulneración de alguno de los preceptos de los Convenios de la OIT, o por apartarse de las recomendaciones y buenas prácticas que sugiere esa organización para conseguir una globalización equitativa y buscar el mejor modo de superar la crisis económica sin vulnerar los derechos de los trabajadores. Hay un desempleo elevado y un déficit de trabajo con derechos y han aumentado la precariedad, la desigualdad, la pobreza y la exclusión social. El trabajo decente es un modelo integrado, y las reformas laborales que permiten o fomentan la bajada generalizada de los salarios, y hacen posible o no combaten la precariedad, deben tener en cuenta, por ejemplo, las repercusiones de la cantidad y calidad del empleo en el sistema de protección social y, en particular, en la sostenibilidad del sistema de pensiones. De igual modo, una reducción de la protección contra el despido, sin la mejora del acceso al empleo y de la protección social, puede servir tan solo para facilitar la sustitución de trabajadores de edad avanzada y con salarios más

elevados, por otros con retribuciones inferiores. En este sentido, las reformas han puesto de relieve uno de los propósitos del derecho internacional del trabajo: la consolidación del derecho nacional. Ese objetivo, que obliga al Estado que ratifica un Convenio de la OIT a mantener ese nivel mínimo de protección en el derecho interno, es de una gran importancia en tiempos de globalización y crisis económica, en que resulta tentador subordinar el derecho del trabajo a la economía. Así, por ejemplo, la ratificación del Convenio núm. 158 de la OIT contribuye a la consolidación de la legislación nacional que protege contra el despido injustificado, y supone una garantía contra las medidas de regresión o vuelta atrás. En definitiva, cabe modificar el grado de protección contra el despido injustificado, que es un elemento estructural del sistema de relaciones laborales, pero respetando unas exigencias mínimas que derivan del Convenio núm. 158 de la OIT.

Por su parte, en el artículo “Eficacia económica *versus* protección laboral en la jurisprudencia”, los profesores Sempere y Arias llevan a cabo unas consideraciones preliminares acerca del alcance del título del artículo, y destacan que, ya se opte por una visión que ponga el acento en el conflicto o en la integración, la interacción entre las dos dimensiones solo puede llevarse a cabo en términos de mutua aceptación y colaboración, sin que haya vencedores y vencidos. Los autores aclaran que, a fin de no desbordar las dimensiones razonables del artículo, han optado por una metodología consistente en concretar al máximo el objeto material considerado. Así, examinan hasta qué punto emplea el legislador un concepto homogéneo y unívoco de crisis económica. Tratan de averiguar si ese concepto posee perfiles que pueden exportarse a todos los ámbitos de las normas laborales, o incluso del resto del ordenamiento, o si acaso es refractario al sometimiento a una cierta disciplina homogeneizadora. De eso depende que la crisis económica aparezca como un instrumento más en la labor hermenéutica, o como un elemento jurídicamente indeterminado, que propicia la inseguridad jurídica. En ese mismo orden de consideraciones pragmáticas, se sitúa la opción de los autores de atender básicamente al contenido de la jurisprudencia constitucional. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de enfrentarse, ya en varias ocasiones, al enjuiciamiento de normas laborales adoptadas en plena crisis económica. Sus resoluciones pueden analizarse desde dos planos distintos, aunque complementarios, descendiendo, en primer lugar, al detalle del enjuiciamiento y apreciando, en segundo lugar, el canon de interpretación novedoso que tiene como protagonista a la crisis económica. Los autores manejan un muestrario de jurisprudencia constitucional reciente, acerca de la constitucionalidad del periodo de prueba en el contrato de apoyo a los emprendedores, las competencias decisoras de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, la proscripción de la jubilación forzosa en los convenios colectivos y, por último, la legislación de emergencia. Y destacan que, en las sentencias 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero, y en el auto 43/2014, de 12 de febrero, el Tribunal

Constitucional ha empleado un canon de constitucionalidad “económico” para enjuiciar la constitucionalidad de la reforma laboral de 2012, e introducido dicha variable como una más del principio de proporcionalidad. Subrayan que, a través de sendos votos particulares, varios magistrados han criticado duramente este aspecto, que se relaciona directamente con la dogmática de la reversibilidad de los derechos. El estudio de los autores sitúa, en sus justos términos, ese parámetro “económico” como elemento nuclear de la hermenéutica constitucional, y concluye que la interpretación laboral, constitucional y ordinaria debe permitir la operatividad de los valores socioeconómicos como motores de las reformas normativas. Los profesores Sempere y Arias consideran que, en especial en materia de derechos constitucionales, debe exigirse que las razones de eficiencia económica que están en la base justificativa del legislador, sobre todo el de urgencia, se expongan con toda la deseable pulcritud y extensión, tanto en las exposiciones de motivos como en las memorias normativas.

En la línea general del número monográfico, la contribución de la profesora Ushakova ofrece una visión en la que la cláusula social se concibe como una respuesta al dilema “eficiencia económica *vs.* protección social”. En este sentido, puede servir de referencia para la armonización de los estándares laborales mínimos en el plano internacional y, de este modo, de aproximación al problema de la globalización y la justicia social. Al respecto, la autora distingue dos tesis: por un lado, la liberalización del comercio conlleva ventajas económicas para todos y, por otro lado, el comercio precisa de una regulación, a fin de proteger contra sus efectos negativos a aquellos actores vulnerables, que carecen de recursos para defender sus intereses. Aunque la cuestión de la cláusula social no es nueva, y se ha debatido ampliamente a la luz de la creación del sistema del comercio multilateral, primero del sistema del GATT y después del de la OMC, la profesora Ushakova plantea el análisis teniendo en cuenta las últimas tendencias al respecto. Entre ellas, se halla el resultado bastante insatisfactorio de la Ronda de Doha y, como consecuencia, el proceso paralelo de negociación y firma de acuerdos comerciales “megarregionales”, que engloban los procesos de integración regional e incluyen numerosos aspectos de regulación. Así las cosas, en el plano internacional multilateral, la OMC y la OIT encarnan las dos caras correspondientes de la ecuación “eficiencia económica *vs.* protección de los derechos en el trabajo”. La cláusula social, como un componente relativo a los estándares laborales mínimos en los acuerdos comerciales, se aborda por las organizaciones en función de sus respectivas competencias. La OIT se centra en la protección de los derechos fundamentales en el trabajo, mientras que la OMC pretende combatir la competencia desleal en el comercio. Pese a estos enfoques distintos, no necesariamente opuestos, destaca una parcela competencial común: por un lado, se trata de la referencia al empleo que contienen los tratados fundacionales de las dos organizaciones; y, por otro lado, ambos sistemas se pro-

ponen combatir el *dumping social*. A partir de estas premisas, puede construirse una cláusula social generalmente aceptada. La segunda parte del trabajo de la profesora Ushakova plantea la dificultad de dicho propósito, tras analizar la práctica regional y bilateral de los Estados. Queda de manifiesto la disparidad de referencias a los estándares laborales en los distintos acuerdos de libre comercio (ALC). Cabe sistematizarlos, siguiendo el criterio de la OIT, según su carácter promocional o condicional, con referencia al “núcleo duro” que parece constituir la Declaración de la OIT de 1998. Un ejemplo concreto, que pone de manifiesto la necesidad de coordinación entre ambas organizaciones, es el Capítulo laboral del CETA (el Acuerdo entre la UE, sus Estados miembros y Canadá), que incluye dentro de las actividades de cooperación entre las Partes del art. 23.7.1 “la cooperación en foros internacionales que traten cuestiones pertinentes para el comercio y el trabajo, en particular la OMC y la OIT” [art. 23.7.1 (b)]. Con todo, la profesora Ushakova apunta que el fracaso en la inclusión de disposiciones laborales en el sistema de acuerdos de la OMC puede subsanarse por dos vías: en primer lugar, mediante la interpretación de las disposiciones de estos acuerdos, que ya han demostrado su permeabilidad y, en segundo lugar, a través de la armonización de las cláusulas laborales en los acuerdos comerciales bilaterales, regionales y “megarregionales”.

En el último de los artículos, el profesor Carby-Hall analiza un tema de actualidad, de consecuencias prácticas imprevisibles, y en que los sentimientos y las emociones, junto con los cálculos políticos de corto alcance, prevalecen muchas veces sobre la razón y el derecho. Con el trasfondo de los movimientos populistas y el resurgir del proteccionismo económico, el Brexit puede analizarse como una manifestación más del conflicto entre las prioridades económicas de una sociedad neoliberal y las necesidades sociales de los grupos más vulnerables y el resentimiento de los que se sienten perdedores en la carrera imparable de la globalización. Por otro lado, el Brexit cuestiona los fundamentos mismos de la Unión Europea y ofrece una oportunidad histórica para el logro de una integración más justa e inclusiva desde el punto de vista social. A juicio del autor, antes de realizar una evaluación y análisis del Brexit y sus efectos, es importante no solo definir esa palabra, sino también marcar el trasfondo y los procedimientos necesarios que deben seguirse para llevar a cabo el proceso. Eso exige un debate sobre cuestiones políticas. El autor describe las consecuencias políticas del referéndum de 23 de junio de 2016, que se celebró en el Reino Unido, y en que la población votó a favor de la salida de la Unión Europea. Recuerda que, una vez iniciado el procedimiento del Brexit en virtud del artículo 50 TUE, el Reino Unido dispone de dos años para negociar la salida de la Unión Europea. Los términos de la salida del Reino Unido deben consensuarse con los restantes 27 Parlamentos de los Estados miembros. Las leyes de la UE siguen aplicándose en el Reino Unido, hasta que cese su adhesión por el acuerdo de denuncia o retirada. Con todo, el profesor Carby-

Hall centra el eje de la discusión en cómo las leyes laborales británicas, el comercio y la constitución británica podrían verse afectados como consecuencia del Brexit. A tal efecto, distingue varias categorías de leyes sociales, según el mayor o menor grado de probabilidad de que vayan a sufrir modificaciones, o incluso la derogación: leyes que pueden sufrir muchas modificaciones, o ser derogadas; leyes que requerirán pocas enmiendas, o permanecerán sin cambios, y leyes aptas para la derogación tras el Brexit. Asimismo, el autor expone los efectos anticipados del Brexit sobre las leyes laborales y el comercio británico; analiza cuestiones trascendentes, como los derechos en el trabajo, o la relación entre el acceso al mercado único y la libertad de circulación de trabajadores, y expone la estrategia que ha seguido el gobierno británico antes de las elecciones anticipadas de junio de 2017. Concluye que, hasta ahora, el Brexit ha provocado incertidumbre, ha dividido el reino y ha suscitado numerosos desafíos, de gran importancia, en el derecho laboral y constitucional. Por eso, David Cameron pudo muy bien haber pronunciado las mismas palabras que Luis XV: “*Après moi le déluge*”.

En definitiva, el estudio del conflicto entre la eficacia económica y la protección laboral pone de manifiesto la exigencia de una mayor justicia social y, por ende, de un “régimen de trabajo realmente humano”. Tiene razón Supiot cuando señala que, hoy más que nunca, la agravación vertiginosa de las desigualdades y el progreso de las nuevas tecnologías hacen necesario el “régimen de trabajo realmente humano” a que se refiere el preámbulo de la Constitución de la OIT, interpretado a la luz de la Declaración de Filadelfia, y que se diferencia de otras propuestas en boga sobre el trabajo y el futuro del derecho del trabajo, como la flexiseguridad que propugna la Unión Europea².

Madrid, junio de 2017

JOSÉ LUIS GIL Y GIL

Catedrático de Derecho del Trabajo

Universidad de Alcalá

.....

2 SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, cit., pp. 325 ss, y “Las vías de una verdadera reforma del derecho del trabajo”, traducción al castellano, a cargo de GIL, J. L., del prólogo a SUPIOT, A. (dir.), *Au-delà de l'emploi: Les voies d'une vraie réforme du droit du travail*, Flammarion, Paris, 2016, *Derecho de las relaciones laborales*, mensual, n. 5, mayo 2016, p. 507.

ARTÍCULOS

TRABAJO DECENTE Y REFORMAS LABORALES

JOSÉ LUIS GIL Y GIL

Catedrático de Derecho del Trabajo

Universidad de Alcalá

Fecha de recepción: 20/05/2017

Fecha de aceptación: 20/05/2017

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES. 1.1. El diálogo social como método eficaz. 1.2. Los principios y derechos fundamentales en el trabajo como orden público social universal. 2. EL EMPLEO Y LA PROTECCIÓN SOCIAL, EJE DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS. 2.1. El empleo como imperativo. 2.2. La protección social como amortiguador social y estabilizador económico. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El objetivo de la contribución es estudiar si las reformas laborales que han llevado a cabo países como España para hacer frente a la globalización y luchar contra la crisis financiera y económica se adecúan al concepto ético-jurídico de trabajo decente que propugna la OIT, y que constituye un marco integrador de los objetivos estratégicos de esa organización: la promoción del empleo, la protección de los derechos en el trabajo, la extensión de la protección social y el fomento del diálogo social, así como el respeto de la igualdad de oportunidades y trato para todas las mujeres y hombres. El artículo concluye que esas reformas suscitan problemas de adecuación a los instrumentos de derecho internacional del trabajo, ya sea por la vulneración de alguno de los preceptos de los Convenios de la OIT, o por apartarse de las recomendaciones y buenas prácticas que sugiere esa organización para conseguir una globalización equitativa y buscar el mejor modo de superar la crisis económica sin vulnerar los derechos de los trabajadores.

ABSTRACT: The aim of the paper is to examine whether the labour reforms that have been carried out by countries such as Spain to tackle globalization and to fight against the financial and economic crisis are in line with the ethical-legal concept of decent work, promoted by the ILO and an integrated framework for the strategic objectives of the organization: promoting employment, protecting rights at work, extending social protection and promoting social dialogue, as well as respect for equal opportunities and equal treatment for all women and men. The paper concludes that these reforms raise problems of compliance with the instruments of international labour law, either because of the violation of the ILO Conventions, or because of the deviation from the recommendations and good practices suggested by this organization for achieving a fair globalization and seeking the best way to overcome the economic crisis without violating workers' rights.

PALABRAS CLAVE: Derecho internacional del trabajo. Trabajo decente. Derechos del trabajador. Poderes del empresario. Negociación colectiva.

KEY WORDS: International labour law. Decent work. Worker's rights. Employer's powers. Collective agreements.

INTRODUCCIÓN

Durante años, los juristas europeos han recurrido poco a los instrumentos de la OIT en el derecho interno, al creer que ordenamientos jurídicos avanzados, como el español, superan con creces los estándares mínimos de una organización internacional cuyo cometido consiste en elaborar normas aceptables para países con distintas tradiciones y grados de desarrollo. Ahora bien, en algunos aspectos, las últimas reformas laborales para hacer frente a la globalización y luchar contra la crisis financiera y económica, impuestas o sugeridas por ciertas organizaciones internacionales, y llevadas a cabo al margen del diálogo social, suscitan serias dudas de adecuación a los instrumentos de derecho internacional del trabajo y, en particular, al concepto de trabajo decente que promueve la OIT.

El trabajo decente, respuesta de la OIT a la globalización y a la crisis, es un concepto ético-jurídico y un marco integrador de los pilares del mandato constitucional de la OIT: la promoción del empleo, la protección de los derechos en el trabajo, la extensión de la protección social y el fomento del diálogo social, así como el respeto de la igualdad de oportunidades y trato para todas las mujeres y hombres¹. El trabajo decente expresa, de forma concisa, el objetivo de la OIT de luchar por la justicia social en un mundo globalizado. La OIT aspira a dar un rostro humano a la globalización. La misión fundamental de la OIT es dar una dimensión social a la economía mundial. El marco del trabajo decente aúna continuidad e innovación, e invita a un análisis de las complementariedades y posibles contradicciones entre sus componentes². El ideal del trabajo decente, de carácter consensual, dinámico, dialéctico y universal, se funda en una integración de derechos y políticas. En el paradigma del trabajo decente, los derechos en el trabajo y el diálogo social se integran en un marco que incluye otras dimensiones de la política social y económica: las políticas

.....

1 Para mayores detalles y referencias bibliográficas, cfr. GIL, J. L., “Concepto de trabajo decente”, en el número monográfico *La promoción del trabajo decente como respuesta de la OIT ante la crisis económica y financiera, Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, nº 15-18, agosto-septiembre de 2012, pp. 77-120; “Globalización y empleo: Propuestas de la OIT para un desarrollo sostenible”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, nº 11/2014, parte Doctrina, en www.aranzadidigital.es, BIB 2014\118, 32 pp., y, asimismo, “Il lavoro nella Costituzione e nelle Dichiarazioni dell’OIL”, en CORTI, M. (a cura di), *Il lavoro nelle carte internazionali*, Vita e Pensiero, Ricerche Diritto, Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, 2016, pp. 21-57.

2 GHAI, D., *Decent work: Universality and Diversity*, International Institute for Labour Studies, Discussion paper, Geneva, 2005, p. 2.

de promoción del empleo y de extensión de la protección social³. La igualdad en el trabajo se considera un objetivo transversal. El enfoque basado en los derechos parte de la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos. Las políticas tienen como objetivo que las personas puedan ejercer los derechos. Para proteger los derechos de los trabajadores, la OIT concibe los principios y derechos fundamentales en el trabajo como un umbral de protección y el diálogo social como un método eficaz. La noción de trabajo decente pretende englobar en un marco común las perspectivas jurídica y económica, la cantidad y calidad del empleo, la seguridad en el trabajo y unos ingresos dignos. Hay un umbral, pero no un techo de trabajo decente. Por eso, la noción puede aplicarse no solo en los países en desarrollo, sino también en las sociedades avanzadas, en las que aún queda un gran trecho para lograr una justicia social plena. Es una propuesta original sobre el trabajo y el futuro del derecho del trabajo y la protección social en el mundo, distinta al modelo de la flexibilidad que auspicia la Unión Europea. El concepto de trabajo decente traspasa los límites tradicionales del derecho del trabajo e incluso de la seguridad social. El derecho al trabajo decente va más allá de la legislación laboral vigente. Engloba no solo los derechos de los trabajadores dependientes, sino también los de los trabajadores en la economía informal. Abarca incluso la protección social en sentido amplio.

Hoy más que nunca, la agravación vertiginosa de las desigualdades y el progreso de las nuevas tecnologías hacen necesario el “régimen de trabajo realmente humano” al que alude el preámbulo de la Constitución de la OIT, interpretado a la luz de la Declaración de Filadelfia, y que se diferencia de otras propuestas en boga sobre el trabajo y el futuro del derecho del trabajo, como la flexiseguridad que propugna la Unión Europea⁴. La justicia social implica un “régimen de trabajo realmente humano”, expresión que puede interpretarse en un sentido fuerte o débil⁵. Según la primera interpretación, debe ser realmente humano el trabajo en sí mismo. De acuerdo con la segunda, menos exigente, y que ha prevalecido desde la Primera Guerra Mundial hasta nuestros días, debe ser humano el sistema de trabajo, y no necesariamente el trabajo en cuanto tal. Tal parece ser la idea que tenían en mente los redactores del Tratado de Versalles. Así lo demuestra la versión inglesa del instrumento, que alude a “*humane conditions of labour*”. La exigencia de humanidad no se refiere al propio trabajo, sino a las condiciones en que se ejecuta la prestación laboral. En este sentido, el párrafo 2 del preámbulo de la Constitución de la OIT ofrece una lista de las condiciones de trabajo que conviene regular y mejorar. Ninguno de los ejemplos que

3 RODGERS, G., “El trabajo decente como una meta para la economía global”, *Boletín Técnico Interamericano de Formación Profesional*. Boletín Cinterfor/OIT, nº 153, 2002, p. 17.

4 SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014)*, Fayard, Paris, 2015, pp. 325 ss, y “Las vías de una verdadera reforma del derecho del trabajo”, traducción al castellano, a cargo de GIL, J. L., del prólogo a SUPIOT, A. (dir.), *Au-delà de l'emploi: Les voies d'une vraie réforme du droit du travail*, Flammarion, Paris, 2016, *Derecho de las relaciones laborales*, mensual, n. 5, mayo 2016, p. 507.

5 SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres, cit.*, pp. 329 ss.

recoge se refiere al trabajo como tal, sino a su coste, duración o carácter inocuo, así como a la libertad sindical o a la formación profesional. Dicho de otro modo, esas condiciones se refieren a los términos del intercambio salarial, y no a la dimensión cualitativa del trabajo⁶. El resultado del consenso en que se basa el *welfare capitalism* ha sido una reducción del perímetro de la justicia social a los tres ámbitos que menciona el preámbulo de la Constitución de la OIT: los términos cuantitativos del intercambio salarial (salario, tiempo de trabajo, prestaciones sociales), la seguridad física en el trabajo y, por último, las libertades colectivas (libertad sindical y negociación colectiva)⁷. Por el contrario, la cuestión de la dirección del trabajo se ha situado del lado de la técnica, por considerar que deriva de un criterio de eficacia y no de justicia, que escapa, en consecuencia, a la democracia política y social⁸. Los conceptos fundamentales del derecho del trabajo moderno derivan de esa restricción del ámbito de la justicia social, y han servido para conciliar la cosificación del trabajo, transformado en fuerza de trabajo, y la inserción de un estatuto profesional en el contrato de trabajo, para proteger a la persona del trabajador de los efectos físicos y económicos de esa reificación⁹. Desde hace treinta años, la deconstrucción del derecho del trabajo, que obedece a razones tecnológicas y políticas, ha erosionado la protección que ofrece esa rama del ordenamiento jurídico¹⁰. Tal deconstrucción es particularmente visible en el derecho de la Unión Europea¹¹. El problema que plantea la crisis del Estado social no es, pues, conservar o destruir la herencia fordista, sino instaurar un nuevo compromiso entre la libertad de empresa y la protección de los trabajadores¹². Desde finales del siglo veinte, tal cuestión ha dado lugar a muchas reflexiones, que, a grandes rasgos, dibujan dos orientaciones posibles: por un lado, la flexiseguridad y, por otro, la de un estado profesional de las personas, que propugna situar el trabajo, y no el mercado, en el centro de la política, analizando de nuevo la cuestión del “régimen de trabajo realmente humano”¹³. Basta con comparar las palabras que utilizan las dos propuestas para comprender la diferencia

.....

6 SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres*, cit., p. 333.

7 SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres*, cit., p. 335.

8 SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres*, *ibidem*.

9 SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres*, cit., pp. 335 ss.

10 SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres*, cit., pp. 337 ss.

11 SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres*, cit., pp. 340 ss, y “Las vías de una verdadera reforma del derecho del trabajo”, cit., p. 501 ss.

12 SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres*, cit., p. 344.

13 SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres*, cit., pp. 344 ss. Según SUPIOT, la primera propuesta puede apoyarse en el artículo 145 TFUE (antiguo artículo 125 TCE), a cuyo tenor “los Estados miembros y la Unión se esforzarán, de conformidad con el presente título, por desarrollar una estrategia coordinada para el empleo, en particular para potenciar una mano de obra cualificada, formada y adaptable y mercados laborales con capacidad de respuesta al cambio económico, con vistas a lograr los objetivos definidos en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea”. La segunda orientación puede entroncarse con la Declaración de Filadelfia de 1944, que ordena a los Estados que promuevan el empleo de “trabajadores en ocupaciones en que puedan tener la satisfacción de utilizar en la mejor forma posible sus habilidades y conocimiento y de contribuir al máximo al bienestar común” [III, b)], así como con el art 15.1 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, según el cual “toda persona tiene derecho a trabajar y a ejercer una profesión libremente elegida o aceptada” (apartado primero) (p. 347).

que las separa. La flexiseguridad lleva a razonar en términos de flexibilidad, eficacia económica, mercado, capital humano y empleabilidad; el estado profesional de las personas, en términos de libertad, justicia social, derecho, trabajo y capacidad¹⁴.

Mediante la promoción del empleo y la protección a las personas, la OIT no solo ofrece una respuesta coyuntural ante la crisis, sino un horizonte de recuperación y desarrollo sostenible. Uno de los pilares de la filosofía del trabajo decente es que el desarrollo no es sostenible si se ignoran los derechos de los trabajadores¹⁵. El progreso económico duradero exige un mínimo de justicia social. A fin de conjugar el desarrollo económico, los derechos en el trabajo y la protección social, la OIT propugna el logro de una justicia social para una globalización más equitativa. La OIT sostiene que no debe prevalecer el interés económico, y que no hay que cultivar una ventaja inmediata, sino pensar en las generaciones venideras y en un sistema sostenible a largo plazo. Las normas internacionales del trabajo son un patrimonio para el futuro. No basta con crear empleo, sino que debe ser de calidad. Tampoco debe descuidarse el diálogo social. Hay que proteger a los grupos más vulnerables, como las mujeres y los trabajadores migrantes. La OIT considera que es posible la transición hacia un nuevo modelo de desarrollo, pero solo si las políticas económicas se alinean adecuadamente con las políticas de empleo, y se evitan medidas contraproducentes, como los recortes salariales y las políticas de austeridad mal diseñadas. Las recomendaciones de la OIT frente a la crisis apuntan tanto a las políticas macroeconómicas con impacto en el empleo, como a las políticas más específicas al mandato de la OIT en el ámbito del mercado laboral, y que tienen que ver con las políticas de empleo, protección social, fomento del diálogo social y apoyo al cumplimiento de las normas laborales, con el objetivo del trabajo decente. La OIT pone el acento en la dimensión social de la crisis, la coherencia entre la política económica y social y la importancia de respetar los estándares laborales y el diálogo social y de considerar el empleo y la protección social como ejes de las políticas públicas.

La importancia de la perspectiva de la OIT estriba en la búsqueda de un equilibrio entre el cumplimiento de los compromisos internacionales y las necesidades de la situación interna. Ofrece un punto de vista diferente al de otras instituciones internacionales, como el Banco Mundial (BM), el Fondo Monetario Internacional (FMI) o la Organización Mundial del Comercio (OMC), que se hallan dominadas por el pensamiento neoliberal, y exaltan las virtudes del comercio y la globalización y propugnan una reforma permanente del mercado de trabajo para hacerlo más flexible y adaptable a las exigencias de la economía. En particular, las instituciones de Bretton Woods auspician políticas nacionales de ajuste estructural y desregulación general del mercado, incluido el de trabajo. Consideran

.....

14 SUPIOT, A., *La Gouvernance par les nombres*, cit., p. 346.

15 Cfr., al respecto, GIL, J. L., "Globalización y empleo: Propuestas de la OIT para un desarrollo sostenible", cit.

que un mercado de trabajo muy regulado aumenta los costes laborales y, por tanto, afecta negativamente a la competitividad internacional y desincentiva a los inversores. Ahora bien, la desregulación para aumentar la competitividad deja de ser útil si la aplican todos los países, y produce una *race to the bottom* o un *dumping* social generalizado. De ahí la importancia de respetar unos derechos laborales básicos e intangibles. Por eso, el estudio de las propuestas de la OIT ofrece un punto de vista válido para el desarrollo de políticas internacionales y nacionales pertinentes, y para el análisis del modo más idóneo para lograr que la eficacia económica no socave los derechos de los trabajadores¹⁶.

En España, con el Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, se produjo un giro radical en la política del gobierno socialista de Rodríguez Zapatero, y se asumió la política económica y social de austeridad que propugnaba la Unión Europea. El gobierno socialista impulsó una primera reforma laboral en 2010¹⁷, a la que siguieron, en 2011, una reforma impuesta de la negociación colectiva¹⁸ y una reforma negociada de las pensiones¹⁹. Antes de las elecciones anticipadas de noviembre de 2010, los dos principales partidos políticos acordaron reformar la Constitución a toda prisa, con el objetivo de incluir una regla fiscal y poner un límite a la deuda pública²⁰. Los presupuestos generales del Estado han sido cada vez más austeros, y ha habido recortes en educación, sanidad, pensiones y desempleo. Se ha bajado primero y congelado luego el salario de los funcionarios y del personal laboral al servicio del sector público, estatal, autonómico o local²¹. El gobierno conservador del Partido Popular, vencedor en las elecciones por mayoría absoluta, aprobó una segunda reforma laboral en 2012²², la más profunda desde 1994, y ha modificado luego algunos aspectos de la

.....

16 Es significativo que el manifiesto que firmó un grupo muy numeroso de catedráticos en contra de la reforma laboral de 2012 llevase por título *Por un trabajo decente y unas libertades colectivas plenas*. Cfr. el texto y la lista de firmantes en *El País*, 23 de marzo de 2017, y BAYLOS, A., “Detrás del manifiesto de los 55: algunas reflexiones”, en <http://baylos.blogspot.com.es/2012/04/detras-del-manifiesto-de-los-55-algunas.html> para una aclaración sobre la génesis de la iniciativa y una interpretación de por qué no la suscribieron otros catedráticos.

17 Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, convertido luego en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

18 Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (BOE de 11 de junio).

19 La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE de 2 de agosto de 2011), se inscribe en el marco del diálogo permanente que instituye el Pacto de Toledo, y desarrolla el Acuerdo social y económico de 2 de febrero de 2011, firmado por el gobierno, los sindicatos UGT y CC.OO. y las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME.

20 Cfr. el artículo 135 de la Constitución Española, redactado por el artículo único de la Reforma de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011 (BOE de 27 de septiembre de 2011).

21 El Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, modificó distintos preceptos de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado (LPGE) para 2010, con el objetivo de reducir, en términos anuales, un cinco por ciento la masa salarial de los funcionarios y del personal laboral al servicio del sector público, estatal, autonómico o local. Las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado han congelado el salario de los funcionarios públicos y del personal laboral al servicio del sector público, estatal, autonómico o local. Acerca de la situación actual, cfr., en la prensa, MOLINA, C., “Los ajustes devuelven los salarios de los funcionarios del Estado a 2012”, *Cinco Días*, 7 de marzo de 2017.

22 Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero (BOE de 11 de febrero), que se transformó luego en la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 7 de julio).

misma en 2013, para promover la seguridad jurídica y limitar aún más el control judicial²³. Asimismo, el legislador cambió otra vez la regulación de las pensiones, para implantar un factor de sostenibilidad y un índice de revalorización del sistema²⁴.

Resulta interesante y aun obligado analizar las últimas reformas laborales, en países como España, a la luz del paradigma del trabajo decente que promueve la OIT. Dos ideas fundamentales resumen la respuesta de la OIT a la globalización y la crisis económica, y sirven de parámetro para examinar la coherencia de las últimas reformas con los estándares que establece esa organización: proteger los derechos de los trabajadores (1) y situar el empleo y la protección social en el eje de las políticas (2).

1. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

En el concepto de trabajo decente, los derechos en el trabajo y el diálogo social se integran en un marco que incluye las políticas de promoción del empleo y de extensión de la protección social. Para proteger los derechos de los trabajadores, la OIT concibe el diálogo social como un método eficaz (1.1) y los principios y derechos fundamentales en el trabajo como un orden público social universal o un umbral de protección (1.2).

1.1. El diálogo social como método eficaz

Ante todo, resulta criticable que las últimas reformas laborales, en especial del derecho a la negociación colectiva, se hayan llevado a cabo al margen del diálogo social.

La OIT promueve el diálogo social y el tripartismo. El diálogo social se concibe como un método eficaz y el mejor modo de articular la relación entre los individuos y sus representantes con la comunidad, a fin de promover los derechos a través de políticas adecuadas. Aunque hay diferentes definiciones del concepto de diálogo social, conviene atenerse a la que ofrece la OIT, que entiende que el diálogo social incluye todos los tipos de negociación, consulta o simple intercambio de información entre representantes de los gobiernos, los empresarios y los trabajadores sobre cuestiones de interés común relativas a

.....

23 Real Decreto-ley 11/2013, de 2 de agosto, de medidas urgentes para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico social (BOE de 3 de agosto), y Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores (BOE de 21 de diciembre).

24 Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social (BOE de 26 de diciembre).

la política económica y social²⁵. El diálogo social también puede presentarse bajo la forma de un proceso tripartito, en el que el gobierno participa oficialmente en el diálogo, o de relaciones bipartitas entre los sindicatos y las organizaciones empresariales. De acuerdo con la definición de la OIT, el diálogo social se considera como una estructura y un proceso que puede ayudar a resolver cuestiones económicas y sociales importantes, promover el buen gobierno, favorecer la paz y la estabilidad social, y estimular la economía²⁶.

En el marco de la OIT, el diálogo social se conceptúa desde dos perspectivas principales: como una finalidad en sí misma y como un medio para alcanzar los objetivos estratégicos de la organización²⁷. Desde 1999, constituye uno de los elementos del concepto de trabajo decente²⁸. Especialmente en los períodos históricos difíciles, es importante insistir en el respeto y la utilización de los mecanismos de diálogo social, como la negociación colectiva, cuando proceda en todos los niveles. El diálogo social constituye una base sólida para conseguir la adhesión de los empresarios y trabajadores a una acción conjunta con los gobiernos, indispensable para superar la crisis y sacar adelante una recuperación sostenible. El diálogo social como mecanismo para llegar a un acuerdo inspira confianza,

.....

25 Cfr. “Diálogo social”, en la página <http://www.ilo.org>; OIT, *Diálogo social. Discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, Conferencia internacional del trabajo, 102ª sesión, 2013, Informe VI, ILC.102/VI, OIT, Ginebra, 2013, p. 5, párrafos 15 y 16; OIT, *Le dialogue social tripartite au niveau national. Guide de l’OIT pour une meilleure gouvernance*, OIT, Genève, 2013, p. 12, y, asimismo, HESSEL, R. *Analyse comparative du dialogue social dans les administrations centrales des États membres de l’UE*, Étude de la présidence de l’UE, Direction Générale de l’Administration et de la Fonction Publique, Institut Européen d’Administration Publique, Ministère du Budget, des Comptes Publics et de la Fonction Publique, Collection Études et Perspectives, décembre 2008, p. 8.

26 En reiteradas ocasiones, la OIT ha reafirmado el diálogo social como un elemento esencial del modelo de gobernanza: cfr. OIT, *Diálogo social. Discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, cit., p. 6, párrafo 19, que menciona OIT: *Resoluciones (y conclusiones) relativas a las consultas tripartitas a nivel nacional sobre políticas económicas y sociales*, Consejo de Administración, 267.ª reunión, Ginebra, noviembre de 1996, documento GB.267/ESP/3/1; OIT: *Curso que ha de darse a la resolución adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su 90.ª reunión (2002)*, Consejo de Administración, 285.ª reunión, Ginebra, noviembre de 2002, documento GB.285/7/1; Comisión Mundial sobre la Dimensión Social de la Globalización, *Por una globalización equitativa: crear oportunidades para todos*, OIT, Ginebra, 2004, pp. 59 y 60, párrafo 240. En particular, en 2008, la Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa recuerda que el tripartismo y el diálogo social entre los gobiernos y las organizaciones representativas de trabajadores y empresarios son esenciales para mantener la cohesión social y traducir el desarrollo económico en progreso social: OIT, *Declaración sobre la justicia social para una globalización equitativa*, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, OIT, Ginebra, 10 de junio de 2008, prefacio. En 2009, ante el impacto social durable de la crisis, los mandantes de la OIT adoptaron el Pacto mundial por el empleo, que subraya que el diálogo social “es una base sólida para suscitar la adhesión de los empleadores y de los trabajadores a una acción conjunta con los gobiernos, la cual es indispensable para superar la crisis y llevar adelante una recuperación sostenible”: OIT, *Para recuperarse de la crisis. Un Pacto Mundial para el Empleo*, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima octava reunión 19 de junio de 2009, OIT, Ginebra, 2009, párrafo 16. El pacto insiste en el hecho de que la búsqueda de políticas y soluciones concertadas en un marco tripartito puede contribuir a impedir la nivelación por lo bajo de la protección social.

27 OIT, *Diálogo social. Discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, cit., p. 5, párrafo 15, y GIL, J. L. y USHAKOVA, T., “Le dialogue social sur le mode de l’OIT: consolidation et promotion du tripartisme”, en MARTIN, P. (Dir.), *Le dialogue social, modèles et modalités de la régulation juridique en Europe*, Presses Universitaires de Bordeaux, Droit Européen, Bordeaux, 2007, pp. 97-130.

28 OIT, *Trabajo decente*, Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión, junio de 1999, Informe I, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1999, 98 pp., y GIL, J. L., “Concepto de trabajo decente”, cit., pp. 77 ss.

y ofrece garantías para el cumplimiento de los compromisos alcanzados. La propia OIT es un foro apropiado para el diálogo social, debido a sus características estructurales y a los mecanismos de adopción de las normas. Como un modelo en sí, apoya la creación de espacios de diálogo social a nivel nacional. A su vez, el diálogo social institucionalizado a nivel nacional puede servir de método de formación de decisiones sociolaborales que fomenta el diálogo en la rama o sector de actividad y en la empresa. Por eso, el diálogo social es uno de los principios esenciales para promover la recuperación y el desarrollo, como destacan los apartados 9.8, 15, 16 y 17 del Pacto Mundial para el Empleo.

En España, hay una larga tradición de diálogo social y concertación social, según procedimientos más o menos formalizados. España cumple las condiciones básicas para el diálogo social: los sindicatos son fuertes e independientes, a pesar de la baja tasa de afiliación; existe la voluntad política de llevar a cabo el diálogo social; se respetan, en general, los derechos fundamentales de la libertad sindical y la negociación colectiva, y hay un apoyo institucional al diálogo. Desde la transición democrática, que se inicia en 1975, después de la muerte del general Franco, se ha desarrollado una política de diálogo y de concertación social y de búsqueda de acuerdo con los sindicatos más representativos. Ha acompañado y se ha visto facilitada por el paso de un sindicalismo de tipo revolucionario a un sindicalismo de negociación. En las últimas décadas, ha habido periodos de diálogo y confrontación y se practican, con más o menos éxito, según los diferentes momentos, varios tipos de diálogo social. Hay formas de diálogo social bipartito y tripartito, que operan con un gran pragmatismo y ausencia de formalismo, y también un diálogo social institucionalizado en el seno de órganos como el Consejo Económico y Social²⁹.

Pues bien, en algunos casos, las últimas modificaciones legales suscitan problemas en relación con los principios de la libertad sindical y de la negociación colectiva derivados de los Convenios de la OIT. Alegando una situación de extraordinaria y urgente necesidad, los gobiernos regulan instituciones básicas o suspenden o suprimen derechos laborales o sociales mediante decretos-leyes, y modifican el contenido de los convenios colectivos acordados entre los representantes de los trabajadores y empresarios. Así ha sucedido en España. En el informe núm. 371, de 13-27 de marzo de 2014, el Comité de Libertad Sindical pone en entredicho el procedimiento con arreglo al cual se aprobó la reforma laboral de 2012, por entender que el gobierno español prescindió por completo de la consulta a las organizaciones más representativas de los trabajadores y empresarios. Recuerda la importancia de que la consulta con las organizaciones de trabajadores y de empresarios se produzca con una antelación suficiente y, en particular, en el caso de los

.....

29 No hay que exagerar la distinción entre el diálogo social bipartito y tripartito. Hay acuerdos tripartitos con una parte de carácter bipartito. Tal es el caso, por ejemplo, del acuerdo social y económico de 2 de febrero de 2011 para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones.

proyectos de ley o de Real Decreto-Ley, antes de la aprobación por el gobierno y de la tramitación parlamentaria³⁰. Y espera que tales principios se respeten plenamente³¹. Indica que “los principios en materia de consulta son válidos también en períodos de crisis que requieren medidas urgentes”³², y expresa su expectativa de que, en adelante, se respeten plenamente esos principios “en relación con legislaciones que afecten a los intereses de las organizaciones sindicales y sus afiliados”, además de pedir al gobierno “que adopte medidas en ese sentido”³³. Asimismo, con respecto a la Ley 2/2012, de 29 de junio, y el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, subraya la importancia de que las reglas esenciales del sistema de relaciones laborales y de la negociación colectiva se compartan, en la mayor medida posible, por las organizaciones más representativas de trabajadores y empresarios, e invita, por tanto, al gobierno español a que promueva el diálogo social para conseguir ese objetivo desde la perspectiva de los principios de la libertad sindical y de la negociación colectiva³⁴. Más recientemente, la OIT ha señalado que espera que, en todo proceso de fijación del salario mínimo interprofesional, el gobierno español consulte exclusivamente a las organizaciones representativas de trabajadores y empresarios interesadas, y garantice que las mismas tengan pleno conocimiento de todas las informaciones necesarias y cuenten con tiempo suficiente, a los fines de fijar su posición³⁵. De igual modo, el Comité Europeo de Derechos Sociales, ha constatado el incumplimiento, por parte del gobierno de España, del derecho a la negociación colectiva que garantiza el artículo 6.2 de la Carta Social Europea de 1961, al no haber establecido un procedimiento de consulta con las organizaciones sindicales antes de aprobar la reforma laboral³⁶.

En suma, para la OIT, la crisis económica no es una causa justificativa para vulnerar los convenios internacionales suscritos por España sobre la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva. En lugar de imponer las reformas, el gobierno debió promover un proceso de diálogo social efectivo. El gobierno español no ha dado cumplimiento a la recomendación de abrir un proceso de diálogo social sobre los contenidos que introdujo

.....

30 OIT, CLS, Informe núm. 371, de marzo de 2014, párrafo 445.

31 OIT, CLS, Informe núm. 371, de marzo de 2014, párrafo 446.

32 OIT, CLS, Informe núm. 371, de marzo de 2014, párrafo 445.

33 OIT, CLS, Informe núm. 371, de marzo de 2014, párrafo 446.

34 OIT, CLS, Informe núm. 371, de marzo de 2014, párrafo 455.

35 Cfr. OIT, “Cuarto informe complementario: Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por España del Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970 (núm. 131), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) y la Confederación Sindical Unión General de Trabajadores (UGT)”, Oficina Internacional del Trabajo, Consejo de Administración, 329.ª reunión, Ginebra, 9-24 de marzo de 2017, Vigésimo punto del orden del día, Informe del Director General, GB.329/INS/20/4, 15 de marzo de 2017, párrafo 46, p. 13.

36 CEDS, Conclusiones XX-3, de 2014, en relación con el artículo 6.2 de la Carta Social Europea. El Comité concluye que la situación en España no está en conformidad con el artículo 6§2 de la Carta de 1961, entre otros motivos, por haberse aprobado el Real Decreto-Ley 3/2012 y la Ley 3/2012, que afectaban de forma muy directa a la negociación colectiva, sin la consulta de los sindicatos y las organizaciones patronales. Declara que “el Comité considera en este contexto que las medidas adoptadas en España son desproporcionadas en relación con los objetivos perseguidos y, por tanto, no cumplen con las condiciones establecidas por el artículo 31 de la Carta de 1961”.

la reforma laboral de 2012, ni ha modificado las reglas que introducen, en la actualidad, límites al derecho a la negociación colectiva incompatibles, en algunos casos, con los compromisos internacionales que ha asumido España en la materia. Así, no hay más remedio que admitir que España ha pasado de ser el paladín del diálogo y la concertación social y la garantía del valor jurídico de los convenios colectivos a compartir una posición incómoda, junto a los Estados que no respetan uno de los principios fundamentales que rigen las relaciones laborales en el plano universal³⁷.

Al respecto, conviene señalar que el éxito o el fracaso del diálogo social no se halla ligado necesariamente a la ideología del partido en el poder. En la primera fase de los gobiernos socialistas, que comenzó en 1982 y terminó en 1996, hubo un periodo de diálogo social hasta 1986 y otro, más conflictivo, hasta 1994³⁸. En la época de los gobiernos de Aznar (1996-2004), con el Partido Popular, los cuatro primeros años de gobierno fueron fecundos en el terreno del diálogo social. Por el contrario, los cuatro últimos estuvieron marcados por una degradación de la paz social³⁹. En el gobierno socialista de Zapatero (2004-2011), el diálogo social comenzó a debilitarse con la crisis financiera y económica⁴⁰. Ya en el periodo de los gobiernos de Rajoy, la reforma del mercado de trabajo impuesta por el Partido Popular, tras la ruptura del diálogo social⁴¹, dio lugar a dos huelgas generales⁴². En este sentido, es difícil establecer una relación entre la crisis económica y el diálogo social. Frente a la importancia del diálogo social en el periodo de la transición democrática, conviene advertir la ausencia del mismo durante la reciente crisis financiera y económica⁴³. Cabe imaginar que, sea cual sea la ideología del partido en el poder,

.....

37 Cfr., en este sentido, SANGUINETI, W., “España y los convenios de la OIT sobre libertad sindical y negociación colectiva: de paladín a villano”, 29 de marzo de 2014, en el blog <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2014/03/29/espana-y-los-convenios-de-la-oit/>.

38 Entre 1986 y 1994, los sindicatos más representativos CC.OO. y UGT convocaron tres huelgas generales: el 14 de diciembre de 1988, contra la reforma del mercado de trabajo; el 28 de mayo de 1992, contra la reforma de las prestaciones por desempleo, y el 27 de enero de 1994, contra la reforma laboral.

39 Cfr. AUVERGNON, P. y GIL, J. L., “Le droit social espagnol au temps des gouvernements Aznar”, *Droit Social*, noviembre 2004, pp. 1011-1020. El 20 de junio de 2002, CC.OO. y UGT convocaron una huelga general contra la reforma de las prestaciones por desempleo que había llevado a cabo el gobierno conservador de José María Aznar. El 10 de abril de 2003, UGT, federaciones de CCOO, CGT y CNT provocaron una huelga general en contra de la participación de España en la guerra de Irak y sus consecuencias socioeconómicas.

40 Entre 2010 y 2012, los sindicatos más representativos CCOO y UGT convocaron tres huelgas generales para protestar contra las reformas del mercado de trabajo: el 29 de septiembre de 2010, el 29 de marzo de 2012 y el 14 de noviembre de 2012. Además, los sindicatos ELA, LAB, CIG, CGT y CNT convocaron una huelga general el 27 de enero de 2011 contra la reforma de las pensiones.

41 La previsión de un plazo para las negociaciones de los interlocutores es un arma de doble filo. Puede desalentar el diálogo social cuando una de las partes cuenta con la complicidad del gobierno.

42 Las huelgas tuvieron lugar el 29 de marzo de 2012 para protestar contra la reforma de 19 de febrero, y el 14 de noviembre de 2012, para cuestionar las políticas sociales del gobierno.

43 Sin embargo, la OIT señala que el diálogo social es un proceso constructivo que permite maximizar el impacto de las respuestas a la crisis en relación a las necesidades de la economía real, y que el establecimiento de una cultura de diálogo social es particularmente útil en tiempos de crisis: cfr. OIT, *Para recuperarse de la crisis. Un Pacto Mundial para el Empleo*, cit., II. Principios para promover la recuperación y el desarrollo, párrafo 9, 8, y Diálogo social: negociar colectivamente, identificar las prioridades, estimular la acción, párrafo 15. Cfr. OIT, *Diálogo social. Discusión recurrente en el marco de la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa*, cit., p. 50, párrafos 165 y ss, sobre el diálogo social como una oportunidad bien o mal aprovechada para hacer frente a la crisis financiera y económica.

sobrepasado cierto límite en la reducción de la protección de que gozan los trabajadores, resulta difícil o imposible para los sindicatos asumir el contenido de ciertas reformas laborales. Así, por ejemplo, los sindicatos CC.OO. y UGT se opusieron con dureza a la reforma socialista de 1994, la más profunda que se ha producido en España, junto a la de 2012, y que reforzó también los poderes del empresario y otorgó un mayor peso a la negociación colectiva.

1.2. Los principios y derechos fundamentales en el trabajo como orden público social universal

Ante todo, la OIT busca la promoción y cumplimiento de las normas laborales. La organización tiene como objetivo el fomento de los derechos laborales, para lo cual propugna la promoción y cumplimiento de las normas y la realización de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. En 1998, la OIT adoptó la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, en cuya virtud todos los Estados miembros tienen el compromiso, derivado de la mera pertenencia a la OIT, de respetar, promover y hacer realidad, de buena fe y de conformidad con la Constitución, los principios y derechos fundamentales en el trabajo (arts. 1 y 2)⁴⁴. Tales principios y derechos fundamentales, que desarrollan los ocho Convenios esenciales de la OIT, son: la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil y, por último, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación (art. 2). Pese a que ha recibido algunas críticas, la Declaración no trata de establecer una jerarquía formal entre los instrumentos, sino de marcar ciertas pautas de aproximación a los estándares mínimos y de fijar prioridades en la ratificación de los Convenios de la OIT. La Declaración rompe con el *self service* normativo, y configura un orden público social universal⁴⁵. Con la Declaración de 1998, la OIT crea una medida

44 OIT, *Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento*, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1998 (Anexo revisado, 15 de junio de 2010), 2ª edición con anexo revisado, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2010, 13 pp.

45 Cfr. SUPLOT, A., “La place de la sécurité sociale dans le système des normes internationales du travail”, *Semaine Sociale Lamy*, Supplément, 4 septembre 2006, n° 1272, p. 8, y, ya antes, acerca del *self service* normativo, SUPLOT, A., “Du nouveau au *self service* normatif : la responsabilité sociale des entreprises”, en AA.VV., *Analyse juridique et valeurs en droit social. Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier*, Dalloz, Paris, pp. 541-558, y, asimismo, RODGERS, G.; LEE, E.; SWEPTSTON, L.; y VAN DAELE, J., *La OIT y la lucha por la justicia social, 1919-2009*, OIT, Ginebra, 2009, p. 235, y GIL, J. L., “Concepto de trabajo decente”, *cit.*, pp. 6 ss; “Justicia social y acción normativa de la OIT”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, n° 4, octubre-diciembre de 2015, pp. 26 ss.; “Globalización y universalidad del derecho: la *lex mercatoria* y el derecho internacional del trabajo en el mercado global”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 4, n° 2, abril-junio de 2016, pp. 18 ss; “Il lavoro nella Costituzione e nelle Dichiarazioni dell’OIL”, *cit.*, pp. 43 ss, y “La dimensión social de la globalización en los instrumentos de la OIT”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 5, n° 1, enero-marzo de 2017, pp. 12 ss.

de promoción especial para fortalecer la aplicación de los cuatro principios y derechos asociados que se consideran fundamentales para alcanzar la justicia social. De ese modo, junto al enfoque tradicional, consistente en la adopción de normas internacionales del trabajo, la OIT ha seguido otro funcional, basado en la promoción de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Asimismo, la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008, reafirma de nuevo la importancia particular de tales derechos, como condiciones que hacen posible la realización de los cuatro objetivos estratégicos de la OIT. La Declaración reconoce los beneficios de la globalización, pero defiende que se realicen nuevos esfuerzos para la aplicación de políticas de trabajo decente. Por tanto, la salida de la crisis debe compaginarse con el cumplimiento de las normas laborales y, en particular, de los principios y derechos fundamentales en el trabajo. En definitiva, las normas internacionales del trabajo constituyen las reglas de juego para la economía global y para superar la crisis. En efecto, ya en la parte de principios y objetivos, el Pacto Mundial para el Empleo acuerda “promover las normas fundamentales del trabajo y otras normas laborales internacionales” (apartado 9.7). Luego, les dedica un capítulo especial, denominado “Fortalecer el respeto de las normas internacionales del trabajo”, en el cual se subraya el carácter tuitivo de la normativa laboral y su especial utilidad ante la crisis, “para evitar que se desate una espiral descendente en las condiciones laborales” (apartado 14).

Cabría pensar que, en los países más avanzados, las reformas laborales no han cuestionado los principios y derechos fundamentales básicos a que alude la Declaración de la OIT de 1998. Ahora bien, la intervención del legislador en el derecho a la negociación colectiva, al margen del diálogo social, para imponer una descentralización y facilitar la inaplicación o el descuelgue de las condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos, plantea problemas de adecuación a los instrumentos del derecho internacional del trabajo. Asimismo, en un contexto de conflictividad laboral, se han constatado vulneraciones o restricciones del derecho de huelga y de la libertad sindical.

El caso español es muy ilustrativo. En España, hasta hace poco, el sistema de negociación colectiva procedía fundamentalmente de la regulación contenida en el texto inicial del Estatuto de los Trabajadores (ET), aprobado en 1980, en cumplimiento del artículo 35.2 de la Constitución Española (CE), y de las prácticas de negociación que habían desarrollado los trabajadores y empresarios y, en particular, los sindicatos y organizaciones empresariales⁴⁶. El título III del ET, sobre la negociación colectiva y los convenios colec-

.....

46 Así lo reconoce la exposición de motivos del el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

tivos, desarrolló los preceptos de la CE⁴⁷, y tuvo su origen en el primer acuerdo interprofesional del periodo constitucional: el Acuerdo Básico Interconfederal, de 10 de julio de 1979. Con o sin el consenso de los interlocutores sociales, el título III del ET había sido objeto de reformas, pero no tan numerosas e intensas como las realizadas en el resto del articulado de la norma estatutaria. La Ley 11/1994, de 19 de mayo, había llevado a cabo la reforma más importante, con el objetivo de potenciar el desarrollo de la negociación colectiva, como elemento regulador de las relaciones laborales y las condiciones de trabajo, e instrumento fundamental para la adaptabilidad, por su capacidad de acercamiento a las situaciones diversas y cambiantes de los sectores de actividad y de las empresas⁴⁸. A tal fin, hizo que pasaran al terreno de la negociación colectiva espacios que, hasta entonces, se hallaban reservados a la regulación legal. Asimismo, introdujo la figura de los acuerdos de empresa, que podían servir para modificar o inaplicar las condiciones de trabajo pactadas en un convenio colectivo⁴⁹.

En los últimos años, para hacer frente a la crisis económica, el legislador ha modificado en profundidad la estructura de la negociación colectiva, y ha potenciado los convenios colectivos de empresa y la posibilidad de inaplicación de los convenios colectivos, tanto de sector como de empresa. Las modificaciones empezaron en la etapa de gobierno socialista de Rodríguez Zapatero. La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, favorece la flexibilidad interna negociada en la empresa, con reglas que pretenden facilitar la adaptabilidad de las condiciones laborales a las circunstancias de la producción⁵⁰. La ley modifica los periodos de consultas que se desarrollan en el seno de las empresas, con el fin de favorecer y agilizar los procesos de



47 El artículo 7 considera a los sindicatos de trabajadores y a las asociaciones empresariales como una de las bases del sistema político, económico y social; el artículo 28 consagra la libertad sindical y el derecho de huelga, y el artículo 37.2 afirma que la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Por ser una ley ordinaria, el ET no pudo regular los aspectos relativos a la libertad sindical y el derecho de huelga. Según el artículo 81.1 CE, el desarrollo de derechos fundamentales como la libertad sindical o la huelga debe llevarse a cabo por medio de una ley orgánica.

48 Cfr. la exposición de motivos de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, y, en la doctrina, por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S., "Derecho legal y tutela colectiva en la Ley 11/1994", en *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Manuel Alonso García*, Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 23-37.

49 Los acuerdos de empresa son el resultado de un proceso peculiar de negociación en el ámbito de la empresa, y tienen asignadas algunas funciones específicas por indicación legal, normalmente con carácter subsidiario respecto del convenio colectivo. Cabe citar, en este sentido, el sistema de clasificación profesional (art. 22.1 ET), o la distribución irregular de la jornada de trabajo (art. 34.2 ET). Como regla general, los acuerdos de empresa también pueden introducir medidas de reorganización empresarial, como traslados, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensiones o despidos colectivos. Además, en determinados supuestos, de carácter excepcional, pueden utilizarse para modificar ciertas condiciones establecidas en el convenio colectivo, o para proceder a su inaplicación (arts. 41.6 y 82.3 ET).

50 Cfr. el Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio (BOE de 17 de junio), y la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo (BOE de 18 de septiembre) y, en la doctrina, GARCÍA-PERROTE, I; MERCADER, J. R. (Dirs.), *La reforma laboral 2010. Aspectos prácticos*, Lex Nova, Valladolid, 2010, 325 pp., y GARCÍA-PERROTE, I; MERCADER, J. R. (Dirs.), *La reforma del mercado de trabajo. Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010, 432 pp.

movilidad geográfica (art. 40 ET), modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET) y descuelgue salarial (art. 82.3 ET). Más tarde, sin el acuerdo de los interlocutores sociales, el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, impone una reforma integral del modelo legal de negociación colectiva, que afecta de forma relevante a los elementos centrales del sistema, tales como la estructura negocial, la legitimación para convenir, el contenido, la vigencia y ultraactividad, así como las comisiones paritarias del convenio colectivo⁵¹. De igual modo, el Real Decreto-ley reconoce la primacía parcial del convenio de empresa sobre el sectorial, refuerza los sistemas extrajudiciales de resolución de conflictos y acentúa los mecanismos negociados de flexibilidad interna de las empresas.

El gobierno conservador de Rajoy ha realizado una reforma aún más radical del derecho a la negociación colectiva, al margen del diálogo social, y poco después de que CCOO, UGT, CEOE y CEPYME, las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel nacional, firmasen el 25 de enero de 2012 el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014⁵². La nueva reforma refuerza la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en una serie de materias, y amplía las posibilidades de descuelgue del convenio colectivo, sea de sector o de empresa. Así, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, altera de forma sustancial la estructura de la negociación colectiva, y privilegia la empresa como unidad de negociación⁵³. Agrupa medidas orientadas a favorecer la flexibilidad interna de las empresas como alternativa a la destrucción de empleo, y a adaptar las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas por las que atraviesa la empresa. La reforma prevé la posibilidad de descuelgue respecto del convenio en vigor. También incorpora modificaciones relativas a la ultraactividad de los convenios, y fortalece la acción de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, a la que se provee de facultades para la solución extrajudicial de conflictos. Procura así que la negociación colectiva sea un instrumento de adaptación, e incentiva la renegociación del convenio, incluso antes de que finalice su vigencia. Resultado de la tramitación parlamentaria del Real Decreto-ley, la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, introduce otras novedades⁵⁴. Así, limita aún más la ultraac-



51 BOE de 11 de junio de 2011. Para un análisis del Real Decreto-ley, cfr. GARCÍA-PERROTE, I; MERCADER, J. R. (Dirs.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio*, Lex Nova, Valladolid, 2011, 248 pp.

52 Resolución de 30 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014 (BOE de 6 de febrero de 2012).

53 BOE de 11 de febrero de 2012. GARCÍA-PERROTE, I; MERCADER, J. R. (Dirs.), *Reforma laboral 2012: Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012, 509 pp.

54 BOE de 7 de julio de 2012. Cfr. GARCÍA-PERROTE, I; MERCADER, J. R. (Dirs.), *La regulación del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto-ley 20/2012*, Lex Nova, Valladolid, 2012, 674 pp.

tividad del convenio colectivo. La ley incorpora otras modificaciones de menor entidad, como las relativas al plazo de que dispone la autoridad laboral para la tramitación oficial del convenio colectivo, a la causa económica que justifica el descuelgue *ex artículo 82.3 ET* y a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos que contempla el precepto. Además, aclara que el convenio de empresa tiene preferencia sobre el convenio sectorial durante todo el tiempo en que este último se encuentre vigente.

Descontentos con la reforma, el 10 de mayo de 2012, los sindicatos más representativos UGT y CC.OO. presentaron una queja contra el Gobierno de España ante el Director General de la OIT, para su tramitación y decisión por el Comité de Libertad Sindical, por violación de la libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva⁵⁵. En el Informe núm. 371, de 13-27 de marzo de 2014, el Comité de Libertad Sindical constató algunas vulneraciones de los derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva por parte del Estado español⁵⁶, y pidió que se le mantuviese informado de la evolución de la situación⁵⁷. De igual modo, el 23 de julio de 2014, CC.OO. y UGT remitieron al Comité Europeo de Derechos Sociales un informe, en el que alegaban el incumplimiento por parte del Estado español del artículo 6.2 de la Carta Social Europea de 1961, que garantiza el derecho a la negociación colectiva⁵⁸. En las Conclusiones XX-3, de 2014, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha constatado el incumplimiento de ese precepto⁵⁹.

.....

55 CC.OO. y UGT, *Queja que presentan UGT y CC.OO. ante el Director General de la OIT para su tramitación y decisión por el Comité de Libertad Sindical, contra el Gobierno de España, por violación de la libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva*, Madrid, 10 de mayo de 2012, pp. 18 ss. Cfr. Caso núm. 2947 (España), 10 de mayo de 2012, Confederación Sindical Unión General de Trabajadores (UGT), Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CC.OO.), Federación de Empleados Públicos de la Unión Sindical Obrera (F.E.P.-U.S.O.) y otras organizaciones sindicales.

56 OIT, CLS, Informe núm. 371, de marzo de 2014, párrafos 317 y siguientes.

57 OIT, CLS, Informe núm. 371, de marzo de 2014, párrafos 450 y 451. En el Informe núm. 378, de junio de 2016, el Comité de Libertad Sindical toma nota de las informaciones que ha brindado el gobierno español, y añade que, “no habiendo recibido otras informaciones de las organizaciones querellantes y teniendo en cuenta que varias de las cuestiones planteadas en la queja están siendo examinadas por parte de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, el Comité no va a seguir examinando el caso” (párrafo 40) Cfr. http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50001:0::NO:50001:P50001_COMPLAINT_FILE_ID:3063806 y, en la doctrina, Guamán, A. “Las críticas del Comité de Libertad Sindical de la OIT a la reforma laboral de 2012: Una nueva muestra de la importancia del derecho laboral internacional”, *Revista de derecho social*, nº 66, 2014, pp. 201-2016.

58 En el escrito, se aducía que un Real decreto-ley había derogado un acuerdo pactado de ámbito estatal por las organizaciones sindicales y empresariales, y lo había sustituido por una regulación mucho más restrictiva de derechos. Además, se señalaba que la reforma laboral impone la primacía del convenio colectivo de empresa frente a los convenios colectivos de ámbito superior, y prohíbe a las organizaciones sindicales y empresariales que puedan alterar esa norma. También se alegaban violaciones en materia del descuelgue no sindical de condiciones pactadas en el convenio colectivo sectorial y sobre la unilateralidad definitiva del empresario en las modificaciones sustanciales de trabajo. Por último, se denunciaba que la regulación que hace la ley de la ultraactividad de los convenios colectivos vulnera el principio de autonomía en la negociación.

59 CEDS, Conclusiones XX-3, de 2014, en relación con el artículo 6.2 de la Carta Social Europea. En la doctrina, cfr. BAJO, I., “La reforma laboral a la luz de la Carta Social Europea. Convergencias y divergencias entre el Tribunal Constitucional y el Comité Europeo de Derechos Sociales”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 40, 2015, pp. 153-192, y SALCEDO, C., “Reformas legislativas, incumplimientos de la Carta Social Europea y su invocación en los órganos judiciales”, Fundación Centro de Estudios Andaluces, Sevilla, Colección Actual, 73, julio de 2015, 35 pp., y “La aplicación de la Carta Social Europea por los órganos jurisdiccionales: cuestiones conflictivas y argumentos para superarlas”, Editorial Bomarzo, 4 de octubre de 2015, en <http://editorialbomarzo.es/la-aplicacion-de-la-carta-social-europea-por-los-organos-jurisdiccionales-cuestiones-conflictivas-y-argumentos-para-superarlas/>.

En suma, la intervención del legislador en el derecho a la negociación colectiva, al margen del diálogo social, para imponer una descentralización, la prioridad aplicativa del convenio de empresa y facilitar la inaplicación o el descuelgue de las condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos, plantea problemas de adecuación a los instrumentos del derecho internacional del trabajo, y cuestiona uno de los principios y derechos fundamentales básicos a que alude la Declaración de la OIT de 1998.

En efecto, tal y como reclamaban las organizaciones empresariales, las últimas reformas han establecido una preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa en ciertas materias. De ese modo, sitúan el convenio colectivo de empresa en el centro de gravedad del modelo de estructura de la negociación colectiva. El convenio de empresa se presenta como el instrumento de flexibilidad interna ideal, que permite evitar el recurso a la flexibilidad externa y, por tanto, a los despidos. La idea, presente ya en la reforma de 2010⁶⁰, se desarrolla en 2011 y culmina en 2012.

El Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, no modifica la lógica de la legislación precedente. El nuevo artículo 84 ET, compuesto de cuatro apartados, mantiene la atribución de la determinación de la estructura de la negociación colectiva a las organizaciones empresariales y sindicales más representativas de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, mediante acuerdos interprofesionales⁶¹. Así, los acuerdos marco constituyen el centro de gravedad de la nueva configuración de la estructura convencional⁶². Además, el Real Decreto-ley reconoce ese mismo papel a los convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico. Acomoda así el artículo 83.2 ET a la realidad convencional. Eso permitiría seguir vertebrando y ordenando los distintos niveles de negociación desde el nivel que se considere más apropiado, en el que pueden identificarse mejor las peculiaridades de cada sector, así como la necesidad o conveniencia, en su caso, de abrir la negociación colectiva a ámbitos inferiores. Así, la reforma de 2011 se concibe como un nuevo intento de los poderes públicos de permitir a los interlocutores sociales la apropiación y racionalización de la estructura de la negociación colectiva. En cuanto a los conflictos de concurrencia entre convenios, el Real Decreto-ley mantiene, por un lado, la regla tradicional de prohibición de afectación del convenio durante su vigencia por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto. A la vez, la nueva redacción del artículo 84.2 ET fija una prioridad aplicativa del

.....

60 El capítulo II de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, se titula: “Medidas para favorecer la flexibilidad interna negociada en las empresas y para fomentar el uso de la reducción de jornada como instrumento de ajuste temporal de empleo”.

61 En la redacción dada por el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, el artículo 84.1 ET disponía que “un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto, salvo pacto en contrario negociado conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2”.

62 MERCADER, J. R., “Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios en el Real Decreto-ley 7/2011”, en GARCÍA-PERROTE, I; MERCADER, J. R. (Dirs.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio* (Valladolid, 2011), Lex Nova, pp. 78 ss.

convenio de empresa sobre un convenio de ámbito sectorial en relación con determinadas materias, como la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa, o el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones. Según la exposición de motivos del Real Decreto-ley, esas materias son las más cercanas a la realidad de las empresas, y en ellas encuentra justificación, en mayor medida, una regulación particularizada, para conseguir una mejor acomodación de las relaciones laborales al entorno económico y productivo en que se desenvuelven. Con todo, ese conjunto de materias no tiene carácter exhaustivo. Los acuerdos y convenios que fijen la estructura de la negociación colectiva pueden identificar otras materias, distintas de las expresadas, susceptibles de incluirse en los convenios de empresa. En suma, la regla legal supletoria realiza una modificación profunda de las reglas de concurrencia, y transforma el convenio de empresa en la norma preferente de aplicación, en las materias que determina la ley, en detrimento del convenio colectivo de rama o sector. Con la reforma laboral de 2011, se produce la emancipación de la empresa bajo el control de la autonomía colectiva⁶³.

El II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014, firmado el 25 de enero de 2012, mantenía el marco sectorial, aunque tenía en cuenta las especialidades del convenio colectivo de empresa. Con todo, el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, se aprueba pocos días después, sin esperar a que pudiese dar frutos la reforma de 2011. En gran medida, la reforma de 2012 neutraliza la función de estructuración de los acuerdos marco, que permitía a la autonomía colectiva configurar la estructura de la negociación colectiva, y opta, de forma decidida, por dotar de una preferencia aplicativa al convenio colectivo de empresa en materias centrales de las relaciones laborales. La reforma de 2012 convierte en imperativa la regla legal, antes supletoria, que atribuye una preferencia aplicativa al convenio colectivo de empresa, en relación con un convenio colectivo sectorial ya aplicable. Los acuerdos marco no pueden suprimir, en modo alguno, tal preferencia. Por tanto, la reforma refuerza claramente el ámbito de negociación de la empresa, sin tomar en consideración la voluntad de la negociación colectiva. Con la reforma laboral de 2012, se produce la emancipación de la empresa sin el control de la autonomía colectiva⁶⁴.

En la actualidad, el artículo 84.2 ET dispone que los convenios de empresa pueden concurrir con los convenios sectoriales, con prioridad aplicativa, en determinadas materias, que pueden ser objeto de regulación en el ámbito de la empresa, o del grupo o pluralidad de empresas, aunque estén ya reguladas, incluso con anterioridad, en el convenio colectivo de

63 CIALTI, P.H., *Efficacités e fonctions de la convention collective de travail: étude comparative de l'intervention légale en Espagne et en France*, Thèse dirigée par POUSSON, A. et RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., Université de Toulouse 1-Capitole et Universitat de València, pp. 939 ss.

64 CIALTI, P.H., *Efficacités e fonctions de la convention collective de travail: étude comparative de l'intervention légale en Espagne et en France*, cit., pp. 918 y 919, 939 y 945 ss.

sector aplicable a la empresa, o grupo o pluralidad de empresas, de referencia. La salvedad que establece el precepto tiene dos dimensiones: una de carácter formal, consistente en la posibilidad de formar una unidad de negociación empresarial en cualquier momento, y otra material, relativa a la prioridad absoluta de la regulación desarrollada en el convenio de empresa en determinadas materias⁶⁵. De acuerdo con la dimensión formal, la regulación de las materias previstas, y en esas condiciones, por parte del convenio de empresa prevalece, en todo caso, sobre la regulación que pueda proporcionar un convenio de ámbito superior, como, por ejemplo, un convenio de sector al que pertenezca la empresa. Por tanto, esas materias pueden negociarse en cualquier momento en el ámbito de la empresa, no solo cuando no haya un convenio de ámbito superior, sino también cuando exista, y no solo cuando el convenio de empresa sea anterior en el tiempo, sino también cuando se negocie con posterioridad a la negociación y vigencia de un convenio de ámbito superior (art. 84.2 ET)⁶⁶. Por lo que hace a la dimensión material, el precepto distingue dos tipos de actuación posibles del convenio colectivo de empresa. En primer lugar, puede llevar a cabo la regulación completa de determinadas materias: la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa; el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones, y las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. En segundo lugar, puede adaptar determinadas reglas sectoriales al ámbito de la empresa: el sistema de clasificación profesional de los trabajadores, y determinados aspectos de las modalidades de contratación. Así pues, de la prioridad aplicativa se excluyen, por ejemplo, la estructura del salario o la duración de la jornada.

La prioridad aplicativa -que debe respetar el principio de correspondencia⁶⁷- tiene un carácter absoluto, y los convenios marco no pueden desplazarla. En las mismas condiciones, la regla de la prioridad aplicativa del convenio de empresa vale para el convenio colectivo de grupo de empresas y el convenio colectivo de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas (art.

.....

65 REY, S. DEL, "Estructura de la negociación colectiva y prioridad del nivel de empresa tras la reforma laboral de 2012". *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. E, 2014, pp. 205 y 206.

66 Para la SAN de 10 de septiembre de 2012 (AS 2514), la prioridad vincula no solo a los convenios negociados después del 12 de febrero de 2012, sino también a los vigentes a la fecha de entrada en vigor de la reforma laboral, que deben ajustarse a la misma. Cfr., asimismo, la SAN de 13 de noviembre de 2013 (AS 3023). Según la STS de 8 de julio de 2014 (JUR 230842), no vulnera la prioridad aplicativa el convenio colectivo estatal que deja a salvo expresamente lo dispuesto en el artículo 84.2 ET, al regular las materias que tienen el carácter de mínimo necesario respecto a convenios de ámbito inferior.

67 El principio de correspondencia exige que el ámbito de actuación del órgano de representación de los trabajadores en el convenio de empresa se corresponda estrictamente con el de afectación de este (SSTS de 20 de mayo, 10 de junio y 21 de diciembre de 2015, Ar. 2889, 4089 y 181/2016; 18 de febrero de 2016 (dos sentencias), Ar. 1054 y Ar. 1210, y 11 de enero y 22 de marzo de 2017, Ar. 231 y 1665). Cfr., sin embargo, la STS de 23 de febrero de 2017 (Ar. 955), que flexibiliza la negociación de los acuerdos de empresa. Cfr. SERRALLER, M., "El Supremo rectifica y flexibiliza la negociación de los convenios", *Expansión*, 17 de mayo de 2017.

84.2 ET, en relación con art. 87.1 ET). En buena lógica, la existencia de un convenio colectivo de grupo de empresas o pluralidad de empresas no debe impedir que se negocie un convenio colectivo específico para cualesquiera de las empresas que forman parte de ese conglomerado empresarial en relación con las materias en las que rige la regla de la prioridad aplicativa. En tal caso, lo dispuesto en el convenio de empresa debe prevalecer sobre lo establecido en el convenio del correspondiente conjunto empresarial.

En suma, la reforma de 2012 consagra una prioridad aplicativa del convenio de empresa en materias centrales y fundamentales de la relación laboral. El Tribunal Constitucional ha admitido la constitucionalidad del nuevo régimen jurídico⁶⁸. Existe, pues, un principio de especialidad en las materias que prevé la ley, el cual se inscribe en el discurso que concibe la flexibilidad interna como una alternativa a la destrucción de empleo, según los términos del título del capítulo III de la Ley 3/2012, de 6 de julio, y convierte el convenio de empresa en un instrumento de gestión de la empresa y de flexibilización de las condiciones de trabajo, para mejorar la productividad, el rendimiento y la competitividad⁶⁹. Quienes critican la reforma consideran que atenta contra la autonomía colectiva, y que conducirá a una atomización en la determinación de las condiciones de trabajo, que supondrá un deterioro o degradación de las mismas, en especial los salarios⁷⁰. Que

.....

68 La STC 119/2014, de 16 de julio, ha declarado la constitucionalidad del artículo 14.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, tanto en lo relativo a la posibilidad de negociación de convenios de empresa dotados de prioridad aplicativa en cualquier momento de la vigencia de un convenio sectorial de ámbito superior, como en lo referido a la prohibición a los acuerdos interprofesionales y a los convenios colectivos sectoriales de disponer de tal prioridad aplicativa (fundamento jurídico 6). La sentencia señala que no existe un modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva. La Constitución no impone ni una negociación colectiva centralizada, de carácter general o sectorial, ni tampoco una negociación colectiva descentralizada o de empresa. Ambos modelos resultan constitucionalmente legítimos. En este caso, la norma impugnada impone la prioridad aplicativa de los convenios de empresa sobre los sectoriales en relación con algunas materias. En las restantes, es de aplicación el convenio colectivo sectorial. Para la sentencia, la finalidad de la opción legislativa es la defensa de la productividad y la viabilidad de la empresa y, en última instancia, del empleo; objetivos ambos que entroncan directamente con derechos y principios constitucionales como el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE) y el fomento del empleo (art. 40 CE). Cfr., sin embargo, el voto particular del magistrado Valdés Dal-Ré, para quien la atribución de una prioridad aplicativa absoluta a los convenios colectivos de empresa, en caso de concurrencia entre convenios colectivos, sin posibilidad de pacto en contrario negociado en los ámbitos sectoriales o interprofesionales, vulnera los derechos de negociación colectiva (art. 37.1 CE) y libertad sindical (art. 28.1 CE) [II, c)]. La STC 8/2015, de 22 de enero, reitera la constitucionalidad de la prioridad aplicativa del convenio de empresa (fundamento jurídico 6). Algunos autores han mantenido también que el principio de prioridad aplicativa del convenio de empresa halla un fundamento sólido en la protección de la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE), que favorece el reconocimiento de preferencia a la negociación colectiva en las materias nucleares de la gestión de personal: cfr. MARTÍN VALVERDE, A.; RODRÍGUEZ SAÑUDO, F.; GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 25ª edición, Tecnos, Madrid, 2016, p. 385.

69 GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales*, núm. 115/2012, p. 97, y VALDÉS DAL-RÉ, F., “La reforma de la negociación colectiva de 2012”, *Relaciones Laborales*, n. 23, Sección Monografías, 2012, en www.laleydigital.es, p. 2 ss.

70 La mayoría de la doctrina ha criticado este aspecto de la reforma. Cfr. los autores que cita OJEDA, A., “El convenio colectivo de empresa prioritario”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 34 (2013), 2013, p. 2, nota 4. Para REY, S. DEL, “Estructura de la negociación colectiva y prioridad del nivel de empresa tras la reforma laboral de 2012”, *cit.*, p. 211, dado el tamaño medio de las empresas españolas, no parece probable que vaya a producirse una “explosión” de unidades de negociación a nivel empresarial. El autor señala que las medianas y pequeñas empresas y, desde luego, las microempresas, encuentran un nivel más adecuado en el superior y, en especial, en el provincial. Así lo recogía el II Acuerdo Interprofesional para el Empleo y la Negociación Colectiva, que destacaba la importancia de ese nivel provincial, lo cual parecía contrario a una disolución inmediata del protagonismo de ese nivel.

esto sea así, dependerá de la capacidad de negociación de los representantes de los trabajadores, distinta según la dimensión de la empresa, la tasa de afiliación, la fortaleza de los sindicatos, o el que se trate de la representación unitaria o sindical. Desde luego, para que la negociación colectiva pueda limitar la discrecionalidad del empresario, la representación de los trabajadores debe actuar como un auténtico contrapoder colectivo. Y, lo que puede resultar difícil o imposible en una empresa pequeña, no tiene por qué serlo en una empresa de gran tamaño, con un porcentaje elevado de afiliación, unos sindicatos fuertes y una cultura de diálogo y negociación⁷¹. Sea como fuere, en el Informe 371^o, el Comité de Libertad Sindical critica, con carácter general, los procedimientos que favorecen de manera sistemática la negociación descentralizada de disposiciones derogatorias menos favorables que las disposiciones de nivel superior, porque pueden desestabilizar globalmente los mecanismos de negociación colectiva, así como las organizaciones de empresarios y de trabajadores, y debilitan la libertad sindical y la negociación colectiva, en violación de los principios que consagran los Convenios núms. 87 y 98 de la OIT⁷². A juicio del Comité, el problema de si las dificultades económicas graves de las empresas pueden reclamar, en determinados casos, la modificación de los convenios colectivos debe abordarse y puede tratarse de diferentes maneras, que deberían concretarse en el marco del diálogo social⁷³. Por otra parte, el Comité recuerda su posición en el sentido de que, en principio, la determinación del nivel de la negociación colectiva debe corresponder a las partes, y no, por tanto, al legislador⁷⁴. Asimismo, el Comité Europeo de Derechos Sociales expresa algunos reparos en relación con la primacía del convenio colectivo de empresa, y pide información sobre cómo se aplica, en la práctica, en ese punto, la reforma laboral de 2012⁷⁵.

El primer convenio colectivo estatal del sector del metal ofrece un ejemplo paradigmático de los problemas que provoca el intervencionismo del legislador y de la administración en el derecho a la negociación colectiva, en aspectos tales como la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Tras veintidós años de negociaciones, la patronal y los sindicatos más representativos firmaron, el 14 de abril de 2016, el I Convenio Colec-



71 Cfr., al respecto, GIL, J. L., “Contrattazione collettiva decentrata e produttività nel settore della produzione di automobili in Spagna”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 146/2015, 2, pp. 300 ss, en lo que hace a la negociación colectiva en el sector de la fabricación de automóviles.

72 OIT, CLS, Informe núm. 371, de marzo de 2014, párrafo 453, con cita del 365^o Informe, caso núm. 2820 (Grecia), párrafo 997.

73 OIT, CLS, Informe núm. 371, de marzo de 2014, párrafo 453.

74 OIT, CLS, Informe núm. 371, de marzo de 2014, párrafo 454.

75 CEDS, conclusiones XX-3, de 2014, en relación con el artículo 6.2 de la Carta Social Europea de 1961: “Le Comité demande des informations sur la mise en oeuvre de cette règle et confirmation que les matières négociées au niveau de l’entreprise ne peuvent être appliquées de façon préjudiciable au travailleur si une convention collective au niveau de l’Etat est en place. Au même temps, il constate que la disposition pour la mise en place de la ‘primauté’ ne restreint pas excessivement le droit à la négociation collective, car elle permet toujours aux syndicats de décider quels relations industrielles ils souhaitent réglementer dans les conventions collectives et à quel niveau ces accords devraient être conclus, ce qui relève de la marge d’appréciation de l’Etat partie”.

tivo estatal⁷⁶. El logro del acuerdo se consideró todo un acontecimiento. Sin embargo, transcurrieron cuatro meses hasta que, el 11 de agosto de 2016, el BOE publicó el texto del convenio colectivo. La tardanza en la publicación se debió a que, tras revisar el contenido del convenio, la Dirección General de Empleo obligó a la patronal y a los sindicatos del sector a modificarlo, para adaptarlo a la reforma laboral de 2012. Así, en particular, debió modificarse la regulación de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa sobre los convenios colectivos de rama o sector y ámbito provincial, de Comunidad Autónoma o estatal. El convenio fijaba un salario mínimo para el sector. Pero, en lugar de establecer una cuantía para toda España, consideraba como salario mínimo el pactado en cada convenio provincial, de forma que, si decaía cualquiera de ellos, el trabajador mantenía el salario, por hallarse recogido en un convenio estatal, de ámbito superior. Sin embargo, la administración consideró que la patronal y los sindicatos del metal habían intentado asegurar, en el convenio estatal, que los convenios colectivos provinciales se imponían sobre cualquier regulación, lo que chocaba con la norma vigente. Por eso, tras nuevas negociaciones, se modificó la redacción final del convenio, para dejar claro que el salario mínimo aplicable a cada trabajador podrá ser el del convenio sectorial provincial, o bien el de la empresa a la que pertenezca, si esta cuenta con un convenio propio. Asimismo, la Dirección General de Empleo obligó a eliminar una disposición del texto que preveía la competencia exclusiva y, por tanto, otorgaba prioridad absoluta al convenio estatal en determinadas materias, como el periodo de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales, o la movilidad geográfica. Una sentencia del Tribunal Supremo del 26 de marzo de 2014 (Ar. 4345) había anulado ya una disposición similar en el convenio colectivo del sector de derivados del cemento. Ahora, la administración forzó a suprimirla del convenio colectivo del metal. Molestos, los sindicatos han criticado lo que consideran una injerencia de la administración, y se han sorprendido de que la Dirección General de Empleo haya sido tan escrupulosa en este caso y no haya mostrado un celo equiparable en el control de la legalidad de los convenios colectivos de las empresas multiservicios, cuando los tribunales han anulado ya algunas de las cláusulas pactadas⁷⁷. Por el contrario, Confemetal, la patronal del sector, ha calificado como mejoras las rectificaciones que ha exigido la administración.

.....

76 PASCUAL, R., “Más de 20 de años para negociar un convenio colectivo”, *Cinco Días*, 14 de abril de 2016, y “Empleo obliga a cambiar el convenio colectivo del sector del metal”, *Cinco Días*, 24 de agosto de 2016.

77 A comienzos de 2016, la Audiencia Nacional anuló 46 convenios colectivos de empresas multiservicios. Las empresas recurrieron once de las sentencias ante el Tribunal Supremo. Cuatro de los recursos se han resuelto ya. Sobre el particular, cfr., para mayores detalles, “El Supremo anula dos convenios de empresas multiservicios”, *Cinco Días*, 9 de marzo de 2017, y GÓMEZ, M.V., “Los convenios de las multiservicios chocan con el Supremo”, *El País*, 10 de marzo de 2017.

Asimismo, suscita dudas de adecuación a los instrumentos del derecho internacional del trabajo el procedimiento de inaplicación o descuelgue de las condiciones de trabajo pactadas en un convenio colectivo estatutario y, en particular, la figura polémica de arbitraje obligatorio que ha introducido el legislador, en la reforma laboral de 2012⁷⁸. Como ahora veremos, el arbitraje obligatorio resuelve el conflicto de intereses a solicitud de una de las partes, que, en la práctica, será siempre el empresario⁷⁹.

Según se sabe, en el derecho del trabajo español, los convenios colectivos estatutarios tienen naturaleza normativa y eficacia general o *erga omnes*. Por eso, el artículo 82.3 ET, párrafo primero, recalca que “los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia”. Ahora bien: como excepción a la fuerza vinculante del convenio colectivo, y a la exigencia de respeto de lo pactado en la norma convencional, el ordenamiento jurídico permite la inaplicación del convenio colectivo, mediante un acuerdo de empresa, si concurre una causa económica, técnica, organizativa o de producción. La Ley 11/1994, de 19 de mayo, introdujo la figura de los acuerdos de empresa. Dos tipos de acuerdos permitían inaplicar las condiciones de trabajo de un convenio colectivo y determinar nuevas condiciones de trabajo para una determinada empresa: los de reorganización productiva, que servían para inaplicar las condiciones de trabajo previstas en un convenio colectivo (art. 41, apartados 4 y 6, del ET), y los de descuelgue salarial (art. 82.3 ET)⁸⁰. La reforma de 2012 agrupa las dos modalidades, que disponen ahora del mismo régimen jurídico. Previstos en el artículo 82.3 ET, los acuerdos de inaplicación o descuelgue pueden afectar a un convenio colectivo sectorial, pero también a un convenio de empresa, y llevarse a cabo en el seno de la empresa en su totalidad, o en uno o varios centros de trabajo⁸¹. El precepto no menciona la posibilidad de inaplicar un convenio colectivo de

.....

78 Cfr. GIL, J. L., “L’arbitrage obligatoire en Espagne à l’épreuve du droit international du travail”, *Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 2014/2, pp. 56 ss, y “Contrattazione collettiva decentrata e produttività nel settore della produzione di automobili in Spagna”, *cit.*, pp. 305 ss.

79 Como destaca la OIT, los conflictos de intereses pueden versar sobre la determinación de un convenio colectivo o la modificación, a través de la negociación colectiva, de los salarios y otras condiciones de trabajo normativas y económicas previstas en un convenio colectivo existente: cfr. OIT, *Libertad sindical y negociación colectiva*, Estudio general de las memorias sobre el Convenio (núm. 87) sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948, y el y el Convenio (núm. 98) sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1994, p. 123, párrafo 255. El artículo 82.3 ET prevé la segunda de las situaciones. La OIT subraya también que el arbitraje es obligatorio cuando lo imponen la ley o las autoridades gubernamentales y, asimismo, cuando lo pone en marcha cualquiera de las partes, sin el consentimiento de la otra, o lo invoca el gobierno por su propia iniciativa: cfr. OIT, *Labour dispute systems. Guidelines for improved performance*, ILO, International Training Centre, Turin, 2013, p. 18.

80 El Acuerdo Económico y Social (AES), de 1984 (BOE de 10 de octubre) es el antecedente más importante de los acuerdos de inaplicación salarial.

81 Acerca de las diferencias entre la prioridad aplicativa (art. 84.2 ET) y la inaplicación del convenio colectivo (art. 82.3 ET), dos instrumentos de descentralización que reúnen características jurídicas diferenciadas, cfr. REY, S. DEL, “Estructura de la negociación colectiva y prioridad del nivel de empresa tras la reforma laboral de 2012”, *cit.*, p. 206, y OJEDA, A., *Compendio de derecho sindical*, 3ª edición, Tecnos, Madrid, 2014, p. 473. La STS de 16 de septiembre de 2015 (Ar. 4530) reflexiona sobre la naturaleza y los caracteres del acuerdo de descuelgue. La STS de 7 de julio de 2015 (Ar. 3245) precisa que el acuerdo de inaplicación de un convenio en vigor solo puede afectar al ámbito temporal del convenio que se inaplica, y no a un periodo anterior.

centro de trabajo, a pesar de que algunos de los casos más importantes de crisis se han planteado en centros de trabajo, como el de la fábrica de la empresa Seat en Martorell (Barcelona)⁸².

El artículo 82.3 ET, párrafo segundo y siguientes, prevé un procedimiento de inaplicación o descuelgue de las condiciones de trabajo pactadas en el convenio colectivo, para los casos en que concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción⁸³. El precepto busca facilitar la reestructuración de las empresas, con vistas a superar una situación de dificultad económica, o a adaptar la empresa a las modificaciones sobrevenidas de carácter técnico, organizativo o productivo⁸⁴. En particular, la medida no tiene por qué ser de especial gravedad, y ni siquiera de carácter estructural, pues se contempla, en principio, como de carácter temporal. De modo expreso, el artículo 82.3 ET permite “inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa”. Cuando el objeto del descuelgue afecta a un convenio de sector, nos hallamos ante un descuelgue en el sentido estricto del término: una empresa inaplica un convenio de sector en cuyo ámbito de aplicación se halla incluida inicialmente. En realidad, cuando el objeto de descuelgue atañe a un convenio de empresa, se produce un “autodescuelgue”: la empresa inaplica el convenio que ha pactado ella misma⁸⁵. La inaplicación o descuelgue puede afectar a una lista cerrada de materias: la jornada de trabajo; el horario y la distribución del tiempo de trabajo; el régimen de trabajo a turnos; el sistema de remuneración y la cuantía salarial; el sistema de trabajo y rendimiento; las funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional establece el artículo 39 ET y, por último, las mejoras voluntarias de la acción protectora de la seguridad social. Salvo la última, las demás materias coinciden con las que tienen la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, según lo dispuesto en el artículo 41.1 ET. Pues bien, los efectos del procedimiento del artículo 82.3 ET no consisten en la

82 OJEDA, A, *Compendio de derecho sindical, cit.*, p. 466.

83 Según el precepto, “se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”. Por otro lado, “se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”.

84 CRUZ, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de Derecho Social*, 57, 2012, p. 238 ss, y *Compendio de Derecho del Trabajo*, 9ª edición, Tecnos, Madrid, 2016, p. 533. Cfr. también CIALTI, P.H., *Efficacités e fonctions de la convention collective de travail: étude comparative de l'intervention légale en Espagne et en France, cit.*, p. 965 ss.

85 Cfr. CRUZ, J. “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *cit.*, p. 235. Otros autores prefieren hablar de “revisión exprés” del convenio vigente: cfr. NAVARRO, F., “El régimen de inaplicación y modificación de convenios colectivos”, *Temas Laborales*, núm. 120/2013, p. 236. Las estadísticas indican que, en la práctica, la casi totalidad de los descuelgues se producen respecto a los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa. Cfr. OJEDA, A., *Compendio de derecho sindical, cit.*, p 466.

simple inaplicación del convenio colectivo de referencia. Por un lado, la inaplicación no es permanente, sino que se halla vinculada, en principio, a una situación específica de la empresa, que se presume de carácter temporal. Por eso, quien adopte, en su caso, la decisión de inaplicación debe precisar su duración, que no puede prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en la empresa. Por otra parte, la misma instancia debe determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa, a partir del momento en que se produzca el correspondiente descuelgue del convenio colectivo. El acuerdo de inaplicación no puede dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en el convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estén previstas, en su caso, en el plan de igualdad aplicable en la empresa. Además, el acuerdo debe notificarse a la comisión paritaria del convenio colectivo.

Debe seguirse el procedimiento que detalla la ley, y que ha desarrollado, en el ámbito estatal, el Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. A estos efectos, el artículo 82.3 ET regula cuatro fases sucesivas, a través de las cuales puede llevarse a cabo la inaplicación o descuelgue del convenio⁸⁶. Por orden, tales fases o instancias son: el acuerdo directo entre la empresa y la representación de los trabajadores; el acuerdo en el seno de la comisión del convenio colectivo; la avenencia o laudo por medio de la mediación o arbitraje, a través de los sistemas autónomos de solución de conflictos y, en fin, como último recurso, la resolución por medio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto, con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad. En principio, se presentan como fases sucesivas, para el caso de que fracase la anterior; pero, en algunos casos, tienen carácter potestativo, de modo que los interesados pueden omitir alguna, y pasar directamente a la siguiente. Conviene advertir que cada una de ellas se pone en marcha exclusivamente por iniciativa de una de las partes que, en la práctica, será siempre la representación empresarial, por ser la interesada en que se inaplique el convenio colectivo. Existe una diferencia cualitativa entre las tres primeras fases y la última de ellas, que acaba siendo la decisiva. Las tres primeras se configuran sobre la premisa de que la inaplicación solo puede realizarse si existe un acuerdo directo o indirecto entre la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores, sea internamente en el seno de la misma, sea a través de la comisión del convenio, o bien, en fin, porque las mismas alcanzan un acuerdo de avenencia en una mediación, o bien voluntariamente, a través del correspondiente compromiso expreso, acuerdan someterse a un arbitraje. El

.....

86 En lo que queda de párrafo, sigo a CRUZ, J., "El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012", *cit.*, p. 238 ss, y *Compendio de derecho del trabajo, cit.*, pp. 535 y 536.

precepto aclara que, cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo, se presumirá que concurren las causas justificativas, y solo podrá impugnarse ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Por el contrario, la última de las fases tiene un diseño cualitativamente distinto: al final, el mecanismo desemboca en un procedimiento arbitral no pactado voluntariamente entre ambas partes, en el que la decisión final depende del criterio de los representantes de la administración pública en el seno de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, o del árbitro o árbitros que designen para dirimir la cuestión. Así pues, pese al criterio del Tribunal Constitucional⁸⁷, el arbitraje obligatorio de la última fase suscita dudas de constitucionalidad, por su difícil conciliación con el mandato constitucional de reconocimiento de la fuerza vinculante de los convenios colectivos⁸⁸.

Asimismo, cabe dudar de que la nueva regulación respete los instrumentos de la OIT que protegen la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva⁸⁹. La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT considera que, de manera general, el arbitraje obligatorio impuesto a solicitud de una sola de las partes es contrario al principio de negociación voluntaria de los convenios colectivos establecido en el Convenio núm. 98 y, por consiguiente, a la autonomía de las partes en la negociación⁹⁰. Según el principio de que un acuerdo negociado, por insuficiente que sea, es preferible a una solución impuesta, las partes deberían tener siempre la posibilidad de regresar volun-

.....

87 La STC 119/2014, de 16 de julio, considera que el arbitraje obligatorio constituye una medida excepcional, que resulta justificada, razonable y proporcionada, en atención a la finalidad constitucional legítima que persigue y a las limitaciones impuestas por el legislador para su puesta en práctica. Para el TC, la justificación objetiva a la restricción del artículo 37.1 CE se cifra en los intereses constitucionales vinculados a la salvaguarda de la competitividad y viabilidad empresarial como mecanismo para favorecer el empleo. A juicio del TC, es una finalidad constitucional legítima, atendidos el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) y los deberes de los poderes públicos de defender la productividad (art. 38 CE) y de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE), ante la necesidad de afrontar el problema de la grave situación de desempleo en España. Para verificar la razonabilidad y proporcionalidad de la restricción del derecho a la negociación colectiva, el TC tiene en cuenta la existencia de límites causales, materiales y temporales, el carácter subsidiario de la medida, la naturaleza y características del órgano que decide y, por último, el posible control judicial de la decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o el laudo arbitral. Así pues, el TC descarta la vulneración del artículo 37.1 CE, y, por derivación, del artículo 28.1 CE (fundamentos jurídicos 4 y 5). Cfr., no obstante, el voto particular a la opinión mayoritaria que realiza el magistrado Valdés Dal-Ré (fundamentos jurídicos 2 y ss). La STC 8/2005, de 22 de enero de 2015, reitera la constitucionalidad del artículo 82.3 ET y de la figura del arbitraje obligatorio (fundamento jurídico 5).

88 Cfr., por todos, CRUZ, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *cit.*, p. 241 ss, y *Compendio de derecho del trabajo*, *cit.*, p. 536, y CIALTI, P.H., *Efficacités e funzioni de la convention collective de travail: étude comparative de l'intervention légale en Espagne et en France*, *cit.*, p. 994 ss, quienes califican la última fase del procedimiento como arbitraje obligatorio público.

89 Cfr. OIT, *Libertad sindical y negociación colectiva*, *cit.*, pp. 123 y 124, párrafos 254 y ss, y CC.OO. y UGT, *Queja que presentan UGT y CC.OO. ante el Director General de la OIT para su tramitación y decisión por el Comité de Libertad Sindical, contra el Gobierno de España, por violación de la libertad sindical y del derecho a la negociación colectiva*, Madrid, 10 de mayo de 2012, pp. 18 ss. Acerca de la cuestión, cfr. OIT, Comité de Libertad Sindical, Informe núm. 371, de marzo de 2014, párrafos 450 y 451, en el que pide que se le mantenga informado de la evolución de la situación y, en la doctrina, GIL, J. L., “*L'arbitrage obligatoire en Espagne à l'épreuve du droit international du travail*”, *cit.*

90 OIT, *Libertad sindical y negociación colectiva*, *cit.*, pp. 123 y 124, párrafo 257.

tariamente a la mesa de negociaciones, lo que implica que todo mecanismo de solución de conflictos adoptado debería incluir la posibilidad de suspender un proceso de arbitraje obligatorio, si las partes desean continuar con las negociaciones⁹¹. De igual modo, el Comité de Libertad Sindical ha indicado que los organismos encargados de resolver los conflictos entre las partes de una negociación colectiva deberían ser independientes, y el recurso a tales organismos debería hacerse de forma voluntaria⁹². Plantea problemas de aplicación, con respecto al Convenio núm. 98 de la OIT, la imposición de un procedimiento de arbitraje obligatorio en caso de que las partes no estuvieren de acuerdo sobre el proyecto de convenio colectivo⁹³. Las disposiciones que establecen que, a falta de acuerdo entre las partes, los puntos en litigio de la negociación colectiva deben decidirse por arbitraje de la autoridad no están en conformidad con el principio de negociación voluntaria contenido en el artículo 4 del Convenio núm. 98⁹⁴. El recurso de arbitraje obligatorio cuando las partes no llegan a un acuerdo en la negociación colectiva solo es admisible en el marco de los servicios esenciales en sentido estricto, que son aquellos cuya interrupción podría poner en peligro, la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población⁹⁵. La utilización de la negociación colectiva para solucionar problemas de racionalización en las empresas y mejorar la eficiencia de estas puede conducir a resultados ventajosos tanto para los trabajadores como para las empresas; pero si este tipo de negociación colectiva se desarrolla de acuerdo con un régimen especial que, en síntesis, impone la negociación a las organizaciones sindicales sobre los aspectos que señale la autoridad laboral, determina que el lapso de las negociaciones no debe exceder de un periodo determinado y establece que, a falta de acuerdo entre las partes, los puntos en litigio se decidan por arbitraje de dicha autoridad, este régimen legal no responde al principio de la negociación voluntaria que inspira la norma contenida en el artículo 4 del Convenio núm. 98⁹⁶.

En la queja ante la OIT contra el gobierno de España que presentaron el 10 de mayo de 2012, los sindicatos más representativos UGT y CC.OO. aducen que las fórmulas abiertas o encubiertas de arbitraje obligatorio son actos de injerencia que violan los principios informadores del sistema de relaciones laborales colectivas garantizado por la OIT. Entienden que la intervención coactiva y decisora se adopta formalmente en un órgano tri-

.....

91 OIT, *Libertad sindical y negociación colectiva*, cit., p. 124, párrafo 259.

92 OIT, *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, quinta edición (revisada), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2006, párrafo 932.

93 OIT, *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., p. 211, párrafo 992.

94 OIT, *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., p. 211, párrafo 993.

95 OIT, *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., p. 211, párrafo 994.

96 OIT, *Libertad sindical: Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT*, cit., pp. 211 y 212, párrafo 997.

partito, en que la administración pública termina disponiendo sistemáticamente de una capacidad dirimente en la solución del conflicto. Y consideran particularmente significativa, a este respecto, la referencia explícita que hace el artículo 6 del Convenio núm. 154 a que, si la negociación colectiva tiene lugar en el marco de mecanismos de conciliación o de arbitraje, la participación en estos de las partes negociadoras ha de ser necesariamente voluntaria. Pues bien, con mayor contundencia que en el supuesto de la prioridad aplicativa del convenio, el Comité de Libertad Sindical se pronuncia sobre las reglas que hacen posible la modificación en el ámbito de la empresa de los acuerdos colectivos y convenios estatutarios, mediante una decisión unilateral del empresario o un arbitraje obligatorio. Destaca que “la elaboración de procedimientos que favorecen de manera sistemática la negociación descentralizada de disposiciones derogatorias menos favorables que las disposiciones de nivel superior puede desestabilizar globalmente los mecanismos de negociación colectiva así como las organizaciones de empleadores y trabajadores y debilita la libertad sindical y la negociación colectiva en violación de los principios consagrados en los Convenios núm. 87 y 98”. Y añade que “deberían concretarse en el marco del diálogo social” las fórmulas a través de las cuales podrían modificarse los convenios colectivos en las situaciones de dificultad económica grave. De igual modo, el Comité Europeo de Derechos Sociales concluye que la reforma que llevó a cabo la Ley 3/2012, de 6 de julio, no es conforme con la Carta Social Europea de 1961, pues “permite a los empleadores de manera unilateral no aplicar condiciones pactadas en los convenios colectivos”, como sucede en el artículo 41 del ET con los pactos y acuerdos de empresa⁹⁷.

De igual modo, la OIT ha constatado una represión del derecho de huelga en España. El 25 de julio de 2014, CC.OO. y UGT interpusieron una queja ante el Comité de Libertad Sindical de la OIT, en la que denunciaban que la regulación del artículo 315.3 del Código Penal Español, así como la aplicación práctica que realizaban del mismo el Ministerio Fiscal y determinados órganos de la Jurisdicción Penal, suponían una restricción del derecho de huelga y de libertad sindical, que vulneraba los Convenios núm. 87, 98, 135 y 151 de la OIT relativos al derecho de libertad sindical, y que ha llevado al encausamiento de casi 300 trabajadores, con penas de prisión de más de ocho años en algunos casos⁹⁸. En la reunión de los días 27, 28 y 10 de noviembre de 2016, el Comité de Libertad Sindical ha constatado que, en un contexto de creciente conflictividad social, las reformas laborales realizadas en España desde 2010 llevaron a convocar varias huelgas a los sindicatos UGT y CC.OO. La aplicación e interpretación por parte de autoridades policiales, el ministerio fiscal y deter-

97 CEDS, conclusiones XX-3, de 2014, en relación con el artículo 6.2 de la Carta Social Europea de 1961.

98 UGT y CC.OO., *Queja que presentan UGT y CC.OO. ante el Director General de la Organización Internacional del Trabajo, para su tramitación y decisión por el Comité de Libertad Sindical, contra el Gobierno de España, por violación de la libertad sindical*, Madrid, 25 de julio de 2014, 28 pp., en http://www.ugt.es/Documentos%20de%20apoyo/Queja%20OIT_huelga_julio2014.pdf.

minados órganos judiciales del ordenamiento penal ha conducido a una represión penal excesiva, que vulnera el derecho de huelga, al iniciarse la apertura de procedimientos penales o administrativos en doce Comunidades Autónomas y ochenta y un procedimientos sancionadores o imputaciones penales en el año 2014, todas ellas en el ejercicio del derecho de huelga o derechos colectivos. En su informe núm. 380⁹⁹, el CLS considera que el art. 315.3 del Código Penal, que se aplica principalmente a las actuaciones de los piquetes de huelga, en la redacción del artículo 315.3 del CP anterior a la reforma del año 2015, preveía sanciones excesivamente elevadas, carecía de suficiente precisión y era fuente de inseguridad jurídica, lo que determinaba condenas desproporcionadas, que no tenían en cuenta ni el derecho de huelga ni la necesidad de proteger este derecho fundamental. También constata que la nueva redacción del precepto, tras la reforma del Código Penal del 2015, sigue vulnerando el derecho de huelga, ya que no contiene elementos que definan los comportamientos que constituyen una coacción en el contexto de una huelga, ni tampoco los criterios por los que el órgano judicial puede imponer una pena de prisión. En este sentido, el Comité pide al gobierno de España que “invite a la autoridad competente a que examine el impacto de la reforma de 2015 del art. 315.3 del CP” y que informe del resultado de este examen a los interlocutores sociales¹⁰⁰. Además, el Comité recuerda al gobierno de España que “no deberían imponerse sanciones penales por actos de huelga, salvo en los casos en que no se respeten las prohibiciones relativas a la huelga que estén en conformidad con los principios de la libertad sindical”; como la huelga es el derecho que hay que proteger, “cualquier sanción impuesta por actividades ilegítimas relacionadas con huelgas debería ser proporcionada al delito o falta cometido y las autoridades deberían excluir el recurso a medidas de encarcelamiento contra quienes organizan o participan en una huelga pacífica¹⁰¹. Constata también que ninguno de los ochenta y un procedimientos abiertos corresponde a actos de violencia, y señala al gobierno que tome en consideración que “el recurso frecuente a procedimiento penales en el ámbito de las relaciones colectivas de trabajo no contribuye al mantenimiento de un sistema de relaciones laborales estable y armonioso¹⁰². Además, señala que el gobierno debe difundir ampliamente las aportaciones sobre la naturaleza constitucional de los piquetes de huelga que han llevado a cabo las sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo¹⁰³. Sobre la imputación de los delitos a los representantes sindicales por el mero hecho de serlo, el Comité señala que no debe imputarse penalmente a ningún dirigente por un hecho ilícito cometido durante

.....

99 OIT, 380º Informe del Comité de Libertad Sindical, Oficina Internacional del Trabajo, Consejo de Administración, 328.ª reunión, Ginebra, 27 de octubre - 10 de noviembre de 2016, Decimocuarto punto del orden del día, Informes del Comité de Libertad Sindical, GB.328/INS/14, Caso núm. 3093, párrafos 445-511, pp. 136 ss.

100 OIT, CLS, Informe núm. 380, de noviembre de 2016, párrafo 495.

101 OIT, CLS, Informe núm. 380, de noviembre de 2016, párrafo 496.

102 OIT, CLS, Informe núm. 380, de noviembre de 2016, párrafo 500.

103 OIT, CLS, Informe núm. 380, de noviembre de 2016, párrafo 501.

una huelga, salvo que se base “en elementos concretos que apunten a la participación de dicha persona en el hecho denunciado”¹⁰⁴. También considera reprobable la dilación en la resolución de los procesos penales. El Comité recuerda que “un excesivo retraso puede tener un efecto intimidatorio en los dirigentes sindicales, que repercute en el ejercicio de sus actividades”, por lo que pide al Gobierno de España que lo mantenga informado sobre la pronta resolución de los procedimientos pendientes¹⁰⁵. De igual modo, pide explicaciones por los casos en que se ha condenado a representantes sindicales, sin que conste la realización de ningún acto violento, y que informe sobre la situación de estas personas, y sobre la solicitud de indulto. En fin, el Comité mantiene abierto el procedimiento contra España, y pide al Gobierno que analice el impacto de la reforma del Código Penal de 2015, y que informe a los interlocutores sociales de las consecuencias que produce en el derecho de huelga¹⁰⁶. Según los sindicatos, esas conclusiones obligan a una reforma urgente de nuestro marco penal, que sanciona de forma injustificada el ejercicio del derecho de huelga. Requiere también revisar los criterios de actuación del Ministerio Fiscal en estos casos, así como la práctica judicial, que conduce a una demora rechazable en la tutela judicial de la libertad sindical. Por eso, CC.OO, y UGT han emplazado al Gobierno y a las fuerzas políticas a que asuman esas consideraciones, y adopten las medidas necesarias para garantizar, en nuestro país, los derechos fundamentales de libertad sindical y de huelga.

2. EL EMPLEO Y LA PROTECCIÓN SOCIAL, EJE DE LA POLÍTICAS PÚBLICAS

Para salir de la crisis y lograr un desarrollo sostenible, la OIT considera el empleo como un imperativo (2.1) y la protección social como un amortiguador social y estabilizador económico (2.2). Sin embargo, las medidas de austeridad que aplican los Estados para lograr la consolidación fiscal y controlar la deuda pública no siempre permiten promover el empleo y mantener la protección social.

2.1. El empleo como imperativo

En la idea de trabajo decente, la promoción del empleo ocupa un lugar relevante, sobre

.....

104 OIT, CLS, Informe núm. 380, de noviembre de 2016, párrafo 503.

105 OIT, CLS, Informe núm. 380, de noviembre de 2016, párrafo 504.

106 OIT, CLS, Informe núm. 380, de noviembre de 2016, párrafo 511.

todo en un contexto marcado por la globalización y la crisis financiera y económica¹⁰⁷. Para la mayoría de las personas, el factor clave para escapar de la pobreza es tener un trabajo. Al reconocer que carece de sentido la elaboración de normas del trabajo si no se aborda el tema del empleo, la OIT dedica gran parte de sus programas a la creación de mayores oportunidades para hombres y mujeres, a efectos de garantizar un trabajo y unos ingresos decentes. Para alcanzar esa meta, promueve normas internacionales sobre la política del empleo, que, junto con los programas de cooperación técnica, se dirigen a lograr el pleno empleo, productivo y libremente elegido. Junto al Convenio núm. 122, de 1964, sobre la política de empleo, la OIT ha adoptado otros instrumentos para lograr ese objetivo, como el Convenio núm. 88, de 1948, sobre el servicio del empleo, o el Convenio núm. 181, de 1997, sobre las agencias de empleo privadas.

La crisis pone en entredicho esa aspiración. El desempleo es una consecuencia, pero también un agravante de la crisis¹⁰⁸. Hoy en día, la OIT coloca el empleo en un primer plano, para subrayar que, sin él, no puede haber un trabajo decente. Como se desprende del título del Convenio núm. 168, de 1988, la OIT adopta ahora una visión más activa, y pone el énfasis en la promoción del empleo, y no tanto en la prevención del desempleo. Para afrontar ese desafío, resulta necesario un enfoque integral que combine políticas macroeconómicas que favorezcan el empleo y políticas activas del mercado laboral, con medidas específicas que aborden la demanda y la oferta de trabajo, así como la cantidad y la calidad del empleo. Debe existir también una coherencia entre la política económica, comercial y de empleo. El trabajo decente implica que haya puestos de trabajo en cantidad suficiente y de una calidad aceptable. No basta con crear empleos. El empleo debe ser digno, con derechos. De ahí que la OIT lleve a cabo recomendaciones relativas a las políticas activas y pasivas de empleo, en los apartados 9, 11 y 12 del Pacto Mundial para el Empleo. Para la organización, una crisis global exige una solución global. La crisis ha puesto de manifiesto la necesidad de colocar el empleo y el trabajo decente en el centro de las estrategias económicas y sociales, y ha resaltado la importancia del papel de la OIT para lograrlo.

No me detendré ahora a considerar si las leyes laborales pueden crear empleo por sí solas. Tampoco discutiré si, en los últimos años, ha existido en España una coherencia entre las políticas públicas, por ejemplo las de índole económica y fiscal, para favorecer el empleo. Me ocuparé tan solo de analizar si las últimas reformas laborales que se han llevado

.....

107 GIL, J. L., “Globalización y empleo: propuestas de la OIT para un desarrollo sostenible”, *cit.*, y USHAKOVA, T., “La política de empleo de la OIT y su influencia en el modelo español”, *Trabajo. Revista de la Asociación Estatal de Centros Universitarios de Relaciones Laborales y Ciencias del Trabajo*, nº 30, Enero-Junio 2014, Universidad de Huelva, Huelva, Junio 2014, pp. 17-34.

108 Destaca este aspecto USHAKOVA, T., “La política de empleo de la OIT y su influencia en el modelo español”, *cit.*, p. 17.

a cabo en España, y en particular la de 2012, han sido reformas para fomentar el empleo, según pretenden el gobierno y quienes las defienden a ultranza. Conviene recordar que, en un estado social de derecho, que protege el derecho al trabajo, la flexiseguridad no puede traducirse en una vuelta al despido *ad nutum*, o en una privación para el trabajador de las garantías de procedimiento y de las medidas de reparación¹⁰⁹. Por eso, son discutibles propuestas como la de un contrato único, con una indemnización creciente con la antigüedad, que pretenden reducir la dualidad o segmentación del mercado de trabajo, e igualar el grado de tutela de los trabajadores con contratos de duración indefinida y de duración determinada¹¹⁰. Aun así, pueden flexibilizarse algunos aspectos de la institución, como los relativos al campo de aplicación de la protección o a la cuantía de la indemnización por despido improcedente¹¹¹. En una democracia, el legislador goza de un margen de apreciación para regular el alcance de la protección contra el despido injustificado. En 2010 y 2012, el legislador ha modificado el régimen jurídico del despido, que sigue concibiéndose

109 GIL, J. L., “Seguridad *versus* flexibilidad en la protección contra el despido injustificado”, en ESCUDERO, R., (Coord.), Número especial *Aportaciones al debate comunitario sobre “flexiseguridad”*, *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, nº 15-16, agosto de 2007, pp. 143-175, y “La protección contra el despido injustificado a la luz del Convenio núm. 158 de la OIT”, en GIL, J. L. (Dir.), *Reformas laborales ante la crisis a la luz de los estándares de la OIT. Un análisis crítico desde las perspectivas internacional, nacional y comparada*, Editorial Juruá, Lisboa, 2014, pp. 165-166.

110 En Francia, el debate en torno a la creación de un contrato de trabajo único se abrió con los informes de BLANCHARD, O. y TIROLE, J. (2003), *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La documentation Française, Paris, 2003, 76 pp.; CAHUC, P., *Pour une meilleure protection de l'emploi*, Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris, Centre d'Observation Économique, Documents de travail, juin 2003, 56 pp.; CAHUC, P. y KRAMARZ, F. RANCIS, *De la précarité à la mobilité: vers une sécurité sociale professionnelle*, Rapport au ministre d'État, ministre de l'Économie, du Travail et de la Cohésion sociale, La documentation Française, Paris, 2004, pp. 110-111, 13-14 (extraits), en BEVORT, A.; LALLEMENT, M. et NICOLE-DRANCOURT, C., *Flexicurité. La protection de l'emploi en débat*, La documentation Française, Problèmes politiques et sociaux, nº 931, décembre 2006, pp. 44-46, y CAMDESSUS, M., *Le sursaut. Vers une nouvelle croissance pour la France*, La documentation Française, Paris, 2004, 204 pp. Cfr. también STELLINGER, A., *Sortir de l'immobilité sociale à la française*, Institut Montaigne, Paris, Note, novembre 2006, en <http://www.institutmontaigne.org>, pp. 39 ss; JEAMMAUD, A., “Des raisons de douter”, en la sección “Controverse. Que penser du ‘contrat de travail unique?’”, *Revue de Droit du Travail*, janvier 2007, pp. 12-13; LAGARDE, X., “Plutôt une bonne idée”, en la sección “Controverse. Que penser du ‘contrat de travail unique?’”, *Revue de Droit du Travail*, janvier 2007, pp. 8-11, y MERLATEAU, J.B., “El contrato de trabajo único: un reajuste de los derechos y obligaciones en materia de despido”, *Relaciones Laborales*, nº 15, Sección Monografías, agosto de 2007, Tomo II, p. 211, La Ley 2855/2007, en <http://laleydigital.laley.es>, 10 pp. En nuestro país, Fedea ha auspiciado también un contrato de trabajo único, con una indemnización por años de servicio que aumente con la antigüedad: cfr. FEDEA, *Propuesta para la reactivación laboral en España*, abril de 2009, 6 pp.; *Diez principios fundamentales para lograr una reforma laboral eficaz y justa*, enero de 2012, 10 pp., y *Por un nuevo impulso a la creación de empleo en España*, 20 de junio de 2013, 6 pp. Partidos como Ciudadanos han suscrito la propuesta, que ha vuelto a la actualidad con las sugerencias de algunas organizaciones internacionales, y con el debate exagerado que ha motivado la jurisprudencia del TJUE acerca de la desigualdad de trato con respecto a los trabajadores interinos: cfr. SSTJUE de 14 de septiembre, asunto C-596/14, *Ana de Diego Porras contra Ministerio de Defensa*; asunto C-16/15, *María Elena Pérez López contra Servicio Madrileño de Salud (Comunidad de Madrid)*, y asuntos acumulados C-184/15 y C-197/15, *Florentina Martínez Andrés y otro contra Servicio Vasco de Salud y otro*. Han criticado esta posibilidad, que vulnera el derecho al trabajo y el Convenio núm. 158 de la OIT: GIL, J. L., “Seguridad *versus* flexibilidad en la protección contra el despido injustificado”, *cit.*, pp. 146 y 147, y “La protección contra el despido injustificado a la luz del Convenio núm. 158 de la OIT”, *cit.*, p. 164, y RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Sobre el contrato de trabajo ‘único’”, *Relaciones Laborales*, nº 10, Sección Editorial, Quincena del 23 de mayo al 8 de junio de 2009, Tomo I, p. 111, La Ley 11842/2009, en <http://laleydigital.laley.es>, 10 pp. Cfr., recientemente, en la prensa, ALONSO, C., “El contrato único como solución al escollo de la extrema dualidad laboral”, *El Economista*, 14 de abril de 2017, y “Tirole, Nobel de Economía: ‘El mercado laboral de España sigue siendo muy injusto’”, *Expansión*, 5 de mayo de 2017.

111 GIL, J. L., “Seguridad *versus* flexibilidad en la protección contra el despido injustificado”, *cit.*, y “La protección contra el despido injustificado a la luz del Convenio núm. 158 de la OIT”, *cit.*

se, en teoría, como una *ultima ratio*, con el objetivo de desplazar el centro de gravedad o el derecho común de protección contra el despido injustificado, de limitar el control del poder del empresario y de reducir las indemnizaciones por despido¹¹². Parece claro que existe una contradicción interna en el articulado de la ley. La reforma de 2012 pretende ser equilibrada. El preámbulo se refiere al equilibrio hasta en seis ocasiones. Afirma que el objetivo es la flexiseguridad. Dice apostar por un equilibrio regulador entre la flexibilidad interna y externa, la movilidad interna y los mecanismos extintivos, la tutela en el contrato de trabajo y en el mercado de trabajo, la contratación indefinida y de duración determinada. Pese a tales declaraciones, la regulación muestra una cierta unilateralidad y, en vez de proteger los derechos de los trabajadores, acentúa su estado de sujeción y refuerza los poderes del empresario¹¹³. El legislador confía en que el ejercicio regular de esos poderes tendrá unos efectos positivos sobre la empresa y el sistema económico y, de forma refleja, sobre el conjunto de los trabajadores. De este modo, la característica más significativa de la reforma de 2012 es la intensidad del reforzamiento de los poderes empresariales. El objetivo ya lo habían perseguido las reformas precedentes. Pero, en 2012, al modificar las mismas instituciones, el legislador llega mucho más lejos y modifica aspectos que habían respetado, hasta ese momento, las reformas laborales habidas desde 1994, como la cuantía de las indemnizaciones por despido, la imposibilidad de modificación unilateral de las condiciones de trabajo, la autorización de los despidos colectivos, o la prórroga indefinida y la intangibilidad del contenido de los convenios colectivos. Como resultado de la nueva regulación, se ha fortalecido el poder empresarial de despido. Asimismo, ya en las reformas de 2010 y 2011, se reduce el papel de la negociación colectiva y se amplía el campo de las decisiones unilaterales del empresario.

En teoría, el despido se configura como una *ultima ratio* o un último recurso. El legislador amplía los poderes del empresario, facilita la flexibilidad interna y las posibilidades de inaplicación o descuelgue de las condiciones de trabajo pactadas en un convenio colectivo, a fin de que solo tenga que acudir al despido cuando fracasen otros medios más livianos de adaptación de la empresa a la situación económica y productiva. En suma, en la lógica de la ley, el despido debe ser un último remedio, si fracasan las medidas de flexibilidad interna, que se presentan como una alternativa a la destrucción de empleo. En este sentido, se han saludado las nuevas medidas que flexibilizan los salarios y las condiciones

.....

112 Cfr., con detalle, GIL, J. L., “La protección contra el despido injustificado a la luz del Convenio núm. 158 de la OIT”, *cit.*, pp. 161-229; “Strengthening the power of dismissal in recent labor reforms in Spain”, en *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Volume 35, Number 3, Spring 2014, 31 pp. 413-448, y “La convention n° 158 de l’OIT et la protection contre le licenciement injustifié en Espagne”, en BADEL, M.; PUJOLAR, O.; SANA-CHAILÉ DE NÉRÉ, S. (Coords.), *Des liens et des droits. Mélanges en l’honneur de Jean-Pierre Laborde*, Dalloz, Paris, 2015, pp. 663-673.

113 Sigo a RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Prólogo. La reforma laboral de 2012”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y otros, *Legislación laboral y de Seguridad Social*, 14ª edición, Tecnos, Madrid, p. 42, y “Las claves de la reforma laboral 2012”, *Relaciones Laborales*, n° 23/24, Sección Monografías, Diciembre 2012, Tomo I, p. 1, La Ley 18629/2012, en <http://laleydigital.laley.es>, pp. 2 y 3.

de trabajo, dado el excesivo ajuste por medio de los despidos por parte de las empresas españolas en tiempos de crisis, en lugar de modificaciones en las horas trabajadas¹¹⁴. En definitiva, el legislador parece confiar en que facilitar el despido no suponga un incentivo para despedir indiscriminadamente, sino que la extinción se utilice solo como un último recurso, cuando no sean adecuadas la ampliación del poder de dirección, las medidas de flexibilidad interna o, incluso, la flexibilización de la negociación colectiva¹¹⁵. El peligro es que, de no ser así, al menos a corto plazo, la reforma aumente las extinciones contractuales y los niveles de desempleo, porque solo a medio o largo plazo, y si se produce un crecimiento económico relevante, podría suponer un incentivo para lograr la recuperación del empleo estable.

Por desgracia, el riesgo ha sobrevenido en la práctica. No sabemos si la reforma ha servido o servirá para crear empleo¹¹⁶. Pero no hay duda de que ha facilitado el despido y, al menos durante un tiempo, no frenó la destrucción de empleo¹¹⁷. Una reforma que pretendía crear empleo y evitar su destrucción se saldó, al menos a corto plazo, en un mayor número de despidos. El problema es que recae en el empresario, por ejemplo, la determinación de la conveniencia u oportunidad de acudir a la flexibilidad interna o al despido colectivo. La aplicación de una u otra medida queda al arbitrio del empresario, que puede inclinarse por aumentar la flexibilidad interna, por modificar la cuantía del salario o, en fin, por extinguir un cierto número de contratos de trabajo. En este sentido, el legislador ha pretendido suprimir, o al menos atenuar, el control de razonabilidad o proporcionalidad de las decisiones del empresario. Sin una instancia que valore el carácter irrazonable o desproporcionado de un despido, el empresario puede descartar una medida de flexibilidad interna y optar por la extinción de la relación jurídica. Cabe, pues, preguntarse si el juego combinado de las reglas sobre contratación, flexibilidad interna y extinción del contrato sirve para crear empleo o solo para acelerar y facilitar su destrucción a corto plazo, y permitir, por ejemplo, la sustitución de trabajadores de edad avanzada por otros más jóvenes, que prestarán sus servicios con contratos más expuestos a las arbitrariedades del empresario.

.....

114 OCDE, *OECD Employment Outlook 2012. Spain*, 2013, p. 2.

115 Cfr. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012", *Diario La Ley*, nº 7833, Sección Doctrina, 9 de abril de 2012, Año XXXIII, Ref. D-144, La Ley 3157/2012, en <http://laleydigital.laley.es>, p. 11; "Prólogo. La reforma laboral de 2012", *cit.*, pp. 50 y 51, y "Las claves de la reforma laboral 2012", *cit.*, p. 14.

116 Cfr. distintas opiniones en ROSNICK, D. y WEISBROT, M., *Has Austerity Worked in Spain?*, Center for Economic and Policy Research, December 2015, 12 pp., en <http://cepr.net/documents/Spain-2015-12.pdf>; VIDAL-FOLCH, X., "La austeridad no multiplica el empleo", *El País*, 3 de marzo de 2016; ZANCAJO, S., "La reforma laboral permite crear empleo en cuanto el PIB es positivo", *El Economista*, 14 de abril de 2017, y ALONSO, C., "La contratación indefinida firma un récord histórico de 38 meses al alza", *El Economista*, 14 de abril de 2017.

117 Según ha reconocido el BANCO DE ESPAÑA, *Informe anual 2012*, 2013, 280 pp., la reforma laboral apenas ha servido para aminorar la destrucción de empleo o limitar la dualidad del mercado de trabajo. En su evaluación provisional de la reforma laboral, el Banco de España concluye que ha servido para bajar los salarios, pero no ha determinado cambios en las pautas recientes de creación y destrucción de empleo.

Por otro lado, las buenas intenciones del legislador, en el sentido de concebir el despido como un último recurso, contrastan con un objetivo claro de la reforma: facilitar el despido del personal laboral al servicio del sector público¹¹⁸. Por vez primera, la reforma laboral de 2012 permite expresamente el despido por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en el sector público. Zanja así una vieja polémica, y pretende corregir la interpretación de algunos juzgados, que vedaban esa facultad a las administraciones públicas. En este sentido, la Ley 3/2012, de 6 de julio, añade la disposición adicional vigésima -hoy decimosexta- al ET, para posibilitar el despido colectivo (art. 51 ET) u objetivo [art. 52 c) ET] del personal laboral al servicio de los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto-Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre¹¹⁹. Pese a existir algunas disposiciones normativas más puramente administrativas, como la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, el legislador laboral ha optado por determinar el ámbito subjetivo por remisión a una norma sectorial del ámbito administrativo, como es la Ley de Contratos del Sector Público (art. 3). La referencia al ámbito de aplicación del artículo 3.1 de la Ley de Contratos del Sector Público implica el deseo del legislador laboral de incluir, en el ámbito de aplicación, el conjunto de los entes instrumentales que componen el sector público, y que lo integran por la referencia a que existan fondos públicos en su financiación o en la conformación de su patrimonio, con independencia de la propia naturaleza jurídica del ente en cuestión¹²⁰. Ahora bien, el precepto distingue entre el sector público administrativo y el sector público empresarial o fundacional. El despido debe realizarse siempre “en el marco de los mecanismos preventivos y correctivos regulados en la normativa de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de la Administraciones públicas”, con alguna precisión añadida para las administraciones y entidades de naturaleza pública. Se entiende que concurren causas económicas cuando se produce una situación de insuficiencia presupuestaria sobrevenida y persistente para la financiación de los servicios públicos correspondientes. En todo caso, la insuficiencia presupuestaria es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Que la

.....

118 Conviene recordar que la Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, referente a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos, no se aplica “a los trabajadores de las administraciones públicas o de las instituciones de Derecho público (o las entidades equivalentes en los Estados miembros en que no conozcan esta noción” [art. 2 b)].

119 Completan y desarrollan la disposición adicional 16ª ET los artículos 34 a 48 del Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se regula el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. En la doctrina, cfr. PALOMAR, A., “El despido colectivo en el ámbito del sector público: primeras consideraciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 11/2012 (Comentario), en <http://www.westlaw.es>, 6 pp.; VARELA, B., “El despido objetivo en el sector público”, *Diario La Ley*, nº 7945, Sección Columna, 17 de octubre de 2012, y nº 7961, Sección Columna, 9 de noviembre de 2012, en <http://laleydigital.laley.es>, 5 pp., y RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M., “El procedimiento de despido colectivo en la Administración Pública”, *Relaciones Laborales*, nº 7, Sección Doctrina, Julio-Agosto 2013, en <http://laleydigital.laley.es>, 30 pp.

120 PALOMAR, A., “El despido colectivo en el ámbito del sector público: primeras consideraciones”, *cit.*, pp. 2 y 3.

insuficiencia presupuestaria justifique el despido por motivos económicos en los entes, organismos y entidades públicas allana, en muchos casos, la extinción. Además de facilitar y abaratar el despido, permite a la administración provocar la causa que motiva la ruptura del contrato. En muchos organismos, la totalidad o una gran parte del presupuesto proceden de la dotación presupuestaria que se les asigne. Por tanto, depende de la decisión de los responsables políticos que se den las causas que permiten la procedencia del despido. A su vez, la ley aclara que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de la prestación del servicio público de que se trate, y causas organizativas, cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal adscrito al servicio público. La ley omite una referencia específica a las causas productivas. El despido podrá ser individual o plural [art. 52 c) ET] o colectivo (art. 51 ET), y conllevará el pago de una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades [arts. 51.4 y 53.1 b) ET]. En definitiva, el legislador pretende allanar el despido del personal laboral al servicio del sector público¹²¹. Tal circunstancia, unida a las restricciones para la oferta de empleo público en las leyes de presupuestos, derivadas de la tasa de reposición, han permitido una destrucción de empleo en el ámbito del sector público.

A mi juicio, aplicada como pretende el legislador, y aunque la ha avalado el Tribunal Constitucional¹²², la regulación legal del despido no respeta algunos de los compromisos



121 En este sentido, el acuerdo quinto, apartado primero, de la Orden HAP/583/2012, de 20 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de marzo de 2012, por el que se aprueba el plan de reestructuración y racionalización del sector público empresarial y fundacional estatal, declara que las medidas laborales que se adopten, en ejecución de las operaciones societarias y planes de redimensionamiento, “se entenderán motivadas por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en los términos de la Disposición adicional segunda del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”. Aunque el precepto hace pensar en un cierto automatismo de las causas que justifican el despido, las mismas no tendrán por qué ser adecuadas en todo caso, ni se sustraerán al control de los tribunales, que seguirán aplicando sus criterios a la luz de lo dispuesto en las normas laborales: cfr. MARTÍN, R., “Medidas laborales en el marco de los planes de reestructuración y racionalización del sector público (en especial, el empresarial y fundacional estatal)”, Gómez Acebo & Pombo, *Análisis*, abril de 2012, p. 3. Así pues, no cabe entender que, de forma indirecta, la Orden HAP/583/2012 haya creado una nueva causa de extinción del contrato de trabajo del personal laboral al servicio del sector público. Dicho de otro modo, la decisión política de reestructurar y racionalizar el sector público empresarial, y su obligada concreción por los organismos afectados, no es, en sí misma, un supuesto justificado de extinción de los contratos de trabajo por cualquiera de las causas que menciona la disposición adicional segunda de la Ley 3/2012, de 6 de julio, que añade la disposición adicional 20ª- hoy 16ª- al ET. Así, por ejemplo, la sola fusión de dos empresas del sector público empresarial no hace posible el despido, si no concurre una causa económica, técnica u organizativa. En suma, no cabrá invocar una causa económica si se fusionan dos empresas públicas que tienen beneficios.

122 El ATC 43/2014, de 12 de febrero, inadmite a trámite la cuestión de inconstitucionalidad 3801/2013, que había planteado el Juzgado de lo Social núm. 34 de Madrid, y considera adecuada la nueva regulación de la indemnización por despido improcedente. Asimismo, la STC 8/2015, de 22 de enero, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por los grupos parlamentarios del Partido Socialista Obrero Español e Izquierda Plural, rechaza que la reforma laboral “haya consagrado un despido colectivo no causal [...] basado en un libérrimo arbitrio o discrecionalidad empresarial”. Al contrario, afirma que, al prescindir de las referencias a la prueba de la concurrencia de la causa de despido y a la acreditación de las razones de la decisión de extinción, la ley “suprime espacios de incertidumbre en la interpretación y aplicación de la norma generados por unas previsiones legales, tan abiertas en su contenido como abstractas en sus objetivos, que en ocasiones podían llegar a constituir la exigencia de una prueba diabólica” para los empresarios. La sentencia añade que la nueva redacción “impone al empresario

que asumió España al ratificar el Convenio núm. 158 de la OIT¹²³. Junto a vulneraciones anteriores, como el desconocimiento del derecho de defensa o el tratamiento del despido por absentismo, el régimen legal incurre en otras nuevas, como la relativa a la ampliación del periodo de prueba o la vinculada a la justificación del despido y a la posibilidad de control judicial. Algunas de esas antinomias pueden salvarse mediante la interpretación judicial y la argumentación jurídica. Otras exigen la inaplicación de la disposición de derecho interno por los jueces y tribunales, o la actividad del legislador para asegurar el respeto de los instrumentos de derecho internacional¹²⁴. Por el contrario, desde el punto de vista del Convenio núm. 158 de la OIT, no cabe hacer reproche alguno a la reducción de las indemnizaciones por despido y a la supresión, en algunos casos, de los salarios de tramitación. Con todo, al abordar la reforma del despido, el legislador parece haber olvidado que la flexiseguridad exige un equilibrio entre la flexibilidad en el puesto de trabajo, el alcance de la protección social y la eficacia de las políticas activas de empleo. Los tres ejes de la flexiseguridad se hallan en una relación de interdependencia. Y así, la flexibilización del régimen jurídico del despido debería haber ido acompañada de una mejora de la protección por desempleo y de las políticas activas de empleo. Modificar tan solo un elemento, sin alterar los otros, puede provocar efectos indeseados. Así, por ejemplo, una reducción general de las indemnizaciones por despido, sin una protección social elevada y un funcionamiento adecuado del mercado de trabajo, perjudica a los trabajadores de edad avanzada, lo que contradice el objetivo de la prolongación de la vida laboral, presente en el derecho de la Unión Europea e interno¹²⁵. De igual modo, los trabajadores más jóvenes sufren de modo particular las consecuencias de la falta de estabilidad en el empleo, lo que retrasa aún más la edad de la emancipación o dificulta el acceso a la vivienda¹²⁶. En el mo-



un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores en el que debe entregarles no solo una ‘memoria explicativa de las causas del despido colectivo’, sino también ‘toda la información necesaria para acreditar las causas motivadoras del despido colectivo’; en definitiva, el precepto impugnado “dota a la definición de las causas extintivas de una mayor objetividad y certidumbre”, lo que, además, permite al órgano judicial realizar un “control efectivo” sobre la decisión empresarial.

123 Artículos 2.2 b), 4, 6.1, 7, 8, 9.1 y 9.3.

124 No parece que resulte necesario acudir a la responsabilidad del Estado por los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de los instrumentos de derecho internacional. Los Convenios de la OIT se aplican de forma directa en el derecho interno, si sus disposiciones tienen carácter *self executing*, como es el caso del Convenio núm. 158.

125 Según un informe de UGT, la tasa de desempleados mayores de 55 años se ha multiplicado por tres desde 2007 hasta 2016. Cfr. UGT, *Mayores de 55 años en el mercado de trabajo español*, febrero de 2017, en <http://www.ugt.es/Publicaciones/2017-04-01-%20INFORME%20MAYORES%2055%20A%C3%91OS-OK.pdf>, 32 pp., y los resúmenes: “Las reformas laborales de 2010 y 2012 han llevado a los mayores de 55 años a la pobreza”, UGT, 9 de abril de 2017, en <http://www.ugt.es/SitePages/NoticiaDetalle.aspx?idElemento=2768> y, en la prensa económica, “La tasa de desempleados mayores de 55 años se ha multiplicado por tres de 2007 a 2016”, *Expansión*, 9 de abril de 2017, y “La tasa de desempleados mayores de 55 años se ha multiplicado por tres desde 2007”, *El Economista*, 9 de abril de 2017 y, asimismo, “El Gobierno ha penalizado especialmente a los desempleados mayores de 55 años”, UGT, 31 de marzo de 2017, en <http://www.ugt.es/SitePages/NoticiaDetalle.aspx?idElemento=2737>. Cfr. también “Fedea advierte del aumento de la edad media de los parados, con el 37% superando los 45 años”, *Expansión*, 5 de mayo de 2017.

126 Cfr. ALONSO, C., “El 73% de los jóvenes trabajadores son empleados temporales, la segunda tasa más elevada de la UE”, *El Economista*, 13 de mayo de 2017, que recoge datos de Eurostat. En la Unión Europea, el 43,8% de los menores de 25 años tiene un contrato de duración determinada.

delo de la flexibilidad, tiene una gran importancia el buen funcionamiento de los servicios públicos de empleo. En España, por la falta de recursos o una gestión poco eficiente, los servicios públicos de empleo no contribuyen de forma significativa a la intermediación en el mercado de trabajo. Cabe cuestionar la conveniencia de delegar ese papel en las empresas de trabajo temporal y agencias privadas de colocación con o sin fines lucrativos. También es dudoso que los métodos tradicionales para incentivar el empleo, como las subvenciones o la reducción de las cuotas a la seguridad social, sirvan para hacer que un empresario contrate a un trabajador que no necesita. Así, no parece que el legislador haya enfocado, con la necesaria prudencia, el debate sobre la flexiseguridad.

Pese a las reformas y a las medidas de austeridad, la tasa de desempleo es todavía del 17,8%¹²⁷. Resulta indudable que ha bajado más de nueve puntos desde que alcanzó su nivel máximo, en 2013, con el 27,2%, y que se ha recuperado una parte del empleo destruido en la crisis¹²⁸. También es claro, por ejemplo, que España es el miembro de la OCDE donde más ha bajado el desempleo en los meses de julio de 2016¹²⁹ y enero de 2017¹³⁰. Con todo, tras Grecia, es el país de esa organización con más desempleo en términos relativos. Además, son alarmantes las cifras del desempleo juvenil y de los parados de larga duración¹³¹.

.....

127 Cfr. Eurostat, Newsrelease, Euroindicators, 86/2017, 31 May 2017. The highest unemployment rates were observed in Greece (23.2% in February 2017) and Spain (17.8%). In April 2017, 3.746 million young persons (under 25) were unemployed in the EU28, of whom 2.617 million were in the euro area. Compared with April 2016, youth unemployment decreased by 600.000 in the EU28 and by 419.000 in the euro area. In April 2017, the youth unemployment rate was 16.7% in the EU28 and 18.7% in the euro area, compared with 19.0% and 21.4% respectively in April 2016. In April 2017, the lowest rate was observed in Germany (6.8%), while the highest were recorded in Greece (47.9% in February 2017), Spain (39.3%) and Italy (34.0%). Conviene recordar que, entre 1996 y 2006, se crearon en España 6,9 millones de puestos de trabajo y la tasa de desempleo bajó del 22% al 8,5%.

128 “El Gobierno asegura que el 72% del empleo indefinido y el 33% del temporal destruido por la crisis ‘ya se ha recuperado’”, *Expansión*, 29 de abril de 2017. Según las previsiones del gobierno, en la actualización del Programa de Estabilidad, el desempleo bajará al 11,2% a finales de 2020: cfr. *Previsiones Económicas del Gobierno*, Madrid, 28 de abril de 2017, y “El Gobierno actualiza el Programa de Estabilidad, que mejora las previsiones de crecimiento, empleo y déficit hasta 2020”, La Moncloa, Madrid, viernes 28 de abril de 2017, en <http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2017/280417-consejo.aspx> y, en la prensa, “El Gobierno calcula que el paro bajará al 11,2% a finales de 2020”, *El País*, 28 de abril de 2017; “El Gobierno prevé que la tasa de paro caiga al 11,2%, su nivel más bajo desde el inicio de la crisis”, *Expansión*, 28 de abril de 2017; VIÑAS, J., “El Gobierno comunica a Bruselas que el paro bajará al 11,2% en 2020”, *Cinco Días*, 29 de abril de 2017, y GUTIÉRREZ, I. y BAJO BENAYAS, J. L., “De Guindos rebaja el paro al 11,2% en 2020 pese al menor crecimiento”, *El Economista*, 29 de abril de 2017. El optimismo del gobierno contrasta con los resultados de algunas investigaciones, según las cuales el desempleo estructural alcanza, como mínimo, el 14% en España: cfr. ROMERO, M. y FUENTES, D., “Tasa de paro estructural en la economía española: estimaciones, consecuencias y recomendaciones”, *Cuadernos de Información Económica*, Funcas, nº 257, marzo/abril 2017, pp. 49-57, en <https://www.funcas.es/Publicaciones/Publicaciones.aspx> y, en la prensa, GUTIÉRREZ, I., “El paro estructural alcanza como mínimo el 14% en España y limita el avance potencial del PIB”, *El Economista*, 1 de mayo de 2017.

129 “España, país de la OCDE donde más bajó el paro en julio, aunque está en 19,6%”, *Expansión*, 12 de septiembre de 2016.

130 ESPERANZA, D., “España, a la cabeza de los países de la OCDE en los que más bajó el paro en enero”, *Expansión*, 9 de marzo. Junto con Irlanda, Eslovaquia y Luxemburgo, España es el país de la OCDE en el que más disminuyó la tasa de desempleo: en concreto, dos décimas, hasta el 18,2%.

131 Cfr. CALDERÓN, I., “Casi 2 millones de parados llevan dos años o más fuera del mercado laboral”, *El Economista*, 23 de agosto de 2016. Los parados de larga duración suponen el 42% del total. Cfr. OECD, *Education at a Glance 2016*, September 15, 2016, y, en la prensa, “España reduce su porcentaje de ‘ninis’ pero continúa a la cabeza de la OCDE”, *El Economista*, 16 de septiembre de 2016, y, asimismo, “¿Cuál es el perfil de los parados españoles?”, *Expansión*, 15 de abril de 2017.

En fin, desde 2010, ha caído de forma considerable la tasa de cobertura del sistema de protección por desempleo¹³².

Sea como fuere, en épocas de crisis, con tasas elevadas de desempleo, los poderes públicos pueden ceder a la tentación de concentrar los esfuerzos en los aspectos cuantitativos, olvidando así los cualitativos. ¿Suponen los *minijobs* una alternativa adecuada al desempleo?¹³³ ¿Otorgan una protección digna? ¿Sirven para conjurar el peligro de la pobreza y la exclusión social? Cabe incurrir en el prejuicio de que existe una jerarquía entre las necesidades materiales y espirituales y una lógica diacrónica entre los objetivos económicos y sociales y entre la cantidad y la calidad. Desde ese punto de vista, primero habría que cubrir las necesidades materiales y luego las espirituales; habría que fomentar primero la creación de puestos de trabajo, y preocuparse luego de mejorar la calidad del empleo. Pues bien, hay que evitar la contraposición entre el empleo y los derechos. No basta con crear empleos. El empleo debe ser digno, con derechos. La noción de trabajo decente no solo expresa la necesidad de acceder al empleo, sino de que el trabajo sea con derechos, en condiciones saludables y con una remuneración suficiente¹³⁴. Aun así, muchas personas realizan trabajos inaceptables, con condiciones laborales pésimas.

En España, la reforma laboral ha contribuido -o, al menos, no ha servido para hacer frente- al deterioro de la calidad en el empleo. Tras la reforma laboral de 2012, los salarios han bajado¹³⁵, el salario de los nuevos empleos es inferior al de los antiguos¹³⁶ y el salario

132 La tasa de cobertura del sistema de protección por desempleo, que relaciona el número de beneficiarios y el de desempleados potencialmente con derecho a prestación, ha bajado en 22,1 puntos desde 2010, cuando alcanzó su valor máximo, hasta 2016. En julio de ese año, la tasa era del 79,8% y, en julio de 2016, 57,7%. En un lustro, la caída equivale a una reducción del 27%. En el mes de julio de 2016, y según los datos del Ministerio de Empleo, la tasa de cobertura se situó en el 57,7 por ciento, un 1,4 por ciento menos que hace un año, lo que implica que el 42,3 por ciento de los desempleados no ha cobrado ninguna prestación en el periodo. Cobran el desempleo apenas dos millones de parados, que perciben una media de 774 euros, lo que supone un gasto para el SPEE de 1.510 millones en el mes de julio. Cfr. ALONSO, C., “El cierre de la temporada estival deja la mayor caída de la afiliación desde 2008”, *El Economista*, 3 de septiembre de 2016. En los últimos meses, la tasa de cobertura ha bajado aún más. Según los datos del Ministerio de Empleo, al cierre del mes de febrero, un total de 1,56 millones de desempleados percibían una prestación, lo que supone un 55,5% del total. Eso significa que casi el casi el 45% de los desempleados no recibe ningún ingreso público. Así pues, durante los últimos cuatro años, y según los datos del Ministerio de Empleo, la tasa de cobertura lleva estancada entre el 50 y el 60%, muy lejos del casi 80% en que se hallaba en 2010. Cfr. CALDERÓN, I., “La mejoría del empleo baja el coste pero no mejora la cobertura: el 45% de los parados siguen sin prestación”, *El Economista*, 21 de abril de 2017.

133 Cfr. un resumen de la regulación de los *minijobs* en Alemania, por ejemplo, en <http://minijob.com.de/Rechtliche-Grundlagen-des-Minijobs.html>; “Minijob. Diese Regeln sollten Sie kennen”, 2 de febrero de 2017, en <https://www.optimal-absichern.de/magazin/minijob.php>, y “Minijob 2017: Alle Gesetzesänderungen, die Sie als Nebenjobber kennen sollten”, en http://www.nebenjob.de/ratgeber_nebenjobs/minijob-2017-aenderungen.html.

134 Cfr., por ejemplo, OIT, *Estado del trabajo decente en el mundo*, Nota informativa, Jornada mundial por el trabajo decente, 7 de octubre de 2015, Oficina de la OIT para España, 2015, pp. 8 ss.

135 Tras la reforma laboral de 2012, las grandes empresas han reducido los salarios un 10%: cfr. FUNDACIÓN SAGARDOY y ADECCO, *Tercer observatorio de seguimiento de la reforma laboral 2012*, Club de Excelencia en Sostenibilidad, Madrid, 2014, p. 15. Dominique Cerri, directora general de InfoJobs, constata que el empleo es de peor calidad que antes de la crisis, y afirma que, “en términos monetarios, los salarios están reforzando las desigualdades: suben los más altos, apenas aguantan los medios y caen los más bajos”. Cfr. GARCÍA, A., “Dominique Cerri: ‘España tiene que dar solución a sus problemas laborales de temporalidad y salarios bajos’”, *El Economista*, 22 de marzo de 2017.

136 En los últimos diez años (2006-2015), los trabajadores que encuentran empleo por primera vez han ganado

medio por hora es inferior al de países con un nivel de desarrollo equiparable¹³⁷. Como ha advertido la OIT, el gobierno español debe continuar realizando, en consulta con las organizaciones más representativas de trabajadores y empresarios, todos los esfuerzos necesarios para tener en cuenta, en la medida en que sea posible y apropiado, las necesidades de los trabajadores y de sus familias y los factores económicos mencionados en los apartados a) y b) del artículo 3 del Convenio núm. 131, sobre la fijación de salarios mínimos, y dar a cada uno de esos elementos el peso adecuado para determinar el nivel de los salarios mínimos¹³⁸. Ha aumentado la precariedad, tanto en lo que se refiere a los contratos de duración determinada como a tiempo parcial, sobre todo en algunos sectores, como la sanidad pública¹³⁹. No ha descendido la tasa de temporalidad, muy elevada, y uno de los males endémicos del mercado de trabajo español, junto al desempleo insostenible¹⁴⁰. Ade-



de media un 24% menos que los que ya están en el mercado de trabajo. Es el impacto de la crisis económica, la flexibilidad laboral y otras circunstancias del trabajador y de su empresa. Cfr. IZQUIERDO, M. y REGIL, A., “La evolución del empleo y del paro en el primer trimestre de 2017, según la Encuesta de Población Activa”, Banco de España, Notas económicas, 28 de abril de 2017, 9 pp., en <http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/NotasEconomicas/T2/fich/bene1702-nec5.pdf> y, en la prensa, VALVERDE, M., “Los nuevos empleos ganan un 24% menos que los antiguos”, *Expansión*, 29 de abril de 2017.

137 Cfr. los datos de Eurostat que recoge el equipo de análisis de Bankinter, y que resumen ESPERANZA, D. y GALERA, C., “Los españoles ganan un 60% menos que los trabajadores de los países nórdicos”, *Expansión*, 22 de marzo de 2017. Los españoles ocupan el puesto número 16 en el ranking de los mejores sueldos de Europa. Con un salario medio de 9,8 euros la hora, nuestro país está muy por detrás de las remuneraciones de otros países de la Unión Europea, como los nórdicos o los pertenecientes al antiguo Benelux, que ocupan los primeros puestos de los mejor pagados. En España, el salario medio es un 60% inferior al de países como Dinamarca, Noruega o Suiza, donde se gana más de 25 euros la hora. España está lejos de la remuneración recibida en las grandes economías de Europa, como Francia, país en el que se cobra 14,8 euros de media la hora, Reino Unido, 14,7 euros, o Alemania, 15,3 euros. Asimismo el salario está por debajo del de otros países mediterráneos, como Italia, cuyo sueldo medio es de 12,3 euros. El sueldo de España es también inferior a la media de los salarios por hora de los 33 países que conforman esa lista, que asciende a 10,66 euros, un 8% mayor al español. Aun así, los salarios en España son todavía muy superiores al de 17 países europeos. La remuneración más baja se da, sobre todo, en los países del este de Europa, cuyos sueldos se encuentran entre los 1,7 euros y los 8,5 euros la hora. Los países en los que se dan los salarios más bajos son Bulgaria, Rumanía y República de Macedonia, cuyos sueldos no superan los 2 euros. Según otras informaciones, que se apoyan también en los datos que publica Eurostat y ha recogido UGT, los costes por hora trabajada en España ascienden a 21,3 euros, 4,1 euros menos que en la media de la Unión Europea y 8,5 menos que en la zona euro. Esos datos llevan al sindicato a denunciar que la contención de los costes laborales no se traduce en un aumento de la competitividad: cfr. “La hora trabajada en España es 8,5 euros más barata que en la media de la zona euro”, *El Economista*, 16 de abril de 2017. Cfr. también “El sueldo medio en España ronda los 1.600 euros”, *Expansión*, 10 de mayo de 2017, y MURILLO, F.J., “Así es el salario medio en Europa y en España”, *Expansión*, 13 de mayo de 2017.

138 Cfr. OIT, “Cuarto informe complementario: Informe del Comité encargado de examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por España del Convenio sobre la fijación de salarios mínimos, 1970 (núm. 131), presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) y la Confederación Sindical Unión General de Trabajadores (UGT)”, Oficina Internacional del Trabajo, Consejo de Administración, 329.ª reunión, Ginebra, 9-24 de marzo de 2017, Vigésimo punto del orden del día, Informe del Director General, GB.329/INS/20/4, 15 de marzo de 2017, párrafo 39, p. 11.

139 STJUE de 14 de septiembre de 2016, *caso María Elena Pérez López contra Servicio Madrileño de Salud (Comunidad de Madrid)*, y 14 de septiembre de 2016, *caso Florentina Martínez Andrés y otro contra Servicio Vasco de Salud y otro*. Según el informe *La precariedad laboral del colectivo médico. Realidades y propuestas*, del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona (COMB), uno de cada tres médicos trabaja en condiciones de inestabilidad y la mitad de los facultativos menores de 45 años encadenan contratos de duración determinada. Cfr. un resumen del informe en MOUZO, J., “Uno de cada tres médicos tiene empleos precarios”, *El País*, 16 de junio de 2016.

140 Según los datos de Eurostat, España es el segundo país de la Unión Europea con mayor tasa de temporalidad: a finales de 2016, el 26,1% de los trabajadores carecen un contrato de trabajo de duración indefinida, prácticamente el doble de la media en la Unión Europea (14,1%). Cfr. SÁNCHEZ, A., “España es el segundo país de la Unión Europea con más empleo temporal”, *El País*, 2 de mayo de 2017. A juicio de la OIT, el alcance de las últimas reformas

más, en la OCDE, España tiene la tasa más baja en la transición de contratos de duración determinada a contratos de duración indefinida¹⁴¹. Pese a que se firman más contratos, son de una duración menor y hay un porcentaje excesivo de puestos de baja cualificación. Por otro lado, la mayoría de los contratos a tiempo parcial son no deseados y suscritos por mujeres¹⁴². Además, el contrato de apoyo a los emprendedores, polémico en lo que hace a la regulación de un periodo de prueba de un año, ha fracasado en el intento de fomentar la creación de empleo estable. Según algunos estudios, el contrato de duración indefinida se ha tornado más inestable. En los últimos años, ha crecido la rotación -las altas y bajas- en el empleo indefinido¹⁴³. En suma, no existe una constancia empírica de que la reforma laboral haya contribuido a la creación de empleo y a la reducción de la tasa de desempleo, todavía muy elevado, pero sabemos que ha facilitado el despido y la devaluación salarial y, con toda verosimilitud, ha hecho posible un aumento de la precariedad. Hoy, la figura del trabajador pobre, que ha vuelto a aparecer, pone en entredicho el modelo de equilibrio entre la eficiencia económica y la justicia social que han establecido los poderes públicos, cuestiona la legitimación política, económica y social del sistema de producción capitalista, puede hacer tambalear los cimientos del sistema laboral y de protección social y supo-



laborales, que se han centrado en reducir el coste del despido de los contratos indefinidos, ha sido limitado en su capacidad para alterar las actitudes hacia la reorganización del trabajo en la empresa, y no ha servido para reducir la dualidad o segmentación en el mercado de trabajo: cfr. ILO, *Non-standard employment around the world. Understanding challenges, shaping prospects*, International Labour Office, Geneva, 2016, p. 78. En España, el elevado porcentaje de contratos de duración determinada es un mal no resuelto, pese a las continuas reformas laborales. En este sentido, Dominique Cerri, directora general del portal de empleo InfoJobs, que opera en España e Italia, considera que, aunque se observa una recuperación del mercado laboral en nuestro país, “lo importante es dar una solución a los problemas que quedan por resolver para que el mercado laboral español se recupere en condiciones óptimas: la temporalidad, los bajos salarios, la elevada tasa de paro entre jóvenes y mayores de 45 años...”. Cfr. GARCÍA, A., “Dominique Cerri: ‘España tiene que dar solución a sus problemas laborales de temporalidad y salarios bajos’”, *El Economista*, 22 de marzo de 2017 y, asimismo, “La duración del contrato temporal en la industria cae a menos de dos meses”, *El País*, 13 de enero de 2016; “Los contratos precarios alcanzaron en 2015 sus máximos históricos”, *El País*, 1 de febrero de 2016; “La firma de contratos marca máximos pero cada vez son más breves”, *El País*, 13 de agosto de 2016; “Más de medio millón de españoles encadena contratos temporales desde hace seis años”, *Expansión*, 29 de enero de 2017; Gómez, Manuel V., “La reforma laboral cumple cinco años: más empleo, pero de peor calidad”, *El País*, 10 de febrero de 2017; “Uno de cada tres contratos firmados en enero duraron menos de un mes”, *El Economista*, 26 de febrero de 2017, y BERNAL ALONSO, M.A., “Empleo: no es oro todo lo que reluce”, *El Economista*, 15 de abril de 2017.

141 ZANCAJO, S., “España es el país de la OCDE donde menos temporales pasan a ser fijos”, *El Economista*, 20 de marzo de 2017. Apenas uno de cada diez trabajadores con un contrato de duración determinada consigue uno de duración indefinida.

142 En España, según la OIT, un 60% de trabajadores a tiempo parcial lo es involuntariamente, porque no encuentra un trabajo a jornada completa. El 72% de los trabajadores a tiempo parcial son mujeres. Cfr. PASCUAL, R., “OIT alerta: el tiempo parcial no es antesala de un empleo mejor”, *Cinco Días*, 13 de enero de 2017; “Los trabajadores a tiempo parcial crecen un 19,1% desde 2007 y ya rozan los 2,7 millones”, *El Economista*, 16 de enero de 2017; CALDERÓN, I., “El empleo a tiempo parcial en España, cuestión de sexo: el 72% de los puestos están ocupados por mujeres”, *El Economista*, 23 de febrero de 2017, y GÓMEZ, M.V., “España, segundo país de la UE con más subempleo”, *El País*, 24 de mayo de 2017.

143 Cfr. “La contratación indefinida se asocia cada vez más con la rotación laboral y la precariedad y menos con una relación laboral estable”, noticia publicada el 9 de agosto de 2016, en la página web del sindicato CC.OO.: http://www.ccoo.es/noticia:206544--%E2%80%9CLa_contratacion_indefinida_se_asocia_cada_vez_mas_con_la_rotacion_laboral_y_la_precariedad_y_menos_con_una_relacion_laboral_estable%E2%80%9D y, asimismo, “La rotación en el empleo indefinido aumenta tras la reforma laboral”, *El País*, 5 de febrero de 2015, y “La rotación en el empleo indefinido crece en 2015”, *El País*, 7 de febrero de 2016.

ne una amenaza para la pervivencia del paradigma en los albores de la cuarta revolución industrial.

2.2. La protección social como amortiguador social y estabilizador económico

En fin, el trabajo decente constituye una estrategia integrada que vincula la seguridad social con otras cuestiones laborales, a fin de proporcionar la seguridad de ingresos a un mayor porcentaje de la población. La seguridad social contribuye al logro de la justicia social y de una globalización equitativa¹⁴⁴. En un contexto de crisis financiera y económica, resulta esencial mantener y aun reforzar la protección social, porque desempeña un papel de amortiguador social y estabilizador económico, según subrayan el apartado 12 del Pacto Mundial para el Empleo y el preámbulo de la Recomendación núm. 202 de la OIT, de 2012, sobre los pisos o umbrales de protección social¹⁴⁵. Sin embargo, en no pocos casos, se han perseguido la consolidación fiscal y la reducción de la deuda pública a costa de los derechos sociales.

En España, como en otros países, el derecho a la seguridad social se halla inmerso en un proceso de reforma permanente, de gran complejidad¹⁴⁶. Con todo, cabe distinguir entre los cambios estructurales, que han ayudado a consolidar el sistema, y que se han llevado a cabo, en general, en el marco del Pacto de Toledo a partir de los años noventa, y las reformas específicas o más coyunturales, ligadas a la última crisis financiera y económica.

En efecto, la última fase de las reformas estructurales está marcada por las recomendaciones del Pacto de Toledo, sobre el análisis de los problemas estructurales de la seguridad y de las principales reformas que deberán acometerse. El Pacto es un informe que aprobó el pleno del Congreso de los Diputados, el 6 de abril de 1995, y que se renovó el 2 de octu-

.....

144 Cfr OIT, *Seguridad social para la justicia social y una globalización equitativa*, Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011, Informe VI, Discusión recurrente sobre la protección social (seguridad social) en virtud de la Declaración de la OIT relativa a la justicia social para una globalización equitativa, 2011, Sexto punto del orden del día, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2001, ILC.100/VI, 201 pp., y *La seguridad social y la primacía del derecho*, Conferencia Internacional del Trabajo, 100ª reunión, 2011, Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa, Tercer punto del orden del día: Información y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (artículos 19, 22 y 35 de la Constitución), Informe III (Parte 1B), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2001, ILC.100/III/1B, 317 pp.

145 El título oficial de la recomendación es “Pisos de protección social”. Al menos en castellano, hubiese sido mejor denominarla “Umbrales de protección social”, para evitar toda confusión con el sector inmobiliario. Otras posibilidades quizá hubiesen sido “suelos” o “zócalos”.

146 Cfr. una visión de conjunto de la reforma del derecho de la seguridad social en España para hacer frente a la crisis en VALLE, J.M. DEL, “La evolución de la normativa de Seguridad Social durante la crisis económica y su ajuste a los compromisos de España con la OIT”, en GIL, J. L. (Dir.), *Reformas laborales ante la crisis a la luz de los estándares de la OIT. Un análisis crítico desde las perspectivas internacional, nacional y comparada*, Editorial Juruá, Lisboa, 2014, pp. 231 ss., y GIL, J. L. y MARTIN, P., “Le système espagnol de protection sociale à l'épreuve de la crise”, en TURQUET, P. (Dir.), *La crise de la protection sociale en Europe. Adaptation ou refondation*, Preses Universitaires de Rennes, 2015, pp. 53-66.

bre de 2003¹⁴⁷. El documento describe la evolución del sistema español de pensiones, analiza los factores que podrían afectarlo en el futuro, y propone quince recomendaciones¹⁴⁸. Encomienda al Congreso de los Diputados la creación de una ponencia sobre la evolución del sistema de pensiones y de una comisión permanente no legislativa de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo, que se reúne periódicamente, y en la que participan todos los grupos parlamentarios¹⁴⁹. El Pacto de Toledo, que surgió del acuerdo entre todas las fuerzas políticas representadas en el Parlamento, ha servido para que las grandes reformas se aprueben por consenso, tras los acuerdos del diálogo social. En general, los grupos parlamentarios discuten en la comisión de seguimiento del Pacto de Toledo a partir de los acuerdos sociales, resultado del diálogo social. El Parlamento aprueba luego las medidas propuestas. Hay, pues, un proceso consensual.

En buena medida, las reformas estructurales de la seguridad social se han llevado a cabo en el marco del Pacto de Toledo. Antes de la crisis, se produjeron reformas importantes, en especial en el campo de las pensiones de jubilación y de las prestaciones de desempleo. Así, a partir de 1996, las recomendaciones del Pacto de Toledo han determinado la evolución del sistema de pensiones. En el marco del Pacto de Toledo y del proceso de diálogo social, los interlocutores sociales han firmado varios acuerdos, que se han traducido en reformas importantes del sistema de seguridad social¹⁵⁰. Durante la etapa democrática, el sistema de pensiones se ha modificado seis ocasiones: en 1985, 1997, 2002, 2007, 2011 y



147 Cfr. la resolución del Congreso de los Diputados, de 6 de abril de 1995, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie E, número 134, 12 de abril de 1995; la resolución del Congreso de los Diputados, de 2 de octubre de 2003, BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D: General, número 596, 2 de octubre de 2003 y, asimismo, el *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo* (BOCG, IX Legislatura, Congreso de los Diputados, Serie D: General, núm. 513, 31 de enero de 2011). El informe lo había adoptado ya la comisión de presupuestos del Congreso de los Diputados el 30 de marzo de 1995. La aprobación tuvo su origen en una proposición no de ley del partido catalán *Convergència i Unió*, que propuso la inclusión de una ponencia (número 154/4) sobre la cuestión de la seguridad social en la comisión de presupuestos del Congreso de los Diputados.

148 Las recomendaciones son: separación y clarificación de las fuentes de financiación; constitución de reservas; mejoras de las bases; financiación de los regímenes especiales; mejora de los mecanismos de recaudación y lucha contra la economía irregular; simplificación e integración de régimen especiales; integración de la gestión; evolución de las cotizaciones; equidad y carácter contributivo del sistema; edad de jubilación; mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones; reforzamiento del principio de solidaridad; mejora de la gestión; sistema complementario y, en fin, análisis y seguimiento de la evolución del sistema (Título IX).

149 Puede consultarse una información completa de los diarios de sesiones, composición, intervenciones e iniciativas tramitadas y en tramitación puede consultarse en la página http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Organos/Comision?_piref73_7498063_73_1339256_1339256.next_page=/wc/detalleInformComisiones?idOrgano=343&idLegislatura=12.

150 Ya en octubre de 1996, el Gobierno, CC.OO. y UGT firmaron el Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social, que dio lugar a la aprobación de la Ley 24/1997, de 15 de julio, del mismo nombre. Más tarde, el 9 de abril de 2001, se suscribió entre el gobierno, CC.OO., CEOE y CEPYME el Acuerdo para la mejora del sistema de protección social, que recogió la Ley 35/2002, de 12 de julio, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible. Cabe mencionar también el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, de 14 de junio de 2006, firmado por el Gobierno, CC.OO., UGT, CEOE y CEPYME, y que motivó la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, del mismo nombre. En fin, el acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, firmado el 2 de febrero de 2011 por el gobierno, CC.OO., UGT, CEOE y CEPYME, dio lugar a la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre la puesta al día, la mejora y la modernización del sistema de seguridad social.

2013. Sin embargo, cabe considerar que las reformas más importantes son las de 1985¹⁵¹, 1997¹⁵², 2011¹⁵³ y 2013¹⁵⁴. De ellas, las de 1997 y 2011 se llevaron a cabo en el marco del Pacto de Toledo, con el acuerdo de los interlocutores sociales y para asegurar la viabilidad futura del sistema. En efecto, el gobierno y los sindicatos UGT y CCOO suscribieron, en octubre de 1996, el Acuerdo sobre consolidación y racionalización del sistema de seguridad social, que motivó la aprobación de la Ley 24/1997, de 15 de julio, del mismo nombre. Por otra parte, el 2 de febrero de 2011, el gobierno y los interlocutores sociales firmaron el acuerdo social y económico para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones. La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, acoge ese acuerdo y se inscribe en el marco del diálogo permanente que instituye el Pacto de Toledo. A diferencia de la reforma negociada de las pensiones de 2011, que recibió un amplio apoyo social y político, la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del factor de sostenibilidad y del índice de revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social, no es el fruto del diálogo social.

El trabajo decente es un modelo integrado, y las reformas laborales que permiten o fomentan la bajada generalizada de los salarios, y hacen posible o no combaten la precariedad, deben tener en cuenta, por ejemplo, las repercusiones de la cantidad y calidad del empleo en el sistema de protección social y, en particular, en la sostenibilidad del sistema de pensiones. El elevado desempleo, la degradación de las condiciones de trabajo y la devaluación de los salarios, junto a otras causas, como la mayor esperanza de vida, ponen en peligro el sistema de pensiones. Como se sabe, el sistema español es de reparto, no de capitalización. Ahora, debido a la devaluación salarial y al elevado desempleo, se necesitan casi cuatro recién contratados para pagar la pensión de un nuevo jubilado¹⁵⁵. Es una de las consecuencias más negativas de las políticas de devaluación salarial de los últimos años y una de las secuelas de la reforma laboral de 2012. Antes de la crisis de 2008, el gasto público en protección social en España se situaba en un nivel relativamente modesto, si se toma como punto de referencia el peso de las prestaciones sociales en proporción al PIB nacional¹⁵⁶. Con todo, debe advertirse que, desde 1999 y hasta 2011, las cuentas de la Se-

.....

151 Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social (BOE de 1 de agosto de 1985).

152 Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social (BOE de 16 de julio de 1997).

153 Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE de 2 de agosto de 2011). Cfr. un resumen en GIL, J. L., “Espagne”, *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, 2011/1, pp. 93 y 94.

154 Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social (BOE de 26 de diciembre de 2013).

155 Cfr. SÉRVULO, J., “Los nuevos pensionistas cobran más que los recién contratados”, *El País*, 4 de junio de 2016.

156 En España, y según datos de Eurostat de 2010, el porcentaje de las prestaciones sociales era del 25,7% del PIB, y se situaba por debajo de la media europea, que era del 29,4%. La distribución de las prestaciones sociales era: desempleo: 14,1% (media de la UE: 6%); pensiones: 42,4% (45% en la UE); prestaciones sanitarias: 35,7% (37,4 %

guridad Social se encontraban en superávit. Esa situación de “buena salud” de las cuentas sociales debe atribuirse, en gran medida, al papel positivo del fondo de reserva creado en 1997 y constituido en 2000, cuyos recursos representaban, en 2011, aproximadamente el 6% del PIB. Sin embargo, el aumento del desempleo y de la deuda pública ha debilitado la financiación del conjunto. Así, el fondo de reserva de la seguridad social se ha reducido de forma drástica. Llegó a tener acumulados más de 66.814 millones de euros a finales de 2011. En unos meses, al haberse utilizado para pagar las pagas extras y las retenciones del IRPF de los nueve millones de pensionistas, se han consumido 19.200 millones, con lo que, el 31 de diciembre de 2016, quedaban 15.020 millones¹⁵⁷. De este modo, con la presión a que ha sometido al estado de bienestar, la crisis financiera y económica, y sus consecuencias en el mercado laboral, ha suscitado la cuestión de la capacidad de resistencia que puede ofrecer el sistema público de protección social. ¿Cómo ha ayudado a amortiguar los efectos de la crisis? ¿Toca sus límites, debido a la austeridad impuesta a las finanzas públicas? En otras palabras, ¿asistimos al fortalecimiento de la protección, a la mera redistribución, o incluso a una reducción drástica de los beneficios sociales? Como ahora veremos, las autoridades españolas han ensayado distintas respuestas. Con todo, la tendencia parece ser hoy el debilitamiento del estado de bienestar, lo que, en definitiva,



en la UE); prestaciones familiares: 6% (8% en la UE); ayudas a la vivienda y lucha contra la exclusión social: 1,8% (3,6% en la UE). De ese modo, el peso de las prestaciones por desempleo era superior a la media europea. Cfr. GIL, J. L. y MARTIN, P., “Le système espagnol de protection sociale à l’épreuve de la crise”, *cit.*, p. 54.

157 El fondo de reserva de la seguridad social se creó en 1997 y se constituyó en 2000 para acumular los excedentes que empezaba a tener, por entonces, la seguridad social, y costear, cuando fuese necesario, sus déficits contributivos. En el número 2 del apartado IX, el Pacto de Toledo señala que “el sistema contributivo debe presentar presupuestos equilibrados. El sistema de pensiones precisa de la constitución de reservas que atenúen los efectos de los ciclos económicos. (...)”. Esa recomendación tuvo su reflejo en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social, cuyo artículo 2 modifica el apartado 1 del artículo 91 de la Ley General de la Seguridad Social, y establece que, “con cargo a los excedentes de cotizaciones sociales que puedan resultar de la liquidación de los Presupuestos de la Seguridad Social, de cada ejercicio económico, se dotará el correspondiente Fondo de Reserva, con la finalidad de atender a las necesidades futuras del sistema. (...)”. Aunque la Ley 24/1997, de 15 de julio, crea el Fondo de Reserva de la Seguridad Social, hay que esperar hasta el año 2000 para entender que se constituye dicho fondo, tras realizarse la primera dotación de 601,012 millones de euros. En 2012, como consecuencia del deterioro del empleo y los ingresos de la seguridad social por la crisis de 2008, el gobierno empezó a utilizarlo. Ha pasado de tener 66.815 millones de euros en 2011 a poco más de 15.000 millones en la actualidad. Al ritmo actual, el fondo podría quedar totalmente vacío a finales de 2017 o a principios de 2018. Por eso, en los Presupuestos Generales del Estado para 2017, el gobierno prevé emitir deuda antes que vaciar por completo el fondo de reserva. Según las previsiones, se sacarán 7.300 millones del fondo de reserva, que no se vaciará, y el Estado emitirá deuda para prestar hasta 10.192 millones a la Seguridad Social y pagar las pensiones. Cfr. CALDERÓN, I., “La hucha de las pensiones ya no da ni para pagar tres mensualidades”, *El Economista*, 2 de julio de 2016; PASCUAL, R., “El rendimiento de la hucha de las pensiones cae un 52% hasta julio”, *Cinco Días*, 2 de septiembre de 2016; MAQUEDA, A., “Hay vida aunque se agote la ‘hucha de las pensiones’”, *El País*, 5 de noviembre de 2016; GÓMEZ, M.V., “La Seguridad Social saca 9.500 millones de la hucha de las pensiones”, *El País*, 1 de diciembre de 2016; PASCUAL, R., “El Gobierno baraja emitir deuda antes de vaciar la hucha de las pensiones”, *Cinco Días*, 6 de febrero de 2017, y “Presupuestos Generales del Estado. El Estado emitirá deuda para prestar hasta 10.192 millones a la Seguridad Social y pagar las pensiones”, 2 de abril de 2017, en <http://www.rtve.es/noticias/20170404/seguridad-social-recibira-prestamo-10192-millones-euros-para-pagar-pensiones/1516601.shtml>. El fondo se regula en la LGSS (Título I, Capítulo VII, Sección 4ª, Fondo de Reserva de la Seguridad Social), en la Ley 28/2003, de 29 de septiembre, reguladora del Fondo de Reserva de la Seguridad Social, en el Real Decreto 337/2004, de 27 de febrero, que desarrolla reglamentariamente la Ley, y en la disposición adicional décima de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre de 2014, de Presupuestos Generales del Estado para 2015, por la que se regula el régimen excepcional de disposición de los activos del Fondo de Reserva de la Seguridad Social.

se corresponde con el papel -tradicionalmente fuerte- de la solidaridad de la familia en la protección social en España.

Pasemos ahora a analizar las reformas más coyunturales, vinculadas a la crisis económica y financiera. En países como España, los poderes públicos han adoptado dos enfoques diferentes para afrontar los efectos de la crisis, particularmente demoledores en el mercado de trabajo. En un principio, el gobierno socialista de Rodríguez-Zapatero concibió la política social como amortiguadora de la crisis, y trató de paliar los efectos que producía, combinando los estímulos al crecimiento y la consolidación fiscal, y reforzando algunas medidas de protección social¹⁵⁸. En un primer momento, el Gobierno trató de impulsar la actividad económica y el empleo, mediante la adopción de diversas medidas extraordinarias, que trataban de sustituir la actividad privada por la intervención administrativa¹⁵⁹. Más tarde, el ejecutivo ensayó distintas soluciones, para mejorar el nivel de ocupación y reforzar la protección social mientras duraba la crisis¹⁶⁰. En lo esencial, las medidas se situaron en el campo de la protección contra el desempleo. Ante la gravedad que adquirió la situación del mercado de trabajo, los poderes públicos aprobaron normas que tenían como objetivo el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas¹⁶¹. Pero el 12 de mayo de 2010 se produjo un giro radical, y se asumió la política económica y social de austeridad que auspiciaba la Unión Europea¹⁶². El Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, es el origen de los primeros recortes sistemáticos en la protección social¹⁶³. Desde entonces, primero el gobierno socialista de Rodríguez Zapatero y luego el gobierno conservador de Rajoy han aplicado las medidas de austeridad que propugnan o imponen el FMI, el Banco Central Europeo y la Comisión Europea, y que empobrecen a los ciudadanos, sin resolver un problema que requeriría una respuesta política y solidaria del conjunto de los países de la zona euro.



158 Cfr. GIL, J. L., “Espagne”, *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale*, 2009, pp. 266 ss.

159 Cfr. Real Decreto-Ley 9/2008, de 28 de noviembre, establece programas de fomento de la contratación de desempleados mediante obras y trabajos públicos. En concreto, crea un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo, que conllevan la aprobación de créditos extraordinarios por un total de 11.000 millones de euros con cargo al Presupuesto de 2008.

160 Cfr., por ejemplo, el Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre, sobre las medidas urgentes a adoptar en materia económica, fiscal, de empleo y de acceso a la vivienda; el Real Decreto 1300/2009, de 31 de julio, de medidas urgentes de empleo destinadas a los trabajadores autónomos y a las cooperativas y sociedades laborales, o el Real Decreto-Ley 2/2009, de 6 de marzo, de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas.

161 En palabras del entonces ministro de Trabajo e Inmigración, “el aspecto que más preocupa al Gobierno de la crisis financiera y económica internacional que golpea a nuestro país es su especial repercusión en el mercado de trabajo”: cfr. Intervención del Ministro de Trabajo e Inmigración Sr. Celestino Corbacho Chaves, Congreso de los Diputados, 26 de marzo de 2009.

162 Tres días antes, se celebró una reunión de los ministros de Finanzas del Eurogrupo, en la que se decidió que España debía cambiar el modo de luchar contra la crisis de la deuda, si quería evitar el rescate que ya había solicitado Grecia.

163 BOE de 24 de mayo de 2010. La corrección de errores de la norma aparece en el BOE de 26 de mayo de 2010. Por Resolución del Congreso de los Diputados de 27 de mayo de 2010, se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo (BOE de 1 de junio de 2010).

Así, cabe mencionar la reducción de la protección por desempleo. El Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de competitividad, prevé: la reducción de la cuantía de la prestación del nivel contributivo a partir de los seis meses¹⁶⁴; la eliminación de la prestación especial no contributiva para los mayores de 45 años que han agotado la prestación contributiva; el paso de la edad de acceso a la prestación no contributiva de desempleo de larga duración a 55 años, en lugar de 52, y la exigencia de haber agotado anteriormente una prestación contributiva o subsidio por desempleo, para beneficiarse de la renta activa de inserción. Esas medidas deberían tener como efecto aumentar el número teórico de los beneficiarios de la renta mínima de inserción -prestación a menudo inferior a la renta activa de inserción¹⁶⁵-, que es, junto con el programa de activación para el empleo, el furgón de cola de la protección social¹⁶⁶.

También se han producido recortes en el ámbito de la asistencia sanitaria. A primera vista, durante la crisis, el sistema universal público parece haber demostrado su eficacia, si se tiene en cuenta el porcentaje de personas que renuncian a la atención médica por razones económicas. En este sentido, España, Reino Unido y Finlandia son los países en los que este porcentaje es el más bajo¹⁶⁷. La primera legislación restrictiva frente a la crisis se centró en el acceso a los medicamentos. Impuso un copago a los jubilados, hasta entonces exentos. Algunos grupos, como el de los parados que pierden el derecho a percibir el subsidio de desempleo, siguen gozando de una exención total en el pago, mientras subsista esa situación¹⁶⁸. Así, en 2012 y 2013, varias intervenciones legislativas y reglamentarias han socavado los principios de universalidad y gratuidad del sistema nacional de salud¹⁶⁹.

.....

164 Hasta los seis meses, no se modifica el porcentaje, que sigue siendo el 70% de la base reguladora. Pasado ese tiempo, el porcentaje baja al 50%, en lugar del 60%. En cambio, la duración máxima de la prestación continúa siendo de veinticuatro meses.

165 Como se sabe, no hay una renta mínima de inserción en el Estado. Corresponde a cada Comunidad Autónoma configurar este dispositivo, cuyas condiciones de acceso y cuantía varían de una región a otra. Así, por ejemplo, en 2016, la cuantía de la prestación mensual básica para una persona era de 400 euros en Madrid, y de 625,58 euros en el País Vasco. Por su parte, la Renta Activa de Inserción es una prestación nacional, cuyas condiciones de acceso y cuantía regula el Estado. La cuantía de la Renta Activa de Inserción es el 80% del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM), que, en 2017, son 426 euros mensuales.

166 LAPARRA, M. y PÉREZ ERÁNSUS, B. (coord.), *Crisis y fractura social en Europa. Causas y efectos en España*, Obra Social "la Caixa", Col. Estudios Sociales n° 35, 2012, 218 p. Acerca del programa de activación para el empleo, cfr. "El Gobierno prorroga un año más el plan para parados de larga duración", *Expansión*, 28 de abril de 2017, y PASCUAL, R., "Estos son los nuevos requisitos para la ayuda de 426 euros para parados", *Cinco Días*, 28 de abril de 2017.

167 Según los datos de Eurostat, correspondientes al año 2010, el porcentaje era del 2,7% en España. Cfr. GIL, J. L. y MARTIN, P., "Le système espagnol de protection sociale à l'épreuve de la crise", *cit.*, p. 64, y, además, LAPARRA, M. y PÉREZ ERÁNSUS, B., *cit.*, pp. 115-118.

168 Artículo 102.8 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

169 El Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, sobre medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, pretende modular la cartera de servicios ofrecida, en función de las categorías de usuarios, asegurados o no, y vincula el copago por los medicamentos a los ingresos del solicitante. También dispone que los extranjeros en situación irregular solo tendrán acceso a los servicios de urgencias y de maternidad. Las personas que no tengan la condición de aseguradas o beneficiarias del sistema nacional de salud pueden suscribir, con el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGES), o con la administración pública autonómica correspondiente, en función del municipio en que se encuentren empadronadas, un convenio especial de prestación de asistencia sanitaria, por el cual pueden acceder, mediante el pago de una

El Tribunal Constitucional ha avalado algunas de esas medidas. Así, la STC 139/2016, de 21 de julio, ha juzgado que la exclusión de la asistencia sanitaria pública de carácter gratuito a los extranjeros sin permiso de residencia no vulnera el artículo 43 CE, pues el legislador puede modular las condiciones de la prestación de dicha atención médica¹⁷⁰. Por otra parte, a finales de 2011 y por el efecto de la política de austeridad, las Comunidades Autónomas empezaron a reducir ciertos beneficios, tales como el número de camas, los exámenes médicos, o los servicios de urgencia. Así, por ejemplo, en ciudades como Guadalajara, en que estaba previsto construir nuevas instalaciones para ampliar el número de camas, el hospital universitario cerró incluso alguna planta del edificio antiguo¹⁷¹. La tendencia se ha agravado con los recortes presupuestarios de carácter drástico que han sufrido las Comunidades Autónomas. Se han producido cambios en la organización del sistema de atención. Algunas Comunidades Autónomas, como Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, Madrid o Murcia, limitaron la atención nocturna en algunos centros de urgencias. Al menos en algunos casos, como el de Castilla-La Mancha, los tribunales paralizaron de forma cautelar la decisión de cerrar las urgencias nocturnas en 21 centros sanitarios de la región¹⁷², lo que obligó al ejecutivo regional a rectificar una



contraprestación económica, a las prestaciones de la cartera común básica de servicios asistenciales del sistema, en las mismas condiciones que disfrutaban las personas aseguradas o beneficiarias en el ámbito de la suscripción del convenio (arts. 1 y 2 del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio). En caso de desplazamiento temporal, también pueden disfrutar del mismo derecho en ese territorio, y son de aplicación los procedimientos de compensación del Fondo de Garantía Asistencial del artículo 3 del Real Decreto 16/2013, de 20 de abril (disposición adicional 1ª del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio). Los suscriptores deben pagar una cantidad mensual, cuya cuantía depende de la edad: 60 euros si la persona tiene menos de 65 años, y 157 euros si tiene más de 65 años. El importe puede incrementarse si se incorporan prestaciones de la cartera de servicios complementaria (art. 6 del Real Decreto 576/2013, de 26 de julio).

170 La sentencia resuelve el recurso de inconstitucionalidad 4123-2012, interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación con diversos preceptos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Aunque el fallo reconoce que el acceso a la sanidad es un derecho universal, el TC entiende que “se configura y concreta de acuerdo con lo que dispone la Ley, que debe regular las distintas condiciones y términos en los que se accede a las prestaciones y servicios sanitarios” (fundamento jurídico 8º). En este sentido, rechaza que “dichas prestaciones hayan de ser necesariamente gratuitas para todos sus potenciales destinatarios”. La ley determinará en cada caso cómo ha de ser la asistencia sanitaria pública. La sentencia señala que “la universalización legislativamente programada ha sido más bien un objetivo a conseguir, atendiendo a las circunstancias, entre las que ocupan un lugar destacado las económicas”. En este sentido, añade que la universalidad “no puede, en suma, confundirse con un derecho a la gratuidad en las prestaciones y los servicios sanitarios” (fundamento jurídico 8º). El Tribunal considera que, dentro del margen del que dispone el legislador, la nueva regulación “no responde a una opción arbitraria, sino a la preservación de bienes o intereses constitucionalmente protegidos, como el mantenimiento del sistema sanitario público, sin desconocer las posibilidades del sistema en un momento de intensas complicaciones económicas, observándose, en la distinción entre extranjeros con autorización de residencia y los que carecen de ella, la debida proporcionalidad y dando cumplimiento a las obligaciones internacionales en la materia” (fundamento jurídico 10º). La sentencia cuenta con dos votos particulares: uno del magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhiere la magistrada doña Adela Asua Batarrita, y otro del magistrado don Antonio Xiol Ríos.

171 “Cospedal cierra otras 840 camas hospitalarias antes de dejar el Gobierno de Castilla-La Mancha”, *Periódico CLM*, 25 de junio de 2015, y “El PP lamenta el cierre de la 9ª planta del hospital de Guadalajara”, *ABC*, 9 de enero de 2017.

172 Orden de 20/11/2012, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, sobre la Atención Sanitaria Urgente y Continuada en las Zonas Básicas de Salud. [2013/145] (*Diario Oficial de Castilla-La Mancha*, Año XXXII, Núm. 9, 14 de enero de 2013, pp. 709-712 y, en la prensa, “El TSJ de Castilla-La Mancha ordena la suspensión cautelar del cierre de las urgencias nocturnas”, *Huffington Post*, 17 de enero de 2013).

medida que afectaba a más de 100.000 vecinos¹⁷³. Por su parte, la Comunidad de Madrid trató de poner en marcha un plan de privatización de la gestión de seis hospitales y 27 centros de salud públicos, que atendían a cerca de un millón y medio de personas. Las protestas de los ciudadanos y de los profesionales sanitarios y, en última instancia, las decisiones de los jueces y tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa hicieron dar marcha atrás al gobierno conservador del Partido Popular en la Comunidad Autónoma, por más que el Tribunal Constitucional consideró luego que no era inconstitucional la ley en que se amparaba la medida¹⁷⁴. Los ejemplos ponen de relieve la importancia de



173 Orden de 25/03/2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, de derogación de la Orden de 20/11/2012, sobre la Atención Sanitaria Urgente y Continuada en las Zonas Básicas de Salud. [2013/3972] (*Diario Oficial de Castilla-La Mancha*, Año XXXII, Núm. 61, 27 de marzo de 2013, pp. 9083 y 9084) y, en la prensa, SEVILLANO, E.G., “Castilla-La Mancha deroga el cierre de las urgencias nocturnas”, *El País*, 27 de marzo de 2013.

174 El 31 de octubre, Ignacio González, entonces presidente de la Comunidad Autónoma de Madrid, anunció su intención de privatizar la gestión de seis hospitales y el 10% de los centros de salud. La Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas, de la Comunidad Autónoma de Madrid, publicada en el BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2013, pp. 19258-19322, permitía adjudicar contratos para la gestión del servicio público de asistencia sanitaria especializada en seis hospitales, construidos con dinero público e inaugurados en 2008. La decisión afectaba a 5.000 trabajadores y a 1,2 millones de madrileños. Una vez aprobada la ley, la Comunidad de Madrid sacó a concurso esos seis centros, hasta entonces gestionados bajo la forma jurídica de empresa pública. En los meses siguientes, se acumularon hasta catorce causas en diferentes tribunales. Tras una denuncia del PSOE, el TSJ de Madrid suspendió cautelarmente la privatización en julio de 2013, pero la levantó dos semanas después, al considerar que el partido político carecía de legitimación. En agosto de 2013, los adjudicó a tres grandes empresas de la sanidad privada, sin esperar a las sentencias de los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa en los que se acumulaban varios recursos. A principios de septiembre de 2013, un juzgado de lo contencioso-administrativo ordenó la suspensión cautelar. El auto apuntaba a posibles irregularidades en la adjudicación, como la modificación de las condiciones del concurso solo cuatro días antes de cerrarse el plazo, y a que los cambios en la gestión serían irreversibles, si acabara fallando contra el gobierno regional. Unos días más tarde, la sección tercera de la sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Madrid tomó la misma decisión, hasta enjuiciar el fondo del asunto. Entonces sucedió algo inusual. El entonces presidente de la Sala de lo contencioso-administrativo del TSJ de Madrid decidió elevar todos los asuntos relacionados con la privatización al pleno de la Sala, bajo su presidencia. Sin embargo, el medio centenar de magistrados del pleno acordó devolver los asuntos a los juzgados de origen. En enero de 2014, y como era previsible, la sección tercera no se contradijo a sí misma, y ratificó la suspensión cautelar. Entonces Ignacio González renunció al plan privatizador, por la presión de la llamada *marea blanca* -el mayor movimiento de protesta del sector sanitario en los últimos años- y por los reveses judiciales que habían dejado el proceso en suspenso. Sin embargo, siguió vigente la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, que permitía entregar a empresas privadas la gestión del servicio público de asistencia sanitaria. La STC 84/2015, de 30 de abril, desestimó el recurso presentado por el PSOE contra esa ley de la Comunidad Autónoma de Madrid. El Tribunal Constitucional consideró que la ley no era inconstitucional, aunque no entraba a valorar el tipo o la eficacia de la gestión, ni los pliegos o la adjudicación del concurso. El Tribunal Constitucional afirma que la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, tan solo abría la puerta a la posibilidad de que fuesen empresas privadas las que se ocupasen de la gestión del servicio público sanitario, pero no era “un imperativo”, y recuerda que, desde 1997, la legislación estatal permite otras formas de gestión en el sistema nacional de salud (fundamento jurídico 7º). El Tribunal señala que “nuestro juicio de constitucionalidad debe quedar ceñido al texto del impugnado artículo 62 de la Ley 8/2012, sin que podamos entrar a valorar eventuales diferencias de trato entre ciudadanos que su desarrollo o práctica aplicativa pudiera generar y que, en caso de producirse, obviamente quedarían sujetas a los mecanismos de tutela y control dispuestos por el ordenamiento” (fundamento jurídico 7º). Añade que “la opción por un sistema de gestión indirecta de los hospitales no representa, por ello mismo, una auténtica novedad sino la utilización de una posibilidad que, más allá de su mayor o menor novedad, abrió el legislador básico estatal en la Ley de 25 de abril de 1997” (fundamento jurídico 8º). El Tribunal Constitucional estima parcialmente el recurso de los cincuenta senadores socialistas en lo que concierne a otro de los intentos privatizadores del gobierno madrileño: entregar la gestión del 10% de los centros de salud de la región a empresas constituidas, en total o en su mayor parte, por profesionales del Servicio Madrileño de Salud. El precepto impugnado contradice la ley que regula los contratos del sector público, que contempla la igualdad de trato entre los candidatos a un concurso (fundamento jurídico 6º). Cfr., en la prensa, para un resumen de los avatares del proceso: SEVILLANO, E.G., “González dibuja un nuevo mapa sanitario”, *El País*, 1 de noviembre de 2012; SEVILLANO, E.G. y MARCOS, J., “Madrid aprueba el mayor plan privatizador de la sanidad pública”, *El País*, 28 de diciembre de 2012; SEVILLANO, E.G., “50.000 consultas suspendidas por la huelga médica

la lucha por el derecho, en tiempos en que la crisis y la falta de recursos se utilizan a veces como excusa para adoptar decisiones políticas guiadas más por criterios ideológicos que por la búsqueda del bien común y la racionalización de los recursos escasos.

En definitiva, la crisis ha aumentado la presión para transformar las políticas sociales, llamadas a convertirse en más asistenciales, y para dejar un espacio mayor a los mecanismos privados de previsión. Sin duda, las medidas de recortes presupuestarios en algunos sectores, como la salud, la educación, o la dependencia, afectan a los más vulnerables¹⁷⁵. Han aumentado la desigualdad y la pobreza y la exclusión social, en especial de los grupos más desfavorecidos¹⁷⁶. La clase media ha menguado, y ha perdido cerca de tres millones y



en Madrid”, *El País*, 9 de enero de 2013; SEVILLANO, E.G., “Madrid adjudica los hospitales sin esperar sentencia”, *El País*, 19 de agosto de 2013; SEVILLANO, E.G., “50 jueces decidirán si se reactiva la privatización sanitaria de Madrid”, *El País*, 17 de octubre de 2013; HERNÁNDEZ, J.A.; SEVILLANO, E.G., “La privatización sanitaria de Madrid seguirá suspendida cautelarmente”, *El País*, 9 de enero de 2014; ALTOZANO, M., “La justicia ratifica la paralización de la privatización sanitaria de Madrid”, *El País*, 27 de enero de 2014; MARCOS, J., y SEVILLANO, E.G., “Madrid da marcha atrás a la privatización sanitaria tras el último revés judicial”, *El País*, 27 de enero de 2014; “Más de un año de lucha”, *El País*, 27 de enero de 2014; “El TSJM da por cerrados los recursos contra la privatización sanitaria madrileña”, *El País*, 29 de mayo de 2014, y SEVILLANO, E.G., “El Constitucional avala la ley que inició la privatización sanitaria”, *El País*, 5 de mayo de 2015.

175 VIÑAS, J., “El gasto público en educación cae a su menor nivel en 20 años”, *Cinco Días*, 3 de mayo de 2017, y JIMÉNEZ, F.S., “Golpe a Sanidad y Educación: el gasto público en porcentaje del PIB cae a niveles históricos”, *El Economista*, 4 de mayo de 2017.

176 Varios organismos han constatado el aumento del riesgo de pobreza y exclusión social en España tras la crisis. En 2013, según el VIII Informe del Observatorio de la Realidad Social, elaborado por el Equipo de Estudios de Cáritas Española, había en España tres millones de personas en situación de pobreza severa, que vivían con menos de 307 euros al mes; los pobres representaban el 6,4% de la población del país, una tasa que casi duplicaba la de 2007 (3,5%): cfr. esos datos en Cáritas, *Empobrecimiento y desigualdad social. El aumento de la fractura social en una sociedad vulnerable que se empobrece*, VIII Informe del Observatorio de la Realidad Social, Equipo de Estudios, Cáritas Española, 10 de octubre de 2013, 30 pp. Cfr., asimismo, el *Report by Nils Muižnieks Commissioner for Human Rights of the Council of Europe Following his visit to Spain from 3 to 7 June 2013*, Strasbourg, 9 October 2013, CommDH(2013)18, 30 pp. El informe, que hace un hincapié especial en los menores y los discapacitados, avisa de que “los recortes efectuados en presupuestos sociales, educativos y de salud han conducido al preocupante incremento de la pobreza de las familias en España”. Y concluye que los recortes “tienen repercusiones desfavorables en el disfrute de los derechos humanos”. Recoge esa misma preocupación Human Rights Watch, en el *World report 2014*. Asimismo, según un informe que estudia cómo han influido la crisis y las medidas de austeridad en la pobreza infantil en los países ricos, España presenta una de las tasas más altas de pobreza infantil de los países estudiados y es el tercer país de la UE en pobreza relativa y “anclada”, por detrás de Rumania y Grecia. La pobreza “anclada” afecta en España a casi el 40% de la población infantil, con un aumento de 9 puntos porcentuales entre 2008 y 2014: cfr. CANTILLON, B.; CHZHEN, Y.; HANDA, S. and NOLAN, B. (eds.), *Children of Austerity: Impact of the Great Recession on Child Poverty in Rich Countries*, Oxford University Press, 2017, 368 pp., y “La crisis internacional y la austeridad golpean a los niños en países con altos ingresos”, en <https://www.unicef.es/nota-de-prensa/la-crisis-internacional-y-la-austeridad-golpean-los-ninos-en-paises-de-altos>, y “España, tercer país de la UE con la tasa de pobreza infantil más alta”, *El Economista*, 13 de abril de 2017. De igual modo, las estadísticas de Eurostat confirman el deterioro de las condiciones de vida en España, como consecuencia no solo del aumento de la desigualdad, sino también del porcentaje de población en riesgo de pobreza. Eurostat incluye aquí a los ciudadanos que perciban unos ingresos por debajo del 60% de la media nacional, una vez recibidas las transferencias sociales correspondientes, como pensiones, prestaciones por desempleo, o ayudas públicas. En 2008, el porcentaje de población en esa situación era del 21,7% en la zona euro, del 23,7% en la Unión Europea y del 23,8% en España. Siete años después, esos porcentajes se han situado en el 23,1% (subida de 1,4 puntos), en el 23,7% (sin cambios) y en el 28,6% (4,8 puntos). De esta manera, España se ha convertido en el tercer país de la UE en el que más población ha pasado a estar en riesgo de pobreza durante la crisis, con un avance de 4,8 puntos, solo superada por Grecia y Chipre, ambas sometidas a los ajustes derivados de los rescates. En ese avance, y como se ha señalado, ha tenido un peso determinante la devaluación salarial que se inició en 2012 y las sucesivas subidas de impuestos que se han aprobado en las dos legislaturas de Mariano Rajoy. Especialmente llamativa fue la subida del tipo general del IVA, cuyo incremento de tres puntos la situó como la nación que más incrementó la presión fiscal en ese tributo. Cfr. MOLINA, C., “España, el tercer país de la UE en el que más subió la pobreza en la crisis”, *Cinco Días*, 21 de marzo de 2017. El riesgo de pobreza empezó a reducirse en 2015, pero sigue siendo demasiado alto, en especial en el caso

medio de personas¹⁷⁷. Los ricos son cada vez más ricos, y los pobres, más pobres¹⁷⁸. La desigualdad tiene también una dimensión territorial. El crecimiento económico es desigual, y el valor del PIB por habitante no es homogéneo en todo el territorio¹⁷⁹. Según las Comuni-



de los menores de edad, y sigue creciendo entre las personas que tienen un puesto de trabajo. En este sentido, en su último informe anual sobre los desequilibrios macroeconómicos, la Comisión Europea ha advertido del reto que suponen la desigualdad y el riesgo de pobreza y exclusión social y de los efectos nocivos de la precariedad laboral en España: cfr. PÉREZ, C., “Bruselas alerta a España del alza de la desigualdad y la exclusión social”, *El País*, 22 de febrero de 2017; “Bruselas alerta de la precariedad laboral, el riesgo de pobreza y el déficit autonómico”, *Expansión*, 22 de febrero de 2017, y “La Comisión Europea denuncia el trabajo precario en España por el abuso de los contratos temporales”, *El Economista*, 22 de febrero de 2017. También la OCDE ha reclamado un crecimiento inclusivo, y ha señalado que la falta de empleo de calidad ha hecho aumentar la pobreza y la desigualdad: cfr. OECD, *Going for Growth 2017, Spain and OECD Economic Surveys, Spain, March 2017, Overview*, y, en la prensa, “La OCDE muestra su preocupación por la creciente desigualdad”, *El Economista*, 7 de marzo de 2017; “La OCDE advierte que la falta de empleo de calidad en España dispara pobreza y desigualdad”, *El Economista*, 14 de marzo de 2017; GÓMEZ, M.V., “La OCDE alerta de que la pobreza ha crecido ‘por la falta de empleo de calidad’”, *El País*, 15 de marzo de 2017, y MAS IVARS, M., “El crecimiento no llega a todos”, *Cinco Días*, 17 de abril de 2017. En fin, también el estudio de población especialmente vulnerable ante el empleo en España, que elaboran Accenture y Fedea, señala que el desempleo y la pobreza laboral hacen vulnerables a 4,16 millones de personas en España: cfr. FELGUEROSO, F.; MILLÁN, A.; TORRES, M., “Población especialmente vulnerable ante el empleo en España. Cuantificación y caracterización”, *Estudios sobre la Economía Española*, 2017/07, marzo 2017, Fedea y Accenture, <http://documentos.fedea.net/pubs/eee/eee2017-07.pdf>, 77 pp., y asimismo, la nota de prensa “Más de 4 millones de personas en hogares de baja renta seguirán atrapados por el desempleo y la pobreza laboral en los próximos 12 meses”, en <http://www.fedea.net/i-estudio-de-poblacion-especialmente-vulnerable-ante-el-empleo-en-espana/>, y “El desempleo y la pobreza laboral hacen vulnerables a 4,1 millones de personas en España, según Fedea”, *El Economista*, 16 de marzo de 2017. Cfr., en fin, el Informe sobre el Estado Social de la Nación 2017, que elabora la Asociación Estatal de Directores y Gerentes en Servicios Sociales, en <http://www.directoressociales.com/images/documentos/Novedades/INFORME%20ESTADO%20SOCIAL%20NACION%202017.pdf>, 22 de marzo de 2017, 32 pp., y la nota de prensa “Debate sobre el Estado social de la nación 2017”, 22 de marzo de 2017, en <http://www.directoressociales.com/prensa/402-debate-sobre-el-estado-social-de-la-naci%C3%B3n-2017.html> y ESTEFANÍA, J., “Retratos de un país dual”, *El País*, 16 de abril de 2017.

177 En 2004, las personas que vivían en hogares con un nivel de renta medio llegaban al 59%. Tres años más tarde, el porcentaje creció y llegó al 60,6%. A partir de ahí, no ha dejado de caer. En 2013, bajó al 52%. En total, en esos nueve años, el número de personas que pertenecen a la clase media ha descendido en unos tres millones y medio. Los hogares con renta más baja han crecido, y han pasado del 31,2% al 38,5% del total. Cfr. GOERLICH GISBERT, F.J., *Distribución de la renta, crisis económica y políticas redistributivas*, Fundación BBVA, Bilbao, 2016, 244 pp. y, en la prensa, GÓMEZ, M.V., “La clase media pierde tres millones de personas por la crisis”, *El País*, 7 de mayo de 2016, y, asimismo, más recientemente, PASCUAL, R., “La clase media se hunde en España, Finlandia, Italia y Alemania”, *Cinco Días*, 25 de abril de 2017, y “España es el país de Europa Occidental en el que más se ha reducido la clase media”, *El Economista*, 9 de mayo de 2017.

178 Eurostat mide la desigualdad a través de una estadística que compara la evolución de los ingresos del 20% de la población con la mayor renta disponible y la compara con los del 20% con menor renta disponible. En 2008, el 20% más rico ganaba 4,9 veces más que el 20% más pobre. Siete años después, esa cifra ha subido a 5,2, tres décimas de incremento. En esa estadística, en Lituania, Rumania, España y Estonia, la desigualdad ha crecido por encima de un punto, más de tres veces que la media en la zona euro. El caso de España es especialmente llamativo, porque es el más grande y desarrollado de los cuatro. En 2008, el 20% más rico ganaba 5,6 veces más que el 20% más pobre, mientras que esa cifra sube al 6,9 en 2015. Solo Lituania, Rumanía o Bulgaria tienen porcentajes superiores. Por el contrario, en doce países de la UE, la brecha entre los más ricos y los más pobres se ha reducido en la crisis. Entre ellos, se encuentran Portugal (6), Alemania (4,8), Francia (4,3), Holanda o Bélgica (3,8). Cfr. MOLINA, C., “España, el tercer país de la UE en el que más subió la pobreza en la crisis”, *Cinco Días*, 21 de marzo de 2017 y asimismo, entre otros, MORALEDA, A., “La crisis empobrece cinco veces más a los niños de rentas bajas que a los ricos”, *El País*, 14 de febrero de 2017, quien señala que el 60% de los menores pobres vive en hogares cuyo sustentador temporal tiene un contrato de duración determinada; MAQUEDA, A., “La clase media pierde salario pese a la recuperación económica”, *El País*, 12 de noviembre de 2016, el cual indica que, según datos del INE, el 10% que más gana ha aumentado su salario un 33,9% durante la última década, y, en fin, LLANERAS, K. y PÉREZ COLOMÉ, J., “Así son los nuevos pobres de España”, *El País*, 2 de abril de 2017. En general, acerca de la pobreza en el derecho internacional, cfr. USHAKOVA, T., “Capítulo I. Derecho internacional universal”, en ESCOBAR, G. (Dir.), *Pobreza. XIV informe sobre derechos humanos*, Federación Americana de Ombudsmen, Trama Editorial, 2016, pp. 25-54.

179 Una forma de comprobar los efectos del crecimiento desigual es comparar los valores de PIB por habitante de los distintos territorios. En 2016, y según los datos del INE, Madrid es la Comunidad Autónoma que contabiliza el mayor registro, con 32.723 euros, una cifra que es un 36,5% superior a la media española, situada en 23.970 eu-

dades Autónomas, varía grandemente el tiempo medio de espera para una operación quirúrgica¹⁸⁰, y prestaciones sociales como la renta mínima de inserción no están aseguradas por igual¹⁸¹. El déficit de las administraciones públicas no ha bajado con la rapidez que se esperaba, entre otras cosas por el peso insostenible de los intereses de la deuda pública, el aumento de los gastos en las prestaciones por desempleo, o las decisiones electoralistas de los partidos políticos en el poder en los Ayuntamientos, las Comunidades Autónomas y el Estado. En vez de descender, la deuda pública ha aumentado¹⁸². Hay un abismo entre



ros. En el lado opuesto, se sitúa Extremadura, que un año más es la región con un menor PIB per cápita, de apenas 16.369 euros, un 31,71% por debajo de la media nacional. Por ahora, Extremadura aún no ha recuperado la riqueza de antes de la crisis Cfr. DÍAZ GUIJARRO, R., “El PIB per cápita de Madrid duplica al de Extremadura”, *Cinco Días*, 30 de marzo de 2017, y, asimismo, VELARDE, J., “La explicación de las dos Españas”, *El Economista*, 10 de abril de 2017, y CALDERÓN, I., “Las comunidades ricas son cada vez más ricas y están más lejos de las pobres”, *El Economista*, 17 de abril de 2017.

180 Cfr. SEVILLANO, E.G., “Los canarios tienen listas de espera para operarse tres veces más largas que riojanos y vascos”, *El País*, 30 de marzo de 2017. Los canarios esperan, de media, 162 días para someterse a una operación quirúrgica, y los castellanomanchegos, 147. En cambio, los riojanos y los vascos apenas permanecen en lista de espera 46 y 49 días de media, respectivamente. Es decir, los españoles que viven en unas Comunidades Autónomas esperan hasta tres veces más que los de otras para ser operados en la sanidad pública. Las estadísticas sobre listas de espera quirúrgicas, que permiten conocer dos veces al año cuántos pacientes aguardan una operación y cuánto tiempo han esperado, llevaban más de una década sin incluir datos desglosados por Comunidades Autónomas, lo que impedía compararlas. Por primera vez, se conoce ahora ese desglose, uno de los secretos mejor guardados de la política sanitaria, gracias a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

181 Las disparidades existentes entre comunidades autónomas y la falta de una regulación estatal hacen que la renta mínima de inserción (RMI) no esté garantizada de igual modo en todo el territorio nacional. Según datos del informe de TORNOS MAS, J., “Derechos sociales, Comunidades Autónomas y crisis económica”, 2017, 63 pp., presentado en el VI Foro de la Autonomía, que se celebró el 15 de marzo de 2017 en el Senado y disponible en la sección de materiales de la página <https://www.foroautonomias.es/>, <https://www.foroautonomias.es/materiales/> y http://idpbarcelona.net/docs/foro/derechos_sociales.pdf, pp. 55 ss, la Comunidad Autónoma del País Vasco tiene la renta mínima de inserción más elevada, de 665 euros, por delante de su vecina Navarra (548 euros), Canarias (472) y Aragón (441). Las cuantías más bajas son las de Murcia (300 euros), Comunidad Valenciana (338) y Castilla-La Mancha (372). La cuantía es intermedia en Asturias, Castilla y León y Madrid, pero no hay límite para percibirla, como en esas otras dos autonomías. El informe constata que la crisis ha obligado a que las Comunidades Autónomas reformaran, en su mayoría, esta prestación, para reducir su cuantía y el número de beneficiarios. Así, el propio Gobierno vasco endureció los requisitos de empadronamiento y rebajó la cuantía y la población beneficiaria. En Cataluña, la Generalitat lo cambió en 2011 para introducir medidas restrictivas tanto en lo que se refiere a las cuantías, como al periodo de percepción y los beneficiarios de la prestación. La renta mínima no tiene la misma duración en todas las Comunidades Autónomas. Mientras que la percepción no tiene límite en Asturias, Castilla y León y Madrid, está restringida a seis meses en Andalucía, el mismo periodo que en Castilla-La Mancha y La Rioja; pero, en estos casos, ampliable a 24 meses. En Navarra, puede ampliarse a 30 meses, y en Extremadura, es prorrogable sin límite. Además, en los últimos años, parece advertirse una corrección favorable al incremento de la renta mínima de inserción, como ha ocurrido en Galicia, Extremadura, Baleares y Navarra.: cfr., en la prensa, el resumen de “El País Vasco tiene la renta mínima de inserción más alta, el doble que Murcia”, *El Economista*, 19 de marzo de 2017. También constata las disparidades un informe del Consejo Económico y Social que toma como referencia los últimos datos publicados por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Cuatro autonomías, entre las que se encontraba Madrid, recortaron estas ayudas en 2014. Cfr. GUTIÉRREZ, I., “La Renta Mínima de Inserción no está asegurada en todas las autonomías”, *El Economista*, 24 de agosto de 2016, y FERNÁNDEZ, C., “Un vasco sin recursos recibe 7 veces más ayudas que un manchego”, *Cinco Días*, 24 de agosto de 2016.

182 En 2007, la deuda pública representaba el 36,30% del PIB, y en 2008, el 40,20%. Desde entonces, el porcentaje ha subido de forma vertiginosa, llegó al 100,67% del PIB en agosto de 2016 y, en marzo de 2017, alcanza el 100,33% del PIB, según los datos del Banco de España y los cálculos del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, de acuerdo con la previsión de PIB para 2017 recogida en el Programa de Estabilidad 2017-2020. El endeudamiento del conjunto de las Administraciones Públicas cerrará 2017 en el 99,0%, según el proyecto de Presupuestos Generales del Estado que se tramita en el Congreso. Cfr. BAJO, J. L., “Las pensiones y los intereses de la deuda ‘se comen’ la mitad del gasto del Estado”, *El Economista*, 23 de enero de 2017; “La deuda pública cierra 2016 en el 98,98% del PIB”, *Expansión*, 17 de febrero de 2017; ZANCAJO, S., “Economía eleva al 99,26% el dato de deuda pública española”, *El Economista*, 7 de marzo de 2017; “La deuda pública alcanza en enero el 99,75% del PIB y alcanza su máximo histórico”,

las magnitudes macroeconómicas y la situación real de las personas. La recuperación no ha llegado todavía a los hogares, aun cuando la situación económica ha mejorado en los últimos años, la industria ha recuperado el peso que tenía antes¹⁸³, y el PIB de finales de 2016 supera ya los niveles anteriores a la crisis¹⁸⁴. El mercado de trabajo refleja la mejoría solo en parte, y las organizaciones internacionales y las instancias de la Unión Europea urgen periódicamente al gobierno español a continuar o a proseguir la reforma laboral, para reducir el desempleo, la tasa de temporalidad y la dualidad o segmentación en el

.....

Expansión, 17 de marzo de 2017; ESPERANZA, D., “La deuda pública cae hasta el 99,4% del PIB en el cuarto trimestre”, *Expansión*, 31 de marzo de 2017; “La deuda pública sube a 1,107 billones de euros en 2016, el 99,4% del PIB”, *El Economista*, 31 de marzo de 2017; “Pensiones, desempleo e intereses de la deuda suponen 5,5 de cada diez euros del Presupuesto”, *El Economista*, 4 de abril de 2017; “España tardará 20 años en alcanzar el objetivo de deuda pública del 60% del PIB”, *Expansión*, 11 de abril de 2017; “La deuda pública sube un 0,3% en febrero hasta el 99,69% del PIB”, *Expansión*, 18 de abril de 2017; SAN ISIDORO, R., “¿Cuáles son los países más endeudados?”, *Expansión*, 22 de abril de 2017; “La deuda del Estado cierra marzo en 968.804 millones y marca un nuevo récord”, *Expansión*, 28 de abril de 2017; “La deuda pública sube en 11.000 millones en marzo y vuelve a rebasar el 100% del PIB”, *El País*, 17 de mayo de 2017; “La deuda pública sube en más de 11.000 millones en marzo y sobrepasa el 100% del PIB”, *Expansión*, 17 de mayo de 2017; MAQUEDA, A., “Bruselas advierte a España de que seguirá tutelada por su elevada deuda pública”, *El País*, 25 de mayo de 2017, y <http://www.datosmacro.com/deuda/espaa>. Así, el 7% de los impuestos se destina a pagar los intereses de la deuda: cfr. BAJO BENAYAS, J. L., “¿A qué dedica el Gobierno lo que recauda a través de nuestros impuestos?”, *El Economista*, 11 de mayo de 2017. España solo logrará en 2037 el objetivo de que la deuda pública no exceda del 60% del PIB, según el Observatorio de Deuda de cierre de 2016, elaborado por la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal (AIReF): cfr. “España tardará 20 años en alcanzar el objetivo de deuda pública del 60% del PIB”, *Expansión*, 11 de abril de 2017. Según un informe, las diferentes intervenciones con que España reestructuró el sector financiero entre 2008 y 2015 elevaron la deuda pública nacional en un porcentaje equivalente al 4,8% del PIB nacional a cierre de 2015. Cfr. MILLARUELO, A. y RÍO, ANA DEL, “El coste de las intervenciones en el sector financiero desde 2008 en los países de la UE”, Banco de España, Artículos analíticos, 6 de abril de 2017, 13 pp., en <http://www.bde.es/f/webbde/SES/Secciones/Publicaciones/InformesBoletinesRevistas/ArticulosAnaliticos/2017/T2/fich/beaa1702-art10.pdf> y, en la prensa, “El rescate bancario elevó la deuda de España en una cifra equivalente al 4,8% del PIB”, *Expansión*, 6 de abril de 2017; “El coste del rescate bancario palidece ante el de no hacer nada”, *Cinco Días*, 7 de abril de 2017. Cfr. también el *Informe sobre la crisis financiera y bancaria en España, 2008-2014*, del BANCO DE ESPAÑA, 2017, 266 pp., y, en la prensa, BARRÓN, I., “El Banco de España elude la autocrítica en su explicación sobre la crisis financiera”, *El País*, 16 de junio de 2017; GONZALO, A. y PORTILLO, J., “El Banco de España da por perdidos 61.000 millones en ayudas de las cajas”, *Cinco Días*, 16 de junio de 2017; “La ineludible cuota de responsabilidad del Banco de España en la crisis bancaria”, *Cinco Días*, 16 de junio de 2017; “El Banco de España da por perdidos 60.613 millones del rescate a la banca”, *Expansión*, 16 de junio de 2017, y “El Banco de España da por perdidos 60.600 millones, el 79% de las ayudas del rescate bancario”, *El Economista*, 16 de junio de 2017.

183 A cierre de 2015, y según datos del INE, el peso de la industria en el PIB español alcanzó un 16,4%, la misma cifra que la registrada en 2007. Quedan atrás las cifras del año 2009, cuando el sector tocó fondo y su actividad se derrumbó a una velocidad mayor que la economía española. Cfr. MUÑOZ, A. y ESTELLER, R., “La industria recupera peso en España: vuelve a los niveles previos a la crisis”, *El Economista*, 25 de marzo de 2017.

184 En el último trimestre de 2016, y según los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), se produjeron en España un total de 282.790 millones de euros, lo que ha convertido a los meses entre octubre y diciembre de 2016 en los mejores de la historia. Ocho años después, se superan los 280.470 millones de euros del segundo trimestre de 2008, la mejor cifra hasta entonces. Pero, a diferencia del PIB, a los hogares aún les falta un trecho para recuperar los máximos de 2008. En concreto, los 133.008 millones del último trimestre de 2016 son un 5,5% menos que los del récord del tercer trimestre de 2008. Si al PIB le ha costado casi nueve años recuperar su nivel récord, la renta de los hogares va camino ya de una década perdida en España. En suma, aunque la producción ha alcanzado su máximo nivel histórico, esto no se ha trasladado por entero a los hogares, que aún siguen ingresando un 5,5% menos que antes de la crisis. La renta de los jubilados ha crecido, pero la de los jóvenes se ha hundido. Sobre el particular, cfr. CALDERÓN, I., “La recuperación lleva al PIB a máximos precrisis, pero no llega a los hogares: la renta aún cae un 5%”, *El Economista*, 7 de marzo de 2017 y “Los jubilados de hoy son un 9% más ricos que antes de la crisis mientras que los jóvenes son un 7% más pobres”, *El Economista*, 26 de abril de 2017; MAQUEDA, A., “La economía crece un 0,8% y se queda a las puertas de recuperar lo perdido con la crisis”, *El País*, 28 de abril de 2017; “El PIB crece al 0,8% hasta marzo y recupera lo perdido durante la crisis”, *El Economista*, 25 de mayo de 2017; MAQUEDA, A., “La economía se acelera impulsada por la inversión en bienes de equipo”, *El País*, 25 de mayo de 2017, y “El PIB per cápita de España sigue muy lejos de la Eurozona y de los niveles precrisis”, *El Economista*, 13 de junio de 2017.

mercado de trabajo”¹⁸⁵. ¿No serán esos requerimientos un reflejo de la esquizofrenia o falta de coherencia de las políticas que propugnan esas organizaciones, y que ha denunciado la doctrina¹⁸⁶? ¿Cabe aplaudir la recuperación económica, y alabar las últimas reformas laborales, e incluso pedir que se profundice en ellas, y, al mismo tiempo, alarmarse de los riesgos que entrañan el aumento de la precariedad, la desigualdad y la pobreza? En los *Pensamientos*, Pascal escribió que “il y a assez de lumière pour ceux qui ne désirent que de voir et assez d’obscurité pour ceux qui ont une disposition contraire”¹⁸⁷. Hay bastante luz para quienes quieren ver lo que Pascal llamaba la *raison des effets*¹⁸⁸.

CONCLUSIONES

En España, las últimas reformas han modificado aspectos estructurales del sistema de relaciones laborales al margen del diálogo social. La reforma del derecho a la negociación colectiva a través del Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, y del mercado

.....

185 Cfr. “El FMI, Bruselas y Berlín recrudecen la presión sobre las medidas laborales”, *El País*, 29 de enero de 2014. La Unión Europea pide a España que equipare la protección de los trabajadores temporales e indefinidos, lo que equivale, en realidad, a rebajar la protección de los segundos, y, asimismo, que modifique el sistema de incentivos, para que los desempleados vuelvan al mercado laboral con más rapidez. Caben dos posibilidades para lograr esto último: reducir las prestaciones de desempleo, o eliminar las ayudas, si los trabajadores no se forman o no aceptan ofertas de empleo. Cfr., asimismo, “Reformas tras reformas”, *El País*, 9 de septiembre de 2014; “Otra reforma laboral”, *El País*, 20 de abril 2015; PÉREZ, C., “Bruselas insta al próximo Gobierno a profundizar en la reforma laboral”, *El País*, 7 de diciembre de 2015; MOLINA, C., “Lo que pide el FMI a España: contrato único y más impuestos”, *Cinco Días*, 30 de enero de 2017; “El FMI espera que España traduzca su actual crecimiento en más empleo e ingresos”, *El Economista*, 18 de abril de 2017, y PÉREZ, C., “Christine Lagarde: ‘Esperamos una reforma laboral en España’”, *El País*, 17 de abril de 2017, quien escribe: “Lagarde aplaude los progresos de la economía española. Pero después de tres reformas laborales en seis años, pide una nueva ronda del mismo bebedizo para reducir la dualidad (el eufemismo mágico para evitar decir precariedad) del mercado de trabajo. El ADN del FMI es también una especie de armario cerrado con llave: desde hace un cuarto de siglo, en épocas de bonanza, en épocas de crisis y en épocas, como esta, a medio camino entre lo uno y lo otro, la receta sigue siendo una reforma laboral que parece una de esas liebres mecánicas e inalcanzables de los canódromos”.

186 SUPIOT, A., “Las vías de una verdadera reforma del derecho del trabajo”, *cit.*, p. 504. Cfr., asimismo, ESTEFANÍA, J., “La era de la posverdad en la economía”, *El País*, 20 de marzo de 2017, quien critica el último informe de la OCDE sobre España, que indica que ha aumentado la pobreza, sobre todo por la falta de calidad de los empleos que se crean, y que resulta necesario profundizar en la reforma laboral de 2012. Para Estefanía, esas ideas resultan contradictorias entre sí: resulta incompatible defender la reforma laboral y denunciar los empleos de baja calidad y el aumento de la pobreza. A su juicio, la reforma laboral “es la causante de la devaluación salarial que ha llevado al incremento de la pobreza, de la precarización estructural de los puestos de trabajo que se crean (la mayor parte de ellos empleos basura por sus condiciones laborales y generadores de la categoría de ‘trabajadores pobres’ que no llegan a fin de mes) y de la ruptura del equilibrio negociador en el seno de la empresa en beneficio del empresario”. Y concluye: “La OCDE pide algo y lo contrario. Por ejemplo: hay que reducir el déficit público, pero las ayudas públicas a las familias son escasas y el gasto social por niño es inferior al promedio de los países de la organización”. Acerca del informe de la Unión Europea de 2017 sobre España, cfr. también MOTA, J., “A más retórica sobre reformas, más desigualdad”, *El País*, 14 de marzo de 2017.

187 PASCAL, B., *Pensées*, Fragment Fondement n° 19/21. Cfr. el texto, con un comentario, y la correspondencia del pasaje con la numeración de otras ediciones, como la de Port-Royal de 1670 o la de Brunschvicg de 1897, en <http://www.penseesdepascal.fr/Fondement/Fondement19-moderne.php>.

188 Cfr. <http://www.penseesdepascal.fr/Raisons/Raisons.php> acerca de la *liasse* “Raison des effets”, quinto o sexto título de la tabla de materias de los *Pensamientos*. En la filosofía de Pascal, la *raison des effets* es lo que da razón de la incoherencia aparente de los efectos, y aporta una explicación, bajo la forma de una ley o una regla.

de trabajo por medio de la Ley 3/2012, de 6 de julio, se ha realizado sin el acuerdo de los interlocutores sociales y, en algunos casos, en contra del criterio que estos habían expresado en los acuerdos interconfederales. Los órganos de control de la OIT han subrayado que el respeto del diálogo social es siempre importante, pero aún más en los momentos de crisis económica, y han criticado, en particular, que reformas que afectan a elementos esenciales del sistema de relaciones laborales, como el derecho a la negociación colectiva, se hayan adoptado prescindiendo de la consulta con las organizaciones de trabajadores y empresarios.

En cuanto al contenido, las reformas han conferido al empresario un poder mayor para imponer la descentralización de la negociación colectiva y para congelar la aplicación de los convenios colectivos, al establecer la prioridad aplicativa del convenio de empresa (art. 84.2 ET) y ampliar las posibilidades de inaplicación de los convenios colectivos de sector o empresa (art. 82.3 ET) y de modificación sustancial de las condiciones de trabajo establecidas en los acuerdos colectivos, mediante la decisión unilateral del empresario después de un periodo de consultas (art. 41.4 ET). Como señala el Comité de Libertad Sindical de la OIT, en el Informe núm. 371, de marzo de 2014, el recurso a procedimientos que favorecen, de manera sistemática, la negociación descentralizada de disposiciones derogatorias menos favorables que las de nivel superior puede desestabilizar globalmente los mecanismos de negociación colectiva, así como las organizaciones de empresarios y de trabajadores, y debilita la libertad sindical y la negociación colectiva, en violación de los principios consagrados en los Convenios núms. 87 y 98. A juicio del órgano de control, el problema de si las dificultades económicas graves de las empresas pueden reclamar, en determinados casos, la modificación de los convenios colectivos debe abordarse y puede tratarse de diferentes maneras, que deberían concretarse en el marco del diálogo social. En fin, el Comité de Libertad Sindical recuerda que, en principio, debe corresponder a las partes la determinación del nivel de la negociación colectiva. En las conclusiones XX-3, de 2014, el Comité Europeo de Derechos Sociales abunda en consideraciones similares. Además, parece claro que la tendencia que impone la ley aumenta el riesgo de que el empresario ejerza de forma arbitraria las prerrogativas que le otorga el ordenamiento jurídico, sobre todo en las pequeñas y medianas empresas, con bajo nivel de afiliación y representaciones unitarias y sindicales débiles.

Según se ha advertido¹⁸⁹, las últimas reformas laborales abandonan el enfoque tradicional del derecho del trabajo, centrado en la protección del trabajador como parte débil de la relación laboral. El objeto de regulación de la ley laboral se desplaza desde el trabajo a la producción y el empleo, y desde el trabajador y sus condiciones de trabajo a su empleabilidad.



189 RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Prólogo. La reforma laboral de 2012”, *cit.*, p. 40.

El trabajo se trata como un factor de la producción y la economía. Se admite, como dogma, que la eliminación de la rigidez laboral favorece la producción y la economía y, por ende, permite crear empleo. Como pocas otras instituciones laborales, el despido refleja ese cambio de paradigma. Las últimas reformas laborales han reforzado los poderes del empresario y, en particular, el poder de despido, con una posible vulneración del Convenio núm. 158 de la OIT. El legislador facilita los despidos por circunstancias inherentes a la empresa, limita los controles administrativos, sindicales y judiciales, y reduce las indemnizaciones por despido. De ese modo, establece un nuevo equilibrio en la relación laboral. El legislador parece confiar en el ejercicio regular de los poderes por parte del empresario, y en que el despido constituya un último recurso, cuando no sea posible hacer uso de las medidas de flexibilidad interna o de inaplicación del convenio colectivo en vigor. Pero, en realidad, ha aumentado el riesgo de arbitrariedad en el ejercicio de los poderes empresariales, porque recae en el propio empresario la responsabilidad de elegir la alternativa que considere más idónea, y resulta más difícil controlar si la decisión del empresario sobrepasa el margen legítimo de discrecionalidad que conlleva el ejercicio de la libertad de empresa.

El reforzamiento de los poderes del empresario, unido al intento del legislador de limitar los mecanismos tradicionales de control, hace recaer en los jueces y tribunales la tarea de buscar un equilibrio justo de intereses en la relación laboral. Las reformas laborales han puesto de relieve la importancia de la lucha por el derecho y del control judicial. Los órganos judiciales tienen la última palabra acerca de la licitud de la medida empresarial. En un Estado material de derecho, como el que instaura la Constitución, el poder judicial goza de una reserva de jurisdicción¹⁹⁰ y ha de velar para que el ejercicio de los poderes del empresario, que se lleva a cabo mediante actos de autotutela privada¹⁹¹, no menoscabe de forma injustificada los derechos de los trabajadores. En esa tarea, los jueces y tribunales deben ejercer con independencia y libertad de criterio las facultades que derivan de la reserva de jurisdicción, pero sin incurrir en un uso alternativo del derecho o en una jurisprudencia *contra legem*, guiada por prejuicios ideológicos. Así pues, en gran medida, la consecución del objetivo de la flexiseguridad que persiguen las reformas depende de la intensidad y racionalidad del control judicial. En ocasiones, el legislador interviene para cerrar el paso a una interpretación judicial que considera demasiado restrictiva, o francamente contraria a la teleología de las reformas. De ese modo, se instaura un diálogo entre el legislador y los jueces y tribunales, en el que han intervenido también, con un mayor o menor grado de exigencia y acierto, el Tribunal Constitucional y los organismos internacionales de supervisión y control.

.....

190 MUÑOZ MACHADO, S., *La reserva de jurisdicción*, La Ley, Madrid, 1989, 160 pp.

191 GIL, J. L., *Autotutela privada y poder disciplinario en la empresa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, 178 pp.

En suma, las últimas reformas laborales en España para luchar contra la crisis plantean problemas de adecuación a los instrumentos de derecho internacional del trabajo, ya sea por la vulneración de alguno de los preceptos de los Convenios de la OIT, o por apartarse de las recomendaciones y buenas prácticas que sugiere esa organización para conseguir una globalización equitativa y buscar el mejor modo de superar la crisis económica sin vulnerar los derechos de los trabajadores. Hay un desempleo elevado y un déficit de trabajo con derechos, y han aumentado la precariedad, la desigualdad, la pobreza y la exclusión social. El trabajo decente es un modelo integrado, y las reformas laborales que permiten o fomentan la bajada generalizada de los salarios, y hacen posible o no combaten la precariedad, deben tener en cuenta, por ejemplo, las repercusiones de la cantidad y calidad del empleo en el sistema de protección social y, en particular, en la sostenibilidad del sistema de pensiones. De igual modo, una reducción de la protección contra el despido, sin la mejora del acceso al empleo y de la protección social, puede servir tan solo para facilitar la sustitución de trabajadores de edad avanzada y con salarios más elevados, por otros con retribuciones inferiores. En este sentido, las reformas han puesto de relieve uno de los propósitos del derecho internacional del trabajo: la consolidación del derecho nacional. Ese objetivo, que obliga al Estado que ratifica un Convenio de la OIT a mantener ese nivel mínimo de protección en el derecho interno, es de una gran importancia en tiempos de globalización y crisis económica, en que resulta tentador subordinar el derecho del trabajo a la economía. Así, por ejemplo, la ratificación del Convenio núm. 158 de la OIT contribuye a la consolidación de la legislación nacional que protege contra el despido injustificado, y supone una garantía contra las medidas de regresión o vuelta atrás. En definitiva, cabe modificar el grado de protección contra el despido injustificado, que es un elemento estructural del sistema de relaciones laborales, pero respetando unas exigencias mínimas que derivan del Convenio núm. 158 de la OIT.

JOSÉ LUIS GIL Y GIL

Catedrático de Derecho del Trabajo

Universidad de Alcalá

jl.gilygil@gmail.com

EFICIENCIA ECONÓMICA *VERSUS* PROTECCIÓN LABORAL EN LA JURISPRUDENCIA

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

Catedrático de Universidad

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

Profesor Titular (acreditado a Catedrático)

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Fecha de recepción: 17/02/2017

Fecha de aceptación: 13/03/2017

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 1.1. Coordenadas del artículo. 1.2. Memoria de impacto y Exposiciones de Motivos. 1.3. Principios y valoraciones constitucionales. 1.4. Atalaya crítica. 1.5. Metodología seguida. 2. MUESTRARIO DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RECIENTE. 2.1. El período de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores. 2.2. Las competencias decisoras de las Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. 2.3. La proscripción de la jubilación forzosa en los convenios colectivos. 2.4. Legislación de emergencia. 3. CUESTIONAMIENTO DEL ESCENARIO ECONÓMICO ADVERSO COMO CANON DE CONSTITUCIONALIDAD 4. REGRESIVIDAD Y NEOHERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL. 5. REFLEXIONES FINALES.

RESUMEN: El Tribunal Constitucional ha empleado un novedoso canon de constitucionalidad “económico” para el enjuiciamiento de la constitucionalidad de la reforma laboral de 2012, introduciendo dicha variable como una más del principio de proporcionalidad, aspecto duramente criticado por varios magistrados a través de sendos votos particulares, circunstancia que se relaciona directamente con la dogmática de la reversibilidad de los

derechos. El propósito de este estudio es situar en sus justos términos dicho parámetro “económico” como elemento nuclear de la hermenéutica constitucional.

ABSTRACT: The Constitutional Court has used a new canon of “economic” constitutionality for the prosecution of the constitutionality of the labor reform of 2012, introducing the variable as a principle of proportionality, harshly criticized by several judges look through two separate dissenting opinions, circumstance that is directly related to the dogma of reversibility of rights. The purpose of this study is placed in its proper terms this “economic” parameter as a core element of the constitutional hermeneutics.

PALABRAS CLAVE: Crisis económica. Ordenamiento laboral. Tribunal Constitucional. Canon económico de constitucionalidad.

KEYWORDS: Economic Crisis. Labor Law. Constitutional Tribunal. Economic Canon constitutionality.

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Coordinadas del artículo

Los editores de esta publicación han interesado la aportación de un escrito titulado cual la rúbrica que antecede a estas páginas hace: eficiencia económica *versus* protección laboral en la jurisprudencia. Sin ánimo de enmendar el encargo, lo cierto es que el derecho de autoría seguramente tolera que se formulen algunas observaciones sobre el particular:

- Puesto que la perspectiva elegida es la del ordenamiento laboral, la “eficiencia económica” de que se debe hablar es la referida a la derivada del factor humano. Se trata de comprobar en qué medida la empresa, entendida como conjunto organizado en orden a la producción, cumple su finalidad (elaboración de bienes, prestación de servicios) pese a operar en un sistema donde ha de respetar las exigencias propias del Derecho del Trabajo.
- La “protección laboral” alude, sin duda, a la voluntad de imponer a las relaciones laborales el respeto al contenido de un trabajo decente y digno, prestado con arreglo a los estándares de un país que combina la economía de mercado con el respeto a los derechos sociales.
- La oposición entre las dos magnitudes (“*versus*”) sugiere que ambas operan en sentido opuesto, como si se tratase de adversarios conceptuales; sin embargo, lo cierto es que las modernas tendencias de la economía productiva y del Estado social de Derecho más bien optan por la transición hacia el sistema colaborativo, máxime si nos movemos dentro del espacio de la Unión Europea.
- En suma, no se trata de que haya un vencedor y un derrotado, sino de que los límites entre unas y otras instituciones sean acordes con las estimaciones sociales de cada momento. Se opte por la visión conflictivista o por la integradora es evidente que la interacción entre los dos bloques reseñados solo puede llevarse a cabo en términos de mutua aceptación y colaboración.

1.2. Memoria de impacto y Exposiciones de Motivos

En nuestro ordenamiento la promulgación de una nueva norma exige la elaboración previa de una memoria justificativa que analice su previsible impacto en los términos enunciados por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio. Entre las menciones que necesariamente tiene que contener dicha memoria destaca el “*impacto económico y presupuestario*” de la misma, que “*comprenderá el impacto sobre los sectores, colectivos o agentes afectados por la norma*” (art. 2.1.d)]¹. Dichas memorias pueden servir de parámetro interpretativo auxiliar en los términos previstos en el Código Civil². Su contenido no puede ser tenido en consideración como integrante de la norma pero sí es adecuado para contextualizarla, cuestión distinta es que las deficiencias en tal memoria repercutan en la validez de la disposición³.

Lo que antecede posee especial significación en el caso de las normas laborales. Su memoria puede explicar (e incluso justificar) determinados procederes normativos y la elección legislativa por uno u otro modelo de protección laboral. La “*crisis económica*” y financiera se ha empleado como justificación, en no pocas ocasiones, de las novedosas medidas jurídicas que se han adoptado en los textos normativos. Singularmente en las exposiciones de motivos⁴, llenas de explicaciones contextualizadoras y argumentativas⁵. Las

.....

1 Se pretende con ello asegurar, con carácter previo a su promulgación, que en el proceso legislativo se han tenido en consideración “*las consecuencias jurídicas*” y, sobre todo, las “*económicas*” del nuevo escenario normativo resultante.

2 El art. 7 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, dispone que “*Las Administraciones Públicas, en el ámbito de sus competencias, publicarán:... / ... d) Las memorias e informes que conformen los expedientes de elaboración de los textos normativos, en particular, la memoria del análisis de impacto normativo regulada por el Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio*”.

3 Las impugnaciones para que se declare la nulidad de una norma por no haberse seguido correctamente todos los trámites que exige dicha memoria de impacto normativo han sido infructuosas. Véase, por ejemplo, la S TS (Contencioso-Administrativo, Sección 7ª), de 4 de febrero de 2015 (RJ 2015\1379) en un asunto de impugnación de la normativa reguladora de la carrera judicial. La STS-CONT de 21 de enero de 2015 (RJ 2015\459) precisa al efecto, en una impugnación de un plan hidrológico, que “*hay que entender que lo planteado [por esta norma] no es tanto la exigencia formal de esos estudios -o memoria, según la normativa general-, como que al elaborar el Plan [hidrológico] no se hayan abordado las previsiones sobre el impacto económico que supondrá, en general, sobre los usos y concesiones preexistentes y, en especial, el impacto que en los usos hidroeléctricos*”. Tampoco tiene especial trascendencia que en dicha memoria se haya obviado la participación institucional de algún ente territorial afectado por la norma: STS-CONT de 11 de febrero de 2014 (RJ 2014\1077).

4 La exposición de motivos de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, precisa que “*La crisis financiera y económica de origen internacional que se ha desarrollado desde principios de 2008 ha quebrado la larga senda de crecimiento económico y del empleo que vivió la economía española desde mediados de los noventa y ha tenido como consecuencia más grave una intensa destrucción de empleo y el consecuente aumento del desempleo*”.

La exposición de motivos del Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas afirma categóricamente que “*La consecuencia más grave de la crisis económica y financiera en nuestro mercado laboral es el importante aumento de las personas en situación de desempleo*”.

El primer párrafo de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral precisaba que “*La crisis económica que atraviesa España desde 2008 ha puesto de relieve las debilidades del modelo laboral español*”.

De “*escenario actual de crisis económica*” habla la exposición de motivos del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia.

5 Interesante sería, desde otro punto de vista, analizar el contexto socioeconómico en el que se desenvuelve la

exposiciones de motivos de las normas tampoco forman parte de su contenido obligatorio. Sin embargo en multitud de ocasiones se han empleado para apoyar *-a fortiori* o simplemente a mayor abundamiento- un determinado argumento interpretativo. O incluso para enmarcar, como introito, un desarrollo argumental, o, en fin, para servir de corolario del argumento jurídico central.

Las normas laborales no solo recurren a determinados criterios económicos para articular sus previsiones sino que también suelen emplearlos como parámetros interpretativos. Su aplicación reclama con frecuencia la atención al contexto económico en el que se desenvuelve el mandato normativo. No es que dicho contexto, explicitado en las memorias normativas y en las exposiciones de motivos, determine la interpretación correcta sino que la contextualiza e induce.

1.3. Principios y valoraciones constitucionales

Más allá del criterio de interpretación teleológica que necesariamente tiene que utilizar el intérprete y que sirve para dar entrada al tenor de las memorias o exposiciones de motivos, el texto constitucional contiene un criterio hermenéutico de difícil concreción práctica en el ámbito de la jurisdicción en sentido estricto. El art. 53.3 de la Constitución precisa al respecto que el “reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, añadiendo seguidamente que “solo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

El último párrafo concreta lo que tradicionalmente se denomina como derechos constitucionales de configuración legal, aspecto que ahora no nos interesa en demasía, aunque se volverá con él más adelante, cuando se traten los límites que la Constitución impone al legislador laboral⁶. Sin embargo, lo que se revela como complicado y sí tiene su trascendencia operativa desde el punto de vista de la hermenéutica normativa es llegar a com-



legislación laboral a lo largo de los años mediante el estudio de las exposiciones de motivos de las normas anuales reguladora del Salario Mínimo Interprofesional, aunque esta cuestión excede del ámbito de este trabajo.

6 La STC 80/1982, de 20 de diciembre, afirma al respecto que el valor “normativo inmediato de los artículos 39 a 52 de la Constitución ha de ser modulado en los términos del artículo 53.3 de la Norma Fundamental”, inciso del precepto que, esencialmente, impide, de un lado, considerarlos “normas sin contenido”, lo que obliga, por ello precisamente, a los “poderes públicos a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes”. Con esta sentencia arranca la ordenación del propio concepto de “núcleo duro del derecho constitucional”, aquel que es perfectamente identificable como tal desde cualquier óptica y, a su vez, el que si falta impide tener por satisfecha la exigencia constitucional. El paso siguiente es muy evidente, pasa por afirmar que cada derecho constitucional, haya sido regulado en una norma de rango legal o no, tiene una fisonomía propia como derecho constitucional que es, ensanchando sobremanera el ámbito objetivo de los derechos fundamentales de configuración legal para dar cabida, no solo a la regulación normativa que de ellos se haga, prácticamente constituyente, sino también a la interpretación que se deduce por el propio Tribunal Constitucional de dichos derechos constitucionales. Obviamente, no todas las resoluciones del Tribunal interpretando derechos constitucionales forman parte de dicho núcleo duro, pero esto es una cuestión que se analizará más adelante.

prender qué quiere decir el constituyente con la mención a que dichos principios informarán la “*práctica judicial*”. Parece claro el alcance de la referencia a la información de “*la legislación positiva*”, o la “*actuación de los poderes públicos*”. La referencia a las memorias normativas y a las exposiciones de motivos de las normas cumplen el primer mandato, y la propia actuación administrativa y de ejecución burocrática de las administraciones públicas el segundo.

Sin embargo, como se comenta, es difícil apreciar qué quiere decir la norma cuando precisa que dichos principios deben informar la “*práctica judicial*”. ¿Significa, más allá de las previsiones normativas en sentido estricto, que el intérprete debe tener en consideración los espacios contextuales en que se desarrollan las normas? Si estos espacios se han visto alterados por la crisis económica, como así ha sucedido sin ningún género de discusión en los últimos años.

1.4. Atalaya crítica

Enlazando las premisas precedentes debe concluirse que las memorias explicativas o exposiciones de motivos no pueden tomarse en consideración para la estricta y directa interpretación de la prescripción normativa pero sí para contextualizar la su operatividad, enmarcándola.

La STC 27/2015, de 19 de febrero, precisa al respecto, para valorar la concurrencia de la situación de extraordinaria y urgente necesidad que se exige para legislar por delegación legislativa, que “*la exposición de motivos de la norma así como de lo expuesto en el debate parlamentario y en el expediente de elaboración es posible inferir la existencia de una justificación de carácter general, la situación de crisis económica que obliga a la introducción de reformas orientadas al crecimiento económico y a la creación de empleo*”. Es decir, un cierto papel orientador de la labor interpretativa sí que tienen estos instrumentos jurídicos, y así se reconoce.

El problema, por tanto, se traslada a la manera en que la crisis económica ha sido tenida en consideración cuando se enjuicia la operatividad de una norma creada en tiempo de crisis y para ser aplicada en ese mismo contexto. No es, por tanto, un problema de sí o no, es un problema de cómo y cuánto, pero partiendo de la premisa de que estos instrumentos jurídicos pueden ser tenidos en consideración en la labor hermenéutica de las dictados normativos de las normas.

Desde esta perspectiva debemos cuestionar en qué forma y de qué manera el contexto económico de la actual crisis económica, explicado en las memorias normativas y en las exposiciones de motivos, ha mediatizado, influido o modelado la interpretación de las normas laborales.

1.5. Metodología seguida

A fin de no desbordar las dimensiones razonables de estas notas, se ha optado por concretar al máximo el objeto material considerado. Se trata de examinar hasta qué punto emplea el legislador un concepto homogéneo y unívoco de crisis económica. Se trata de averiguar si ese concepto posee perfiles exportables a todos los ámbitos de las normas laborales, o incluso del resto del ordenamiento⁷; o si acaso ese concepto es refractario al sometimiento a una cierta disciplina homogeneizadora. De ello depende que la crisis económica aparezca como un instrumento más en la labor hermenéutica o como un elemento jurídicamente indeterminado, propiciando la inseguridad jurídica.

En ese mismo orden de consideraciones pragmáticas se sitúa la opción de atender básicamente al contenido de la jurisprudencia constitucional. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de enfrentarse, ya en varias ocasiones, al enjuiciamiento de normas laborales adoptadas en plena crisis económica. Sus resoluciones pueden ser analizadas desde dos planos distintos, aunque complementarios, descendiendo, en primer lugar, al detalle del enjuiciamiento y apreciando, en segundo lugar, el canon de interpretación novedoso que tiene como protagonista a la crisis económica.

2. MUESTRARIO DE JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RECIENTE

El estudio de las sentencias recientes del Tribunal Constitucional muestra una tendencia a incorporar, cada vez de manera más frecuente, el propio concepto de crisis económica como elemento valorativo de sus juicios. En el fondo, lo que se cuestiona es si la restricción de los derechos fundamentales puede sustentarse en la crisis económica. Es como averiguar si la modulación característica entre derechos fundamentales puede tener como fiel de la balanza las explicaciones contextuales que se deducen de las exposiciones de motivos y de las memorias normativas.

Como comprobación de las bases que sustentan tal aserto recordemos seguidamente tres supuestos, bien conocidos y relevantes, en los que está presente esa valoración contextual.

.....

⁷ Sobre este tema en general véase EMDIB IRUJO, A.: *La constitucionalidad de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 2012, especialmente útil para analizar la modificación del art. 135 de la Constitución, p. 35 y capítulo 5 y la influencia de las modificaciones que se han producido en la normativa comunitaria, pp. 91 y ss.

2.1. El período de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores

Identificación.- La STC 119/2014, de 16 de julio es una de las que con más intensidad ha recurrido al concepto de crisis económica para apoyar sus razonamientos jurídicos. Centremos el análisis en uno de los temas estrella de la reforma laboral de 2012: el contrato de apoyo a emprendedores, en concreto el período de prueba de duración anual cuya constitucionalidad se cuestiona y que aparece como obligatorio para las partes e indisponible para la negociación colectiva.

Planteamiento.- El Abogado del Estado en el trámite de alegaciones subraya que el período de prueba sirve para comprobar la aptitud del nuevo trabajador, así como para la valoración de otras variables que influyen en el desarrollo de una relación laboral, y que no tienen que ver directamente con la calidad intrínseca del trabajo que se realiza: “*su motivación, su carácter, su compatibilidad con superiores y compañeros, su adecuación al ambiente de trabajo*”, añadiendo, y esto es lo que se quiere subrayar en este momento, otro criterio adicional: “*si el puesto de trabajo es viable económicamente; es decir, sostenible en el tiempo desde el punto de vista económico-financiero*”, apreciación singularmente interesante en “*un contexto de crisis como el actual*”.

Eje argumental.- El Abogado del Estado no está empleando en este momento el concepto de crisis económica para justificar la exagerada duración del período de prueba, un año, ni para contextualizar la opción legislativa legítimamente adoptada. Afirma algo más sutil desde el punto de vista de la protección de los derechos de los trabajadores: que las posibilidades de optimizar económicamente el esfuerzo productivo del trabajador forma parte del cúmulo de variables que pueden ser tenidas en consideración para desistir de un contrato de trabajo durante el referido período de prueba. Con lo cual se amplían sobremanera las circunstancias que permiten al empresario huir del instrumento del despido laboral para situarse en la cómoda lógica de desistimiento. A las tradicionales circunstancias laborales y personales, típicas ambas de la institución, se le ha unido la de mantenimiento económico del puesto de trabajo. Con ello, incluso un trabajador que realice óptimamente su actividad laboral y encuentre correcto acomodo personal (y social) en la dinámica de la empresa desde el punto de vista organizativo y humano, puede no superar el período de prueba si el empresario detecta que el mantenimiento del puesto de trabajo es excesivamente oneroso desde el punto de vista del equilibrio bilateral de las prestaciones mutuas entre los antagonistas laborales.

Trascendencia del tema.- Parece como si la lógica jurídica del despido individual por causa económica pudiera tenerse en consideración para articular el desistimiento en el período-

do de prueba. Incluso con eficacia exclusiva, es decir, desgajada de la conexión con otras cuestiones o circunstancias. Entender, como se hace, que dentro del período de prueba se puedan incrustar consideraciones ajenas al propio desarrollo, laboral o personal, del trabajo realizado o del propio trabajador es ensanchar enormemente el ámbito operativo del desistimiento. Emplear el período de prueba para dar cobertura institucional a auténticas extinciones contractuales empleando técnicas jurídicas, como el desistimiento, típicas del derecho privado general, del derecho civil, basadas en elementos no relacionados directamente con el objeto del contrato de trabajo o el trabajador es ensanchar sobremedida el ámbito operacional de dicho período de prueba. Y, sobre todo, desconectarlo de todas aquellas cuestiones que tienen que ver con la actividad laboral en sí misma considerada o el trabajador como integrante humano de un ecosistema laboral concreto⁸.

Contexto de paro.- El Abogado del Estado, desde una argumentación más ortodoxa también justifica la “*mayor duración del período de prueba*” por nacer dicha modalidad contractual (la del contrato de apoyo a emprendedores) con “*una vocación coyuntural para tratar de paliar la descomunal tasa de paro que nos atormenta*” en la medida de que se trata de un “*derecho laboral para una coyuntura excepcional*” y que dicho período anual no se impone para la generalidad de las contrataciones en el ordenamiento laboral, sino “*únicamente para una singular y probablemente minoritaria modalidad de contratación laboral indefinida*” dirigida específicamente a pequeñas empresas (probablemente las más necesitadas de apoyo y ayuda institucional), por lo que con el largo período de prueba instituido se podría contribuir a minimizar “*los importantes riesgos económicos asociados a un contrato de trabajo por tiempo indefinido*” desde el punto de vista empresarial. En definitiva, que el contexto de crisis económica en el que se desenvuelve la normativa que implementa dicha modalidad contractual novedosa, justifica, tutela, o cuanto menos ampara, la inclusión de un período de prueba singular y distinto del general articulado en el ET y de duración más elevada en el que poder hacer uso de la figura del desistimiento empresarial⁹.

Esta última argumentación del Abogado del Estado sí puede considerarse como una argumentación clásica, en el sentido de emplear el concepto de crisis económica de maneja contextual, como escenario en el que se desarrolla el teatro normativo y sus mandatos

.....

8 El objeto material del período de prueba no puede proyectarse sobre circunstancias diferentes o ajenas al propio objeto del contrato de trabajo, porque lo que, en términos de la S TS de 27 de diciembre de 1989 (RJ 1989\9088), determina dicha opción legislativa incluida en el art. 14 del ET es que “... *la libertad de desistimiento... / ...no ha de entenderse en términos absolutos, puesto que no ampara... / ... [al desistimiento] que descansara en consideración ajena a las experiencias que constituyen el objeto de la prueba*”. Es decir, el desistimiento producido “*en consideración ajena a las experiencias que constituyen el objeto de la prueba*” no debe ampararse por esta figura laboral, careciendo, en definitiva, de razón de ser y de cobertura jurídica [S TS de 27 de diciembre de 1989 (RJ 1989\9088)].

9 De manera más comedida en la S TC 8/2015, de 22 de enero, el Abogado del Estado se conforma con argumentar sobre este mismo tema que la duración del periodo de prueba se justifica porque “*nos encontramos con una medida protectora de la pequeña empresa en un contexto de crisis*”.

imperativo. La otra argumentación, la anterior, la que pretende introducir en la lógica del desistimiento la variable de optimización económica del contrato no es contextual, no sirve para enmarcar la operación hermenéutica, es interna a la lógica del razonamiento jurídico, a la operación interpretativa de los dictados estrictos de la letra de la ley, y es, por ello precisamente, sustantiva al proceder interpretativo, siendo realmente innovadora, pues crea un elemento de raciocinio jurídico no antes empleado, o por decir más correctamente, no empleado para este fin concreto, no utilizado para la interpretación esencial de una de las variables legales concretas operacionales de la ley.

Razonamiento del TC.- El Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 3º.A).e) de su sentencia 119/2014, de 16 de julio también se apoya en la “*crisis económica*” para justificar su decisión permisiva de la imposición incondicionada de dicho período de prueba anual en el contrato de apoyo a emprendedores. Después de desplegar un argumentario descriptivo de la configuración legal que tienen las instituciones laborales, diferenciar entre el despido en sentido estricto como fórmula laboral típica y el desistimiento civil, y situar la figura en sintonía con lo dispuesto en el Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, aborda la configuración excepcional del contrato de apoyo a emprendedores describiendo sus líneas maestras, especialmente aquellas que tienen que ver con los sujetos, empresario y trabajador, que signan el contrato y con la duración del mismo.

Y es aquí, en relación con el ámbito subjetivo de proyección de dicho contrato, destinado a las Pymes, empresas que cuentan con menos de cincuenta trabajadores, que abarcan el “*99,23 por ciento de las empresas españolas*”, en donde despliega su eficacia la cláusula controvertida, entendiendo el Tribunal que al ser las pymes “*las que están sufriendo con mayor intensidad las consecuencias negativa de la crisis económica*” la excepcionalidad de la norma general de duración del referido período así como su nula configuración convencional es razonable, porque se entiende, implícitamente, que dichos períodos de excepcionalidad en la coyuntura económica general requieren (o permiten) la adopción de medidas legislativas a su vez coyunturales, como ésta: “*vinculada a una concreta situación del mercado de trabajo de muy elevado desempleo y que, sin duda, conecta con el ya comentado deber de los poderes públicos de realizar una política orientada al pleno empleo*”, favoreciendo, en definitiva, “*la contratación de trabajadores por parte de pequeñas y medianas empresas que, pese a la situación de crisis económica, apuesten por la creación de empleo estable*”.

El concepto de crisis se emplea en esta fundamentación del Tribunal como elemento contextual de la decisión legislativa adoptada. La situación económica no forma parte de la dinámica interna de la norma, ni tampoco de su interpretación jurisdiccional o cons-

titucional; se emplea, simple y llanamente, como elemento adicional en el razonamiento hermenéutico. Ni es el más importante, ni es el que con más fuerza despliega el Tribunal.

Sostenibilidad del empleo.- Pero el Tribunal asume como propios además, y esto es lo subrayable, los planteamientos del Abogado del Estado con respecto a la “sostenibilidad económica” del nuevo puesto de trabajo, y esto ya sí puede ser objeto de un cierto cuestionamiento crítico. Afirma al respecto que aunque es cierto que la configuración de dicho período de prueba permite al empresario “*disponer de un período de tiempo, superior en principio al previsto con carácter común, durante el que poder constatar no solo la aptitud y capacidad del trabajador contratado, sino también la sostenibilidad económica del nuevo puesto de trabajo creado*”, no lo es menos que “*la medida ahora analizada*” se enmarca en un “*contexto de crisis como el actual*” en el que es razonable analizar si “*el puesto de trabajo es viable económicamente y por tanto sostenible*”.

Asume, por tanto, que el análisis empresarial que se realice sobre la sostenibilidad del puesto de trabajo es una variable más a tener en consideración para la superación del período de prueba. Se apoya en un elemento exógeno a la lógica de los elementos normativos que configuran dicho período de prueba, pero que nada tiene que ver ni con los protagonistas de dicho período, empresario y trabajador, ni con el objeto de la prueba, la pericia laboral del trabajador y su encaje en un grupo humano, ni, por supuesto, con las actividades laborales en las que se ha concretado dicho período¹⁰.

Invocación bifásica.- La ‘crisis económica’ es empleada en la resolución que se comenta, por tanto, en dos momentos muy diferentes. Para apoyar la argumentación central y, también, para justificar en la empresa concreta de que se trate la decisión de desistir del contrato de trabajo en dicho período. Eso comporta que el concepto de ‘crisis económica’ es diferente para cada empresa, que aplica o no el desistimiento por esta circunstancia por variables difícilmente armonizables por una dialéctica hermenéutica común. Lo que será crisis económica para una empresa que permita el desistimiento, no lo será para otra.

Sin embargo el Tribunal parece tener mala conciencia con la argumentación que realiza, porque el último párrafo de su argumentación en la S TC 119/2014, de 16 de julio, desliza la siguiente idea: “*Como es obvio, la eventual aprobación futura de normas legales que incidan sobre la duración del período de prueba en la contratación laboral, así como*

.....

10 Para que no que quede duda alguna el Tribunal remarca su argumento afirmando categóricamente: “Atendido el contexto de grave crisis económica y alto desempleo a que responde la introducción y mantenimiento del contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores, hemos de afirmar que la fijación en esta modalidad contractual de un período de prueba superior al generalmente previsto para las demás relaciones laborales encuentra justificación”. Acude, en este caso, a la argumentación contextual, como refuerzo del argumento central, el que introduce la variable económica en la argumentación propiamente dicha de los elementos normativos del contrato.

el control de constitucionalidad a que pudieran someterse, requerirán de este Tribunal una nueva valoración y decisión, no necesariamente condicionada por la solución ahora adoptada". Si se subraya esta obviedad quizá sea porque considera su argumentación excepcional, propia de un tiempo (de crisis) que requiere medidas excepcionales. En definitiva, que la solución adoptada se ve influida por el contexto en el que se desarrolla la norma y su peculiar justificación como medida excepcionalmente dirigida a atenuar las consecuencias de la crisis económica.

Reiteración del enfoque.- En la S TC 8/2015, de 22 de enero, se insiste en el enjuiciamiento del mismo asunto, aunque en otro recurso, con el empleo de la argumentación contextual comentada en los siguientes términos: *"En este sentido, hemos advertido, en primer lugar, que dentro de un escenario de grave crisis económica, la medida controvertida persigue como finalidad incentivar la contratación indefinida"*, acudiendo seguidamente a argumentaciones complementarias que exponen el carácter excepcional de la medida, y razonando que se idea exclusivamente para un colectivo empresarial especialmente castigado por la crisis de empleo en la que vivimos en estos años. Concluyendo con una aseveración categórica: *"cabe apreciar que concurre la proporción exigible entre el sacrificio que a las garantías del trabajador supone la adopción de la medida y los beneficios, individuales y colectivos, que la misma reporta"*, dado el *"carácter excepcional y temporal de la medida, su limitado alcance, así como su finalidad de fomentar la contratación y el empleo estable (sobre todo de los desempleados con mayores dificultades ocupacionales) durante una situación de crisis económica"*. En definitiva, que el juicio de racionalidad que impone el principio de proporcionalidad en sentido estricto sí ha sido superado por la medida legislativa cuya constitucionalidad se enjuicia. Dos son, por tanto, los pronunciamientos sobre esta materia del Tribunal Constitucional, con apoyatura en idéntica línea fuerza de argumentación.

2.2. Las competencias decisoras de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos

Enunciado del tema.- En la STC 119/2014, de 16 de julio se cuestiona la competencia que atribuye el nuevo art. 82.3 ET (en la redacción dada por la Ley 3/2012) en sus dos últimos incisos a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando el período de consultas dirigido a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo finalice sin acuerdo. Se trata de un recurso extraordinario y subsidiario pues entra en juego solo si han fracasado hasta tres posibilidades: que se resuelva el conflicto en la comisión de seguimiento del convenio, que se acuda a los mecanismos de

solución extrajudicial de conflictos, o que se designe un arbitraje vinculante. En este supuesto, y solo en este caso, la norma obliga a someter a la decisión de la referida Comisión Consultiva Nacional cuando la *“inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma”*.

El recurrente entiende que la norma está imponiendo de manera obligatoria y sin excepción alguna un mecanismo de arbitraje público y obligatorio, siendo incompatible con el carácter vinculante que la propia Constitución otorga a los Convenios Colectivos, vulnerando, en definitiva, el derecho a la negociación colectiva, que no tiene posibilidades de articular mecanismos alternativos al respecto.

Introducción del tema.- El Abogado del Estado entiende que la imposición de un arbitraje obligatorio en estos casos se justifica por la excepcionalidad de las circunstancias económicas en las que se impone legislativamente, particularmente con *“... un largo período recesivo que afecta a las empresas en general, complicado por una crisis bancaria y otra de deuda soberana”*, por lo que entiende que concurre el requisito exigido por la doctrina constitucional para que sea *“constitucionalmente admisible la imposición final de un arbitraje obligatorio llevado a cabo por un árbitro experto, imparcial e independiente”*. Repara, además, que el laudo de obligatorio cumplimiento solo dejaría de aplicar el convenio *“de forma material y temporalmente limitada y causalmente fundada, con posible control judicial ulterior, tanto de su fundamentación como de la regularidad del procedimiento”*.

Postura del TC.- La argumentación del Tribunal discurre través de la senda interpretativa trillada por el Abogado del Estado. Entiende, en esencia, que *“resulta constitucionalmente justificada”* (F. JCO. 5º.a]) la introducción de la intervención arbitral obligatoria por el *“contexto de crisis económica muy grave”* que se vive en el país.

El concepto de crisis se emplea como instrumento auxiliar para enmarcar la medida y su eficacia, para crear el contexto propio y característico en que opere esta medida jurídica excepcional, la imposición de un arbitraje obligatorio cuando se dan determinadas circunstancias factuales. Son las circunstancias concurrentes, según la STC 8/2015, de 22 de enero que reitera el mismo criterio, las que contextualizan la medida legislativa y la dotan de proporcionalidad y razonabilidad, recordando de manera muy clara que estamos en presencia de *“un remedio subsidiario que en modo alguno desplaza o suplanta a la negociación colectiva o al ejercicio de la libertad sindical”*, siendo operativo únicamente cuando los otros cauces de solución del conflicto implementados en la norma *“se han mostrado como inservibles”*.

El enjuiciamiento de la constitucionalidad de este problema, el concepto de crisis económica se está empleando por el tribunal (tanto en la STC 119/2014 cuanto en la STC

8/2015) como elemento fáctico en el que sustentar la operatividad de la regla excepcional prevista en la propia norma. En este caso, la regla general, la natural a la dinámica de la negociación colectiva y constitucionalmente preferible sería la no imposición de un arbitraje obligatorio, y la excepción, la peculiar, la que no se considera deseable y natural sino excepcional sería la imposición de arbitraje.

No se despliega en este punto la creatividad argumental que se utilizaba con ocasión del período de prueba para el contrato de apoyo a emprendedores, en el sentido de introducir el concepto de crisis económica en la propia interpretación de los elementos jurídicos del mandato normativo, reconduciéndose, por tanto, el concepto de ‘crisis económica’ a un mero complemento contextual de la argumentación jurídica. Un papel más clásico, en definitiva, menos creativo e innovador.

2.3. La proscripción de la jubilación forzosa en los convenios colectivos

Enunciado.- En la STC 8/2015, de 22 de enero también se enjuiciaba la adecuación constitucional de la Disposición Adicional 10ª del ET en la redacción dada a la misma por la Ley 3/2012. La nueva redacción de la norma impide de manera incondicionada que los convenios colectivos prevean cláusulas que posibiliten la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores que hayan cumplido la edad ordinaria de jubilación, entendiéndola “*nulas y sin efecto*” cualquier que sea “*la extensión y alcance*” de las mismas. Un mandato imperativo que no contiene ningún tipo de excepción al respecto.

Entienden los recurrentes que dicha imposibilidad de que la negociación colectiva pueda establecer medidas de jubilación obligatoria vulnera el derecho constitucionalmente protegido a la negociación colectiva, que, en palabras de los recurrentes, “*no puede ser ahogado ni suprimido por la normativa estatal*”. El Tribunal, en su intento de buscar una justificación objetiva y razonable a dicha medida legal, después de argumentar sobre los límites constitucionales del Derecho al Trabajo (art. 35 Constitución) y su configuración legal, acude al concepto de “*crisis económica*” para apoyar su decisión negativa a las pretensiones de los recurrentes.

De lo que se trata, con una mirada de mayor calado, es de cuestionar si el legislador en uso de sus legítimas competencias puede modificar legalmente “*la situación preexistente*” con el objeto de modificar “*la política de empleo*” con el objetivo de que “*encuentre perfecto acomodo también a los mandatos y objetivos constitucionales*” esa otra (nueva) política de empleo diferente. En el fondo, de lo que se trata es de cuestionar la plena capacidad del legislador laboral para alterar o modificar la preexistente legislación laboral en un aspecto concreto y determinado.

Enfoque constitucional.- El Tribunal Constitucional es muy claro: entiende que la capacidad legislativa es una potestad que no puede ser cuestionada, y que la concreta medida es legítima, entre otras poderosas razones “*porque en el contexto socio-económico y del mercado de trabajo en el que se inserta la medida controvertida, caracterizado por una situación de crisis económica agravada por una elevada tasa de desempleo en el que, a la par que se reduce exponencialmente el número de aportantes a la Seguridad Social, aumenta el de dependientes, el objetivo de estimular la continuidad del trabajador en su puesto de trabajo, sirve también para garantizar la protección de un interés general prevalente, como es la salvaguarda de la sostenibilidad del sistema de pensiones, en particular, y la viabilidad del sistema nacional de la Seguridad Social, en general, evitándose ‘el incremento de los déficits públicos, como consecuencia de los mayores pagos de prestaciones y en especial de las pensiones por jubilación’ (Pacto de Toledo, ibídem, pág. 3)*”.

En definitiva, en la medida en que la disposición cuya constitucionalidad se discute tiene utilidad tanto para la concreción del ejercicio del derecho individual al trabajo como para “*la protección del interés general subyacente*” se considera legítima la limitación que impone a la potencial regulación convencional de períodos de jubilación obligatoria. En este caso, incluso con más énfasis que en los otros dos supuestos analizados, el tribunal utiliza el concepto de crisis económica como escenario contextual en el que el legislador instituye sus medidas modificadoras del *status quo* laboral vigente. Lo que hace el Tribunal es apoyarse en la fuerza de los hechos que se deducen de dicha crisis para encontrar una justificación objetiva y razonable a la medida legislativa cuya constitucionalidad se cuestiona.

Importancia del contexto.- El argumento contextual es prácticamente recurrente, quizá porque es el último que se despliega, articulado como complemento de los anteriores. Su fuerza argumental queda un tanto descompensada en relación con los demás elementos empleados en el razonamiento, muy potentes desde el punto de vista de la constitucionalidad de la medida, especialmente desde el punto de vista de su racionalidad y su proporcionalidad en sentido estricto.

Aquí el contexto de crisis se utiliza como fórmula de acompañamiento de otras argumentaciones jurídicas. Probablemente la medida legislativa cuestionada seguiría siendo legítima desde el plano constitucional aunque no se hubiese adoptado en un contexto de profunda crisis económica, en la medida en que es el legislador a quien corresponde identificar qué es una crisis económica, cuál es su alcance, qué efectos tiene sobre el mercado de trabajo y qué medidas son las adecuadas para luchar contra el desempleo masivo que la crisis ha provocado. El argumento es utilizado aquí *a fortiori*, a mayor abundamiento. Es decir, si la limitación legal al establecimiento de edades obligatorias de jubilación en

los convenios colectivo es una prerrogativa que se incrusta en el derecho de configuración legal que se deduce del art. 35 de la Constitución en cuanto configurador del Derecho al Trabajo, con mayor razón, con mayor motivo *-a fortiori-* lo será en un contexto de crisis económica y de empleo, en donde el legislador no solo tiene la potestad, sino incluso la obligación, de satisfacer las necesidades de respuestas jurídicas para superar la referida crisis.

2.4. Legislación de emergencia

En numerosas ocasiones ha tenido que abordar el TC la validez del contenido de Reales Decretos-Leyes sobre temas laborales. Valga como mero ejemplo el ATC 43/2014, de 12 de febrero, acompañado de Voto Particular¹¹.

Una norma delegada podrá superar o no estos límites constitucionales exigibles dependiendo de la explicación que se enuncie acerca de la concurrencia de la circunstancia de extraordinaria y urgente necesidad. Por ello el voto particular precisa que debe exigirse que exista una “*conexión de sentido o relación de adecuación entre ese presupuesto y las medidas contenidas en la norma de urgencia*”, en el sentido de que debe guardar una relación “*de congruencia*” con la “*situación que se trata de afrontar*”, circunstancia que debería ser explicitada con claridad y suficiente extensión en las exposiciones de motivos y memorias normativas.

Como reconoce expresamente el voto particular, “*la justificación formal de la concurrencia de la urgente y extraordinaria necesidad puede haber quedado reflejada y, por consiguiente, deducirse del examen de la exposición de motivos de la norma, del debate parlamentario de su convalidación y del propio expediente de elaboración de la misma, señaladamente de la memoria*”. Por lo que el análisis de cada situación debe hacerse caso por caso, pues es irrazonable deducir parámetros generales exportables para supuestos distintos, para cada situación o norma elaborada, teniendo presente, en todo caso, que la “*la citada exposición de motivos*” es la “*primera y principal fuente de análisis de dichas causas, sin perjuicio de evocar, aunque sea de manera circunstancial o accesorio, las restantes posibles fuentes*”, debates parlamentarios y memorias normativas.

Y en un momento de crisis económica especialmente aguda como el actual, en donde se ha abusado del empleo del mecanismo de regulación jurídica mediante legislación delegada¹², la argumentación que justifica su utilización debe quedar reflejada en la correspon-

.....

11 Cuenta con un Voto particular discrepante que formula el Magistrado Valdés Dal-Ré, al que se adhirieron la Magistrada doña Adela Asúa Batarrita y el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez.

12 Así, GARCÍA ROCA y MARTÍNEZ LAGO precisan que “últimamente se han dictado nada menos que cuarenta y ocho Decretos leyes en lo que va de Legislatura. No es exagerado decir que durante la crisis se ha gobernado por Decreto-ley. Se ha emanado una legislación de emergencia que termina afectando seriamente a muchas

diente exposición de motivos de las normas, jugando, por tanto, un interesante papel de razonable contrapunto cuando motive y justifique el recurso al empleo de la excepcional medida.

Obviamente, la “*justificación específica*” debe ser algo más, desde un punto de vista sustancial, que una “*sumaria descripción*” de su contenido normativo, como bien refiere el voto particular al ATC 43/2014, de 12 de febrero, que se está comentando. Ahora bien, el contenido material de dicha justificación y la necesidad de que supere un determinado umbral de constitucionalidad exigible no es tarea fácil.

3. CUESTIONAMIENTO DEL ESCENARIO ECONÓMICO ADVERSO COMO CANON DE CONSTITUCIONALIDAD

Impugnación del relativismo constitucional.- La STC 8/2015, de 22 de enero cuenta con un voto particular discrepante, formulado por el Magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, al que se adhirieron los Magistrados Adela Asúa Bararrita, y Luís Ignacio Ortega Álvarez, en el que, además de criticar determinadas argumentaciones técnicas de la posición mayoritaria del Tribunal sobre puntos concretos del recurso esboza, con un despliegue importante de argumentación jurídica, una crítica generalizada a la utilización del concepto de “*crisis económica*” por parte de la posición mayoritaria en el Tribunal Constitucional.

Es, por tanto, una oposición frontal a la manera y la forma en la que el Tribunal Constitucional se apoya en la “*crisis económica*” para fundamentar su argumentación y rechazar los óbices de constitucionalidad señalados. Es, por ello, una crítica que pudiéramos considerar radical, en el sentido más etimológico del término, de pertenecer a la raíz del asunto. Y es, además, una crítica tanto al empleo del concepto en sí mismo, como a su utilización como complemento contextual de otras decisiones técnicas del propio Tribunal. Según la argumentación (implícita) del voto particular discrepante estas consideraciones técnicas serían consecuencia del incorrecto, indebido y abusivo empleo de la argumentación relacionada con la crisis. Es decir, se edifica (a su parecer) una argumentación técnica que tiene como premisa el empleo de un concepto de crisis económica que desenfoca la

.....

cuestiones que distan de ser coyunturales. Todas estas disposiciones del Gobierno con rango de ley se han convalidado, claro está, por el Congreso de los Diputados y únicamente en once casos se ha iniciado su tramitación como ley. Confiamos en que el sistema no se mantenga en lo que resta de la X Legislatura o en la siguiente. Es verdad que las estadísticas demuestran que todos los nuevos Gobierno comienzan llenando el ‘BOE’ de estas disposiciones y luego se van calmando, pero estos números no tienen parangón”. En palabras de GARCÍA ROCA, J., y MARTÍNEZ LAGO, M. A.: “El impacto de la crisis económica en nuestras dos constituciones”, Documentación Administrativa, núm. 1., ene.-dic. 2014.

propia hermenéutica laboral, introduciendo elementos extraños a la tradicional dinámica interpretativa de los derechos constitucionales en juego. Una oposición no solo frontal al sentir mayoritario del Tribunal, qué duda cabe, sino también a la labor legislativa que se ha desarrollado estos años de crisis económica.

Concordancia.- Ya en la STC 119/2014 el mismo Magistrado había esbozado los fundamentos de su interpretación que ahora enuncia con mayor fecundidad y extensión¹³. Aunque en esa ocasión no se refería expresamente a la creación de este singular canon de constitucional que ahora desarrolla con mucha mayor carga argumentativa, andamiaje conceptual y claridad expositiva, sí es cierto que deslizaba algunas ideas sobre el tipo de argumentación que despliega el propio Tribunal en el sentir mayoritario que conviene repasar y enunciar cuidadosamente, pues, en una lógica dinámica, forman parte del todo argumental de su enmienda a la totalidad a la reforma laboral de 2012 y a la opinión que al respecto tiene el parecer mayoritario del Tribunal Constitucional.

En la STC 119/2014 el VP precisaba que *“la más consistente de mis divergencias”* con la Sentencia de la mayoría se proyecta sobre la justificación que utiliza la sentencia para entender constitucional la imposición de un laudo obligatorio por parte de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando el Tribunal entiende que *“son, pues, intereses constitucionales vinculados a la salvaguarda de la competitividad y viabilidad empresarial como mecanismo para favorecer el mantenimiento del empleo”*¹⁴. Entiende el Magistrado que una argumentación como esta *“no me parece de recibo en el marco de un Estado social y democrático de Derecho o, por formular la idea en términos menos solemnes, en el marco de una economía social de mercado”*. Se afirma reconocer que *“la defensa de la competitividad y de la viabilidad del tejido económico productivo, en su conjunto, contribuye al progreso económico de España y, en atención a ello, los poderes públicos pueden adoptar medidas de promoción de ese objetivo”*, pero se disiente con *“la atribución de la naturaleza de intereses constitucionalmente protegidos a intereses de matriz exquisitamente privada, como son la competitividad y la viabilidad de cada empresa en particular”*, porque el *“ejercicio de las facultades de creación y gestión de su empresa (art. 38 CE), pertenece al ámbito*

.....

13 A su vez, el mismo Magistrado discrepante, al que también se adhirieron los mismos Magistrados que lo hacen ahora a este, formuló un voto particular al ATC 43/2014, de 12 de febrero que inadmitió una cuestión de inconstitucionalidad del Real Decreto-ley 3/2012. El parecer mayoritario de la Sala impuso la inadmisión de la cuestión, y el Magistrado discrepante pretendía su admisión, esencialmente porque no se cumplían los presupuestos constitucionales para legislar mediante Real Decreto-ley, como se analizará con más detalle *infra*, en el lugar oportuno.

14 Un comentario a dicho voto particular puede leerse en DE VAL TENA, A. L.: “La constitucionalidad de la reforma laboral de 2012. Comentario a la STC 119/2014, de 16 de julio”, en Foro (Nueva época), Vol. 17, Núm. 2 (2014), p. 465 y ss.

Otro comentario, más ligado al novedoso canon de constitucionalidad que estamos comentando, es el de REQUEJO RODRÍGUEZ, P.: “El papel de la crisis económica en la argumentación del Tribunal Constitucional. Comentario a la STC 119/2014”, Teoría y realidad constitucional, núm. 36 (2015), pp. 417-440.

de la libertad del empresario” que puede adoptar todas aquellas medidas que le “sitúen en las mejores condiciones posibles de competitividad en el mercado, pudiendo a tal fin beneficiarse de las ayudas de muy variada índole que el legislador... / ...haya previsto y debiendo en todo caso conciliar esas decisiones con el respeto a los derechos laborales que la economía social de mercado comporta”¹⁵.

Tesis central.- Lo que se pretende -según su apreciación- es elaborar un contexto normativo en donde situar en el fiel de la balanza interpretativa los dos derechos constitucionales invocados, art. 35 y art. 38, para concretar en qué medida la norma cuya constitucionalidad se enjuicia en este momento guarda un equilibrado respecto entre ambos preceptos y su interpretación constitucional sistemática e integradora. Deposita aquí un argumento que más tarde recogerá en la S TC 8/2015, de 22 de enero, con el propósito de desacreditar el parecer interpretativo de la mayoría del Tribunal. Pero no un argumento técnico de precisión, o sobre un aspecto concreto de constitucionalidad de una norma legal. No, el razonamiento que despliega lo es sobre la propia idiosincrasia de la naturaleza argumentativa del Tribunal, sobre la base de su razonamiento mayoritario, sobre la piedra en la que más tarde, para cada concreta argumentación técnica: el período de prueba en el contrato de emprendedores, el establecimiento de un arbitraje obligatorio en supuestos de descuelgue sobre algunas materias, etc., se apoya la mayoría del Tribunal para dar por buena la prueba de constitucionalidad a la que someten a todas las normas impugnadas ante el Tribunal Constitucional.

No es que dicho escenario acompañe al razonamiento jurídico, que sirva de asidero contextual o de singular y particular muleta interpretativa al juicio de constitucionalidad característico del quehacer del Tribunal Constitucional. No. Es que la crisis, como tal, con todas sus extensiones y ramificaciones, penetra en la lógica interna de la interpretación jurídica y constitucional para formar parte, junto con otros argumentos jurídico-técnicos, de lo que pudiéramos denominar ‘núcleo duro’ de la hermenéutica constitucional. Estas interpretaciones, se afirma, “*utilizan la crisis económica como parámetro de valoración constitucional de las medidas limitativas de los derechos constitucionales ubicados en el capítulo II del título I CE -por no hablar de los principios rectores de la política social y económica del capítulo III- acordadas por el legislador*”. No es, apréciense bien, según esta observación, que la crisis económica sirva para enmarcar la dinámica normativa y ordenancista de una medida legal concreta, algo por otra parte totalmente legítimo, e incluso

.....

15 Pero lo que resulta de todo punto inaceptable -continúa el Magistrado discrepante- es que la “*elección por cada concreta empresa de aquellas medidas de competitividad y viabilidad que le puedan reportar concretas ventajas económicas pueda terminar erigiéndose en legítima restricción al ejercicio de derechos constitucionales al pretendido amparo de la libertad de empresa y la defensa de la productividad por los poderes públicos que el art. 38 CE sanciona*”.

deseable. Es algo más profundo. Pretende erigirse en un mecanismo (más) balanceador de los intereses constitucionales en juego. De forma gráfica puede resumirse el sentido de su voto particular de la siguiente manera: el empleo que se hace de la crisis económica como argumento interpretativo introduce en el tradicional juicio constitucional de proporcionalidad un nuevo elemento, el económico, para que forme parte del juicio de proporcionalidad en sentido estricto. No lo expresa de forma tan cruda, tan nítida y evidente, pues dicho juicio de proporcionalidad se despliega no tanto en el enjuiciamiento constitucional de las leyes (recursos de inconstitucionalidad) sino más propiamente en el enjuiciamiento de la legalidad constitucional de una orden o mandato empresarial restrictivo de derechos fundamentales del trabajador (recursos de amparo). No se afirma, por nuestra parte, que el recurso a la hermenéutica constitucional del principio de proporcionalidad solo se desarrolle en recursos de inconstitucionalidad, sino más propiamente subrayar que es éste su ámbito más propio y natural.

Relevancia.- Esta tesis rechaza, en definitiva, que pueda formar parte del canon de constitucionalidad con el que se enjuicia la bondad constitucional de una norma aspectos que tengan que ver con argumentaciones de tipo economicista, de protección del mercado o viabilidad empresarial. El grueso esencial del voto particular a la STC 80/2015, de 24 de febrero se apoya, al menos en parte, en el voto particular expresado en la STC 119/2014, de 15 de agosto¹⁶, al que recurre y sirve de apoyatura para edificar una construcción argumental muy elaborada.

Se ha dicho que son Votos de una “inusual dureza verbal”, no “habitual” entre las opiniones discrepantes¹⁷, en donde se acusa a la mayoría del Tribunal, entre otras cuestiones, de conducirse con una “*desmesurada servidumbre argumental con la STC 119/2014*” (pág. 142), y de “*descontextualizar la jurisprudencia sentada por este Tribunal*” (pág. 145)¹⁸.

Desde luego los votos particulares están pulcramente contruidos, con un andamiaje conceptual apabullante y un nivel de detalle más que notable. Han suscitado notable entusiasmo en diversos sectores¹⁹, y auguran, probablemente, más “*choques*” dialécticos



16 Reiterado, a su vez, por remisión en la STC 140/2015, de 22 de junio, que trata, como en aquella, sobre la duración del período de prueba en el contrato de apoyo a emprendedores, decidiendo la mayoría del Tribunal en idéntico sentido que la resolución citada.

17 En palabras de GÓMEZ GARRIDO, que añade a continuación que se ignora “si se quiere inaugurar un nuevo estilo más cercano a las enfáticas sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que particularmente cuando se enfrenta a problemas de alcance constitucional, desatan una expresividad a la que estamos poco acostumbrados en nuestra cultura jurídica, a pesar de lo refrescante y vivificante que resulta”. GÓMEZ GARRIDO, L. M^a.: “Los pronunciamientos del Tribunal Constitucional en tiempos de crisis”, nREDT, núm. 178, jul. 2015.

18 Incluso reprocha el empleo de alguna sentencia del propio Tribunal como antecedente argumentativo. En concreto cuando se emplea la STC 198/2012 cuando precisa que “*no corresponde a este Tribunal enjuiciar la oportunidad o conveniencia de la elección hecha por el legislador para valorar si es la más adecuada o la mejor de las posibles*”. Entiende el magistrado discrepante que el entorno temático de esta resolución, relativo a la ley reguladora del matrimonio de personas del mismo sexo, no puede ser traído a colación para el enjuiciamiento de una norma laboral.

19 Sobre todo ante el desagrado que provoca la constitucionalidad de la reforma laboral de 2012. Así, por ejem-

en el seno del Tribunal Constitucional, propiciando, además, un rito debate iuslaboralista.

Pero lo más trascendente desde el punto de vista de la argumentación constitucional es que su disenso del sentir mayoritario no es lo en sentido estricto con la interpretación deducida por la mayoría, que también, sino principalmente con “*el tipo de juicio que la sentencia de la mayoría utiliza para fundamentar la regularidad constitucionalidad de los preceptos sometidos a su examen*” (pág. 140), no tanto, en definitiva, con la deducción lógica que se deduce de los argumentos debatidos y finalmente empleados, la constitucionalidad o no de la norma impugnada, sino más propiamente con el tipo de razonamiento que se emplea para llegar a las conclusiones obtenidas y, de ellos, concluir la constitucionalidad de la medida.

Entiende el Magistrado discrepante que la STC 119/2014 “*inauguró en los razonamientos de la doctrina de este Tribunal un novedoso canon de constitucionalidad*”, que la sentencia de la mayoría hace ahora suyo e integra “*con normalidad*”. Dicho canon novedoso ha consistido en “*eleva a la categoría de canon de constitucionalidad el escenario económico adverso que España y, de manera singularizada, los ciudadanos que en ella habitan vienen padeciendo desde hace años*”.

El juicio de proporcionalidad.- Muy esquemáticamente enunciado el juicio de proporcionalidad pretende implementar una solución, caso por caso, para cada cuestión enjuiciada en sede constitucional, teniendo presente, de un lado, la restricción empresarial del derecho fundamental del trabajador (ahora cuestionada en sede constitucional, ahora mediante el mecanismo del recurso de inconstitucionalidad) y, de otro, el sacrificio que experimentaría dicho derecho si el trabajador aquietase su comportamiento a la restricción empresarial pretendida. La cuestión, desde un punto de vista práctico, se centra en realizar los tres consecutivos pasos intelectivos que se conocen como juicio de proporcionalidad²⁰.



plo, TAPIA entiende que la resolución mayoritaria del Tribunal pretende “*desmantelar el valor constitucional del Derecho del Trabajo y sus instituciones, muy especialmente de la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva*” añadiendo como corolario que la “*operación legal de ‘desconstitucionalización’ del Derecho del Trabajo, es una operación que acompaña en el campo del derecho, el desmantelamiento real del Estado del Bienestar, las políticas de ajuste y recorte presupuestario, la amenaza a las libertades públicas y muy especialmente al derecho de manifestación y el derecho de huelga, y el ataque al sindicalismo*”. TAPIA, J. M.: “La sentencia 8/2015, del Tribunal Constitucional y la “desconstitucionalización” del Derecho del Trabajo”, <http://www.ccoo.cat/ceres/documents/informes/butjur-157.pdf>.

El voto particular se llega a considerar, con excesivo entusiasmo, como una auténtica “contrasentencia”. En el decir de SENRA BIEDMA, R.: “El derecho del trabajo de la crisis y la crisis del derecho del trabajo el recurso de inconstitucionalidad del parlamento de navarra contra varios preceptos de la reforma laboral 2012. Comentario a la sentencia del tribunal constitucional (pleno) 119/2014, de 16 julio”, IUSLabor 3/2014, en: <file:///Users/imac/Downloads/285074-392713-1-SM.pdf>

20 Sobre el particular existe una ingente jurisprudencia Constitucional, véase como ejemplos gráficos que sirvieron de basamento para la construcción de esta doctrina las SS TC 292/1993, de 18 de octubre; 99/1994, de 11 de abril; 6/1995, de 16 de enero; 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo; 136/1996, de 23 de julio; 207/1996,

Debe subrayarse que el escenario sobre el que se proyecta este juicio es el de una cuestionada restricción de los derechos fundamentales que es necesario corregir, en la medida en que *“la desigual distribución del poder social entre trabajador y empresario y la distinta posición que éstos ocupan en las relaciones laborales elevan en cierto modo el riesgo de eventuales menoscabos de los derechos fundamentales del trabajador”* (S TC 129/1989, de 17 de julio). Por ello debe apreciarse, en primer lugar, si la medida restrictiva del derecho fundamental cuestionado es, en sí misma, *“susceptible de conseguir el objetivo propuesto”*, es decir, si desplegada en toda su intensidad por sí misma es capaz de lograr lo que se pretende con su utilización, teniendo presente especialmente que no se utilicen medios restrictivos de los Derechos Fundamentales de los trabajadores que no consigan, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, la tutela del interés empresarial pretendido (SSTC 20/2002, de 28 de enero, y 213/2002, de 11 de noviembre). Es lo que se denomina *‘juicio de idoneidad’*, que se proyecta en abstracto sobre la medida empresarial en sí misma apreciada, considerada en relación con los derechos fundamentales de los trabajadores.

En segundo lugar, debe cuestionarse si existen otras eventuales limitaciones más moderadas del derecho fundamental cuestionado que aseguren, con idéntica eficacia, el correcto desenvolvimiento de la actividad laboral y el ejercicio del derecho fundamental en liza. Esto es lo que se denomina, *‘juicio de necesidad’*, y lo que pretende es cuestionar si *“los requerimientos organizativos que pudieran llegar a ser aptos para restringir el ejercicio de aquellos [derechos fundamentales] deben venir especialmente cualificados por razones de necesidad, de tal suerte que se hace preciso acreditar que no es posible de otra forma alcanzar el legítimo objetivo perseguido, porque no existe medio razonable para lograr una adecuación entre el interés del trabajador y el de la organización en que se integra”* (STC 99/1994, de 11 de abril)²¹.

Y, en tercer lugar y último lugar, debe valorarse si la medida empresarial restrictiva del Derecho Fundamental es ponderada, en el sentido de que se deriven de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Esto es lo que se denomina *‘juicio de proporcionalidad en sentido estricto’* (S TC 66/1995, de 8 de mayo)²², y sobre él es sobre el que se edifica la construcción argumental del voto particular discrepante que estamos analizando, apreciando y denunciando cómo la mayoría del Tribunal -al juicio de los magistrados firmantes del voto particular- ha incrustado la variable de la crisis económica como criterio medular para la apreciación de este parámetro interpretativo.



de 16 de diciembre; 6/1998, de 13 de enero; 37/1998, de 17 de febrero; 98/2000, de 10 de abril; 186/2000, de 24 de julio; y 14/2003, de 28 de enero.

21 En el mismo sentido véanse, entre otras muchas, por ejemplo: las SS TC 186/1996, de 25 de noviembre y la 126/2003, de 30 de junio.

22 Véase también las SS TC 55/1996, de 28 de marzo; 207/1996, de 16 de diciembre, y 37/1998, de 17 de febrero.

Doble juicio de constitucionalidad.- Entiende que este proceder, esta introducción en el Principio de Proporcionalidad de la variable económica, tiene unas “*consecuencias impredecibles para la vigencia en nuestro sistema jurídico de las cláusulas sociales*”, porque según el corolario que se podría deducir de esta interpretación los derechos sociales constitucionales se van a encontrar sujetos “*a un doble juicio de constitucionalidad*”, el tradicional u ordinario característico y común ya conocido, y otro segundo, este novedoso que estamos tratando, de “*naturaleza extraordinaria*”, que se activa solamente en situaciones de crisis económica, que puede tener una “*devastadora potencialidad sobre el desarrollo y consolidación del Estado Social*”, pues puede llegar a confundir la labor del legislador ordinario con la propia del “*legislador constituyente*”.

Es cierto, como reconoce expresamente el voto particular, que la crisis económica “*puede validar ciertas limitaciones de los derechos sociales constitucionales*”, alterando lo que se considera “*contenido esencial*” de los derechos fundamentales. Pero tal circunstancia no puede alterar las “*facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito*”, desnaturalizándolo y haciéndole perder su fisonomía característica. En definitiva, que la modulación de los derechos fundamentales por la crisis económica es un problema de límites, de matices.

Entiende al respecto, de manera gráfica, que el “*límite de los límites de los derechos constitucionales debe de ser... / ...único y uniforme, al margen y con independencia del contexto económico, debiendo mantenerse inalterable a results del ciclo económico*”. Ciertamente, continúa el voto particular, “*el contenido accesorio o no esencial de estos derechos puede acomodarse al entorno económico*”, pero dicha “*maleabilidad*” no debe ser “*predicable de su contenido esencial*” que debe dotarse de una “*estabilidad al abrigo de los vaivenes de la coyuntura no solo política sino, además, económica*”. Obviamente esto sitúa el límites de los límites -empleando su terminología- en un modelo estático poco moldeable, poco adaptable, rígido y pétreo, como poroso, en definitiva, a la realidad del tiempo en el que han de ser aplicadas las normas.

El contenido esencial de la labor del intérprete máximo de la Constitución es identificar el contenido esencial del derecho fundamental, porque -continúa- solo así “*una medida legal podrá ser o no calificada como lesiva de un derecho fundamental, libertad pública o derecho cívico*”. Por eso califica como “*llamativo*” e “*inquietante*” que la sentencia de la que discrepa haya “*omitido la más ligera alusión al contenido esencial de dos de los derechos fundamentales*” controvertidos, lo que supone, sin más, según su parecer, una “*negación implícita de la propia vigencia en los derechos cuestionados*”. Porque lo que sí se encarga de subrayar constantemente el parecer mayoritario del Tribunal en la sentencia de la que discrepa es que los derechos fundamentales analizados son “*de configuración legal*”, con lo que, de una manera u otra, se rebaja su relevancia constitucional, su impor-

tancia en la pirámide de derechos que conforma la Constitución. El Magistrado discrepante entiende, al contrario, que esta particularidad en nada influye en el límite que el texto constitucional impone, es decir, en el necesario “*respeto al contenido esencial*” del Derecho.

De una manera u otra se desliza la idea de que el legislador al introducir una variable de apreciación económica, variable con las circunstancias en las que se desenvuelve por definición, está alterando el contenido normativo esencial del derecho constitucional, operación legislativa proscrita por el juego característico del ejercicio del poder legislativo. De esta manera, de esta forma, con esta resolución mayoritaria del Tribunal Constitucional se da carta de naturaleza constitucional a esta forma de matizar el contenido legal del derecho constitucional al trabajo. Y lo que pretende el voto particular es salir al paso de esta práctica que erosiona el contenido esencial del derecho, considerando dicho proceder legislativo contrario a la Constitución.

Funcionalidad novedosa.- Un problema adicional que presenta este nuevo canon de proporcionalidad introducido por la mayoría del Tribunal es que dicho juicio de proporcionalidad tradicionalmente se ha articulado generalmente en situaciones de conflicto entre varios derechos fundamentales. De tal suerte que ahora dicho canon se predica para enjuiciar la constitucional de la labor legislativa ordinaria, es decir, se ha desplazado de forma “*deliberada*” desde el ámbito del conflicto entre derechos de orden constitucional hacia el ámbito de la legalidad ordinaria para “*avaluar las, a veces, disimuladas o encubiertas extralimitaciones constitucionales de la reforma laboral*”, insinuando un proceder deliberado de la mayoría del Tribunal desconectado de los debates y discusiones habidos en el seno del Tribunal. Con ello, en realidad, el Tribunal Constitucional -entiende el Magistrado discrepante- está conduciéndose con criterios de legalidad ordinaria, es decir, que mediante el recurso al empleo del canon novedoso de atención a las circunstancias económicas se está desplazando el foco de atención desde el plano de constitucionalidad, que es, en puridad, la labor constitucional propiamente dicha, a la que se debe el tribunal, hacia el plano de la legalidad ordinaria, quedando desacreditado no solo el sentido mayoritario del Tribunal, sino también, lo cual es mucho más importante, la propia función institucional que tiene encomendada el Tribunal. Con un propósito, cuanto menos irónico, entiende que la mayoría del Tribunal “*instala su razonamiento en el plano de la más estricta legalidad infraconstitucional*” (pág. 145). Pone para ello varios ejemplos: el razonamiento que despliega el tribunal con respecto a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, y la argumentación sobre la causa colectiva de extinción del contrato de trabajo.

El desplazamiento que hace la sentencia mayoritaria -según continúa afirmando el voto discrepante- desde el juicio de constitucionalidad hacia el de legalidad ordinaria no solo

pretende afirmar y subrayar la incorrecta visión del problema de la mayoría del Tribunal, sino constatar los peligros que de dicha doctrina novedosa se deducen. Esencialmente la pérdida de sentido de la expresión ‘núcleo duro’ del derecho constitucional, identificándolo con el contenido esencial que lo hace reconocible en todo tiempo y lugar, y bajo cualquier situación o contexto. La consecuencia que se deduce de este parecer es que el proceder del Tribunal se “*sustituye por un mero análisis de justificación no arbitraria y razonable de la medida legal controvertida, análisis este más propio de la presunta violación por una norma legal del principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE) que de las limitaciones impuestas al ejercicio de derechos constitucionales, amparados por la garantía del respeto al contenido esencial*”.

4. REGRESIVIDAD Y NEOHERMENÉUTICA CONSTITUCIONAL

Recapitulación.- En clave muy esquemática puede resumirse el parecer discrepante de los votos particulares en tres precisas y sencillas premisas:

La mayoría del Tribunal ha erigido a la crisis económica en un parámetro más de valoración constitucional de las medidas que limitan el ejercicio de los derechos fundamentales.

Se niega, categóricamente, que los derechos sociales constitucionales relacionados con el ámbito laboral sean (prioritariamente) de configuración legal, es decir, que su núcleo duro, aquella fisonomía propia que los hace reconocibles en todo tiempo y lugar, debe jugar un papel determinante en la determinación de su concreción legal, de lo que se deduce que el legislador ordinario no tiene tanto margen de actuación legislativa como en un derecho constitucional de configuración legal, viendo constreñido por la interpretación estricta que se deduce de la doctrina que emana del Tribunal Constitucional.

El papel del enjuiciamiento constitucional de las medidas legislativas ha quedado reducido -según su crítica- a una mera y singular apreciación de las causas justificativas de la modificación legislativa, por lo que la labor del Tribunal Constitucional se diluye en un ejercicio hermenéutico prácticamente similar al que efectúa la jurisdicción ordinaria, circunstancia con la que se muestra particularmente crítico.

Subsistencia del Derecho Laboral.- Que existan sólido argumentos para cuestionar la validez del parámetro de la crisis como canon de constitucionalidad no implica que se

desemboque en la muerte del Derecho del Trabajo²³. Cosa distinta es que hayamos asistido a una regresión en el nivel de diversos derechos sociales, varios de ellos con relevancia constitucional.

Una cosa es que el Tribunal Constitucional exija, con vehemencia y rotundidad, que la legislación positiva respete los límites que se deducen del núcleo duro de un derecho constitucional, y otra bien distinta que sea el encargado de concretar cuál debe ser la fisonomía legal de dichos derechos, especialmente aquellos, como ocurre con el Derecho del Trabajo, de amplia configuración legal y que carecen de unas exigencias constitucionales exhaustivas que obligue a implementar una hermenéutica restrictiva de la labor legislativa en virtud de los imperativos constitucionales categóricos que se deduzcan del texto constitucional.

Pero es que, además, el Tribunal Constitucional, “ha admitido siempre la potestad del legislador para establecer, en un nivel determinado y, por supuesto cambiante, el contenido económico de los derechos de los ciudadanos, lo que coincide con decir que la regulación legal inicial no congela los derechos derivados de la misma, imponiendo una regulación posterior necesariamente más alta”, porque, además, la propia “doctrina constitucional atribuye particular significado, a la hora de justificar restricciones o limitaciones legales de trascendencia económica, a la ‘coyuntura económica del momento (sentencias del pleno 134/87, y 83/93, e incluso 134/11) y difícil será encontrar en la historia de los últimos cien años una coyuntura económica más grave que la actualmente instala en España”²⁴.

Límites a la regresión.- Obviamente hay, como es razonable deducir, límites (constitucionales que se imponen) al legislador laboral en la eventual reversibilidad de los derechos sociales, que naturalmente tienen que ser respetados, esencialmente dos²⁵.

En primer lugar, que con la actuación normativa el poder legislativo infrinja normas constitucionales imperativas, es decir, exigencias o mandatos directos que la Constitución impone al legislador ordinario. En segundo lugar, que dicho proceder normativo erosione -con virulencia o no, no es cuestión relevante en este momento- el ‘contenido esencial de

23 Parfraseando el título del último capítulo del excelente artículo de DE LA VILLA GIL, L. E.: “El derecho del trabajo, ¿ha muerto o vive todavía? Reflexiones sobre la reforma laboral de 2012”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 29, mayo de 2012, pp. 12.

24 Por expresarlo con las palabras de autoridad de DE LA VILLA GIL, L. E.: “El derecho del trabajo, ¿ha muerto...”, *ob. cit.*, pp. 9-10.

25 SALA SÁNCHEZ enuncia, agrupa y desarrolla estos límites alrededor de estos cinco ejes: “Límites derivados de la necesidad de un razonamiento o motivación ‘suficiente’ de la restricción; límites derivados de la invulnerabilidad del contenido esencial de los derechos socioeconómicos reconocidos en la Constitución; límites derivados del tipo de norma por el que se establece la limitación regresiva; límites derivados de la conexión de los derechos económicos y sociales con derechos fundamentales o constitucionales; y limitaciones a las restricciones en función de los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e irretroactividad de disposiciones restrictivas de derechos individuales”. SALA SÁNCHEZ, P.: “La garantía constitucional de los Derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica”, Universidad de Valencia, Valencia, pp. 68 y ss.

los derechos constitucionales, lo que comúnmente se denomina ‘núcleo duro’ del derecho constitucional, aquellas particulares manifestaciones legales del mismo que hacen que el derecho en cuestión se presente, en todo tiempo y lugar, con unos perfiles reconocibles por sus destinatarios.

Pocos límites imperativos directos impone la constitución a los derechos de contenido social que estamos analizado, más allá de las expresas menciones al respecto que la norma legal tiene que patrocinar del derecho constitucional a “*la libre elección de profesión u oficio*”, a la “*promoción a través del trabajo*”, o a la “*remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia*”. Al margen de esta menciones, y la que se contienen en relación con la proscripción de “*discriminación por razón de sexo*”, y la exigencia de que la exista una norma laboral con reserva de nomenclatura denominada “*estatuto de los trabajadores*”, la Constitución no contiene provisiones demasiado exigentes para el legislador laboral, no impone límites rígidos y estrictos a su labor legislativa. Desde este punto de vista es razonable deducir del texto constitucional que el Derecho Constitucional al trabajo es, por más que se quiera ver de otra manera, un derecho de configuración legal, teniendo el legislador ordinario grandes facultades organizativas al respecto, enormes potencialidades en la regulación de la relación retribuida de servicios profesionales por cuenta ajena.

El contenido esencial de los derechos.- El problema más peliagudo, el que más problemática genera, tanto jurisdiccional como constitucional, es el relacionado con los márgenes del contenido esencial de los derechos constitucionales. Los derechos fundamentales tienen una doble dimensión subjetiva e institucional que impone obligaciones efectivas, tanto a los privados como al poder público, para el logro del bien común²⁶. Así, para delimitar los derechos fundamentales no solo se debe atender a la facultad o exigencia individual que surge de estos derechos de ser ejercidos sin intromisiones públicas o privadas para garantizar su pleno desarrollo (dimensión subjetiva), sino también a la obligación de los poderes públicos de realizar acciones positivas para materializar su ejercicio y disfrute (dimensión institucional); y, al respeto que la administración y los particulares deben al ejercicio de estos derechos (efecto irradiación). Ello, con el fin de modular o ajustar su ejercicio a las particularidades propias de la relación jurídica y a las circunstancias concretas en que los derechos fundamentales deben ejercerse²⁷.

26 Al respecto: Vid. Antonio Luis MARTÍNEZ PUJALTE, A. L. y DE DOMINGO, T., *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional: Teoría general e implicaciones prácticas*, Comares, Granada, 2011, p. 31.

27 En el mismo sentido: Vid. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 24-25, DE DOMINGO, T., «Neoconstitucionalismo, justicia y principio de proporcionalidad», *Persona y Derecho*, N° 56, 2007, p. 251, CARRILLO LÓPEZ, M., *La tutela de los derechos fundamentales en los Tribunales ordinarios (aplicación jurisdiccional de la ley 62/1978 de 26 de diciembre de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, pp. 25, 26 y 29.

Solo delimitando adecuadamente el ejercicio de cada uno de los derechos en cuestión será posible concretar el alcance de su protección jurídica y, por ende, determinar si la actuación del trabajador o las facultades de control del empleador han sido llevadas a cabo con respecto absoluto de estos derechos fundamentales, sin necesidad de recurrir a una ponderación restrictiva de derechos, que lo único que hace es apartar la resolución del caso de los supuestos o hechos específicos que matizan sus alcances pues parte de precedentes condicionados que jerarquizan ciertos derechos a favor de otros con argumentos como: la trascendencia pública o el respeto a ciertas libertades preferidas, lo que puede dar como resultado, como veremos más adelante, a una solución injusta y no acorde, incluso, a Derecho²⁸.

Pero erigir dicho contenido esencial en una fórmula totémica que incluya en dicho núcleo duro cualquier doctrina constitucional sobre estos derechos es pervertir el significado mismo de qué debe entenderse por núcleo duro de un derecho constitucional. No puede identificarse como contenido esencial del derecho todas las perspectivas y matices dignos de apreciación constitucional por el Tribunal Constitucional. Porque el núcleo duro de un derecho fundamental se identifica, única y exclusivamente, con aquella regulación (legal) mínima que hace que el derecho sea reconocido como tal por la sociedad a la que se destina, de tal suerte que cualquier quiebra o erosión de dicho contenido mínimo le haga perder su fisonomía conceptual propia y característica. Téngase presente, además, aunque es una obviedad, que no todos los elementos que integran todos los aspectos o matices de los derechos laborales tienen sentencia constitucional que los ampare, proteja o interprete, de lo que se deduce que la concreción de cuál sea el contenido del núcleo duro de un derecho fundamental procede directamente de la Constitución, deriva de ella. En definitiva que las exigencias constitucionales que se imponen al legislador laboral no derivan, en sentido estricto, de la (toda) labor interpretativa del Tribunal Constitucional, sino de la propia Constitución. Es decir, que dicho núcleo duro viene determinado primariamente por las exigencias que la propia Constitución imponga al respecto.

Especificación del contenido esencial.- La averiguación de cuál sea éste para cada derecho de contenido laboral concreto dependerá, en primer lugar, de una variable esencial apriorística: del lugar que ocupe el derecho de que se trate en la pirámide evolutiva de derechos que la propia Constitución formula. Así, sin demasiadas sutilezas, no se yerra al afirmar que el canon que se implemente para “*los derechos fundamentales*” y “*las libertades públicas*” debe ser superior, más evolucionado y exigente, que el que se construya para los “*derechos y deberes de los ciudadanos*”. Y no está de más recordar que el Derecho al Trabajo

.....

28 APARICIO ALDAMA, R.K., *Derecho a la intimidad y a la propia imagen en las relaciones laborales*, Aranzadi 2016, en prensa.

no es un derecho fundamental, como sí los son otros de inequívoca importación laboral, como lo es, por ejemplo, el derecho a la libertad sindical y al ejercicio de huelga.

Son dos, al menos, los concretos instrumentos técnicos que la Constitución suministra para averiguar cuál es el núcleo duro de un derecho constitucional. En primer lugar, lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución cuando impone que la interpretación de los Derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución enuncia debe realizarse de “conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Constituye ésta una fórmula jurídica que ayuda a ensanchar, de un lado, la tabla de derechos del ciudadano y de concertar, de otro, cual es el núcleo esencial de los derechos que la Constitución concede. Es una fórmula de limitada operatividad para aquellos derechos constitucionales no fundamentales, como lo es el derecho al trabajo ubicado en el art. 35 de la Constitución. Porque no es irrazonable pensar que en la búsqueda de cuál sea el núcleo duro de los derechos constitucionales no fundamentales pueda operar el canon hermenéutico que se deduce del art. 10.2 de la propia Constitución de distinta manera que para los que sí considerados fundamentales. Ello deja un margen amplio al legislador ordinario, pues la eventual eficacia restrictiva de los textos internacionales se centra con mayor intensidad en los derechos considerados fundamentales.

El otro límite, en segundo lugar, viene determinado por la mención que la propia Constitución realiza a “la dignidad de la persona”, que, según la fórmula que articula el art. 10.1 de la propia norma, es “fundamento del orden político y de la paz social”. Sin perjuicio “de reconocer la dificultad de dotar de un contenido jurídico-sustantivo el valor de la ‘dignidad humana’, es lo cierto, sin embargo, que la jurisprudencia constitucional lo ha relacionado con límites mínimos infranqueables, incluso para el legislador propiamente dicho”²⁹. Es, desde luego, un canon sumamente elástico, aunque, a diferencia del parámetro anterior, es probable que también sea útil para aquellos derechos constitucionales no fundamentales, para aquellos derechos constitucionales de amplia configuración legal. Obviamente, aquí el desarrollo interpretativo que la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional ha desarrollado tiene mucho que decir al respecto, concretando y precisando qué debe entenderse por ‘dignidad humana’, y que proyección se deduce hacia los derechos de contenido laboral.

Libertad relativa del legislador.- Más allá del empleo de estos dos parámetros constitucionales, es difícil deducir cómo la Constitución puede disciplinar, constreñir y restringir las iniciativas legislativas y circunscribirlas al escueto ámbito de regulación únicamente de

.....

29 SALA SÁNCHEZ, P.: “La garantía constitucional...”, ob. cit., p. 72.

mejoras de contenido normativo. Porque no existe, no puede existir, una argumentación constitucional que condicione la iniciativa legislativa de manera que se impida cualquier modificación *in peius*, incluso de los derechos fundamentales. Y es aquí, en este punto, en donde la reversibilidad de derechos tiene que ser consentida como lógica manifestación de la iniciativa legislativa, que con la pluralidad de opciones garantizada constitucionalmente (art. 1), garantiza diferentes opciones al respecto.

No está de más recordar que aunque la dialéctica hermenéutica jurisdiccional y constitucional tiene matices diferenciadores nada desdeñables, es perfectamente predicable lo que ya se razonó con ocasión del voto particular que se emitió a la STS de 22/12/2014 (RCUD 264/2014) cuando se afirmaba que “no cabe descartar la solución a un problema jurídico porque desagraden sus consecuencias”, porque la “solución al problema... / ... no puede estar predeterminada por el deseo de alcanzar cierto resultado o de evitar los inconvenientes de la respuesta jurídica que debemos otorgar. Si la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE) abocan a resolver un problema de modo determinado, el intérprete no puede alterar su conclusión porque le desagraden las consecuencias de ella. No cabe construir unos argumentos *ad casum* para alcanzar la solución deseada a costa de prescindir del mandato de las propias leyes”. Y esta argumentación sigue es válida -mutatis mutandis- para la labor constitucional cuando del enjuiciamiento constitucional de las normas laborales se trata. Porque, de un lado, es inevitable que la labor legislativa modifique o altere las normas laborales, porque no siempre queda claro qué es una mejora laboral, y porque, de otro, no todo canon de constitucionalidad, no toda sentencia del Tribunal Constitucional, forma parte del núcleo duro del derecho constitucional aplicable, que es único de obligado respeto para el legislador ordinario.

Reversibilidad y constitucionalidad.- La reversibilidad de los derechos sociales es, por tanto, perfectamente posible desde el plano constitucional que estamos tratando, como por otra parte se reconoce en los votos particulares que estamos analizando, y en otro voto particular de D. Fernando Valdés que emite, junto con D. Ignacio Ortega Álvarez, a la STC 49/2015, de 5 de marzo³⁰. Afirma al respecto, que no se defiende “*la tesis de la irreversibilidad absoluta de los derechos sociales*”, lo que “*vendría a significar que... / ...toda medida regresiva*” que afectara al contenido de una determinada regulación normativa “*estaría viciada de inconstitucionalidad*”. Es, por el contrario, plenamente consciente de que esta postura “*implicaría el sacrificio de otros valores constitucionales, como el pluralismo político que implica la posibilidad de que, dentro del marco constitucional, sean posibles diversas opciones legislativas de configuración de los derechos sociales*”, pluralismo que se encuentra

.....

30 Al que se adhirieron los Magistrados Dña. Adela Asua Batarrita y D. Juan Antonio Xiol Ríos.

condicionado por varios factores, entre ellos, y de manera destacada, como afirma, “*las disponibilidades de medios*”.

Rechazada, por tanto, la irreversibilidad absoluta, el problema es de matices, de vislumbrar “*el grado de restricción que pueden sufrir los derechos sociales*”, de concretar cuál es la línea a partir de la cual la irreversibilidad es inconstitucional. Para ello tendrá que tenerse en consideración tanto la “*la inviabilidad de la irreversibilidad absoluta*” como “*la reversibilidad incondicionada*” que permita una libertad rotunda al legislador. En todo caso es bastante razonable concluir que “*la reversibilidad no puede significar que esa decisión restrictiva pueda hacerse sin justificar el alcance de las nuevas decisiones, sino que deberán darse unos supuestos o condiciones que expliquen el porqué de tal retroceso*”. Es decir, si la reversibilidad de los derechos sociales es posible, en atención a las opciones que determina el pluralismo político, y las “*circunstancias sociales y económicas de cada momento*”, lo que parece razonable y constitucionalmente exigible es que se justifique la decisión restrictiva “*con respecto al nivel de protección previamente reconocido*”, lo que sitúa al legislador en la “*obligación de justificar de modo mucho más exigente el porqué de la disminución o restricción, en cuanto podría entenderse que esa previa regulación no solo prueba su inicial compatibilidad con los recursos económicos disponibles, sino que, en ciertos aspectos, marca un contenido de lo que los ciudadanos entienden como reconocible de ese derecho social y, en consecuencia, esperan su efectiva realización por los poderes públicos*”. En definitiva, que el principio de irretroactividad “*no enuncia una interdicción absoluta de retroactividad de disposiciones*”, pero como contrapartida exige que se expongan las razones que determinan dicha reversibilidad.

5. REFLEXIONES FINALES

Salvado el obstáculo de la irreversibilidad de los derechos sociales, el problema jurídico se centra no tanto en el “*si*”, sino en el “*cómo*” y en hasta qué límites puede operar dicha reversibilidad, así como en apreciar, en definitiva, la justificación que el legislador expone y enuncia para ejercer dicha opción legislativa restrictiva.

El contexto socio-económico que se enuncia en las exposiciones de motivos de las normas, así como en las memorias normativas, puede servir para contextualizar las medidas legislativas que se adopten, apoyándose la hermenéutica en este tipo de instrumento jurídico no normativo sin óbice constitucional alguno. Que las explicaciones que de dichos instrumentos se deduzcan formen parte del criterio de proporcionalidad en sentido es-

tricto es una consecuencia obligada de la asunción de la premisa inicial. Porque no parece que pueda desarrollarse con total extensión y potencialidad la opción legislativa que se reconoce al poder político sin poder alterar, al menos en parte, la fisonomía nuclear de los derechos sociales³¹. Y, sobre todo, porque la protección legislativa que se dispensa a algunos derechos fundamentales sí lo puede ser en perjuicio o menoscabo de otros de igual entidad, siendo el encargado de establecer estos balanceos y contrapesos el propio legislador mediante su instrumento normativo, no el Tribunal Constitucional, que es el encargado de apreciar si en ese sacrificio de algún derecho fundamental el legislador ha lesionado el núcleo duro del mismo.

Más allá de los límites comentados *supra*, el legislador posee una gran capacidad en la modulación de los derechos sociales constitucionales, singularmente aquellos de configuración legal. Imponer rígidos corsés a la capacidad legislativa en esta materia no solo es inviable desde el punto de vista constitucional, sino que puede llegar a ser incluso contraproducente, pues una norma puede considerarse retrógrada en algunos aspectos del desarrollo de los derechos sociales y avanzada en otros. Un análisis material sustantivo que discriminase qué prescripciones no revierten derechos sociales y cuáles sí es una tarea alejada de lo que se pretende de la hermenéutica constitucional, encargada, solamente, de apreciar si dicha reversión lesiona o no el núcleo duro un derecho constitucional, que es cosa distinta.

El contexto socioeconómico debe ser tomado en consideración por la jurisprudencia (ordinaria y constitucional), no solo para realizar una correcta contextualización de los derechos sociales debatidos, sino para efectuar el tradicional balanceo de intereses entre derechos confrontados, formando parte de la dinámica hermenéutica en sentido estricto.

Existe, sin embargo, un límite formal a la plena labor legislativa en relación con los derechos fundamentales, adicional a los dos sustantivos comentados *supra*. Como muchas veces se ha dicho “*tres son las exigencias para un uso constitucionalmente adecuado del real decreto-ley*”. En primer lugar, el ejercicio de este poder legislativo excepcional debe “*estar justificado*” en razones de “*extraordinaria y urgente necesidad*” (art. 86.1 CE); en segundo lugar, “*su contenido no puede afectar, además de al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, al régimen de las Comunidades Autónomas y al derecho electoral general, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I*” (art. 86.1 CE) y, en

.....

31 GÓMEZ GARRIDO precisa en este punto que “con tal perspectiva el voto particular presenta sin lugar a dudas su mayor punto débil”, en la medida en que si “los derechos sociales pueden pivotar dentro de un ámbito material en atención a las opciones derivadas del pluralismo político, y de las necesidades del sistema, entonces mal puede situarse el Tribunal como árbitro de tales opciones políticas, intentando una modulación de opciones que no le ha sido atribuida por el sistema”. En definitiva, una “decisión será o no constitucional por otras razones... / ...pero no puede mitigarse simplemente porque quieran consolidarse de manera voluntarista contenidos ya incorporados al estado social, que son disponibles por su propia naturaleza”. GÓMEZ GARRIDO, L. M^a.: “Los pronunciamientos del Tribunal...”, ob cit.

tercer lugar, el texto final resultante debe “*someterse al Congreso de los Diputados para su debate y votación de totalidad, en el plazo de los treinta días siguientes al de su promulgación, con vistas a su convalidación o derogación (art. 86.2 CE)*”. El debate sobre la utilización de este instrumento pivota, esencialmente, sobre la aplicación de los dos primeros requisitos. En lo que importa al primero, conviene recordar que la doctrina del propio Tribunal Constitucional exige que el instrumento normativo evacuado identifique “*de manera clara, explícita y razonada*” la concurrencia de esa “*singular situación, la extraordinaria y urgente necesidad*”, y en este proceder las exposiciones de motivos y las memorias normativas, es decir, los textos contextuales que se incorporan a las normas sin formar parte de su contenido normativo estricto, sí pueden desarrollar un papel muy importante.

Precisar en qué modo el contexto económico puede incidir en el alcance de los derechos laborales constituye una compleja tarea de modulación que requerirá, en todo caso, el cumplimiento de las siguientes exigencias.

Desde un punto de vista excluyente, no satisfacen la exigencia de contenido mínimo aquellas explicaciones que se dediquen a resumir el contenido del paquete normativo y a explicar los propósitos normativos. Debe anudarse a dicho propósito la razón que justifique la modificación propuesta (memoria normativa) u operada (exposición de motivos). También, por último, debe ser una explicación pormenorizada, en el sentido de satisfacer una mínima exigencia discursiva. Explicaciones que den por conocido un determinado escenario contextual o que presupongan cuál va a ser el resultado operacional una vez implementa la reforma no parece que pueden superar este listón exigible.

La explicación debe enmarcar, en fin, la medida propuesta en el contexto temporal en el que se va a promulgar, y exponer cuál es la razón por la que la medida, exclusivamente desde el punto de vista temporal, debe abordarse en este momento concreto y no esperar a su tramitación como norma parlamentaria en sentido estricto. Para el ámbito laboral también sería deseable que la explicación expusiese, al menos de manera laxa (quizá aquí la memoria normativa podría extenderse de manera más exhaustiva) los perjuicios que irroga la nueva normativa en supuestos de reversibilidad de derechos sociales y, a su vez, los beneficios que reporta para otros valores o derechos constitucionales en juego, legítimamente protegibles y amparables. Es decir, debería el legislador exponer que es consciente del sacrificio que irroga a los derechos fundamentales enunciando la razón que anida en su quehacer legislativo. Anticipando, por decirlo gráficamente, hasta cierto punto en su discurso explicativo, aunque no es el momento ni el lugar, el juicio de proporcionalidad en sentido estricto característico del enjuiciamiento constitucional. De lo que se trataría, siguiendo esta línea discursiva, es de evidenciar que el legislador es consciente del perjuicio que ocasiona a los derechos sociales, justificando su minoración para priorizar otros valores y principios constitucionales.

Una cosa es consagrar el sometimiento de las normas laborales a la lógica economicista y otra mantener el alcance de los primeros al margen de la situación socioeconómica. Rechazar la interacción de esa realidad económica con el ámbito normativo laboral incluso puede llegar a ser contraproducente, por impedir el avance en otros derechos sociales.

La interpretación laboral, constitucional y ordinaria, debe permitir la operatividad de los valores socioeconómicos como motores de las reformas normativas. Lo que desde luego debe exigirse, especialmente en materia de derechos constitucionales, es que las razones de eficiencia económica que están en la base justificativa del legislador (especialmente el de urgencia) se expongan con toda la deseable pulcritud y extensión, tanto en las exposiciones de motivos como en las memorias normativas.

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

Catedrático de Universidad

ÁNGEL ARIAS DOMÍNGUEZ

Profesor Titular (Acreditado a Catedrático)

Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

EFICIENCIA ECONÓMICA VS. PROTECCIÓN LABORAL: ANÁLISIS A PARTIR DE LA CLÁUSULA SOCIAL

TATSIANA USHAKOVA

*Profesora (Titular acreditada) del Área de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social (Universidad de Alcalá)*

Fecha de recepción: 20/02/2017

Fecha de aceptación: 3/03/2017

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. PLANTEAMIENTO DEL DILEMA A PARTIR DE LA CLÁUSULA SOCIAL. 1.1. La OIT y la protección laboral. 1.2. La OMC y la eficiencia económica. 2. TIPOLOGÍA DE LAS CLÁUSULAS. 2.1. Cláusulas promocionales. 2.2. Cláusulas condicionales. 3. APLICACIÓN. 3.1. Perspectivas. 3.2. Limitaciones. CONCLUSIONES.

RESUMEN: El presente estudio plantea el dilema “eficiencia económica *versus* protección laboral” a la luz del debate sobre la cláusula social. En este contexto, se analiza la contribución de la OIT y de la OMC al debate, se estudia la tipología de las cláusulas sociales y se esbozan los problemas de su aplicación. Dicho análisis se lleva a cabo teniendo en cuenta las últimas tendencias del panorama comercial actual que se caracteriza, entre otros aspectos, por la negociación y firma de acuerdos “megarregionales”.

ABSTRACT: This study considers the dilemma “labour protection versus economic efficiency” in light of the debate on the social clause. In this context, ILO’s and WTO’s contribution to the discussion is analyzed, typology of social clauses is studied and questions related to its application are raised. This analysis is carried out taking into account the

latest trends of the current market scenario characterized, among other aspects, by the negotiation and adoption of “megaregional” agreements.

PALABRAS CLAVE: Cláusula social, acuerdos comerciales, OIT, OMC, estándares laborales.

KEY WORDS: Social clause, trade agreements, ILO, WTO, labor standards.

INTRODUCCIÓN

El debate acerca de la cláusula social no es nuevo. No obstante, en el momento actual, parece oportuno “revisarlo” y actualizarlo por unas razones muy concretas. En primer lugar, porque puede servir de referencia para un modelo, o si se quiere un paradigma, de aproximación al problema de la globalización y la justicia social. Al respecto, cabe distinguir dos tesis: por un lado, la liberalización del comercio conlleva ventajas económicas para todos y, por otro lado, el comercio precisa de una regulación, a fin de proteger contra sus efectos negativos a aquellos actores vulnerables que carecen de recursos para defender sus intereses¹. En este sentido, la cláusula social puede considerarse como una respuesta al dilema “eficiencia económica vs. protección social” en un mundo globalizado.

En segundo lugar, el análisis propuesto debe plantearse en el contexto de las últimas tendencias en el panorama comercial internacional. Entre ellas, se halla el resultado bastante insatisfactorio de la Ronda de Doha en el marco de la Organización Mundial del Comercio (OMC) y, como consecuencia, la respuesta a ese resultado, a saber, el proceso paralelo de negociación y firma de acuerdos comerciales “megarregionales”². Dichos acuerdos engloban los procesos de integración regional e incluyen numerosos aspectos de regulación³. Sin duda, el proceso señalado altera el cuadro, ya de por sí complejo, en que



1 G. VAN ROOZENDAAL, “The Diffusion of Labour Standards: The Case of the US and Guatemala”, *Politics and Governance*, Vol. 3, 2015, p. 22.

2 Los acuerdos “megarregionales” son acuerdos económicos de contenido amplio entre un grupo de países que poseen conjuntamente un peso económico significativo. UNCTAD, *World Investment Report 2014. Investing in the SDGs: An Action Plan*, UN Publication, Geneva, 2014, pp. 118 y ss. (Citado en adelante como *WIR 2014*). Vid. sobre los acuerdos “megarregionales” o los “acuerdos de nueva generación”, A. GUAMÁN HERNÁNDEZ, “La política comercial de la UE y su impacto en los derechos laborales: una aproximación a los posibles efectos de la firma del TTIP y del CETA”, *Lex Social*, Vol. 6, núm. 2, 2016, pp. 123-144, y “Cláusulas laborales en los acuerdos de libre comercio de nueva generación: una especial referencia al contenido laboral del TPP, CETA y TTIP”, *Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 398, 2016, pp. 83-112.

3 En el momento de comienzo de la elaboración de este estudio, unos 88 Estados estaban negociando siete acuerdos destacados: el CETA, entre la UE y Canadá, con 29 países implicados; el Acuerdo Tripartito, entre COMESA, EAC y SADC, con 26 países implicados; el FTA, entre la UE y Japón, con 29 países implicados; el PACER Plus, entre Australia, Nueva Zelanda y las Islas del Pacífico, con 15 países implicados; el RCEP, entre el ASEAN y Australia, China, Japón, India, República de Corea y Nueva Zelanda, con 16 países implicados; el TPP, con 12 países implicados, y el TTIP, entre la UE y EE.UU., con 29 países implicados. *WIR 2014*, p. 119. En octubre de 2015, tras siete años de negociación, se concluyó el TPP, cuya firma por los Estados partes se produjo en febrero de 2016. *WIR 2016*, p. 101. Teniendo en cuenta las disposiciones relativas a su vigencia y la postura actual de EE.UU. al respecto, este Acuerdo no podrá entrar en vigor. En julio de 2016, la Comisión europea presentó la Propuesta de Decisión del Consejo relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Acuerdo Económico y Comercial Global (CETA) entre Canadá, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra. COM (2016) 444 final. El 15 de febrero, el Parlamento Europeo aprobó el acuerdo: <http://www.europarl.europa.eu/news/es/>

coexisten: el régimen especial de la OMC; los sistemas regionales y subregionales, con un mayor o menor grado de integración, como, por ejemplo, los de la Unión Europea (UE), de la Asociación de Naciones del Asia Sudoriental (ASEAN), del Mercado Común del Este y Sur de África (COMESA), del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) o del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA), todos ellos con sus normas comerciales, y, por último, los acuerdos comerciales bilaterales.

Queda por observar cómo va a coexistir toda esa “masa normativa” y, en particular, cómo se reflejará la cláusula social en el nuevo orden comercial internacional.

1. PLANTEAMIENTO DEL DILEMA A PARTIR DE LA CLÁUSULA SOCIAL

1.1. La OIT y la protección laboral

En el plano internacional, el comienzo del debate sobre la cláusula social se conecta con la creación de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en 1919, o bien con el intento de establecer una Organización Internacional del Comercio en 1948, pero la referencia más temprana remite a la Conferencia de Berlín, celebrada a finales del siglo XIX⁴. Así, en su estudio, Stephen Woolcock afirma que la primera propuesta para relacionar el comercio y los estándares laborales se plantea en la convocatoria del káiser Guillermo de Alemania dirigida a otras potencias europeas para negociar las normas laborales internacionales y, de ese modo, hacer frente al conflicto social y el creciente poder del movimiento socialista⁵.

Por su parte, en la fuente editada por la OIT, se puntualiza que, en realidad, la primera iniciativa concreta surgió en Suiza en 1889⁶. El Consejo Federal suizo envió a trece gobiernos invitaciones para que asistieran a una conferencia preliminar con el objetivo de examinar qué aspectos del Derecho laboral podrían ser objeto de un convenio internacio-



news-room/20170209IPR61728/ceta-el-parlamento-europeo-respalda-el-acuerdo-comercial-con-canad%C3%A1 (consultado el 20 de febrero de 2017).

4 S. WOOLCOCKS, *Trade and Labour Standards Debate: Overburdening or Defending the Multilateral System?*, Working Paper Series, nº 4, Global Economic Institutions, ESRC, 1995, citado por CUTS, *Trade, Labour, Global Competition and the Social Clause*, Report edited by P. S. MEHTA and B. CHATTERJEE, CUTS, 1997, p. 25; OIT, *Las normas internacionales del trabajo. Manual de educación obrera*, 4ª ed. (revisada), Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1998, p. 2; GTZ, *Los estándares sociales en la cooperación técnica*, editado por P. KOCKS y elaborado por M. WINDFUHR, Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ), Eschborn, p. 9.

5 WOOLCOCKS, *op. cit.*

6 OIT, *Las normas internacionales del trabajo*, 1998, p. 2.

nal. Sin embargo, debido a la convocatoria análoga de Alemania, el Consejo Federal suizo renunció a su proyecto de conferencia de Berna y apoyó la reunión en Berlín, de 15 de marzo de 1890.

Después de dos semanas de sesiones, la Conferencia adoptó recomendaciones detalladas para reglamentar o, en su caso, prohibir el trabajo en las minas, el trabajo dominical, el trabajo de los niños y el empleo de los jóvenes y de las mujeres⁷. Es cierto que los estándares elaborados carecían de valor vinculante y tuvieron poca repercusión en la práctica. Ahora bien, la Conferencia tuvo su valor simbólico, como un primer intento de fijar las normas laborales internacionales, y abrió el camino para seguir con los pasos posteriores en esa dirección.

A partir de 1897, se celebraron conferencias sobre los estándares sociales internacionales en Zúrich y Bruselas que, a su vez, llevaron a la fundación, en 1901, de la Asociación Internacional de Legislación del Trabajo, predecesora de la OIT, y de la Oficina Internacional del Trabajo⁸. En 1905, la Asociación adoptó los dos primeros convenios internacionales en la materia: el Convenio que prohibía el trabajo nocturno de las mujeres y el Convenio que prohibía el uso de fósforo blanco en la producción de cerillas⁹. De este modo, los primeros estándares laborales internacionales aludían a la seguridad y salud en el trabajo.

No obstante, y como no podía ser de otro modo, el elenco de los estándares laborales fundamentales se debe a la contribución de la OIT. La Organización se creó en virtud de la Parte XIII del Tratado de Versalles¹⁰. El Preámbulo de la Parte XIII merece ser considerado como un objetivo anhelado en el ámbito laboral, pero difícil de alcanzar. Ante todo, conecta la consecución de la paz universal y permanente con la justicia social, y pone de manifiesto la existencia de condiciones de trabajo que implican para un gran número de personas la injusticia, la miseria y las privaciones. La lista de condiciones que hay que mejorar es bastante completa y sigue vigente hoy en día, casi cien años después de su concepción.

Asimismo, la Parte XIII acogió una “Carta del Trabajo” con nueve principios generales de particular urgencia, que todas las comunidades industriales deberían esforzarse en aplicar para la reglamentación de las condiciones de trabajo:

.....

7 Íd.

8 Véase, GTZ, *op. cit.*, p. 9, y OIT, *Las normas internacionales del trabajo*, p. 3.

9 El Convenio que prohibía el uso de fósforo blanco logró la adhesión de 41 Estados o colonias, mientras que el otro contaba con 25 Estados partes. Véase G. RODGERS, E. LEE, L. SWEPSTON and J. VAN DAELE, *La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social, 1919-2009*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2009, p. 5.

10 Como se sabe, el Tratado de Versalles es un Tratado de Paz, firmado el 28 de junio de 1919, entre los Países Aliados y Alemania en el Salón de los Espejos del Palacio de Versalles, que puso fin a la Primera Guerra Mundial. Entró en vigor el 10 de enero de 1920. La Parte XIII comprende los arts. 387-427 del Tratado.

- “1. El principio director..., de que el trabajo no debe ser considerado simplemente como una mercancía o un artículo de comercio;
2. El derecho de asociación para todos los objetos no contrarios a las leyes, tanto para los asalariados como para los empleadores;
3. El pago a los trabajadores de un salario que les asegure un nivel de vida conveniente, tal como se comprende en su tiempo y en su país;
4. La adopción de la jornada de ocho horas o de la semana de cuarenta y ocho horas, como objetivo a alcanzar en todas partes en que aún no haya sido obtenido;
5. La adopción de un descanso semanal de veinticuatro horas como mínimo, que debería comprender el domingo, siempre que fuera posible;
6. La supresión del trabajo de los niños y la obligación de introducir en el trabajo de los jóvenes de ambos sexos las limitaciones necesarias que les permitan continuar su educación y asegurar su desarrollo físico;
7. El principio del salario igual, sin distinción de sexo, por un trabajo de igual valor;
8. Las reglas dictadas en cada país sobre las condiciones del trabajo deberán asegurar un tratamiento económico, equitativo a todos los obreros que legalmente residan en el país;
9. Cada Estado deberá organizar un servicio de inspección en el que haya mujeres, con el fin de asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos de protección de los obreros”¹¹.

Los principios afirmados se han plasmado en la Declaración de Filadelfia de 1944 que, en 1946, pasó a formar parte de la Constitución de la OIT¹².

En cuanto a la cláusula social, se prosiguió con el debate de qué normas deberían formar parte de ella. Así, por ejemplo, en la Conferencia Internacional del Trabajo de 1994, la Memoria del Director General de la OIT estudiaba los procedimientos que podrían reforzar la acción en pro de los derechos fundamentales en el contexto de la globalización, expresados como “derechos capacitadores” o “habilitadores” (*enabling rights*) que impulsarían los avances en otros ámbitos, y contenía una propuesta sobre la cláusula social¹³. En este contexto, y para los representantes de los trabajadores, la cláusula social se oponía a la mano de obra infantil, al trabajo forzoso, a la discriminación; y, por otra parte, se apoyaba



11 Véase el art. 427 de la Sección II de la Parte XIII.

12 La Constitución y otros instrumentos de la OIT pueden consultarse en: <http://www.ilo.org>. (consultado el 20 de febrero de 2017).

13 RODGERS et al., *op. cit.*, p. 230.

en la libertad sindical, es decir, contemplaba la negociación libre para establecer los salarios y las condiciones de empleo admisibles para un país, teniendo en cuenta su situación económica¹⁴.

Finalmente, la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo, de 1998, reflejó los cuatro ámbitos mencionados: la libertad de asociación, la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva; la abolición del trabajo forzoso; la erradicación del trabajo infantil y la eliminación de la discriminación en el trabajo. Con todo, no se pretendía crear o ampliar el catálogo de derechos, sino reiterar aquellos que ya estaban contemplados en la Constitución de la OIT, y que hallaban su expresión en los convenios reconocidos como fundamentales¹⁵. Además, se declaraba que todos los Estados Miembros, aun cuando no hayan ratificado los convenios fundamentales de la OIT, por su mera pertenencia a la Organización tienen el compromiso de respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo. Debido al carácter general del llamamiento del art. 1(a) a cumplir los instrumentos fundamentales de la OIT, la Declaración puede interpretarse como un primer paso en la configuración de un verdadero orden social internacional, que se imponga a todos los Estados.

Como es de suponer, no faltaron propuestas de incluir en la Declaración otros derechos como, por ejemplo, la seguridad y la salud en el trabajo o el salario mínimo; o, al contrario, reticencias a aprobar un instrumento de derechos fundamentales, por el temor de encarecer la producción o establecer restricciones para la acción de los Estados¹⁶.

La Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, de 2008, incluyó los derechos fundamentales en el concepto de trabajo decente, postulándolos como uno de los cuatro objetivos estratégicos, y acentuó la importancia de su respeto, promoción y realización para la consecución de todos los objetivos. Del mismo modo, la Declaración de 2008 dejó claro que el término “fundamentales” no implica un valor jerárquico superior respecto de otros estándares laborales de la OIT, sino que resalta la relevancia de los derechos señalados para la promoción del resto de estándares, como medio de realizar los propósitos constitucionales de la Organización. Además, incorporó la obligación de la OIT de asesorar y apoyar a sus Estados miembros en la implementación de la



14 OIT, *Actas de la 81ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo*, Actas Provisionales núm. 9, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 1994, p. 34.

15 Los ocho convenios fundamentales son los siguientes: Convenios núm. 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación), de 1958; Convenio núm. 100 sobre igualdad de remuneración, de 1951; Convenio núm. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 1948; Convenio núm. 98 sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, de 1949; Convenio núm. 29 sobre el trabajo forzoso, de 1930; Convenio núm. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, de 1957; Convenio núm. 138 sobre la edad mínima, de 1973 y Convenio núm. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, de 1999. Véase, al respecto, J. L. GIL Y GIL y T. USHAKOVA, “La Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo”, *Documentación Laboral*, núm. 59, 1999, pp. 99-112.

16 RODGERS et al., *op. cit.*, pp. 42 y 98.

Agenda de Trabajo Decente¹⁷ y en la promoción de los estándares afines a los objetivos de la OIT en su práctica bilateral o multilateral¹⁸.

1.2. La OMC y la eficiencia económica

Aunque las primeras referencias a la cláusula social se hallaban en los orígenes y la actividad normativa de la OIT, el debate cobró un nuevo impulso en el proceso de creación de la OMC. De hecho, en la doctrina jurídica, la expresión “cláusula social”, frente a las referencias a las “normas sociales”, los “estándares laborales” o la “dimensión social”, se asocia precisamente con los intentos de introducir las disposiciones correspondientes en un acuerdo comercial multilateral¹⁹.

La mención más explícita del compromiso al respecto apareció en la Carta de la Habana, de 1948, que se había concebido para la fundación de una Organización Internacional de Comercio (OIC)²⁰. La Carta contenía el art. 7, titulado “Normas de trabajo equitativas”²¹, en que los Estados miembros expresaban su propósito de reconocer que las medidas relativas al empleo debían tener plenamente en cuenta los derechos de los trabajadores, conforme a las declaraciones y acuerdos intergubernamentales. Además, reconocían que todos los países tenían un interés común en el logro y mantenimiento de normas del trabajo equitativas en relación con la productividad y, por consiguiente, en la mejora de los salarios y de las condiciones de trabajo en la medida en que pudiese permitirlo la productividad; señalaban que las condiciones inequitativas de trabajo, especialmente en la producción destinada a la exportación, creaban dificultades en el comercio internacional, y se comprometían a adoptar medidas para hacer desaparecer tales condiciones dentro de su territorio.

En los párrafos 2 y 3 del art. 7, estaban previstas las consultas y colaboración con la OIT al respecto de las normas de trabajo equitativas.

Sin embargo, la Carta de La Habana nunca entró en vigor, entre otros aspectos, debido a la oposición de los EE.UU.²²

17 Cf. ILO, *Fundamental principles and rights at work: From commitment to action. Recurrent discussion under the ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization and the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work*, Report VI, International Labour Office, Geneva, 2012, para. 15, pp. 5-6.

18 Véase el Preámbulo y la Sección II (A) de la Declaración de 2008.

19 Véase sobre el debate, entre otros: R. W. STAIGER, “A Role for the WTO”, in K. BASU, H. HORN, L. ROMÁN, and J. SHAPIRO (Eds.), *International Labor Standards. History, Theory and Policy Options*, Blackwell Publishing, EGDI, Malden, Oxford et al., 2003, pp. 273-308; McCRUDDEN and A. DAVIES, “International Trade Law and Labour Rights”, in M. W. GEHRING and M.-C. CORDONIER SEGGER (Eds.), *Sustainable Development in World Trade Law*, Global Trade and Finance Series n° 9, Kluwer Law International, The Hague, 2005; S. JOSEPH, *Blame it on the WTO? A Human Rights Critique*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp.130-137.

20 UNCTAE, *Acta Final y Documentos conexos*, Conferencia celebrada en la Habana, del 21 de noviembre de 1947 al 24 de marzo de 1948, Comisión Interina de la Organización Internacional de Comercio, New York, April 1948, Carta de la Habana para una Organización Internacional de Comercio, pp. 5-116.

21 Véase el art. 7 en: UNCTAE, *op. cit.*, p. 13.

22 RODGERS et al., *op. cit.*, p. 228.

Las disposiciones del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT de 1947) acogieron los aspectos sociales de manera bastante más tímida y menos contundente. La presencia de una cierta preocupación en la materia puede deducirse del Preámbulo del GATT, que indica que las “relaciones comerciales y económicas deben tender al logro de niveles de vida más altos, a la consecución del pleno empleo y de un nivel elevado, cada vez mayor, del ingreso real y de la demanda efectiva, a la utilización completa de los recursos mundiales y al acrecentamiento de la producción y de los intercambios de productos”²³. Una declaración similar se reproduce en el Acuerdo de Marrakech de 1994, el tratado fundacional de la OMC y heredero del sistema del GATT de 1947²⁴. El primer Considerando del Preámbulo contiene el propósito de “elevar los niveles de vida, ... lograr el pleno empleo y un volumen considerable y en constante aumento de ingresos reales y demanda efectiva y ... acrecentar la producción y el comercio de bienes y servicios, permitiendo al mismo tiempo la utilización óptima de los recursos mundiales de conformidad con el objetivo de un desarrollo sostenible y procurando proteger y preservar el medio ambiente e incrementar los medios para hacerlo, de manera compatible con sus respectivas necesidades e intereses según los diferentes niveles de desarrollo económico”. Al respecto, se ha expresado la opinión de que dichos propósitos deben entenderse como verdaderos objetivos de la Organización, mientras que sus funciones, indicadas en el art. III del Acuerdo de Marrakech, constituyen medios instrumentales para la consecución de sus fines primarios²⁵. Aun así, en el Preámbulo del GATT de 1947 o del Acuerdo de Marrakech, no aparece mención alguna a los derechos o estándares laborales.

La única referencia explícita, pero residual, se halla en el art. XX (e) del GATT, que alude a las “Excepciones generales” y permite a los Estados miembros adoptar medidas para prevenir la entrada de productos fabricados en las prisiones. Dicha disposición puede interpretarse como una cláusula social en el supuesto del trabajo forzoso, es decir, correspondiente a uno de los derechos fundamentales reconocidos por la OIT. Otros apartados del art. XX podrían dar lugar a interpretaciones similares. Quizá resulte menos evidente

.....

23 Véase el texto del GATT de 1947, así como distintos instrumentos del sistema de la OMC en: <https://www.wto.org> (consultado el 6 de febrero de 2017).

24 Los Estados partes del GATT, de 1947, decidieron en el Acuerdo de Marrakech, de 15 de abril de 1994 (en vigor desde el 1 de enero de 1995), crear la OMC como órgano encargado de velar por la libertad de los intercambios internacionales. El Acuerdo sobre la OMC incluye el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio, de 1994. Este instrumento, denominado “GATT de 1994”, se basa en el texto del “GATT de 1947”. No obstante, la nueva versión refuerza sus normas originarias para el comercio de mercancías, abriendo un panorama más libre y competitivo. Entre otros aspectos, pone término a las políticas de protección que el antiguo GATT toleraba en determinadas esferas “sensibles”. Véase A. SIERRALTA RÍOS, *Teoría evolutiva del comercio internacional*, ESAN Ediciones, Lima, 2014, pp. 134-135. España, como Parte del GATT de 1947 (ingresó en 1963) y Estado miembro de las Comunidades Europeas (la actual Unión Europea), ha suscrito y ratificado el Acuerdo de Marrakech. BOE nº 20, de 24 de enero de 1995 (tres Suplementos). Véase M. DIEZ DE VELASCO, *Las Organizaciones Internacionales*, 15ª ed., Tecnos, Madrid, 2008, pp. 457-458.

25 B. LAL DAS, *La OMC y el sistema multilateral de comercio*, Icaria, Barcelona, 2004, pp. 76-77.

pero no despreciable el vínculo entre las medidas excepcionales necesarias “para proteger la salud y la vida de las personas...” [art. XX (b)] y la seguridad y salud en el trabajo, entre las excepciones “para proteger la moral pública” [art. XX (a)] y para prohibir el trabajo infantil. En todo caso, como indica Sarah Joseph, no se trata de normas laborales, sino de medidas económicas para combatir la competencia desleal²⁶.

De este modo, la OMC ignora deliberadamente el lenguaje de los derechos sociales, pero no así el de los derechos humanos, ya que suscitan su preocupación la propiedad intelectual y, en los últimos años, el medio ambiente.

Por ahora, los derechos sociales tampoco han protagonizado ninguna de las múltiples diferencias en el seno de la OMC. Es más, cabe observar una tendencia general a delimitar las competencias y atribuir las cuestiones sociales al ámbito de actividades de la OIT. Esta tendencia se manifiesta en el contexto del conocido debate sobre el dumping social.

Así, en la década de los setenta, surgieron propuestas sin éxito de incorporar una cláusula social a los acuerdos y tratados de comercio internacional²⁷. Se hablaba entonces de los bajos costes de la mano de obra y las prolongadas jornadas laborales. Tanto en el seno del GATT, como en la primera etapa de la OMC, durante las negociaciones, se pone de manifiesto la preocupación por la defensa de los derechos de los trabajadores en el desarrollo del comercio internacional. No obstante, en la argumentación, el acento se situaba claramente en el interés económico, al alegar que los estándares laborales “anormalmente bajos”, en contravención con las normas de la OIT, darían lugar a la competencia desleal en el régimen comercial internacional²⁸.

La Conferencia Ministerial de la OMC, celebrada en Singapur del 9 al 13 de diciembre de 1996, contiene contribuciones importantes al respecto²⁹. Las organizaciones de trabajadores y otras ONG, generalmente de los países industrializados, invocaron la “cláusula social” como instrumento de protección de los estándares generales en el trabajo, y promovieron su inclusión en el sistema de control de la OMC. Según su convencimiento, la extensión del sistema de sanciones comerciales a las cuestiones laborales reforzaría la eficacia de los estándares internacionales en el trabajo que, en la actualidad, “carecen de dientes” (*have no teeth*). Dichas propuestas chocaron con la oposición de la mayoría de

.....

26 JOSEPH, *op. cit.*, p. 104; T. USHAKOVA, “Hacia la justicia social: vías de intervención de la OMC”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 4, 2016, pp.139-140.

27 En 1976, la *International Textile, Garment and Leather Worker’s Federation* exigió que se agregara una cláusula social en el GATT, cosa que no prosperó. Más tarde, en 1981 y nuevamente en 1986, hubo propuestas por parte de los sindicatos para incluirla en los protocolos de extensión del Acuerdo Multifibras (AMF), que tampoco se concretaron. Véase J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Sistema de Derecho Económico Internacional*, 1ª Ed., Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, pp. 182-184, en particular, p. 183.

28 Íd.

29 Declaración ministerial de Singapur, de 13 de diciembre de 1996, WT/MIN (96)/DEC/W, de 18 de diciembre de 1996, párr. 4. Véase, también, V. A. LEARY, “The WTO and the Social Clause: Post-Singapore”, *EJIL*, núm. 1, 1997, p. 119.

Estados miembros de la OMC, en particular, de los países en desarrollo, que vieron unos motivos proteccionistas camuflados detrás de la promoción de la “cláusula social”.

En consecuencia, el resultado final de la Conferencia de Singapur consistió en renovar el compromiso de respetar las normas fundamentales en el trabajo internacionalmente reconocidas, y considerar que son precisamente el crecimiento y el desarrollo económicos, impulsados por el crecimiento del comercio y la mayor liberalización comercial, los que iban a contribuir a la promoción de esas normas. Se rechazó la utilización de las normas del trabajo con fines proteccionistas, y se convino que no debía cuestionarse en absoluto la ventaja comparativa de los países, especialmente de los países en desarrollo de bajos salarios.

En sus observaciones finales, el Ministro de Comercio e Industria de Singapur y a la sazón Presidente de la Conferencia Ministerial declaró que “no se incluye en el programa de la OMC la cuestión de la relación entre el comercio y las normas del trabajo fundamentales”, y que “el texto (de la Declaración Final) no autoriza la realización de nuevos trabajos” en esta línea³⁰.

Aun así, el tema volvió a plantearse en la Conferencia Ministerial de Seattle en 1999, pero, una vez más, no se alcanzó ningún acuerdo. En esa ocasión, se promovió el fortalecimiento de la dimensión social de la OMC mediante la creación de un Grupo sobre Comercio y Trabajo (EE.UU.) o un Foro de Trabajo conjunto de la OIT y la OMC sobre la globalización del comercio y cuestiones laborales (UE). Los sindicatos y ONG de los países desarrollados volvieron a formular su propuesta de incorporar los estándares laborales dentro del mecanismo de control de la OMC. Como en la Conferencia de 1996, la iniciativa topó con la oposición de los Estados en vías de desarrollo. Más tarde, en la Conferencia Ministerial de Doha de 2001, se reafirmó la Declaración de Singapur sobre el trabajo, sin que se produjese ningún debate específico.

Es interesante destacar que, en el marco de la OIT, las organizaciones de empresarios se mostraron bastante críticas con la “cláusula social”, particularmente dentro del sistema multilateral de la OMC³¹. En su opinión, resultaba dudoso que los objetivos sociales pudiesen alcanzarse mediante sanciones comerciales. Es más, la aplicación de dichas sanciones podría alterar la política equilibrada que llevaba a cabo la OIT para promover los estándares laborales, aumentar las medidas proteccionistas e impedir el crecimiento económico, fundamental para el progreso social. Con todo, el camino emprendido por la OIT para revisar y reforzar los estándares laborales a partir de la Declaración de 1998, parecía una alternativa preferible a la de la acción más contundente de la OMC.

.....

30 WT/MIN (96)/9, párr. 8. Véase, también, las *Normas de trabajo: consenso, coherencia y controversia* en: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/whatis_s/tif_s/bey5_s.htm. (consultado el 10 de febrero de 2017).

31 A. WISSKIRCHEN and C. HESS, *Employers' handbook on ILO standards-related activities*, International Labour Office, Geneva, 2001, pp. 65-66.

El fracaso repetido de incorporar la “cláusula social” en el sistema multilateral internacional no impide que se establezca el vínculo entre los estándares comerciales y laborales a nivel bilateral, subregional, regional o, últimamente, “megarregional”.

2. TIPOLOGÍA DE LAS CLÁUSULAS SOCIALES

Muchas fuentes destacan la tendencia creciente a incorporar normas laborales en los acuerdos comerciales, especialmente en las dos últimas décadas³². Desde la adopción del Acuerdo de Cooperación Laboral de América del Norte (ACLAN o NAALC), anexo al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA), de 1993 (en vigor desde 1994), el número de acuerdos comerciales con disposiciones laborales ha aumentado de tan solo cuatro a veintiuno en 2005, y a cerca de sesenta en 2013³³. Cuentan con esas disposiciones prácticamente todos los acuerdos comerciales de los países del Continente Americano, la mayoría de los países de África y Europa, y un número considerable de acuerdos de los países de Asia y el Pacífico.

Dichas cláusulas explicitan el compromiso de las partes de respetar unos estándares laborales mínimos. Aunque no existe uniformidad en la reglamentación de los aspectos laborales en distintos acuerdos, cabe distinguir metodológicamente entre las llamadas “cláusulas promocionales” y las “cláusulas condicionales”.

2.1. Cláusulas promocionales

Las “cláusulas promocionales” comprenden aquellas disposiciones laborales que anuncian el compromiso de respetar los estándares mínimos en el trabajo, mantener los niveles adecuados de la legislación nacional y potenciar el diálogo en la materia. En este sentido, se pretende “promocionar” el respeto de las normas laborales, sin implicación de sanciones o incentivos económicos³⁴.

El adjetivo “promocional” no equivale a “no obligatorio”. Dichas medidas de cooperación, diálogo y supervisión pueden constituir obligaciones jurídicamente vinculantes y prever

.....
32 ILO, *Social Dimension of Free Trade Agreements*, International Institute for Labour Studies, Geneva, 2013, p. 1, y J. AGUSTÍ-PANAREDA, F. CH. EBERT, and D. LECLERCQ, *Social Dimension of Free Trade Agreements. Labour Provisions in Free Trade Agreements: Fostering their Consistency with the ILO Standards System*, International Labour Office, Geneva, 2014, p. 7.

33 ILS estimates based on the WTO Regional Trade Agreements Information System and information from national governments and treaty bodies. ILO, *Social Dimension of Free Trade Agreements*, p. 19.

34 ILO, *Social Dimension of Free Trade Agreements*, p. 21.

instituciones y procedimientos para asegurar su cumplimiento, como ponen de manifiesto muchos de los acuerdos suscritos por la UE con terceros países en los últimos años.

En algunos supuestos, las intenciones de promover los estándares laborales se anuncian en los preámbulos. Así, por ejemplo, el ACLAN, el primer acuerdo laboral vinculado a un tratado de libre comercio (TLCAN), recuerda la determinación expresada en este último de crear nuevas oportunidades de empleo, mejorar las condiciones de trabajo y proteger, ampliar y hacer efectivos los derechos básicos de los trabajadores³⁵. Del mismo modo, el Acuerdo de Cooperación Económica (EPA) entre los 15 países del Caribe (CARIFORUM) y la UE, de 2008, se refiere al progreso social y la promoción de los derechos sociales básicos de conformidad con los compromisos de los Estados partes con la OIT³⁶. En los dos acuerdos citados, las cláusulas promocionales se combinan con las condicionales.

Sin embargo, existen acuerdos en los que el enfoque adoptado es claramente promocional. De hecho, en 2013, este era el planteamiento de treinta y cuatro acuerdos comerciales de entre los cincuenta y ocho acuerdos comunicados y en vigor con cláusulas sociales³⁷.

Como se ha adelantado, la promoción de los derechos sociales caracterizaba tradicionalmente los acuerdos de cooperación económica de la UE con terceros países o grupos de países³⁸. Al respecto, constituye un punto de partida y un modelo de inspiración el Acuerdo de Cotonou, entre la UE y sus Estados miembros y los 78 países de África, del Caribe y del Pacífico (ACP), de 2000³⁹. Los objetivos estratégicos del Acuerdo resaltan los propósitos de un crecimiento económico, constante y generador de empleo, de la integración progresiva de los países ACP en la economía mundial y de las reformas económicas y sociales (art. 20). La cooperación sectorial para el desarrollo social y humano se orienta hacia el apoyo de las reformas sociales destinadas a mejorar la cobertura, la calidad y el acceso a las infraestructuras y servicios sociales básicos, teniendo en cuenta las necesidades locales y los intereses de los grupos más vulnerables (art. 25.1). Del mismo modo, se pretende apoyar los programas de formación para la elaboración de las políticas sociales y favorecer la innovación tecnológica (art. 25.2).

Por lo que respecta a las normas laborales en el comercio, el art. 50 reafirma el compromiso de las Partes con los convenios de la OIT, en particular, con los convenios funda-



35 Véase el texto del ACLAN en: <http://sp.naalc.org/index.cfm?page=453> (visitado el 10 de enero de 2017).

36 OJEU L 289/1, de 30.10.2008, p. 5.

37 ILO, *Social Dimension of Free Trade Agreements*, p. 67.

38 L. BARTELS, L., *A Model Human Rights Clause to the EU's International Trade Agreements*, German Institute for Human Rights, Berlin, 2014.

39 DO L 317, de 15.12.2000. El Acuerdo de Cotonou, de 23 de junio de 2000, modificado en 2005 (DO L 209, de 11.08.2005) y en 2010 (DO L 287, de 4.11. 2010), inicia una nueva fase en la cooperación entre los países ACP y la UE. Para algunos países ACP, la cooperación comenzó con la firma del Tratado de Roma en 1957, y se desarrolló con los dos Convenios de Yaundé y los cuatro Convenios de Lomé. Véase el texto del Acuerdo y sus modificaciones en: http://europa.eu/legislation_summaries/development/african_caribbean_pacific_states/r12101_es.htm (consultado el 12 de enero de 2017).

mentales. En este sentido, se propone fomentar la cooperación para el intercambio de la información, la elaboración de la normativa laboral nacional y de programas nacionales educativos y de sensibilización y el respeto de las disposiciones legales y reglamentarias nacionales de trabajo. Se reafirma el postulado promovido tanto desde la OMC como la OIT de que las normas laborales no deben utilizarse con fines de proteccionismo comercial (art. 50.3).

Este modelo promocional UE-Sur se reproduce en muchos instrumentos posteriores. Al igual que se anuncia en el Preámbulo del Acuerdo de Cotonou, por lo que respecta a la protección de los derechos en el trabajo, sirven de referencia las normas recogidas en los convenios de la OIT. Por ejemplo, en los acuerdos con Sudáfrica, de 2000, con Chile, de 2003, con Perú y Colombia, de 2013, y con América Central, de 2013, las partes adoptan obligaciones en coherencia con los convenios fundamentales de la OIT⁴⁰. En el caso del acuerdo comercial con la República de Corea, de 2011, se invocan tanto los convenios fundamentales, como los prioritarios y actualizados, y la Declaración de la OIT de 1998⁴¹.

Finalmente, el reciente acuerdo con Canadá (CETA)⁴² toma, como punto de partida “Normas y acuerdos laborales multilaterales” (art. 23.3), que incluyen la Declaración de 1998, la Agenda de Trabajo Decente, de conformidad con la Declaración de 2008, y otros compromisos, junto con el propósito de ratificar los convenios fundamentales (si todavía no lo han hecho), los convenios prioritarios y otros convenios clasificados por la OIT como actualizados (art. 23.3.4).

El planteamiento promocional también ha tenido reflejo en los acuerdos tipo Sur-Sur. Así, algunos acuerdos de integración suscritos por los países en desarrollo hacen suyo este enfoque. La particularidad de estos instrumentos reside en su contenido mucho más amplio que el de los acuerdos de cooperación económica o de libre comercio. Engloban aspectos de integración en distintos ámbitos (políticos, económicos, sociales y culturales) y constituyen un marco para el futuro desarrollo legal. Aunque la mayoría de acuerdos de integración regional se centra en el diálogo y la cooperación en materia laboral, destaca la experiencia de los sistemas subregionales de América Latina. En el sistema del MERCOSUR⁴³, el tratado fundacional contempla la posibilidad de adoptar normas secundarias (art. 9)⁴⁴. En esta dinámica, considerando la disposición del Preámbulo del Tratado de Asunción que prevé un “desarrollo económico con justicia social”, y teniendo en cuenta

40 ILO, *Social Dimension of Free Trade Agreements*, p. 72.

41 Íd.

42 Vid. el texto en COM (2016) 444 final.

43 El Mercado Común del Sur (MERCOSUR) es un proceso de integración regional instituido inicialmente por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, al cual se han incorporado, en fases posteriores, Venezuela y Bolivia, esta última en proceso de adhesión. Vid. una información detallada en la web oficial: <http://www.mercosur.int/> (consultado el 20 de enero de 2017).

44 Tratado de Asunción, de 26 de marzo de 1991.

los convenios y la Declaración de 1998 de la OIT, así como otros tratados internacionales universales y regionales [de la Organización de los Estados Americanos (OEA)], los Estados del MERCOSUR suscriben la Declaración Sociolaboral, de 1998⁴⁵. Se trata de un instrumento específico y expresamente promocional. En virtud de la Declaración, los Estados se comprometen a respetar los derechos fundamentales proclamados y a promover su aplicación, de conformidad con la legislación y las prácticas nacionales y las convenciones y acuerdos colectivos. Hay que subrayar que el elenco de derechos incluye los derechos individuales, colectivos y otros derechos, y va más allá de los derechos fundamentales comprendidos como tales en la Declaración de la OIT, de 1998.

Un panorama similar se observa en el bloque subregional de la Comunidad Andina⁴⁶. En su Preámbulo, el Acuerdo de Integración Subregional Andino, de 1988, contempla la integración como un mandato social, entre otros, y dedica el Capítulo XVI a la cooperación económica y social⁴⁷. Dentro del elenco de los instrumentos adoptados en los años siguientes, cabe mencionar la Carta Social Andina, de 1999, revisada en 2012⁴⁸. En el pasaje introductorio, donde se narra la historia de la propuesta, se indica que el Parlamento Andino aboga por dotar a la Carta de valor vinculante para los países miembros de la Comunidad Andina. El mismo propósito se expresa en el apartado sobre el alcance de los derechos reconocidos. No obstante, en la propuesta de reforma de 2012, encontramos la fórmula meramente promocional que reza: “Los Países miembros respetarán los derechos contenidos en esta Carta, observarán los principios y **promoverán** su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias de la Comunidad Andina...”⁴⁹.

La Comunidad de los Países del Caribe (CARICOM) representa otro ejemplo de integración subregional⁵⁰. Su Tratado fundacional revisado incorpora, como objetivos explícitos, la mejora de los estándares laborales y el pleno empleo y otros factores del desarrollo de la producción [arts. 6 (a) y (b)]. En este sentido, los órganos de la Comunidad poseen competencias en materia de relaciones laborales. El art. 73 atribuye a estos órganos las tareas de propuesta y adopción de medidas para la promoción de la armonización estable y sostenible de las relaciones en el trabajo. En cumplimiento de los objetivos de la Comunidad, se acentúa la promoción del pleno empleo, las mejores condiciones de vida



45 Declaración Sociolaboral del MERCOSUR, de 10 de diciembre de 1998.

46 La Comunidad Andina incluye a Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. Véase más información en: <http://www.comunidadandina.org/index.aspx> (consultado el 20 de enero de 2017).

47 Acuerdo de Cartagena, de 7 de diciembre de 1988.

48 La Carta Social Andina se aprobó el 7 de diciembre de 1999. Actualmente, es objeto de revisión. Una de las referencias remite a la propuesta de 2012.

49 La negrita es nuestra.

50 CARICOM está formada por Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Dominica, Crenada, Guyana, Jamaica, Montserrat, St. Kitts y Nevis, St. Lucia, St. Vicente y Granadinas, Surinam, y Trinidad and Tobago (art. 3 del Tratado revisado de la CARICOM, de 2001). Véase el texto completo en: http://www.caricom.org/jsp/community/revised_treaty-text.pdf (visitado el 20 de enero de 2017).

y de trabajo, las políticas y los programas adecuados en el ámbito de la seguridad social, las consultas tripartitas entre los representantes de los gobiernos, los trabajadores y los empresarios, y la movilidad transfronteriza de los trabajadores (a); se reconoce el principio de no discriminación de los trabajadores que buscan empleo, procedentes de otros Estados miembros (b), y se potencian los mecanismos efectivos de regulación de las relaciones laborales, en especial, la negociación colectiva (c). Finalmente, se pretende crear una conciencia de que la competencia internacional constituye un elemento clave para el desarrollo económico y social de los Estados miembros de la CARICOM, y requiere la colaboración entre los trabajadores y los empresarios para incrementar la producción y la productividad en las empresas de los Estados partes (d).

De manera específica, la CARICOM aprobó una Declaración sobre los principios en el trabajo y las relaciones laborales, de 1995⁵¹. Se puede observar que los Estados miembros están particularmente interesados en promover la libertad sindical y el diálogo social. Del mismo modo, se detallan otros derechos fundamentales en el trabajo.

Los procesos de integración subregional se desarrollan también en el Continente Africano. El COMESA es uno de los ejemplos más destacados⁵². El Tratado por el que se establece el Mercado Común entre nueve Estados miembros contiene algunas disposiciones sobre la cooperación en el ámbito social. Tales propósitos se formulan entre los objetivos específicos del art. 4.6. Asimismo, el art. 143 prevé la cooperación para promover las condiciones de empleo y de trabajo y la legislación laboral. En esta norma, al igual que se anuncia en los objetivos, se establece un marco común para los aspectos sociales y culturales. Además, como es típico de los acuerdos de integración, el art. 164 proclama la libertad de circulación de los trabajadores.

Prácticamente todos los sistemas mencionados cuentan con unos mecanismos de control y de implementación de las cláusulas sociales promocionales⁵³. En algunos casos, como el de la Comunidad Andina, se plantean las consultas tripartitas con apoyo en los órganos correspondientes, creados en el marco del Acuerdo de Cartagena, o el del Acuerdo de MERCOSUR, que prevé la constitución de un Subgrupo especial sobre las cuestiones de trabajo y empleo. La Declaración Sociolaboral del MERCOSUR aboga por el diálogo, la cooperación y el seguimiento del progreso alcanzado por la Comisión Sociolaboral. Indica que los Estados Partes la instituirán, con tal finalidad, como órgano tripartito auxiliar del Grupo Mercado Común, con carácter promocional y no sancionador.

51 El texto de la Declaración, de 26-28 de abril de 1995, se halla disponible en: http://caricom.org/jsp/secretariat/legal_instruments/declaration_labour_principles.jsp?null&prnf=1 (consultado el 25 de enero de 2017).

52 Currently there are nineteen member states in COMESA namely: Burundi, Comoros, D R Congo, Djibouti, Egypt, Eritrea, Ethiopia Kenya, Libya, Madagascar, Malawi, Mauritius, Rwanda, Seychelles, Sudan, Swaziland, Uganda, Zambia, Zimbabwe. Véase: http://programmes.comesa.int/attachments/article/83/1%20comesa_basic_story_21%2010%202010.pdf (visitado el 25 de noviembre de 2015).

53 Véase ILO, *Social Dimension of Free Trade Agreements*, pp. 73-74.

De manera similar, la CARICOM establece la cooperación en la materia con el Consejo para el Desarrollo Humano y Social, en el marco del Acuerdo, y la revisión del progreso alcanzado por el Secretario General en el marco de la Carta para la Sociedad Civil.

El Tratado del COMESA enfoca la cooperación hacia las condiciones de trabajo, normas laborales y cuestiones de género.

El CETA prevé un mecanismo de consultas (art. 23.9), el recurso al Grupo de Expertos (23.10) y la posibilidad de solución de diferencias con remisión al procedimiento del art. 23.10 o al futuro desarrollo de un procedimiento distinto (art. 23.11, párrafos 3-5).

Algunos acuerdos comerciales bilaterales del ámbito Sur-Sur siguen el mismo patrón. Por un lado, contienen referencias a los estándares laborales mínimos; por otro lado, crean el marco institucional para el seguimiento de dichos estándares. La práctica de Chile es muy ilustrativa al respecto⁵⁴. Sin embargo, llama atención la disparidad de criterios que emplea este país en sus relaciones comerciales: en el acuerdo con China, es la Agenda de Trabajo Decente de la OIT; en los acuerdos con Panamá y Colombia, la Declaración de la OIT de 1998, y en el acuerdo con Perú, además de la Declaración de 1998, la Convención Internacional de la ONU para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990⁵⁵.

2.2. Cláusulas condicionales

Siguiendo la sistemática de la OIT, se consideran “condicionales” aquellas cláusulas que implican un mecanismo de sanciones o incentivos económicos⁵⁶. Los incentivos son menos frecuentes y pueden suponer medidas comerciales o de otro tipo, por ejemplo, la asistencia técnica.

A mediados de los años 90, cuando comenzó el proceso de inclusión de las cláusulas sociales en los acuerdos comerciales, las cláusulas condicionales se impulsaron sobre todo por EE.UU., como alternativa al enfoque “promocional” más típico de la UE. Así, en 2013, de los 58 acuerdos comerciales con cláusulas sociales, 24 contenían disposiciones de carácter condicional, esto es, con implicación de sanciones o incentivos económicos.

Prácticamente todos los instrumentos mencionados combinan las disposiciones promocionales y condicionales. Tal es el planteamiento que asumen Canadá, EE.UU. y la UE en sus relaciones con terceros Estados (modelo Norte-Sur). Encontramos el mismo planteamiento en el acuerdo comercial entre Taiwán, China y Nicaragua, en vigor en 2008. Es

54 ILO, *Social Dimension of Free Trade Agreements*, p. 71.

55 La Convención se aprobó por la Resolución 45/158 de la Asamblea General de la ONU, de 18 de diciembre de 1990, y entró en vigor el 1 de julio de 2003.

56 ILO, *Social Dimension of Free Trade Agreements*, p. 21.

muy infrecuente el recurso exclusivo a las cláusulas condicionales. Uno de los ejemplos lo ofrece el Acuerdo entre Filipinas y Japón.

Las disposiciones condicionales pueden afectar a las partes antes o después de la ratificación de los acuerdos correspondientes. En su política de “condicionalidad”, EE.UU. han impuesto la adecuación de los estándares laborales en el Derecho nacional de la otra parte con anterioridad a la ratificación⁵⁷. Al parecer, dicha práctica se exigió hace una década por los actores de la sociedad civil de EE.UU., en particular por el Consejo Consultivo Laboral compuesto por los representantes de los trabajadores, y, por ahora, es el único país que practica este tipo de condiciones.

En los acuerdos comerciales de EE.UU., el punto de referencia para la cláusula social ha sufrido una evolución propia, acorde a la política nacional de este país. De hecho, el ACLAN anejo al TLCAN no contenía mención alguna a los instrumentos de la OIT, sino tan solo el compromiso de mejorar las normas laborales nacionales. No obstante, desde la adopción de la Ley del Comercio en 2002, EE.UU. marcó como objetivos comerciales promover el respeto de los derechos de los trabajadores y los derechos de los niños, en coherencia con los estándares fundamentales de la OIT (tal y como están definidos en la Sección 2113.6), y tener en cuenta la relación entre el comercio y los derechos en el trabajo⁵⁸. Más recientemente, el *Acuerdo sobre la Política Comercial* de EE.UU., de 2007, reivindicó la inclusión de disposiciones específicas relativas al trabajo, que imponen la obligación de adoptar y mantener la legislación nacional coherente con las normas laborales fundamentales de la OIT, a saber, la Declaración de 1998, así como la obligación de hacer cumplir de manera eficaz la legislación laboral nacional que contiene dichas normas⁵⁹. Al respecto, llaman atención dos aspectos particulares.

En primer lugar, los estándares fundamentales definidos en la Sec. 2113(6) de la Ley del Comercio no coinciden del todo con los derechos fundamentales de la Declaración de 1998 y los ocho convenios fundamentales de la OIT; a saber, se excluye de la definición

.....

57 ILO, *Social Dimension of Free Trade Agreements*, pp. 36 and 56.; R.C. BROWN, “Asian and US perspectives on labor rights under international trade agreements compared”, in A. MARX *et al.* (Eds.), *Global Governance of Labor Rights, Assessing the Effectiveness of Transnational Public and Private Policy Initiatives*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, Northampton, 2015, pp. 86-87.

58 La Sec. 2102(6), del *Trade Act* establece: “to promote respect for worker rights and the rights of children consistent with core labor standards of the ILO (as defined in section 2113(6)) and an understanding of the relationship between trade and worker rights”. A su vez, la Sec. 2113(6) define los estándares laborales fundamentales. “The term ‘core labor standards’ means- (A) the right of association; (B) the right to organize and bargain collectively; (C) a prohibition on the use of any form of forced or compulsory labor; (D) a minimum age for the employment of children; and (E) acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health”. Consultado en: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-107hr3009enr/pdf/BILLS-107hr3009enr.pdf> (visitado el 10 de enero de 2016).

59 ALC suscritos por EE.UU., disponibles en: http://www.ilo.org/global/standards/information-resources-and-publications/free-trade-agreements-and-labour-rights/WCMS_116960/lang-es/index.htm (visitado el 15 de diciembre de 2016). Véase el Acuerdo sobre la Política Comercial, de 10 de mayo de 2007, en: https://ustr.gov/sites/default/files/uploads/factsheets/2007/asset_upload_file127_11319.pdf (visitado el 20 de diciembre de 2017).

la no discriminación en el trabajo, pero se incluyen las condiciones aceptables relativas al salario mínimo, horas de trabajo y la seguridad y la salud en el trabajo. Se puede observar que dicha interpretación de los estándares fundamentales se reproduce en los acuerdos comerciales de EE.UU.⁶⁰

En segundo lugar, pese a insistir en el cumplimiento de los estándares fundamentales en el trabajo de la OIT en sus acuerdos comerciales, los EE.UU. solo han ratificado dos de los ocho convenios fundamentales de la Organización: el Convenio núm. 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, de 1957, y el Convenio núm. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil, de 1999⁶¹. Así, en el Documento de la OIT, de 2007, sobre la *Ratificación de los convenios fundamentales*, Myanmar y EE.UU. figuran como Estados miembros que han ratificado solo dos instrumentos⁶². Al respecto, el Gobierno de EE.UU. declaró que había suspendido el examen de la posibilidad de ratificar el Convenio núm. 29 debido a las preocupaciones que suscitaba su impacto en las prácticas de trabajo penitenciario que implicaban al sector privado. Por otro lado, el Convenio núm. 111 permanecía en la lista de los tratados que recibían la atención prioritaria. Aun así, no se han producido novedades sobre su ratificación. En consecuencia, el Estado ni siquiera es Parte en los convenios sobre los derechos fundamentales, cuya aplicación se impone a terceros Estados bajo amenaza de sanciones comerciales.

Las contradicciones mencionadas pueden verse bien como un aspecto de crítica por aplicar la política de doble estándar ampliamente comentada por distintos Estados e interlocutores sociales; bien como una manifestación de lo que Henry Kissinger definió el “divorcio” persistente entre los “valores morales... y la imperfección inherente a las situaciones concretas a las que deben aplicarse”⁶³.

Cabe destacar que, en los últimos años, una serie de acuerdos comerciales suscritos por Canadá, EE.UU. y la UE requieren el cumplimiento de las obligaciones en el marco de la OIT, que pueden ser objeto de reclamación con aplicación de sanciones comerciales⁶⁴. Así, los acuerdos de Canadá con Perú, vigente desde 2009, con Colombia, vigente desde 2011,

.....

60 Véase, como un ejemplo, el Acuerdo de EE.UU. con los países de América Central (CAFTA-DR), de 2004, analizado en el estudio de VAN ROOZENDAAL, Loc. cit., pp. 18-33. Del mismo modo, los estándares mínimos así interpretados se establecen en los acuerdos con Chile, de 2004, Singapur, de 2004, Australia, de 2005, Marruecos, de 2006, y algunos otros. Citado por ILO, *Social Dimension of Free Trade Agreements*, p. 33.

61 De hecho, tal y como indica la fuente de la OIT, en total, los EE.UU. han ratificado 14 convenios, de los cuales 12 están en vigor. http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11200:0::NO:11200:P11200_COUNTRY_ID:102871 (visitado el 14 de enero de 2017).

62 OIT, *Ratificación y promoción de los convenios fundamentales de la OIT*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2007, GB300/LILS/7, párr. 15, p. 3.

63 H. KISSINGER, *Diplomacia*, traducido por M. Urtila, Ediciones B, Barcelona et. al 2010, p. 15. En el mismo sentido crítico de la realidad norteamericana, P. NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, “Las prácticas no laborales en Estados Unidos: (i)legalidad de las prácticas no retribuidas en el sector privado”, *Temas alborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 128, 2015, pp. 51-72.

64 Véase al respecto el estudio de J. AGUSTÍ-PANAREDA, F.CH. EBERT and D. LECLERCQ, “ILO Labor Standards and Trade Agreements: a Case for Consistency”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 36, 2015, pp. 347-380, en particular pp. 359-360.

con Panamá, vigente desde 2013, y con Honduras, vigente desde 2014, contienen el compromiso de velar por que la legislación y la práctica nacional proporcionen la protección de los derechos y principios de la Declaración de 1998 y algunas condiciones de trabajo mínimas. Los acuerdos de EE.UU. con Perú, vigente desde 2009, con Corea del Sur, vigente desde 2012, con Colombia, vigente desde 2012, y con Panamá, vigente desde 2013, contienen la obligación de adoptar y mantener los derechos laborales en sus normas legales y reglamentarias, así como en la práctica correspondiente tal y como están establecidos en la Declaración de 1998 y su Mecanismo de Seguimiento⁶⁵. Ya en su acuerdo con Jordania, vigente desde 2001, se introdujo la obligación de asegurar que el Derecho nacional reconociese y protegiese los principios laborales contenidos en la Declaración.

Tanto Canadá como EE.UU. han ampliado el ámbito de cuestiones laborales que pueden someterse a las controversias.

En la línea de su planteamiento promocional, en el acuerdo con los Estados de CARIFORUM, la UE exige que los inversores cumplan con los derechos fundamentales de conformidad con la Declaración de 1998, y que las Partes aseguren la mejora de los estándares sociales y laborales en la legislación y la práctica, según lo exigido en los convenios fundamentales de la OIT. Ahora bien, el incumplimiento de estas obligaciones puede acarrear cualquier tipo de medidas previstas en el acuerdo, salvo las sanciones comerciales.

También en el plano Sur-Sur, se aprecia una tendencia a seguir la vía abierta por los EE.UU. Por ejemplo, el Acuerdo entre Chile y Turquía, en vigor desde 2011, establece la obligación de asegurar la protección de los principios de la Declaración de 1998 y los derechos fundamentales internacionalmente reconocidos en las leyes nacionales. La referencia a los “derechos fundamentales internacionalmente reconocidos” se hereda de los acuerdos suscritos por EE.UU. con anterioridad al cambio estratégico de 2007 y remite al concepto comentado de la Sec. 2113(6) de la Ley del Comercio de 2002⁶⁶.

Pese al número creciente de acuerdos comerciales con cláusulas sociales condicionales, el planteamiento de controversias es poco frecuente. De hecho, incorpora el mecanismo de solución de diferencias el sistema del TLCAN/ACLAN y algunos acuerdos comerciales recientes de EE.UU⁶⁷.

Es evidente que el ACLAN cuenta con una trayectoria más dilatada al respecto. El Acuerdo implica la creación de las Oficinas Administrativas Nacionales (OAN)⁶⁸, que reciben información sobre la vulneración de cualquiera de las disposiciones laborales⁶⁹, y

.....

65 Al respecto, en el Informe para el Congreso de EE.UU., se menciona la referencia al Acuerdo de 10 de mayo.

66 En el mismo sentido, AGUSTÍ-PANAREDA et al., *Loc. cit.*, p. 360.

67 ILO, *Social Dimension of Free Trade Agreements*, pp. 43 ss.

68 Véase más información en: <http://sp.naalc.org/index.cfm?page=771&artcat=8&article=57> (visitado el 18 de diciembre de 2016).

69 El Anexo I. “Principios laborales” del ACLAN contempla: 1. Libertad de asociación y protección del derecho a organizarse; 2. Derecho a la negociación colectiva; 2. Derecho de huelga; 4. Prohibición del trabajo forzado; 5.

pueden iniciar consultas con la OAN de otra Parte (art. 21). Del mismo modo, cualquier Parte puede solicitar por escrito consultas con otra Parte a nivel ministerial, de nuevo, en relación con cualquier asunto del ámbito del ALCAN (art. 22).

Si un asunto relacionado con los principios laborales 4-11 no se resuelve después de las consultas ministeriales, cualquiera de las Partes tiene derecho a solicitar el establecimiento del Comité Evaluador de Expertos (CEE). El Comité examina y resuelve en forma no contenciosa mediante un informe ante el Consejo (art. 23). Quedan fuera de su competencia los aspectos del Acuerdo relativos a los Principios 1-3 del Anexo I, no cubiertos por las leyes laborales mutuamente reconocidas y las cuestiones no vinculadas al comercio.

Después del informe final de un CEE, una Parte que percibe la persistencia de violación u omisión de otra Parte puede solicitar que se lleven a cabo más consultas y, en última instancia, que se establezca un Panel arbitral independiente. Su competencia se limita al análisis de la aplicación efectiva de las leyes relacionadas con los principios laborales 5, 6 y 9 del Anexo I (art. 29). Con fundamento en el informe final del Panel, las Partes están facultadas a acordar un plan de acción (art. 38) o, frente a la negativa de una de las Partes, a aplicar las multas o sanciones comerciales impuestas por el Panel (art. 39).

En el marco de este mecanismo, la mayoría de casos se ha planteado contra México, en relación con la libertad de asociación, y se ha resuelto en la fase de consultas ministeriales⁷⁰. Un tercio de las controversias se ha presentado contra EE.UU., con un enfoque en la situación de los trabajadores mexicanos. Casos muy contados, en materia de libertad de asociación y de salud y seguridad en el trabajo, han afectado a Canadá. Las estadísticas indican que el mayor número de controversias ha llegado a las OAN inmediatamente después de la entrada en vigor del Acuerdo y diez años después de esas fechas. Actualmente, el número de casos es bastante más reducido. La fuente de la OIT indica que una de las razones de esta tendencia consiste en la ralentización del proceso en la fase de la OAN. Si, en 1994, el periodo entre la presentación de la reclamación ante la OAN y la firma del acuerdo ministerial comprendía un año, en 1998-1999, dos años, y, en 2003, más de cuatro años. Tampoco resultó ser positivo el impacto de los acuerdos⁷¹. Por ejemplo, en el caso *Maxi-Switch* (1996) las autoridades no llegaron a asegurar los derechos sindicales y no acordaron la readmisión de los trabajadores despedidos en violación de estos derechos. Del mismo modo, en el caso *Han Young* (1997), el sindicato no logró representar debidamente a los trabajadores debido a la práctica antisindical de la empresa. En ambos casos,



Restricciones sobre el trabajo de menores; 6. Condiciones mínimas de trabajo; 7. Eliminación de la discriminación en el empleo; 8. Salario igual para hombres y mujeres; 9. Prevención de lesiones y enfermedades ocupacionales; 10. Indemnización en los casos de lesiones de trabajo o enfermedades ocupacionales, y 11. Protección de los trabajadores migratorios.

⁷⁰ ILO, *Social Dimension of Free Trade Agreements*, pp. 43 ss.

⁷¹ *Íd.*, pp. 47-49.

los sindicatos consiguieron registrarse después de una notable presión de la sociedad civil a nivel nacional e internacional⁷². En general, el mecanismo TLCAN/ACLAN ha tenido como consecuencia el fortalecimiento de los estándares laborales y el reforzamiento de los sindicatos en los Estados miembros.

Los mecanismos de solución de controversias en los distintos acuerdos comerciales de EE.UU. se activaron a partir del año 2008. Hasta 2012, se plantearon seis casos (cuatro, contra Guatemala⁷³, Costa Rica, la República Dominicana y Honduras en el marco del CAFTA-DR, y dos, contra Perú y Bahrein, en el marco de los respectivos acuerdos bilaterales)⁷⁴. Todas las reclamaciones implican violaciones de la libertad de asociación o de los derechos sindicales. En el caso de Guatemala, iniciado por seis sindicatos de este país contra su Gobierno en 2008, se agotó la vía no contenciosa y, por la iniciativa de EE.UU. se estableció el panel arbitral en 2014⁷⁵. En noviembre de 2015, se reanudó el trabajo del panel⁷⁶.

Sin duda, el rumbo hacia la condicionalidad de EE.UU. queda confirmado y reforzado tras la firma del Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica [*Trans-Pacific Partnership* (TPP)] en octubre de 2015⁷⁷. Como consta en el Documento elaborado para el Congreso de EE.UU.⁷⁸, este país impulsó la inclusión en el TPP de un apartado relativo a los aspectos laborales, de conformidad con lo establecido en el *Acuerdo sobre la Política Comercial*, de 2007. No obstante, no todos los Estados partes en el Acuerdo compartían este punto de vista. Por ejemplo, Brunei e Vietnam se opusieron a la previsión de un mecanismo de solución de deferencias obligatorio para las normas laborales. Por su parte, Canadá propuso excluir la suspensión de las concesiones comerciales como medida en las controversias laborales, mientras que se mantenía la posibilidad del panel arbitral de elaborar un “plan de acción” y, en el caso de no implementación de dicho plan, las sanciones monetarias con un tope de 15 millones de dólares⁷⁹.

En consecuencia, el TPP incluye un largo Capítulo 19 dedicado a los aspectos laborales⁸⁰. Entre las obligaciones, se mencionan: proteger la libertad sindical y la negociación

.....

72 Íd., p. 49.

73 Véase VAN ROOZENDAAL, Loc. cit., pp. 26-27.

74 ILO, *Social Dimension of Free Trade Agreements*, p. 52.

75 Citado por VAN ROOZENDAAL, Loc. cit., p. 26-27. Véase una información más reciente en: <https://ustr.gov/issue-areas/labor/bilateral-and-regional-trade-agreements/guatemala-submission-under-cafta-dr> (visitado el 20 de diciembre de 2016).

76 Íd.

77 El Acuerdo incluye a doce Estados: Brunéi, Chile, Nueva Zelanda y Singapur, partes en el Acuerdo inicial P4, desde 2005, y Australia, Canadá, EE.UU., Japón, Malasia, México, Perú y Vietnam, que se sumaron a un Acuerdo más amplio desde 2008.

78 CRS, I. A. FERGUSSON (Coord.), *Report for Members and Committees of Congress*, Congressional Research Service, March 20, 2015, pp. 38-40.

79 Íd., p. 39.

80 En el momento de comienzo del estudio, se trataba del Capítulo 16. los EE.UU. no publicaron el texto completo del TPP, tan solo un resumen de las disposiciones laborales, que puede consultarse en: <https://ustr.gov/sites/de>

colectiva; eliminar el trabajo infantil y el trabajo forzoso; proteger contra la discriminación en el trabajo; mantener unas condiciones aceptables relativas al salario mínimo, horas de trabajo y seguridad y salud en el trabajo; prevenir la derogación de las normas laborales en las zonas de exportación y combatir el comercio de mercancías procedentes del trabajo forzoso en los países dentro y fuera del TPP.

Se prevé un procedimiento de acceso para los sindicatos, abogados y otros interlocutores para plantear las cuestiones laborales relativas al TPP en cualquiera de los Estados partes. Para Brunei, Malasia y Vietnam, se establecen unos compromisos de reformas laborales específicas que pueden ser objeto de solución de controversias por sí solos. Del mismo modo, México se comprometió a llevar a cabo unas reformas correspondientes al fortalecimiento de la negociación colectiva.

El TPP afecta a las obligaciones en el marco del TLCAN/ACLAN, ya que engloba todos los Estados partes del mismo, situando los derechos fundamentales de la Declaración de 1998 en el centro de protección y sometiendo estos derechos a los mismos procedimientos de solución de diferencias, incluidas las sanciones comerciales, que el resto de obligaciones en el Acuerdo.

Ahora bien, en el panorama político y económico, que se caracteriza por una imprevisibilidad e inseguridad crecientes, ambos sistemas (TLCAN y TPP) ya no pueden considerarse como unos instrumentos “vivos”: uno, porque Canadá cuestiona su participación y propone renegociar el Acuerdo, y el otro, porque la nueva Administración de EE.UU. ha cambiado de rumbo drásticamente y ha rechazado la ratificación del TPP. Debido al peso económico de este socio y la dependencia de la entrada en vigor de estos aspectos, la falta de ratificación de EE.UU. paralizará la entrada en vigor del Acuerdo.

3. APLICACIÓN

3.1. Perspectivas

El resumen sobre el TPP de la web estadounidense se asemeja más a un cartel publicitario que a una síntesis informativa. No obstante, no se puede obviar un hecho ahí mencionado: hace veinte años, la idea de que los estándares laborales pudiesen formar parte de un

.....
fault/files/TPP-Protecting-Workers-Fact-Sheet.pdf (visitado el 20 de diciembre de 2015). El texto completo publicó el Gobierno de Nueva Zelanda. Estaba disponible en: <http://www.globalresearch.ca/the-full-text-of-the-trans-pacific-partnership-tpp/5486887> (visitado el 20 de diciembre de 2015).

acuerdo comercial era nada más que eso, una idea, como máximo, un anexo a un acuerdo de libre comercio. Del mismo modo, hace ciento cincuenta años, la propuesta de atribuir derechos a los trabajadores formaba parte de una teoría utópica, y hace doscientos años, ni siquiera se reconocía el concepto de trabajador.

La tendencia a incluir las cláusulas sociales en los acuerdos comerciales puede presentar riesgos y sufrir perversiones, pero indudablemente contiene aspectos positivos para todas las partes. Contribuye a la concepción de un comercio “responsable” con un compromiso social.

También es importante que el contenido de la cláusula social se construya en torno o a partir de los derechos o estándares fundamentales en el trabajo de la Declaración de la OIT de 1998. Así, desde la perspectiva regional de la UE y la práctica comercial Norte-Sur, se apoya en el mismo fundamento del estándar laboral mínimo, que en el sistema de la OIT. Además, muchos acuerdos comerciales, que invocan la Declaración de 1998 como punto de referencia, prevén distintas formas de cooperación y consulta con los órganos de la OIT para la interpretación o la aplicación de las normas laborales⁸¹. En el proceso de negociación de la Asociación Transatlántica de comercio e inversión entre la UE y EE.UU. (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, TTIP), la UE propuso incluir una disposición sobre el fortalecimiento de la gobernanza multilateral para el comercio y las cuestiones laborales, mediante cooperación con y dentro de la OIT⁸². El resumen de la 11ª ronda de negociaciones sobre el TTIP de 2015⁸³ señala la Agenda de Trabajo Decente de la OIT como punto de referencia sobre las condiciones laborales en el marco del capítulo sobre el desarrollo sostenible. En este sentido, la UE resalta que las disposiciones institucionales y procesales, incluidas aquellas relativas al sistema de solución de controversias, deben ser objeto de estudio en la fase final del proceso. Es importante llegar a un acuerdo sobre qué derechos deben comprender, entre otros, los derechos en el trabajo; y solo después, y en función de su contenido, se determinarían las obligaciones y los mecanismos de control y de ejecución correspondientes. Dicho esfuerzo de establecer unos estándares laborales posee un valor adicional en el contexto de la fragmentación del Derecho internacional, ya que contribuye a la coherencia normativa de los sistemas jurídicos internacionales comercial y social.

Resulta acertada la combinación de las cláusulas promocionales y condicionales, dado que introduce mecanismos complementarios para reforzar los derechos en el trabajo: por

.....

81 Véase sobre este particular, AGUSTÍ-PANAREDA et al., Loc. cit., pp. 367 and ss.

82 Íd. Véase, también EC, *Roundtable on labour rights and civil society participation in TTIP*, EC Issue paper, Brussels, November 12, 2014. “[T]he ILO is integrated in the mechanism as an authoritative reference point, which can provide information and advice during both government consultations and panel procedures. This aims at ensuring coherence between the ILO activities and the enforcement of the FTA provisions in related areas”.

83 EU, *Report of the eleventh round of negotiations on the Transatlantic Trade and Investment Partnership*, Miami, 19-23 October, 2015, pp. 17-18.

un lado, mediante el diálogo, la cooperación y el apoyo técnico, y, por otro, mediante los incentivos y las sanciones comerciales.

La práctica de la UE en cuanto al planteamiento promocional y la de EE.UU. por lo que respecta a la solución de controversias podrían constituir un modelo a seguir, puesto que aglutinan un gran grupo de países dentro de sus respectivos sistemas de acuerdos comerciales. En definitiva, se abre una nueva vía de aproximación entre la liberalización del comercio y los derechos en el trabajo, alternativa a los intentos poco fructíferos en el seno de la OMC.

3.2. Limitaciones

Todos los aspectos constructivos que adelantamos en el epígrafe anterior contienen su lado susceptible de crítica. Ante todo, muchos países en vías de desarrollo siguen percibiendo la inclusión de la cláusula social en los acuerdos comerciales como una medida de presión por parte de los Estados económicamente más desarrollados. El debate se vincula con la inevitable *race to the bottom* que experimentan todas las economías en la competencia internacional global⁸⁴. Está demostrado que los estándares laborales altos conllevan costes de producción más altos para los países-exportadores y generan algunas ventajas para los residentes en este país. De este modo, en el balance económico, el beneficio de los estándares laborales altos es claramente negativo. Es evidente en el ámbito de competición entre las autoridades locales que intentan atraer el capital extranjero. No obstante, para un Estado de grandes dimensiones, el mantenimiento de los estándares laborales supone un aumento del bienestar de su población. Como consecuencia, la aplicación de este modelo en las relaciones comerciales con otros países puede significar unas exigencias demasiado altas y producir un efecto de ineficacia, contrario al de la *race to the bottom*, pero no menos perjudicial.

¿Cuáles son los estándares laborales óptimos? La práctica parece apuntar a los derechos fundamentales de la Declaración de la OIT de 1998. Así, un reciente documento de la Organización indica que, en 2015, el 65,8 por ciento de los acuerdos comerciales contenían esta referencia⁸⁵.

Sin embargo, la Declaración como modelo suscita muchos interrogantes⁸⁶. Ante todo, a diferencia de los convenios de la OIT, es *per se* un instrumento no vinculante, aunque contiene el recordatorio de que todos los Estados miembros, por su mera pertenencia a

.....

84 N. SINGH, "The Impact of International Labor Standards: A survey of Economic Theory", in BASU et al, *op. cit.*, pp. 141-144.

85 OIT, *Cláusulas laborales en los acuerdos comerciales: tendencias recientes y pertinencia para la OIT*, Oficina Internacional del Trabajo, 29 de septiembre de 2016, p. 4.

86 AGUSTÍ-PANAREDA et al., *Loc. cit.*, pp. 363 y ss.

la Organización, asumen la obligación constitucional de respetar, promover y realizar los principios relativos a los derechos fundamentales. Ahora bien, son ampliamente conocidos los debates acerca de qué debe entenderse por los principios y cuál es el contenido de los derechos fundamentales. Además, resulta difícil valorar la implicación jurídica de los derechos fundamentales de la Declaración. Los convenios de la OIT cuentan con órganos [la Comisión de Expertos sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) y el Comité de Libertad Sindical (CLS)] y mecanismos de control periódico, así como con los comentarios oficiales sobre los derechos en cuestión. De este modo, pese a la configuración de unos estándares mínimos en los acuerdos comerciales que remiten a la Declaración de 1998, su aplicación en la práctica puede conllevar incertidumbre y una disparidad de interpretaciones. En este sentido, EE.UU. fundamentan la no ratificación de los convenios fundamentales relativos a la libertad de asociación y de la negociación colectiva debido a la interpretación distinta de estos derechos básicos en los convenios fundamentales que desarrollan su aplicación y en la legislación y la práctica estadounidense⁸⁷.

Aun suponiendo que los acuerdos comerciales en el proceso de negociación prevean mecanismos de consulta y cooperación con los órganos de la OIT, tal y como ya se ha hecho en algunos casos, en particular, para la interpretación del contenido de uno o varios estándares laborales, tales mecanismos pueden resultar de utilidad en las primeras fases de las controversias, antes de llegar al arbitraje y al establecimiento de sanciones. En todo caso, cabe preguntar hasta qué punto las opiniones de órganos con un poder meramente recomendatorio pueden ser relevantes y apropiadas, teniendo en cuenta, como una consecuencia posible del proceso, la fijación de sanciones comerciales o de otra naturaleza.

CONCLUSIONES

En el plano internacional multilateral, la OMC y la OIT encarnan las dos caras correspondientes de la ecuación “eficiencia económica vs. protección de los derechos

.....

87 “As a member of the ILO, the U.S. is obliged ‘to respect, to promote and to realize’ the principles contained in the 1998 Declaration, as distinct from the specific legal details of the eight conventions themselves”. US Council for International Business, *U.S. Ratification of ILO Core Labor Standards*, Issue Analysis, April 2007, p. 2. Véase también Appendix 1: Legal Analysis of Convention 87 on Freedom of Association and Protection of the Right to Organize. Disponible en: https://www.uscib.org/docs/US_Ratification_of_ILO_Core_Conventions.pdf (consultado el 20 de enero de 2017).

en el trabajo”. La cláusula social, como un componente relativo a los estándares laborales mínimos en los acuerdos comerciales, se aborda por las organizaciones en función de sus respectivas competencias. La OIT se centra la protección de los derechos fundamentales en el trabajo, mientras que la OMC pretende combatir la competencia desleal en el comercio.

Pese a estos enfoques distintos, no necesariamente opuestos, destaca una parcela competencial común. Por un lado, se trata de la referencia al empleo que contienen los tratados fundacionales de las dos organizaciones. El Preámbulo del Acuerdo de Marrakech aboga por la consecución del pleno empleo, y el Preámbulo de la Constitución de la OIT anuncia la lucha contra el desempleo. Por otro lado, ambos sistemas se proponen combatir el *dumping social*. En este sentido, la OMC aboga por la eliminación del trato discriminatorio en el comercio, mientras que la OIT sostiene que la falta de un régimen de trabajo humano en un país constituye un obstáculo para los esfuerzos de otros que deseen mejorar la suerte de los trabajadores. A partir de estas premisas, puede construirse una cláusula social generalmente aceptada.

Un ejemplo concreto que pone de manifiesto la necesidad de coordinación entre ambas organizaciones es el Capítulo laboral del CETA (el Acuerdo entre la UE, sus Estados miembros y Canadá) que incluye dentro de las actividades de cooperación entre las Partes del art. 23.7.1 “la cooperación en foros internacionales que traten cuestiones pertinentes para el comercio y el trabajo, en particular la OMC y la OIT” [art. 23.7.1 (b)].

El fracaso en la inclusión de disposiciones laborales en el sistema de acuerdos de la OMC puede subsanarse, en primer lugar, mediante la interpretación de las disposiciones de estos acuerdos, que ya han demostrado su permeabilidad al haber admitido la aplicación de las normas de Derecho internacional y haberse abierto a los derechos humanos a través de la protección de la propiedad intelectual y del medio ambiente. En segundo lugar, cabe la armonización de las cláusulas laborales en los acuerdos comerciales bilaterales, regionales y “megarregionales”.

Por ahora, la práctica de los Estados demuestra la mayor viabilidad de la segunda opción. El recurso a las normas laborales de la OIT, así como a los mecanismos de control y supervisión en el marco de esta organización, puede asegurar cierta coherencia y servir de punto de partida en el proceso. Otra cuestión es hasta qué punto puedan ser útiles unos órganos facultados para emitir las recomendaciones para los mecanismos de imposición y, más aún, ejecución de sanciones económicas y comerciales. No obstante, hay que recordar que la propia OIT remite, en última instancia, a la Corte Internacional de Justicia (CIJ) de la ONU como órgano de interpretación de sus normas. Al respecto, una hipótesis más radical sería la constitución de una Sala de asuntos sociales, por analogía con la Sala rela-

cionada con asuntos de medioambiente de la CIJ, o la instauración de una Corte Laboral Internacional, en la línea del Tribunal Penal Internacional.

TATSIANA USHAKOVA

*Profesora (Titular acreditada) del Área de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social (Universidad de Alcalá)*

tatsiana.ushakova@gmail.com

THE EFFECT OF BREXIT ON BRITISH INDUSTRIAL RELATIONS LAWS AND ITS COMMERCIAL AND CONSTITUTIONAL CONSEQUENCES

JO CARBY-HALL

*Professor of Law and Director of International Legal Research
Centre for Legislative Studies, School of Law and Politics. University of Hull*

Fecha de recepción: 04/04/2017

Fecha de aceptación: 21/04/2017

SUMMARY: 1. THE BACK CLOTH. 1.1. Shortened Versions for Convenience. 1.2. The British Referendum. 1.3. The Effects of the Referendum. 1.4. “Brexit means Brexit”. 2. WHAT ARE THE ANTICIPATED IMPLICATIONS AND RISKS OF BREXIT ON BRITISH LABOUR LAWS? 2.1. Some preliminary general remarks prior to evaluating and analysing the implications of Brexit on British labour laws. 2.2. An evaluation and analysis of European social laws transposed into British laws. 2.3. Category 1. Current laws which are likely to be heavily amended or repealed after Brexit. 2.4. Category 2. Laws which will require either minor amendments or remain unchanged. 2.5. Category 3. A Law which appears fit for repeal following Brexit. 2.6. The Interpretation of European laws and the Judgements of the European Court. 3. WHAT ARE THE ANTICIPATED EFFECTS OF BREXIT ON BRITISH LABOUR LAWS AND COMMERCE? NAVIGATING INTO UNKNOWN, ROCKY AND PERILOUS WATERS DROWNED IN FIERCE POLITICS! 3.1. Uncertainty and Speculation as to Models and Labour Law. 3.2. Uncertainty and Speculation in the Political Arena, Commerce and Labour laws. 3.3. Uncertainty and Speculation in the Field of British Unity, its Constitution and Labour laws. 4. AN EPITOME. 4.1. Rights at Work. 4.2. Link between Access to the Single Market and the Concepts of Freedom of Movement of Workers, the customs union and the binding nature of the European Court Decisions or simply a clean break? 4.3. To Conclude.

ABSTRACT: Once Article 50 has been triggered the UK has two years to negotiate its exit. The terms of the UK exit have to be agreed by the remaining 27 Member States' Parliaments. EU laws remain applicable in the UK until its membership ceases by the withdrawal agreement. Prior to an evaluation and an analysis taking place on Brexit and its effect it is important, not only to define this word but also to give the background, and the necessary procedures to be followed, to bring Brexit into effect. This will necessitate some discussion on political issues which are unavoidable in a chapter such as this. The thrust of the discussion will however be focused on how the British labour laws, commerce and the British constitution could be affected as a consequence of Brexit.

RESUMEN: Una vez iniciado el procedimiento en virtud del artículo 50, el Reino Unido dispone de dos años para negociar su salida. Los términos de la salida del Reino Unido deben consensuarse con los restantes 27 Parlamentos de los Estados miembros. Las leyes de la UE siguen aplicándose en el Reino Unido, hasta que cese su adhesión por el acuerdo de denuncia o retirada. Antes de realizar una evaluación y análisis sobre el Brexit y sus efectos, es importante no solo definir esta palabra, sino también marcar el trasfondo y los procedimientos necesarios que deben seguirse para llevar a efecto el Brexit. Esto exige un debate sobre cuestiones políticas que son insoslayables en un estudio como este. Sin embargo, el eje de la discusión se centra en cómo las leyes laborales británicas, el comercio y la constitución británica podrían verse afectados como consecuencia del Brexit.

KEY WORDS: Brexit, consequences of Brexit, British labour laws.

PALABRAS CLAVE: Brexit, consecuencias del Brexit, leyes laborales británicas.

1. THE BACK CLOTH

Prior to an evaluation and an analysis taking place on Brexit and its effect on industrial relations, commerce and the British constitution it is important, not only to define this word but also to give the background, and the necessary procedures to be followed, to bring Brexit into effect.¹ This will necessitate some discussion on political issues which are unavoidable in a chapter such as this. The thrust of the discussion will however be focused on how the British labour laws, commerce and the British constitution could be affected as a consequence of Brexit.

1.1. Shortened Versions for Convenience

This much used novel² expression is a shortened version of Britain ceasing to remain a Member State of the European Union. By merging the two key words, namely “**Britain**” and “**exit**” the shortened version spells Brexit. Although this author does not like this commonplace and hackneyed expression, it will nevertheless be used throughout this chapter by reason of it being conveniently short thus saving space. Other expressions will also be shortened for the same reason. Thus the European Union will be referred to as the EU, the United Kingdom will be referred to as the UK, the European Court of Justice and the Court of Justice of the European Union will feature as the ECJ and the CJEU respectively.

1.2. The British Referendum

A referendum held on 23rd June, 2016 with a 72.2% turnout representing thirty million people of voting age³ taking part was held to decide whether the United Kingdom should remain in or leave the European Union. The “leave” supporters won overall by 52% while the “remain” supporters obtained 48% of the votes overall.

.....
1 See Paul Craig “*Brexit: a drama in six acts*” European Law Review 2016 41(4) 447-468. See too House of Lords -European Union Committee- 14th Report of Session 2016-17 “*Brexit: UK-EU Movement of People*” HL Paper 121. 6th Match, 2017.

2 A similar expression was used recently in connection with the possibility of Greece leaving the European Union, namely “*Grexit*” resulting from that country’s severe financial problems.

3 Namely, 18 years of age and over.

The United Kingdom consisting of four countries, namely England, Wales, Scotland and Northern Ireland, it was in England and Wales that the “leave” supporters won the majority of votes in the referendum. In England the “leave” supporters obtained 53.4% of the votes⁴ while the “remain” supporters only achieved 46.6% of the votes.⁵ In Wales, the “leave” camp obtained 52.5%⁶ while the “remain” camp got 47.5%.⁷ In Scotland the “leave” supporters obtained 38% of the votes⁸ with the “remain” supporters enjoying 62%.⁹ Likewise, in Northern Ireland the “leave” campaigners received 44.2%¹⁰ and the “remain” campaigners 55.8%.¹¹ The turnout of voters was high in each of the countries which constitute the United Kingdom thus in England it was 73%, in Wales 71.7%, in Scotland 67.2% and in Northern Ireland 62.7%.

It is suggested that, apart from the political ideology of some British political parties such as UKIP and the extreme right back benchers in the Conservative Government, the reasons for such a referendum result include, *inter alia*, (a) the charging of millions of pounds sterling a year in EU membership fees for relatively little return; (b) the fact that far too many EU regulations are imposed on, and thus affecting, businesses; (c) the desire of taking back full control of the UK’s borders and reducing the number of migrants entering the UK to live and work under the fundamental EU freedom of movement of persons principle; (d) the taking back of sovereignty and democracy where laws are made in the British Parliament and not in Brussels; and (e) an objection to an “ever closer union” EU policy between EU Member States and what they see as moves towards the creation of a United States of Europe, all of which are unacceptable and unpalatable to a majority of the British population.

1.3. The Effects of the Referendum

Mr. David Cameron resigned as Prime Minister on the day after losing the referendum while leaving behind him a monumental mess to be solved by Mrs Theresa May who was elected Prime Minister soon thereafter.

For the United Kingdom to leave, it has to invoke Article 50 of the Treaty of the European



4 I.e. 15, 188,406 votes.
5 I.e. 13, 266,996 votes.
6 I.e. 845,572 votes.
7 I.e. 772,347 votes.
8 I.e. 1,018,322 votes.
9 I.e. 1,661,191 votes.
10 I.e. 349,442 votes.
11 I.e. 440,707 votes.

Union¹² which allows two years to agree the terms of the exit.¹³ In her speech at the Conservative Party's annual conference in Birmingham on 2nd October, 2016 Mrs Theresa May confirmed that Article 50 will be triggered in March, 2017 meaning that the UK will probably leave in the summer of 2019 depending on the negotiations timetable and its progress. The British government will then enact "the Great Repeal Bill" which will end the primacy of EU law over the UK laws. In her Conservative conference speech Mrs May indicated that all European legislation incorporated into British laws will remain intact but that the British government will decide in accordance with its policies, which parts of the European legislation will be retained in British law and which parts will be repealed and/or amended.

Who will be negotiating the UK exit? Mrs Theresa May has set up a new government department headed by Mr. David Davies to be responsible for Brexit. Mr Liam Fox has been given the job of international trade secretary and Mr Boris Johnson was appointed foreign secretary. All three backed the "leave" campaign and will play a central part in negotiations under the watchful eye of the Prime Minister who will have the final say.

The government did not do any emergency planning for Brexit ahead of the referendum and has had to hire a team of skilled negotiators to manage the complex business of negotiating the withdrawal and to ensure that the UK gets the best deal possible.



12 Article 50 which was negotiated under the Lisbon Treaty, 2009 (now included in the Treaty of the European Union) provides that if a member state decides to withdraw from the EU "in accordance with its own constitutional requirements" it should serve a notice of that intention and the treaties which govern the EU "shall cease to apply" to that member state within two years thereafter. See Dora Kostakopoulou "Brexit, voice and loyalty; reflection on Article 50 TEU" *European Law Review* 2016 41(4) 487-489. See too Hannes Hofmeister "Should I Stay or should I Go? A critical analysis of the Right to Withdraw from the EU" *European Law Journal* Vol. 16 No. 5 September 2010 at pp. 589-603, Steve Peers "Article 50 TEU: The Uses and Abuses of the process of withdrawing from the EU" 8th December, 2014 <http://eulawanalysis.blogspot.co.uk/2014/12/article-50-teu-uses-and-abuses-of.html> (Retrieved 30th August, 2016) and House of Commons Library. Briefing Paper No.7551, 16th January 2017 "Brexit: How does the Article 50 process work" by Vaughne Miller; Arabella Lang and Jack Simson-Caird.

13 It is interesting to note the crowd-funded initiative of the British People's Challenge on Article 50 to the Government which argued that it is up to the British Parliament to trigger the exit procedure so as "to ensure that parliamentary sovereignty is maintained and is respected by the Government" and that furthermore "the rights of 65 million UK citizens are respected". Without ignoring and respecting the "leave" voters' decision which has voted for the UK to detach itself from the EU, this People's Challenge has dubbed the Government's actions as "constitutional vandalism". It said "By using the Royal Prerogative to trigger Article 50 of the Treaty of Lisbon this Government will be sweeping away rights at a stroke of a pen without the proper scrutiny of a final decision being made by our Sovereign Parliament". The argument of the British Government was that it is "constitutionally impermissible" for the British Parliament to be given the authority to launch the Brexit procedure. Its legal argument was that "it is clearly understood that the government would give effect to the result of the referendum for which the 2015 Act provided, and that was the basis on which the electorate voted in the referendum". The Government thus argued that it is the Prime Minister's prerogative to bring about the exit process because the 2015 Act establishing the referendum of 23rd June 2016, imposed no further function by Parliament after the vote. No statutory steps were thus prescribed in the 2015 Act in the event of a "leave" vote. The Government argued furthermore that "treaty-making and withdrawal from treaties is not generally subject to Parliamentary control" and the "appropriate point at which the UK should begin the procedure required by Article 50... is a matter of high, if not the highest policy". However, the Government argued that Parliament would have "a role in ensuring that the Government achieves the best outcome for the UK through negotiations". Nor will devolved legislation such as Scotland, Northern Ireland and Wales be able to override the triggering of the Article 50 exit procedure because devolved legislatures have no competence over foreign policy which includes the EU. (Source: <https://euroserver.com/uk-referendum/135292>) (Retrieved 29th September, 2016). The "People's Challenge" has taken the Government to court. The hearing of this test case began on 13th October, 2016 and concluded on appeal to the Supreme Court on 24th January, 2017. A fuller discussion will be found at pp. 39-44 *infra*.

Once Article 50¹⁴ has been triggered the UK has two years to negotiate its exit. The terms of the UK exit have to be agreed by the remaining 27 Member States' Parliaments. EU laws remain applicable in the UK until its membership ceases by the withdrawal agreement.

There are six steps to the withdrawal procedure.¹⁵ The first step which has already occurred is that the UK votes to leave the EU. Step two consists of the UK invoking Article 50 of the Treaty of the European Union. This will occur at the end of March, 2017. The remaining 27 Member States of the EU have met to discuss the UK's withdrawal. The third step consists of negotiations between the UK and the EU Commission. There is a two year time limit for negotiations. The draft negotiations will be put before the European Council's twenty seven leaders acting by a qualified majority. The deal resulting from the negotiations needs the approval of at least twenty EU Member States representing at least 65% of their population.¹⁶ The draft deal also needs the ratification by the European Parliament by a simple majority of MEPs. The two year negotiations can be extended further subject to the twenty seven EU Member States agreeing. Step four is triggered if there is no agreement to extend the negotiations in which case the European Union Treaties automatically cease to apply to the UK. Step five consists of the UK leaving the EU whereby the UK Parliament repeals the European Communities Act, 1972 and replaces it with a British Act of Parliament namely the Great Repeal Bill. Step six relates to the UK's return to the EU. In such an unlikely situation, the UK would have to apply formally like any other country and go through the procedure of satisfying the various chapters required for entry.

Article 50 of the Treaty of the European Union resulted from the Lisbon Treaty negotiations in 2009 and has never been used before because no other EU Member State has left the EU.¹⁷ There are therefore many uncertainties and imponderables in this sphere.

1.4. "Brexit means Brexit"¹⁸

Mrs May has coined the loud and clear three word message that "Brexit means Brexit". Until her speech at Lancaster House on 17th January, 2017¹⁹ this expression was "writ in

.....

14 See Dr. Philip Syrpis "What next? An analysis of the EU law questions surrounding Article 50 TEU: Part One. Posted 8th July 2016. <https://eutopialaw.com/2016/07/08/what-next-an-analysis-of-the-eu-questions-surrounding-article-50-teu-part-one/> (Retrieved 30th August, 2016).

15 See too the CEPS publication entitled "Procedural steps towards Brexit" (13th July, 2016). <http://www.ceps.eu/publications/procedural-steps-towards-brexit> (Retrieved 30th October, 2016) and Catherine Barnard "The practicalities of leaving the EU" *European Law Review*. 2016. 41(4) 484-486.

16 Alternatively by the European Council acting unanimously, followed by ratification of the twenty seven Member States of the terms of the future relationship between the UK and the EU agreed at the same time which in all probability they may not.

17 Greenland which is one of Denmark's overseas territories held a referendum in 1982 and voted by a majority of 52% to 48% to leave the EU which it did after a period of negotiations.

18 For an interesting viewpoint see Gareth Davies "Brexit and the free movement of workers: a plea for national legal assertiveness" *European Law Review*. 2016 41(6), 925-937. See too "Brexit: impact across policy areas" (especially the Employment part). Friday 26th August, 2016. House of Commons Library.

19 Made at Lancaster House in London to Ambassadors of the 27 EU Member States and senior politicians.

water” because there was much uncertainty as to what this undefined and unexplained expression meant. Such questions were initially asked as to whether or not the UK would remain a member of the European single market? Will European Union nationals retain the right to live and work in the United Kingdom and vice versa? Will there be free trade agreements with individual Member States of the EU? Will there be a customs union with the EU? Would bilateral agreements be concluded with the EU? Would the UK become a member of the European Economic Area (EEA)? Would the UK become a member of European Free Trade Association? (EFTA). Were the UK to become an EEA member, problems would certainly arise in connection with current British government policies which are the very reason for Brexit! By agreeing to join the EEA after Brexit, the UK would be bound by the very EU laws, policies, decisions and CJEU judgments which it was seeking to avoid by leaving the EU! Were the UK to join EFTA after Brexit, the same “catch 22” situation would arise. The EFTA Court which has jurisdiction over EEA Member States is normally bound to follow the CJEU decisions.²⁰ Of course, it may well be that the Brexit negotiating team will find inspiration and originality and thus achieve its *deus ex machina*²¹ in some novel form of agreement with the EU so far not thought of by anyone!

Since the Prime Minister’s Lancaster House speech, some key details on the negotiating approach have, for the first time since the referendum vote, been revealed.²² Thus some of the above questions asked have been clarified *to a certain extent* in that a general direction was shown on the UK’s approach to the UK’s negotiations with the EU Commission. Whereas the government had not previously committed itself either way, the Prime Minister confirmed that the UK will not remain a member of the *single market*²³ but would negotiate for a “new comprehensive free trade agreement” which would give the UK “the greatest possible access” to the single market.²⁴ Furthermore the UK would leave the *customs union*²⁵ but at the same time the PM wanted the UK to “have a customs union agreement with the EU”.²⁶ On *immigration* Mrs May’s speech was clear. “Brexit must mean “control of



20 Switzerland enjoys numerous bilateral agreements with Europe but it is bound by both some EU laws as, for example, the working time, the collective redundancy and the transfer of undertakings Directives and the Swiss courts treat CJEU judgements as persuasive. These are the very issues which the UK wishes to rid itself of!

21 In the sense of an unexpected event saving a seemingly hopeless situation. Although a Latin expression it originates from Greek “theosekmechanes” and refers to actors representing gods suspended above the stage of an ancient Greek amphitheatre which intervened in the play’s outcome.

22 It took the Government some seven months to reveal key details regarding the British approach to EU negotiations.

23 The single market allows free movement of goods, workers, capital and services, (namely the four principles) without any tariffs, as if the EU were one country.

24 The negotiations may contain elements of the current arrangement in connection with the financial services and the motor trade. It is suggested that “the greatest possible access,” in the unlikely event of being otherwise negotiated could imply, being bound to a *limited* extent by the principle of freedom of workers and being subject to the CJEU jurisdiction.

25 A customs union may be defined as an agreement or arrangement between countries not to impose tariffs on each other’s goods. In other words, a free trade area. Common external tariffs agreed between the EU countries are imposed on third countries’ goods.

26 In addition to the current 28 EU Member States which are in the customs union, the EU also has *separate* customs agreements with a number of third countries which deal with specific types of goods.

the number of people who come to Britain from Europe”.²⁷ The issue of EU *citizens living in the UK* and UK citizens living in an EU country is a pressing one. The PM stated that she wished “to guarantee their status... in the UK, but we need reciprocity - we need to have care and concern of UK citizens living in the European Union”. As for the *jurisdiction* of the CJEU, the UK, - subject of what will be said later, on EU case law being persuasive, - will no longer be bound by its decisions after Brexit has come about. Mrs May stated²⁸ that “We are not leaving only to return to the jurisdiction of the European Court of Justice”. As for *contributions to the EU budget* the PM made it clear that “the days of Britain making vast contributions to the European Union every year will end” after Brexit. The UK would however make an “appropriate contribution” to enable it to be part of various EU schemes. It appears clear that while on-going negotiations with the EU are taking place, all rights and obligations of EU membership will continue. Thus the UK will continue to make contributions to the EU budget and the EU will continue to fund British projects which benefit from EU funding while the UK remains a member of the EU.²⁹

A host of further questions need to be asked and answered resulting from the expression coined by the Prime Minister. What would the overall economic impact be on the British³⁰ and EU economies? How would the highly entwined UK and EU environmental laws fare? What are the implications of Brexit on fisheries? There is much uncertainty on that issue. In agriculture, what are the implications of Brexit? Presumably the UK will cease to be subject to the regulatory regime of the EU Common Agricultural Policy and will thus receive no farm subsidies.³¹ Questions also remain unanswered on financial services and business, on the overall economic impact, on trade, climate change and energy, police and justice co-operation, transport, human rights,³² higher education, health, social se-

.....

27 There would thus be restrictions on immigration. It is not clear what model of control will be adopted. It could include the introduction of work permits *before* migration to the UK with ministers able to *prioritise* sectors in which labour is required. Alternatively, a points-based system such as is operative in Australia could be chosen or the system which currently exists in the UK for third countries’ (non-EU) nationals. This system introduced in 2008 (to replace a former complicated eighty different types of visa schemes) and inspired by the Australian system includes four tiers, namely high value workers, skilled workers, students and temporary migrant workers.

28 This statement was made at the October 2016 Conservative Party Conference.

29 In August 2016 the Treasury said that it would guarantee EU-funded projects signed before 23rd November, 2016 which was the date when the Autumn Statement was made. Furthermore, during the October, 2016 Conservative Party Conference the Chancellor of the Exchequer said that the Treasury would guarantee multi-year EU funded payments secured *before Brexit* takes place and *after* the UK exited the EU.

30 The International Monetary Fund (IMF) Head, Christine Lagarde, holds the opinion that Brexit “will not be positive all along and without pain”. Indeed a number of banks in London have relocated or are about to do so where their *activities are covered specifically by European legislation*. HSBC which has its headquarters in London will relocate about 1,000 employees to Paris, UBS the Swiss bank will relocate a fifth of its 5,000 employees away from [London, a German bank in London will relocate about a thousand personnel to Frankfurt and the Goldman Sachs Group is considering relocating a part of its business away from the City of London. (Source: Euobserver 19th January, 2017).

31 It should be noted that EU agricultural funding is guaranteed to continue until 2020, but what would the situation be thereafter?

32 As proposed by the current British Conservative Government in the Queen’s Speech, the Human Rights Act 1998 which commits the British courts to treat the European Court of Human Rights (ECHR) judgements as setting legal precedents for the UK, will be replaced by a Bill of Rights which will boost the powers of courts in England and Wales

curity, consumer affairs, foreign and defence policy, the devolved legislatures of Scotland, Northern Ireland and Wales, all of whom are currently benefiting from EU funds, international development and a host of other or related matters. There is also the possibility of Scotland running an independence referendum in the future and depending upon its results, this could create additional constitutional headaches!

The above list of uncertainties,- in spite of the 17th January, 2017 Lancaster House speech of the PM which shows a possible direction on the negotiations,- constitute a formidable array of issues brought about by Brexit and are mentioned in this text merely to illustrate the enormity of the Brexit problems which need to be resolved.

This research is more modest in that it does not intend to address the above problems in any detail: It will only attempt a *tentative* and *speculative* answers to what future changes are *likely* to take place as a result of Brexit in the European social laws currently incorporated into, and applicable to, British labour laws. Also to feature later on in this chapter will be important and fundamental commercial and constitutional issues which *could* have an important bearing on how labour laws will develop in the future.

2. WHAT ARE THE ANTICIPATED IMPLICATIONS AND RISKS OF BREXIT³³ ON BRITISH LABOUR LAWS?

2.1. Some preliminary general remarks prior to evaluating and analysing the implications of Brexit on British labour laws

Granted that British workers and employees³⁴ enjoy common law³⁵ and statutory law³⁶

.....
to over-rule judgements handed down by the ECHR. The consequences could mean that the ECHR in Strasbourg which affords workers some protection in their working lives could diminish. It should be noticed that the ECHR is part of the Council of Europe which has forty seven member states and is a separate body or entity from the EU.

33 The reader who wishes to examine the *wider consequences* of Brexit for both the UK and the EU is recommended to consult Steven Brockmans and Michael Emerson “*Brexit Consequences for the UK - and the EU*” 6th June, 2016. <https://www.ceps.eu/publications/brexit-consequences-uk---and-eu> (Retrieved 18th June, 2016).

34 For a scholarly study of the distinction between the status of employee and worker see Jo Carby-Hall “*New Frontiers of Labour Law: Dependent and Autonomous Workers*” in “*Du Travail Salarié au Travail Indépendent: Permanences et Mutations*” (Professors Bruno Veneziani and Umberto Carabelli (Eds)) European SOCRATES Programme. Vol. 3.(2003) Cacucci Editore. at pp. 163-287 and particularly pp. 246-282.

35 For example, the common law duty of care owed to the employee by the employer. Such duty comprises the provision of competent staff, safe work premises, a safe working system and safe machinery. See p. 22 *infra* for further details.

36 An example, amongst many, is the right of the employee not to be unfairly dismissed. See Jo Carby-Hall “*Unfair Dismissal*” Managerial Law. (1998) Vol.30.No.4 MCB university press. Others include the right of an employee to claim a redundancy payment (for an evaluation and analysis see Jo Carby-Hall “*Redundancy in the United Kingdom*” in “*I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*” (Professors Bruno Veneziani e Umberto Carabelli (Eds)) European SOCRATES Programme. Vol. 2.(2001) Cacucci Editore (Italy) at pp. 387-537) or pay and deductions from wages.

rights emanating purely from UK laws, it is thanks to an important input by European social legislation that UK workers and employees are given significant additional rights.³⁷ A substantial component of UK labour law during the recent years thus derives from EU law³⁸ which often imposes a *minimum minimorum* below which domestic labour law must not fall.

In some cases the EU has entrenched at an international level provisions which already exist in UK laws, examples include some maternity rights and sexual and racial discrimination. In other cases, new categories of employment rights have been incorporated into British laws to comply with emerging EU policies creating obligations on Member States' labour laws. Some of these were even contested by various British Governments, the most flamboyant examples being the *opting out* of the working time limitations³⁹ under the Working Time Directive and the rights given to agency workers.⁴⁰

The result of the Referendum of 23rd June 2016 showed that the majority (albeit a small one) of the UK population favoured leaving the European Union. At the Conservative Party Conference held in Birmingham in October 2016 Mrs May, the Prime Minister, stated that in order to get some preparation in place Article 50 would not be triggered before the end of March, 2017. This would provide a "smoother process of negotiation" and when the UK leaves there would be "a smoother transition from the EU". The UK Parliament will be kept informed of progress while the negotiations are taking place but "the negotiators will not set out all the cards in our negotiation because, as anybody will know... if you do that up front, or if you give a running commentary, you don't get the right deal".⁴¹

The "Great Repeal Bill" will repeal the European Communities Act, 1972 which brought the UK into membership of the EU and which gave *direct effect* of EU laws. At the same time the Brussels laws will be converted into domestic laws which will give the British

.....

37 The Collective Redundancies - Staff Information and Consultation Directive 1998 Council Directive 98/59/EC (OJ L 255) imposing a duty on the employer to inform and consult the workforce prior to redundancies taking place is one example. Other examples include the social dialogue and the little used in the UK collective consultation rights such as those relating to works councils and transnational works councils and particularly the unpopular Working Time Directive 2003 with its numerous British opt-outs.

38 See Astra Emir and Stephen Taylor "*Worker protection - does it come from the UK or the EU?*" <http://blog.oup.com/2016/06/worker-protection-employment-law/>.

39 For a detailed analysis on opting out of the working time laws see Jo Carby-Hall "*Opt outs and variations in working time - British style*". in "*Le Travail Humain au Correfour du Droit et de la Sociologie*" - Hommage au Professeur Nikitas Aliprantis -(Professors Christian Mestre, Corinne Sachs-Durand, Michel Storck (Eds)) (2014) Presses Universitaires de Strasbourg at pp. 53-71.

40 The British government enacted the Agency Workers Regulations, 2010 (S.I. 2010/93) which require, - subject to certain limitations, - equal pay and other rights granted to agency employees compared to employees in the same business who perform the same work. These regulations implement the EU Temporary Agency Work Directive 2008 (2008/104/EC) agreed in November, 2008. The Directive itself was subject to resistance by respective British governments.

41 Source: <http://www.msn.com/en-gb/news/uknews/britain-will-trigger-article-50-before-the-en>. (Retrieved on 3rd October, 2016). See too what the Transport Secretary Mr Chris Grayling said on this issue. He said "What nobody would expect is for us to set out in detail before any negotiation exactly what the end point should be, because by definition that would make the negotiation something that was irrelevant". Does the White Paper (see pp. 46-48 *infra*) not contradict this statement?

Parliament the ability “to unpick the laws it wants to keep, remove or amend at a later date”. This policy is designed to give “certainty to businesses and protection of workers’ rights” which form part of EU transposed laws. The Great Repeal Bill will be brought forward in the next parliamentary session (2017-2018) and will not pre-empt the two year process⁴² of leaving the EU which will begin in March 2017. On exit day the EU law will be transposed into domestic law wherever practical. The repeal Bill once it becomes an Act, will end the primacy of EU law meaning that the judgments of the Court of Justice of the European Union (CJEU) will no longer apply to the UK.

To conclude, the Prime Minister gave little detail on the Great Repeal Bill itself. There was no hint of what it would consist, how it would work and how the Prime Minister will deliver Brexit while protecting businesses and workers. The Prime Minister has pledged that the UK will become a fully independent, sovereign country which will decide how to control immigration, which will no longer form part of the political union with supranational institutions which are enabled to override national parliaments and courts and that there would be no opt outs for Scotland and Northern Ireland in which its citizens have voted to stay in the EU.⁴³ All this spells a hard Brexit⁴⁴ which, in the opinion of this author, could prove a disaster to British businesses, to the economy and to jobs.⁴⁵ Furthermore as indicated by the Prime Minister (and Home Secretary) in their respective speeches at the October 2016 Conservative party conference, if these policies are to be put into effect,

.....

42 Mr Ken Clarke a blunt Tory pro EU politician and a very respected, experienced and wise former Chancellor of the Exchequer and Conservative Cabinet Minister whose judgment is invariably sound predicts that it would take eight years to complete the UK’s EU exit. Furthermore he predicts “that Tory Eurosceptics would try to push May towards taking an unrealistic position, saying that they would see as a “betrayal” any deal which fell “short of a tribute in gold being presented to the Queen once a year by the EU”. Source: Andrew Rettman “UK to start ‘hard’ EU talks in March”. Mr Clarke also said that nobody in the government has a first idea of what they’re going to do,” that Theresa May has no policies nor “first idea” what to do about Brexit,” that “she would struggle to put together a coherent policy which a united cabinet would present to Parliament and public because nobody has the foggiest notion of what they want us to do” and that “May was a bloody difficult woman” during the Conservative leadership contest, in spite of the fact that he backed her! (Source: Jack Sommers. Huffington Post 29th September, 2016).

43 Source: Andrew Rettman “UK to start ‘hard’ EU talks in March” at <https://euobserver.com/uk-referendum/135330> (Retrieved 1st November, 2016).

44 The words “hard” and “soft” Brexit have been increasingly used of late. What do they mean? There is no official definition of either of those words which are used as the debate develops and focuses on the *terms* of the UK’s departure from the EU. These words are used to illustrate the *closeness or otherwise* of the UK’s relationship with the EU post Brexit. A *hard Brexit* implies the refusal of the UK to compromise in the negotiations on such matters as free movement of persons, or being subject to the CJEU decisions, in order to have access to the EU single market. A *soft Brexit* on the other hand would allow for compromises to be made by the British Government during negotiations on fundamental EU legislative principles such as the path taken by Norway which is a member of the single market and which has to accept the fundamental EU concept of freedom of persons as a result. Euro-sceptics would favour a *hard Brexit* while others who favour a *soft Brexit* hold more moderate views and are prepared to negotiate in that spirit and therefore compromise.

45 According to an Independent Communications and Marketing (ICM Unlimited) survey, 54% of those surveyed favoured a *soft Brexit*. Were a satisfactory agreement not be concluded during the negotiation period those surveyed suggested extending the negotiation period. Were such extension to prove unsuccessful then a referendum was suggested to ascertain public opinion. Only 35% of the British public favoured a *hard Brexit* resulting in the UK departing the EU without an agreement and falling back on World Trade Organisation (WTO) tariffs which would create catastrophic and ruinous problems to the British economy. (Source: <https://www.theguardian.com/politics/2017/feb/11/theresa-may-hard-brexit-public-backla...>).

they will create a severe risk of fragmentation of the United Kingdom. British and Scottish leaders have already “locked horns” on Brexit and have drifted apart in their respective visions of Brexit.⁴⁶

During this two year (or more likely a longer⁴⁷) *gestation* period starting from the triggering of Article 50 in March 2017, the UK remains a Member State of the EU and is subject both to its current and any future EU legislation enacted during that gestation period. It is also subject to the Court of Justice of the European Union judgements. The referendum result has created no legal change whatsoever. Once Brexit has come about and depending upon what new relationship (if any) the UK has with the EU and discounting possible membership of the EEA and/or EFTA, there could be a metamorphosis in British labour laws and working practices which, depending on circumstances at the time, could have the effect of either keeping the *status quo* of current labour laws and practices, which is most likely to be the case or possibly changing them or re-writing them which could happen in the long term.⁴⁸

2.2. An evaluation and analysis of European social laws transposed into British laws

There being a significant number of EU Directives implemented in British labour law,⁴⁹ each of those transposed laws is to a higher or lesser degree vulnerable to change post Brexit. It is proposed to group these in three different categories. The first category will treat current laws which are most likely to be either heavily amended or repealed after Brexit, while the second category proposes to deal with European laws translated into British laws which are likely to need either minor amendments or remain intact. The third category will discuss a law which is very likely to be repealed. An explanation as to why this uncertainty exists in this third category will be attempted.

.....

46 Mrs Nicola Sturgeon, Scotland’s first minister, did not mince her words when she uttered the following statements, namely “We have woken up with a Ukip government. Depressing doesn’t begin to cover it”. “It is a vision the Scottish government want no part of and one which we will never subscribe to” and “do everything in our power to shape Scotland” in being a more tolerant society. Mrs Sturgeon talked of the Conservative government’s “arrogance” being “breath-taking”. Prime Minister May was “going out of her way to say Scotland’s voice and interests don’t matter” and that it was a “strange approach from someone who wants to keep [the] UK together”. All this could well mean that Scotland could call for a second referendum on Scottish independence if the UK and EU settlement threatened Scotland’s interests. Furthermore, Mrs Sturgeon signed a joint statement with the leaders of the Green Party in England and Wales and of Plaid Cymru, the Welsh Nationalist party in which they condemned the “toxic and divisive rhetoric” of May’s party. (Source: Eric Maurice Euobserver 5th October, 2016).

47 Many have suggested that Brexit negotiations would take longer than two years. Mr Philip Hammond, Chancellor of the Exchequer suggested that it would take six years for the UK to complete exit negotiations while Sir Ivan Rogers in his thinly veiled criticism of the UK Government on 3rd January, 2017 was of the opinion that a new deal with the EU could take up to ten years. (Source: <https://euobserver.com/uk-referendum/136436>) (Retrieved 4th January, 2017).

48 For an enlightened, legally informative, well-reasoned and complete text on Brexit, the reader is strongly recommended to peruse “*Workers’ Rights from Europe: The Impact of Brexit*” which is the advice given to the TUC by Mr. Michael Ford Q. C.

49 These Directives also bind EEA countries’ labour laws.

Prior to analysing those three categories, five matters need to be stressed at the outset. First, that the analysis and evaluation will only deal with European social laws which have been *implemented* into British labour law since it is those laws which are more likely to be targeted for repeal, adjustment or amendment and therefore affected by Brexit. It would be irrelevant to consider laws which originate from the Westminster Parliament. If changes or repeals were to be made to those latter laws they would not *normally* be made by reason of Brexit. Secondly, the *speculative element* in this chapter needs to be stressed. Not knowing how Brexit will affect those implemented laws, much of what will be said will be based on speculation;⁵⁰ such speculation being explained, as far as is possible, by concrete evidence being given as to why such speculation features. In the third instance it is important to remind the reader how the implementation of European laws into British law is made. One way of implementing EU law into British law is through *primary legislation*, namely by an Act,⁵¹ or part⁵² of an Act, of the Westminster Parliament. Under the provisions of the European Communities Act, 1972, implementation of an EU law may also be made by *secondary legislation*, namely through ministerial regulations, statutory instruments or orders.⁵³ What is important in those two expressions, namely *primary* and *secondary* legislation is that this terminology applies to British law. It should not be confused with the identical terminology used by some European law learned authors.⁵⁴ Fourthly, having voted for Brexit implies that the UK will be under no obligation post Brexit to implement future EU Directives into British legislation and will be free to *repeal* or *amend* laws emanating from the EU some of which have proved to be controversial or thorny. Finally, the

.....

50 At the time of writing (1st March 2017) it is impossible to predict what the relationship between the UK and the EU will be after Brexit. There will be many turbulent waters to navigate through, many mountains to climb and much rocky territory to cross. It is *most unlikely* that the UK will become part of the EEA, when it would have to adopt fundamental EU legislation on the freedom of movement principle and be subject to the judgements of the CJEU. Mrs May has been emphatic that the UK will not follow that course and that she will be seeking a “hard Brexit”. Nevertheless the unpredictability resulting from the negotiations should not be underestimated or ignored!

51 The Equal Treatment Directive 2000 (2000/43) is implemented into British law by the Equality Act, 2010. Another very obvious example of primary legislation is the very Act of Parliament which, as a result of the Accession Treaty of the UK, brought the UK into the EU, namely the European Communities Act, 1972. (1972 c.68). This Act is an obvious candidate for repeal at the time Brexit takes place. In those latter circumstances, the British government would need to be very careful that the Regulations made under the 1972 legislation are *not automatically* repealed, - in the words of Macduff in Shakespeare’s Macbeth (1605) - “At one fell swoop”. It is thought that the British government will be diligent enough to exclude the repeal of those Regulations until further consideration is given to them with regard to their maintenance, change or repeal.

52 Implementation of Council Directive 1998 (98/59 EC 20th July 1998) relating to Collective Redundancies which requires collective consultations is implemented in *part* of the Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act, 1992.

53 The Working Time Regulations, 1998, implement the European Parliament and Council Working Time Directive 2003 (2003/88); the Council Directive on the Transfers of Undertakings 2002 (002/23) which safeguards employees in company transfers is implemented by the Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations, 2006 (SI 2006/246) and the Temporary Agency Workers’ Directive which protects agency workers was implemented in the UK by the Agency Workers Regulations. 2010. (SI 2010/93).

54 Such as Nigel Foster in “Blackstone’s EU Treaties and Legislation 2015-2016” Oxford University Press at pp. 153-154 who classifies primary legislation to include Treaties, Protocols, Declarations, additional legislation and agreements affecting institutions and the European Court of Justice (*Costa v ENEL* 15th July 1964 Case 6/641) and secondary legislation as including Directives, Notices and Regulations.

reader should bear in mind the importance of the *colour*, - namely, its ideology, policies, imperatives, views and imminent practicalities, - of the British Government at the time of amendment, repeal, substitution, adjustment and so on of European laws translated into British laws. This will be a long term process. A Labour Government is more likely to maintain or re-introduce (if those rights had been removed by a previous Government) the current *status quo* and thus enable workers to enjoy the European law rights originally granted to them. A Conservative Government such as the present one on the other hand whose policy and ideology rests on a flexible and deregulated⁵⁵ labour market is more likely to amend, adjust or repeal what it considers, and what employers consider, as “thorny” laws emanating from the European Union. Workers in such circumstances would be deprived of their current rights and as such would enjoy the bare minimum of rights at the expense of further deregulation to satisfy a policy of competitive advantage. A Coalition Government such as that of the Conservative and Liberal Democrat Government in 2010 to 2015 would be tampered down from extreme policies through internal negotiations and agreements between the two Government political parties.⁵⁶

2.3. Category 1. Current laws which are likely to be heavily amended or repealed after Brexit

a) Agency Workers, Part Time Workers and Fixed Term Workers

It is suggested that the *Agency Workers Regulations*, 2010⁵⁷ is an obvious candidate for a complete repeal or for severe amendment. These Regulations derive purely from the Temporary Agency Workers Directive 2008⁵⁸ which confers upon agency workers certain basic rights which are enjoyed by permanent employees. Furthermore there is a requirement for employers to keep records. An agency worker is one who has a contract with an agency⁵⁹ but works temporarily for a hirer. Such workers may be employed on an employment con-

.....

55 For example the Red Tape Challenge and the October 2011 BIS consultation document entitled “*Flexible, Effective, Fair: Promoting Economic Growth through a Strong and Flexible Work Market*” URN 11/1308. The British Conservative Government’s “Red Tape Challenge” is a euphemistic expression treating, *inter alia*, employment rights. The most costly labour legislation is the Working Time Directive (costing the British Government £4.2 billion *per annum*) it is followed by the Temporary Agency Workers’ Directive (costing £ 2.1 billion annually). The costs of the Red Tape Challenge would not disappear overnight however if hypothetically the UK were to opt for the Norway model and thus remain in the EEA. In those unlikely circumstances most of the EU derived labour laws adopted by the UK would remain intact.

56 A classic example was the Beecroft Report on Employment Law of 24th October, 2011 which suggested extreme measures in some legal domains and which were not adopted by reason of strong opposition by the Liberal Democrats.

57 (SI 2010 No. 93).

58 2008/104/EC (OJ L 327/9). See too N. Countouris “*The Temporary Agency Work Directive - Another Broken Promise*”. 2009 ILJ 329.

59 Which can include recruitment agencies, temporary agencies, entertainment or modelling agencies.

tract, a fixed term contract and so on. From the day an agency worker starts work he/she has the same rights as permanent employees to use shared facilities and services provided by the employer.⁶⁰ After twelve weeks⁶¹ in employment the agency worker qualifies for the same rights as a permanent employee. These rights include, equal pay to permanent employees doing the same job, automatic pension enrolment, paid annual leave, statutory maternity pay but not statutory maternity leave. It is illegal to discriminate on grounds of pregnancy, giving birth in the past six months and breastfeeding. It is also discrimination if the agency refuses to place a person for a job, or the employer refuses to hire the person, or the job is terminated by reason of pregnancy *etc...* The hirer has the responsibility of making reasonable adjustments for the job and if that is not possible the agency must find alternative work. Paid ante natal care⁶² also kicks in after twelve weeks in the job if she cannot arrange this outside working hours. There is litigation with respect to the status of the agency worker which, this research has found, is creating widespread confusion among UK employers. Agency workers are usually considered as employees of the agency and therefore paid by the agency which employs them. The company which hires an agency worker pays a fee to the agency for their work. However, could the agency worker be an employee of the company and not an employee of the agency? There is some important case law on this issue⁶³ but, to quote Bean J. in the EAT in the case of *Craigie v London Borough of Haringey*⁶⁴ “The state of the law regarding the status of long term agency workers is... far from satisfactory but it will need legislation to change it”.

It will be recalled that the Part-Time Work and Fixed-Term Work Directives, both implement the Framework Agreements agreed by the European social partners. Both these have been implemented by British Regulations. The Fixed-Term Employees (Protection of Less Favourable Treatment) Regulations 2002⁶⁵ and the Part-Time Workers (Prevention of Less Favourable Treatment) Regulations 2000⁶⁶ lead to important improvements in terms and conditions of employment, including wages, with better access to occupational pensions with regard to temporary employees and in particular those workers in the educational sector. Temporary workers enjoy a degree of increased job security with the possibility of improved access to permanent employment. Furthermore, the Regulations

.....

60 These rights can include a canteen, food and drinks machine, a workroom crèche for mother and baby room, car parking or transport services as for example, transport between sites or local pick-up service.

61 Not counting days on sick leave or a break but counting time off for pregnancy, paternity or adoption.

62 Antenatal care includes antenatal classes, appointments and parental classes if recommended by a doctor or midwife.

63 See *Ducas v Brook Street Bureau* [2004] EWCA Civ.217 and *cf. James v Greenwich Council*[2008] EWCA Civ. 35; *Muschett v H. M. Prison Service* [2010] EWCA 25; *Heatherwood and Wrexham Park Hospitals NHSTrust v Kullubowila et al.* [2007] UKEAT/0633/06/LA and *Smith v Carillion (J. M.) Ltd. et al.* [2015] EWCA Civ. 209.

64 [2007] EAT 0556/06.

65 (SI 2002 No.2034) putting into effect the Fixed Term Directive 1999/70/EC. (OJ L 175).

66 (SI 2000 No. 1551) putting into effect the Part-Time Work Directive 1997/81/EC. (OJ L 14).

prevent employers from requiring their employees to waive their right to claim unfair dismissal. It is important to note that although both Framework Directives allow for more favourable treatment, they do not allow for less favourable treatment.

It is an established fact, by reason of numerous British and CJEU court judgments, that most part-time workers are female. As such they enjoy additional protection under the discrimination laws which, if treated less favourably than full-time workers, would be indirectly discriminated against. The aim of the legislation is to promote equal treatment unless unequal treatment can be objectively justified.⁶⁷

Fixed-term workers have a right not to be treated less favourably than their full-time colleagues working in comparable employment unless the difficult test of “objective justification” can be shown. Such “objective justification” include, as stated above, precise concrete factors based on objective and transparent criteria. Furthermore, so as to prevent the abuse of a succession of fixed-term contracts being used by unscrupulous employers, such succession of contracts is prohibited.

With the complexity of all the above workers’ rights and problems, no wonder that the theme of agency workers as well as that of part-time and fixed-term workers spells unpopularity among employers by reason of being immensely burdensome, incurring additional costs and lacking flexibility and therefore being less attractive for many companies. The employer lobby could have the effect of influencing a Conservative Government to repeal this legislation in its entirety or to substantially reform it. Furthermore, the Regulations have not yet been properly integrated in the British industrial relations system to make them *politically* difficult to repeal. Bearing in mind the Conservative Government’s deregulatory agenda, each of those three Regulations constitute a thorn in its policy.

b) Working Time

It is tentatively submitted that another obvious candidate for repeal (and/or possibly severe amendment) is the *working time legislation*. The Working Time Directive which provides for a 48 hour average working week, paid annual leave, night work, periods of rest and so on has proved controversial from its inception.⁶⁸ It has subsequently been implemented

.....

67 Objective justification is difficult to prove. See *Kutz-Bauer* [2003] IRLR 368 and *Bilka-Kaufhaus* [1987] ICR 110 where the strict test of objective justification was given. In the interesting case of *O’Brien v Ministry of Justice* [2013] ICR 499 the British Supreme Court, - after referring the case to the CJEU, - held that fee-paid judges are classed as “workers” under the Directive’s provisions although under British law it is a well-known and well established fact that judges are not considered to be “employees”. As such unequal treatment is justified by the use of “precise concrete factors” namely “on the basis of objective and transparent criteria”. Fee-paid judges being paid less than full-time judges was not sufficient justification for “the fundamental principles of equal treatment cannot depend on how much money... [is] available”.

68 See *UK v Council (Working Time)* Case C-84/94 [1996] ECR I-5755 (ECJ). See too L. Waddington “Towards a Healthier and More Secure European Social Policy” (1997) *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 83.

by the Working Time Regulations, 1998⁶⁹ but the opt-out clause therein has since earned itself the reputation of being a flamboyant exception to the working time rules. The UK, much to the chagrin and displeasure of the EU, has maximised significantly the opt-out clause in those Regulations.⁷⁰

This research shows that the British employers' lobby would appear to want a repeal of the 48 hour average working week and rid themselves of the legal obligation imposed on them where workers on long-term sick leave accrue and either take or carry over paid annual leave. They would also want some coherence in the calculation of holiday pay and in addition would wish to review the "on call" time which has *per se* proved problematic. The employer lobby would also wish to reverse some CJEU decisions on holiday pay calculations whereby both *overtime pay* and *commission* have to be included in the holiday pay. In *British Gas Trading Ltd. v Z. J. Lock and Secretary of State for Business, Innovation and Skills*,⁷¹ a case referred to the ECJ which concluded that because Mr Lock's *commission* was linked directly to the work carried out by him, it must be taken into account when calculating holiday pay.⁷² The EAT, being bound by the ECJ decision, held that that approach should be applied in this case. Likewise in the Scottish case of *Bear Scotland v Fulton*⁷³ the EAT held that UK law must be interpreted in a way which conforms to EU law by requiring employers to take into account non-guaranteed overtime payments when calculating holiday pay.

Dave Prentice the General Secretary of the UNISON trade union said "This case will have implications on thousands of workers in the UK and in Europe who for years have been denied a fair deal. The commission and overtime, both guaranteed and non-guaranteed, (where the worker is obliged to work overtime if required), will have to be included in holiday pay".

Each of these issues means additional expense for employers, and could prove sufficient ground for the repeal of the British working time legislation. The long running conundrum around holiday pay while on sick leave, and the paid overtime and commission cases do nothing to advance the cause for retaining those Regulations. A Conservative Government would almost certainly either abolish them or make substantial reforms and leave it to the market economy to dictate entitlements.



69 (SI 1998 No. 1833) See Joseph R. Carby-Hall "Working Time: The British Experience" in "Regnare, Gubernare, Administrare" (Professors Stanisław Grodziski and Andrzej Dziadzio (Eds)) (2012) Oficyna Wydawnicza AFM. at pp. 367-395 for a more detailed evaluation of the Regulations.

70 For a detailed analysis on this phenomenon see Jo Carby-Hall "Opt outs and Variations in Working time -British Style" in "Le Travail Humain au Carrefour du Droit et de la Sociologie" (Professors Christian Mestre, Corinne Sachs-Durand and Michel Storck (Eds)) (2014) Presses Universitaires de Strasbourg at pp. 53-71.

71 UKEAT/1089/15/BA.

72 The ECJ held that it is for the national courts to assess the method of calculating the commission to which the worker is entitled.

73 UKEATS/0047/13.BI; UKEAT/0160/14.SM; and UKEAT/0161/14/SM.

It will be recalled that the Working Time Regulations are more generous than the Directive in some respects. In this instance one may say that they are “gold plated”.⁷⁴ Whereas the Directive provides for an annual four week paid holiday, the Regulations are more generous in that they increase the annual paid holiday to 5.6 weeks which includes bank holidays. It is possible that, being gold plated, Brexit will not change that latter number of weeks’ holidays enjoyed by British workers.

c) *Collective Redundancy Consultations*⁷⁵

The Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act, 1992 (Amendment) Order 2013⁷⁶ made important changes to the 1992 Act provisions on collective redundancies. These changes are threesome. In the first instance it reduced the original 90 day minimum period of consultation where a hundred or more redundancies are to be made to 45 days. Secondly, it made an equivalent change to the requirement to notify the Secretary of State in advance of the first dismissal taking effect. This period was also thus reduced from 90 days to 45 days. The third change was that the Order removed fixed-term contracts which have reached their agreed termination point from the obligation to consult the individuals affected.

The provisions of the 1992 Act⁷⁷ implement those of the Directive on Collective Redundancies 1998.⁷⁸ However, none of those amendments infringe the provisions of the Directive. Thus the 90 day minimum period looks lengthy compared to other countries in Europe and elsewhere in the world. The Directive does not mandate a definite period. The Conservative Government carried out a call for evidence in 2011 on the collective redundancy laws. The results were that (a) employers were concerned that the rules delayed their ability to respond to challenges and opportunities. (b) On fixed term contracts of employees, the consultation identified confusion. The Directive allows for exclusions of fixed-term contracts.

The reductions stipulated by the 2013 Order to the redundancy consultations obligation make that obligation not particularly onerous. It is therefore difficult to know what

.....

74 “Gold plating” is a term used to characterise the process whereby an EU Directive is given additional powers when it is transposed into national laws of Member States. The EU Commission defines “gold plating” as “an excess of norms, guidelines and procedures accumulated at national, regional and local levels, which interfere with the expected policy goals to be achieved by such regulation”.

75 For a detailed evaluation on both individual redundancies (emanating from UK law) and collective redundancies (originating from EU law) see Jo Carby-Hall “Redundancies in the United Kingdom” in “*I Licenziamenti per Riduzione di Personale in Europa*” (Professors Bruno Veneziani and Umberto Carabelli (Eds)) European SOCRATES Programme Vol. 2 (2001) Cacucci Editore, Italy at pp. 387 -537.

76 12th March 2013 Volume 744.

77 Trade Union and Labour Relations Consolidation Act 1992 ss. 188-198 as amended to remove “by (SI. 2013/763) gold plating”.

78 Council Directive 98/59/EC of 20th July 1998 on the approximation of laws of the Member States relating to collective redundancies.[O. J. 1998 L225/16]. Successive amendments have been incorporated into the original text. The Directive is a codified version of Directives 75/129/EEC and 92/56/EEC both of which have been repealed).

would happen to collective redundancy consultations after Brexit. Were proposals to be made to eliminate the consultation obligation altogether such proposals would certainly not be palatable to trade unions and would be severely disputed. Furthermore any such elimination of the obligation to consult could damage, -through industrial action⁷⁹ being taken, -the British industrial relations system.

It will be seen later⁸⁰ that consultation rights, - which may include consultations in respect of redundancies, - through works councils and transnational works councils are provided for by the Directive. In the UK and unlike Germany, France and some other EU countries' industrial relations systems, works councils do not form an integral part of the British collective bargaining system. Although some such works councils do exist in the UK, they are far and few between as they are scarcely used in that country. It is likely that these provisions will be repealed as a result of Brexit. Any impact of their repeal would proveto be minimal for most companies.

Taking all the above matters into consideration it is suggested that the wholesale repeal of this legislation is most unlikely. What may happen after Brexit is to make cosmetic changes to this legislation by clarifying when consultation is” proposed” for the purpose of triggering the collective consultation obligations. The CJEU judgments⁸¹ have confused rather than clarified this very issue! Another area where there could be changes resulting from Brexit is todo with the threshold number of redundancies, namely 50 and over and 100 and over which would trigger consultation. These thresholds could be reduced. The British Conservative Government's policy of keeping people in work rather than on social security benefits would discourage the repeal or major amendments being made to the current redundancy laws.

2.4. Category 2. Laws which will require either minor amendments or remain unchanged

a) TUPE

The Transfer of Undertakings (Protection of Employment) (Amendment) Regulations 2006⁸² as amended by the Collective Redundancies and Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Amendment) Regulations, 2014, (2014 No. 16) known as *TUPE*⁸³

.....

79 Such as strikes, go-slows, work to rule and so on.

80 See the discussion at pp. 24-25 *infra*.

81 See *United States of America v Nolan* CJEU Case C-583/10 and [2015] UKSC 63; *USDAW v Woolworth* CJEU CaseC-80/14 (1st May 2015). See too *USDAW et al v Ethel Austin et al* [2014] EWCA Civ.142 and *Renfrewshire Council v The Educational Institute of Scotland* [2012] UKEATS/0018/12/BI..

82 (SI 2006 No. 246).

83 For a detailed study of the original TUPE Regulations see Jo Carby-Hall “*Transfer of Undertakings in the*

owes its existence to the Acquired Rights Directive.⁸⁴ TUPE Regulations apply to companies of all sizes and protect employees' rights⁸⁵ when an organisation or service they work for transfers to a new employer.⁸⁶ On 31st January 2014 new Regulations on TUPE came into force which updated the 2006 Regulations. Transfers within the public sector are not usually covered by TUPE though some transfers from the public sector into the private sector are indeed covered.⁸⁷

There are two situations in which TUPE Regulations may apply namely, business transfers and service provision transfers. In business transfers TUPE Regulations apply if a business or part⁸⁸ thereof moves to a new owner or merges with another business to create a new company. The 2006 Regulations introduced the *service provision* addition which went beyond the requirements of the Directive and which was therefore "gold plated" in the UK. In-service provision transfers were introduced in the following three situations, namely (a) a contractor takes over certain activities from the client, known as *outsourcing*;⁸⁹ (b) a new contractor takes over activities from another contractor, known as *re-tendering*; and (c) a client takes over activities from a contractor, known as *in sourcing*.

In a 2011 to 2014 Government consultation and review on the effectiveness of TUPE, most companies were generally favourable to the retention of the service provision addition because it formed part of their business models and also provided an element of flexibility and certainty.⁹⁰ This being the case, it is suggested that TUPE will not be affected by Brexit and that therefore its provisions will remain intact.⁹¹



United Kingdom" in "La Transmisión de Empresas en Europa" (Professors Bruno Veneziani and Umberto Carabelli (Eds)) European SOCRATES Programme. Vol. 1. (1999) Cacucci Editore, Italy at pp. 187-263.

84 77/187 consolidated in Directive 2001/23/EC.

85 Employees' employment terms and conditions are transferred to the new company and continuity of employment is maintained. There exist exceptions if the employee is made redundant. <http://www.gov.uk/staff-redundant> or in certain cases when the company is insolvent <http://www.gov.uk/transfers-takeovers/insolvent-business> (Retrieved 10th October, 2016).

86 The business may have its head office in another country but the part of the business which is transferring ownership must be in the UK.

87 It should be noticed that public sector employees receive similar protection. See the Code of Practice at <http://www.civilservice.gov.uk/about/resources/employment-practice/codes-of-practice> (Retrieved 10th October, 2016) for further information.

88 A part of a business may consist of the logistic, legal, security, car parking, catering, gardening, *etc...* function of a larger company.

89 For example, cleaning, catering, security, car parking, *etc...* in the workplace.

90 To be noted is the fact that the employers' desire is based on *certainty* rather than the wish to improve the employees' basic employment rights which is what TUPE and the Directive aim to achieve.

91 But see the opinion of Mr Michael Ford Q. C. who, on sound legal grounds, disagrees entirely with this author's view. He states "I do not share the view of some that businesses will be supportive of it. I think that many businesses would welcome the repeal of or radical changes to TUPE, especially those large corporations which are dominant in contracting-out exercises... Potential targets include, I think, collective consultation, rules restricting harmonisation of terms post-transfer and even the liabilities for transfer-related dismissals... Brexit offers a real possibility, highly detrimental to many precarious workers, of a return to the position of which transfers terminated employment *tout court*, with no more than the low level of redundancy pay payable to those with sufficient continuity, or in which an employer can readily adjust terms downwards post-transfer by the simple device of dismissal and re-engagement". Source: "Workers' Rights from Europe: The Impact of Brexit". Advice given by Michael Ford Q. C. to the TUC. 10th March, 2016.

There is however one problematic issue which may be affected by Brexit where amendments to TUPE may be desirable to take into account a few of the Directive's provisions (albeit minor ones) in TUPE. These are the prevention by employers to *harmonise* terms and conditions of employment *after* the transfer takes place and the difficulty faced by the employer to *dismiss* employees particularly *prior* to the transfer. Some of the Directive's provisions impose constraints on businesses in situations of transfers relating to outsourcing, acquisitions and disposals. Both these provisions, namely harmonisation and dismissals may be watered down and be made more flexible. Brexit may lead to the loosening of restrictions on changing terms and conditions of employment. They therefore do not imply any *fundamental* changes being made. It is suggested that this legislation will not be repealed as a result of Brexit because it is an established concept⁹² with businesses and provides them with some certainty especially in the outsourcing field. Furthermore its provisions go beyond the minimum employee protection requirements provided for by the Directive for the service provision change is a UK initiative which is not provided for by the Directive.

b) Compensation and Other Issues Resulting from Discrimination

Prior to the enactment of any European law on discrimination, the UK had legislation in place on sex and race discrimination.⁹³ Such legislation predated the UK's EU membership. Subsequent to joining the EU it was the UK which first introduced disability discrimination.⁹⁴ Equal pay and marital status discrimination⁹⁵ also originate from UK laws. In the year 2000 however, the EU Framework Equal Treatment Directive⁹⁶ introduced discrimination by reason of age, religion or belief, and sexual orientation. The case of *P v Sand Cornwall County Council*⁹⁷ heard in the ECJ held that gender reassignment is included for it constitutes a form of sex discrimination.

The definitions given by the EU discrimination legislation on direct, indirect and harassment discrimination has been such as to widen the scope for challenging discrimina-

.....

92 In that companies are accustomed to its existence and have contracted on the assumption that TUPE will continue to apply.

93 Sex Discrimination Act, 1975 c. 65 and Race Discrimination Act 1965 c. 73 (originally replaced in 1976 c. 74 both of which have been repealed by the Equality Act 2010 c. 15, Schedule 27.

94 See the repealed Disability Act, 1995, (except for Northern Ireland where that Act still applies) replaced by the Equality Act, 2010. See also Jo Carby-Hall "*Discrimination in Employment Arising from Disability*" published as an e-book consisting of European research papers edited by Professor Carla Spinelli (University of Bari, Italy) in *Derecho Social y Empresa, Cátedra UNESCO, Fundación Sagardoy* (2014).

95 The original Equal Pay Act, 1970 c. 41 was repealed and replaced by the Equality Act, 2010 c. 15 s. 216(3) Schedule 27 Part 1 and marriage and civil partnership discrimination was enacted by the Equality Act 2010 s. 8.

96 Council Directive 2000/78/EC Art 1.

97 European Law Reports 1996 1-02143 ECJ case 13/94 reference from the Truro Industrial Tribunal on the dismissal of a transsexual.

tory practices. Thus in *Coleman v Attridge and Stephen Law*⁹⁸ it was held that direct discrimination includes less favourable treatment because of the association with someone with a “protected characteristic”.⁹⁹

Apart from adding new forms of discrimination to the discrimination list, the Framework Directive generally improved the British domestic laws. Recognising how difficult it can be to prove discrimination, the burden of proof in discrimination cases was reversed.¹⁰⁰

Recognising the harm which discrimination can cause to a victim, EU law imposes no upper limit to a compensation award made by a court or tribunal. Under the Conservative and Liberal Coalition government¹⁰¹ the Beecroft Report¹⁰² made a recommendation that the amount of compensation to be awarded by courts and tribunals should be capped. The reason why this recommendation was not put into effect was because of the EU legislation provisions.

The Race Equality Directive 2000¹⁰³ provides that EU Member States should set up an equality organisation which *promotes, monitors* and *provides support to victims* of discrimination. The British organisation which fulfils that role is the Equality and Human Rights Commission.

The Equality Act, 2010 which puts into effect EU laws forms part of the UK’s primary legislation. It is unlikely that the British part of the 2010 Act will be changed but post Brexit important parts of the EU legislation included in that Act could be amended or repealed. What has to be borne in mind is that the Equality Act 2010 is *primary legislation*. As such, it will remain in force even though the European Communities Act, 1972 which allows the incorporation of EU law is repealed. It is submitted that any post-Brexit changes made to the 2010 Act by repealing or amending therein laws originating from the EU would prove very unpopular, particularly since the underlining principles and protections of discrimination laws predate EU law making. The repeal or fundamental amendment of the current discrimination law could result in a national and international outcry. Discrimination rights are considered to be fundamental to the structure of any developed society. As such, it is thought that post Brexit British governments would not wish to tamper with the current laws on discrimination.¹⁰⁴



98 ECJ case C-303/06 (disability rights).

99 Under British labour law it is unlawful to discriminate against a person by reason of one of the “protected characteristics” namely sex, race, disability, sexual orientation, religion or belief, marriage and civil partnership, gender reassignment and age.

100 All the claimant has to do is to provide sufficient evidence to show that discrimination could have taken place. The employer has to prove that discrimination did not occur.

101 Which governed the UK from 2010 to 2015.

102 Adrian Beecroft “Report on Employment Law” Ref, 12/825.

103 2000/43 EC (OJ L 180) implements the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin. Art. 7 (1) provides for a “judicial and/or administrative procedure for the enforcement of obligations” and Art. 7 (2) talks of associations, organisations or other legal entities” to be set up to see “that the provisions of the Directive are complied with”.

104 It is however possible (although remotely so) that *limitations* may be placed post Brexit on classes of persons,

It will be recalled¹⁰⁵ that EU law does not impose an upper limit on compensation awarded to victims in cases of discrimination. Nor does discrimination require a qualifying period prior to taking legal action.¹⁰⁶ The Beecroft Report recommendation to cap awards for compensation in discrimination cases was not put into effect for the very reason that it would infringe EU law. There being no restraints post Brexit, it is suggested that the Government of the day may decide to put a cap¹⁰⁷ on such compensation for reasons¹⁰⁸ which are irrelevant to discuss in detail in this context.

The EU laws do not appear to include discrimination in cases of *under-represented groups* in society. It is suggested that post-Brexit British Governments may consider adding to the discrimination list such vulnerable groups.

The right to equal pay for equal work between males and females is a fundamental right provided for by the EU Treaty¹⁰⁹ and directly enforceable in the UK. The Equal Pay Act 1970 predated the joining of the UK into the European Communities (as it was then known). The 1970 Act had a glaring *lacuna* because it did not cover equal pay for work of equal value. This phraseology is now included in British law as a result of the EU Treaty obligation. Furthermore equal pay rulings by the ECJ have proved more expansive than those of the domestic courts. The ECJ held in the first instance that paying part time staff who are mainly women a lower hourly rate than full time staff amounted to indirect sex discrimination. Secondly, it held that excluding them from an occupational pension scheme also amounted to indirect sex discrimination.¹¹⁰



in special situations where such limitations do not amount to discrimination. Arguably, allowing flexibility on the employer to offer different benefits to male and female employees who enjoy family leave or the flexibility on the employer to treat employees differently on grounds of age. The word “arguably” above is used judiciously, for on the facts of the case, a tribunal may not accept such pleadings, thus concluding that in the above examples the employer’s conduct amounted to sex and age discrimination respectively.

105 See *supra*.

106 It should be noted that, (unlike unfair dismissal and redundancy payments which impose a two year qualifying period) there exists no qualifying period to enable an employee to make a claim for discrimination. The discrimination laws apply from the first day of employment.

107 Currently, because of the EU law provisions, compensation in cases of discrimination in the UK is uncapped. If it were to be capped post Brexit, it is thought that it would be similar, though not necessarily identical to, the statutory cap imposed on compensation awards in cases of unfair dismissal. *Solatium* (i.e. injury to feelings) in compensation claims could be capped in the same or similar manner as in cases of unfair dismissal.

108 Namely, claimants having unrealistic expectations on what they could be awarded by a court by way of compensation and furthermore early settlements are made in practice more difficult which will result in additional burdens on the tribunal and court system. This decision has been incorporated in the Equality Act 2010 and defined as “unfavourable treatment because of pregnancy and maternity leave” with no need for any comparison with a non-pregnant employee.

109 Article 157 of the Consolidated Version of the Treaty on European Union 2010 (OJ 2010 C83/01).

110 Part-time women in the UK gained equal access to occupational pension schemes (see the *Preston Group* cases i.e. *Preston et al. v Wolverhampton Healthcare et al.* and 2nd appeal and *Fletcher et al. v Midland Bank Plc.* (Conjoined appeals) 5th February, 1998 (H. L.)) and agency female teachers in the public sector gained access to the teachers’ statutory occupational scheme (see *Debra Allonby v Accrington and Rosendale College et al.* Case 256/01 - reference for a preliminary ruling from the Court of Appeal). Furthermore, it is thanks to the ECJ that assisted to extend the limit on back pay compensation for women who had experienced over a period of unequal pay from two to six years. (see *B. S. Levez v T. H. Jennings (Harlow Pools) Ltd.* Case c-326/96 reference for a preliminary ruling from the Employment Appeal Tribunal). See too Professor Sandra Fredman who explains how a collective redress mechanism could be re-introduced in the UK that would meet the requirements of art. 157 of the Treaty. <http://ilj.oxfordjournals.org/content/37/3/193.abstract>

This formidable array of rights consists of an amalgam of EU Directives and a Treaty, CJEU decisions and British laws as well as British court cases. It is suggested that it is very unlikely that a future British Government would wish to disassociate itself from the anti-discrimination legislation and family-friendly rights which offer benefits and protection to some 30 million workers. This mammoth string of protections is seen as an important and fundamental safeguard in the workplace. Indeed the British Government is currently proposing the extension of parental leave to working grandparents! The right to shared parental leave is entirely of British origin. It will be recalled that this was supported by the previous British coalition Government as well as the labour opposition. The right to request flexible working established in 2014 is also of pure British origin and maternity leave in the UK is more generous than the EU requirements. It is therefore hardly likely that changes in those established and important fields would result from Brexit. There is also another dimension which needs to be taken into account. The Government, - which is at the time of writing is focused on how Brexit will come about and develop, through negotiations which will take place after Article 50 is triggered in March 2017, - would not wish to be seen as responsible for dismantling family friendly rights and anti-discrimination legislation. A general election is due in 2020 and the May government should not wish to “rock the boat” by cutting away rights some of which have been fought for decades. It is thus submitted that caution will be used post-Brexit and that any changes made in these fields will be cosmetic, cautious and balanced.

c) Family Friendly Legislation

Rights to maternity, parental leave, paternity, shared paternity and pay are an amalgam of rights deriving originally from both British laws and EU laws while new and expectant mothers' laws originate from the EU.¹¹¹ The EU Pregnant Workers Directive 1992 led to important improvements in the health and safety protection for expectant and new mothers in the workplace. Women enjoy paid time off for antenatal appointments. The 1992 Directive imposed duties on employers to assess risks and make the necessary adjustments in working conditions such as the transfer of a pregnant or breastfeeding employee to suitable alternative employment or suspend her on paid leave where some harmful danger has occurred or is anticipated.

While the maternity leave entitlement in the UK exceeded the EU minimum of 14 weeks when the Directive was implemented, the ECJ (now CJEU) case law has had a positive impact in tackling the disadvantage and discrimination which many women faced in the



111 Pregnant Workers Directive, 1992 (92/85/EEC) incorporated into English law by the Equality Act 2010.

workplace when they gave birth to their offspring. *Dekker and Webb*¹¹² established that treating a woman unfavourably because of pregnancy and maternity leave, amounts to direct sex discrimination. Furthermore the cases held that it is not necessary to identify a non-pregnant comparator to prove discrimination.¹¹³ Such protection from dismissal by reason of pregnancy or maternity leave was extended to fixed term workers.¹¹⁴ Furthermore, women on additional maternity leave enjoy the same contractual rights as women on ordinary maternity leave thanks to EU case law.¹¹⁵

d) Rights to Parental Leave and work-life balance

The Parental Leave Directive, 2010¹¹⁶ grants working parents the right to take unpaid leave to care for the child. The number of days' unpaid leave was increased from 13 weeks to 18 weeks for each child. The UK implemented that Directive in 2013¹¹⁷ and in 2015 the UK raised the upper age limit from 5 to 18 year old children which would include more parents enjoying this right. That Directive also grants employees the right to time off work for urgent family reasons.¹¹⁸

The EU launched a new European social partner consultation on how to improve the work-life balance¹¹⁹ and reduce obstacles to the participation of women in the labour market and for parents.¹²⁰ Thus to quote a TUC report, the objective being to “achieve a better work-life balance for parents; new initiatives for fathers to take leave, including the possibility of a new EU right to paternity leave; the introduction of a right to carers' leave; and

.....

112 See *Dekker v Stichting Vormingsecentrum Voor Jong Volwassenen* (ECJ) C-177/88 [1990] ECR 13941 and *Carole Louise Webb v EMO Air Cargo Ltd.* (ECJ) C-32/93 [1993] ICR 175 (pregnancy discrimination) and [1993] 1 WLR 49. (House of Lords reference for a preliminary ruling), (pregnancy dismissal amounted to sex discrimination).

113 This case ended a succession of cases where women in past years lost their cases because the employer argued that they would have treated a man who had to take a substantial period away from the workplace in a similar way. See too *Equal Opportunities Commission v Secretary of State for Trade and Industry* [2007] IRLR 327.

114 See *Maria Luisa Jiménez Melgar v Ayuntamiento de los Barrios and Tele Danmark A/S* ECJ case C-438/99 (OJ L 288/32).

115 Employers are compelled to make contributions into occupational pension schemes for longer than the first 26 weeks of leave. See *Sass* and the subsequent EOC judicial review case against the UK Government.

116 2010/18/EU (Implementing the revised Framework Agreement between the European social partners on parental leave).

117 See the Maternity and Parental Leave Regulations, 1999 (SI. 1999 No. 3312) as amended by the Parental Leave (EU Directive) Regulations, 2013 (SI. 2013 No.0000) implementing the agreement reached by the European social partners to improve the previous Directive provisions, these being the provisions of Council Directive 96/34/EC which was repealed. Parental leave should not be confused with *shared parental leave* applicable to parents of children due (or adopted children) on, or after, 15th April 2015.

118 For example, to take a sick child or sick dependant such as a parent, to a hospital or a doctor's surgery. Research carried out by BIS in 2012 shows that one fifth of UK employees have used that right each year.

119 For a study on work-life balance see Jo Carby-Hall “*Work-Life Balance in the United Kingdom*” in “*Conciliación de la Vida Laboral y Familiar y Crisis Económica - Estudios desde el Derecho internacional y Comparado*” (Professor Lourdes Méndez (Directora)) (2015) Delta Publications. Madrid at pp. 321-378.

120 It will be recalled that, because of the deadlock which occurred over numerous years between the European Parliament and the Council, the EU Commission withdrew its proposal in July 2015 for an improved Pregnant Workers' Directive.

better protection for dismissal for new and expectant mothers and new rights for breastfeeding mothers on return to work”.¹²¹

e) Written Particulars of Terms and Conditions of Employment

Although the British law on particulars of employment¹²² predated¹²³ the Written Statement Directive, 1991¹²⁴ which gives employees the important features of the contract of employment, the Directive requires employers to give their employees within 28 days of their starting their employment certain particulars of their employment contracts which include the business name, the employee’s name, job title or work description, start date, continuous work (where applicable) wages, holiday pay, working hours, overtime and shifts (if applicable), manner of payment, in the case of temporary work how long that work will last, dates of fixed term contracts, notice periods, pensions, collective agreements, grievance and disciplinary procedures, *etc...*

The Commission is currently consulting on changes to be made to the Directive bearing in mind the new and atypical forms of employment which have developed globally during the past twenty years.¹²⁵ Thus workers on zero-hour contracts lose out on their basic workplace rights for a number of reasons. One of these is that they are seen by employers to have the status of workers as opposed to employees¹²⁶ another is that the employer regards them as short-term workers. As such zero-hour workers are not entitled to particulars of employment. Resulting from the consultation the Commission may well decide that zero-hour workers (as well as agency workers) are entitled to receive written particulars of employment setting out their wage rates and hours of work.

.....
121 Source: “United Kingdom Employment Rights and the European Union. - Assessment of the impact of membership of the EU on employment rights in the UK” TUC. Publication.

122 The particulars of employment are NOT under British law considered to be the contract of employment. This latter (whether in writing or not, or through custom and practice) gives the full terms and conditions of employment to the employee. The particulars of employment only give the salient and important features of the contract of employment. To be valid, a contract of employment under British law need not be in writing. It may be by word of mouth, by e-mail, by reference to a collective agreement (if incorporated into the contract of employment), by fax and so on. Under British law employees do not have a right to have a written contract of employment but do have a right to receive the particulars of employment within two months of the start of employment.

123 Contracts of Employment Act 1963 s. 4 (1) (now Employment Relations Act, 1999. (c.26) ss. 1 and 2). See too J. R. Carby-Hall “Principles of Industrial Law” (1st Edn) (1969) Charles Knight (London) at pp. 11-13.

124 Council Directive 91/533/EEC.

125 For an evaluation and analysis on these relatively new types of employment see Jo Carby-Hall’s chapter entitled “Novel Formsof Employment. Quid Juris?” to be published in “Nuevas Tecnologías y Nuevas Maneras de Trabajar en el Derecho Español y Comparado” “Renovarse o morir” (Professor Lourdes Mella Méndez (Ed)) to be published in the Spring of 2017 and, specifically on telework in particular, Jo Carby-Hall “Telework in the United Kingdom as a Model of Flexibility, Consensus, Voluntarism and Productivity” in “Trabajo a Distancia I Teletrabajo” (Professors Lourdes Mella Méndez (Editora) and Alicia Villalba Sánchez (Coordinadora)) (2015) Thomson Reuters at pp. 285-315.

126 124 For the distinction between a “worker” and an “employee” under the British common law see the analysis in Jo Carby-Hall “New Frontiers of Labour Law - Dependent and Autonomous Workers” in “Du travail Salarié au Travail Indépendent: Permanences et Mutations”. (Professors Bruno Veneziani and Umberto Carabelli (Eds)). European SOCRATES Programme (Vol 3) (2003) Cacucci Editore, Italy at pp.163-308.

Given the pre-dating of the Directive, it is unlikely that after Brexit the British written particulars law will be repealed but it is likely that atypical contracts (such as zero-hour contracts or some others if included in European law as a result of the consultation) would almost probably be repealed.

f) Health and Safety at Work

The UK enjoys a long pedigree of health and safety legislation dating back to the industrial revolution of the nineteenth century¹²⁷ culminating in the Health and Safety at Work Act 1974 (as amended)¹²⁸ The common law duty of care owed by the employer to the employee which is a *single* duty consisting of the (a) the recruitment of competent staff to perform the specified job of the employee, (b) the provision by the employer of safe premises at work, (c) the provision of a safe system of work and (d) the provision of safe machinery is well established. Such duty which does not constitute strict or absolute liability when an employee is injured or killed is based on the tort of negligence.¹²⁹

The Health and Safety Framework Directive of 1989¹³⁰ extended the 1974 Act by adding broad based obligations upon employers to *evaluate, avoid and reduce* risks at the workplace. The Directive was primarily implemented in the UK by including those additional Directive provisions into the 1974 Act provisions and by the Safety Representatives and Safety Committees Regulations, 1977.¹³¹ Furthermore, a number of modifications had to be made to meet the Directive's requirements on consultations through such Regulations as the Health and Safety (Consultation with Employees) Regulations 1996.¹³² Numerous other Health and Safety Directives which cover specific risks at the workplace such as noise, musculoskeletal disorders, machinery safety and the protection of vulnerable groups¹³³ have been implemented through British legislation.

Specific EU laws, all of which have been implemented in the UK cover certain types of work such as construction and off-shore work and materials such as asbestos and chemicals. Forty one out of sixty five new health and safety EU laws were introduced between 1997 and 2009.¹³⁴

.....

127 See J. R. Carby-Hall "*Principles of Industrial Law*" *op cit.* for an examination of both the common law and statute on this topic at pp. 234-244 (factories); pp. 245-269 (safety); pp. 270-279 (health and safety); pp. 280-289 (employment of women and young persons); pp. 290-309 (administration of the Factories Act); pp. 310-326 (shops); and pp. 327-340 (offices and shops); pp. 341-351 (women, young persons, children).

128 See J. R. Carby-Hall "*Health, Safety and Welfare at Work*" *Managerial Law* (1989) Vol. 31 Nos 1 and 2 pp. 36-44.

129 *Ibid.* at pp. 5-9 (common law duty of care) and pp. 9-13. (employer's vicarious liability for the acts of the employee and defences of *volenti non fit injuria* and contributory negligence).

130 89/391/EEC.

131 (SI 1977 No. 500) Regulation 4A.

132 (SI 1996 No. 1513) Providing for consultations with employees or their representatives where employees are not represented by a recognised trade union.

133 As, for example, pregnant women, maternity, young workers and temporary workers.

134 Independent reviews appear to conclude that the EU regulatory health and safety framework is maintaining

In addition British trade unions have been active in making complaints to the Commission to gain changes to UK legislation which is inconsistent with EU legislation, asbestos and construction being some of them.

After Brexit it is suggested that the British health and safety laws will remain in place and that only a few cosmetic changes may take place especially since the transposition of these EU laws into UK laws have experienced very few problems and that the evidence shows that these Regulations have not been burdensome on employers. There is also the ethical aspect which has to be considered as well as the reputation of the employer. Risk factors which lead to deaths, ill-health and injury at the workplace are undesirable from an employer's point of view.¹³⁵

g) Data Protection at Work

The Data Protection Act 1998¹³⁶ was enacted to conform to the provisions of the Data Protection Directive¹³⁷ which is general in nature and therefore not specific to labour law alone. So as to keep within the parameters of labour law it is proposed to keep this topic, namely data protection, in that context only.

The 1998 Act aims at protecting by the employer the personal data of employees and other workers through the monitoring of the workers' communications at work or subject to access requests. Such personal data could include general or sensitive information such as intimate materials, health problems, personal political issues, freedom of association issues and so on. The Information Commissioner's Code of Practice¹³⁸ made under the Act¹³⁹ gives guidance on the 1998 Act provisions.¹⁴⁰

With the increasing collation, storage and use and misuse of personal data within the workplace it is very unlikely that because of Brexit there will be any changes made to the current data protection framework much to the chagrin of both employers (through monitoring employees) and aggrieved workers (through being monitored) although some small changes could be made post-Brexit to appease employers' concerns.



a good standard. See the Professor Ragnar Löfsted Review (CM 8219) entitled "*Reclaiming health and safety for all: An independent review of health and safety legislation*" (November, 2011) and Mr. Kim Archer's review entitled "*Appraisal of the HSE's approach to negotiating and implementing European legislation*". (2014).

135 See Michael O'Sullivan "*Shall we stay or shall we go? The Potential implications of 'Brexit' on Health and Safety Regulations in the UK*" 20th June 2016. <http://blog.rrc.co.uk/2016/06/20/shall-we-stay-or-shall-we-go-the-potential-implications-of-brexit-onhs-regulation-in-the-UK/> (Retrieved 4th November, 2016).

136 It should be noted that there was a previous Act, namely the Data Protection Act 1984.

137 95/46/EC of the European Parliament and the Council.

138 A Code of Practice under British law is not a legally binding document but is taken into account by a tribunal or court in legal proceedings. Such Code gives advice and guidance on specified matters.

139 Data Protection Act, 1998 s. 51 (3).

140 See the Report of the Scottish Affairs Committee of the House of Commons of 16th April 2013 (HC 156-1) entitled "*Blacklisting in Employment: Interim Report*" at pp. 12-13 on blacklisted workers in the construction industry.

h) Consultation under the European Works Council Directive¹⁴¹

The original European Works Council Directive of 1994¹⁴² and the current 2009 Directive¹⁴³ provides for information and consultation in undertakings with a thousand employees or over or one hundred and fifty employees in two European Community Member States. The Transnational Information and Consultation Regulations 1999¹⁴⁴ which implement the Directive's provisions are not very onerous upon employers and basically require a dialogue and an exchange of views between the parties.¹⁴⁵ There is a further requirement in that the European Works Council has to have a yearly meeting with the central management. It is not thought that Brexit would necessitate changes (if any) to the current provisions.

i) Information and Consultation

The Information and Consultation Directive, 2002¹⁴⁶ has been implemented in the UK by the Information and Consultation of Employees Regulations, 2004.¹⁴⁷ The Directive applies to establishments employing twenty or more employees or undertakings employing fifty or more employees in a Member State of the European Union which is not applicable to the UK.

The consultation required is minimal. Information and consultation is required on specific issues regarding the undertaking and their effects on employees. These include the giving of information and consultation on possible future developments relating to the undertaking and their possible effects, - such as redundancies, additional staffing, lay-offs, overtime, etc... - on employees. Information and consultation should also take place where there is a possibility of changing the working organisation of an undertaking, such as night shifts, voluntary part-time work or weekend work which would necessitate changes in contracts of employment. Under the British Regulations¹⁴⁸ such information and con-

.....

141 The European Works Council Directive and the Information and Consultation Directive form part of the European Social Dialogue which constitutes a much wider concept. For an appreciation of its meaning in the UK see Jo Carby-Hall "The Social Dialogue in the United Kingdom and its Effectiveness" in "Przyszłość Prawa Pracy" *Liber Amicorum* in honour of Professor Michał Seweryński (Professors Zbigniew Hajn and Dagmara Kupień (Eds)) (2015) Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego at pp. 601-643.

142 94/45/EC.

143 2009/38/EC.

144 (S.I. 1999/3323) also referred to as TICE. The 1994 Directive was extended to cover the UK in 1997 and implemented in the UK by the Transnational Information and Consultation of Employees Regulations 1999. A new European Works Council Directive was agreed in May 2009 which made some important changes, but retained the structure and overall approach of the 1994 Directive. The Transnational Information and Consultation of Employees (Amendment) Regulations 2010 (S.I. 2010 No. 1088) implement the new Directive.

145 Article 2 (1) (g).

146 2002/14/EC.

147 (S.I. 2004 No. 3426) also referred to as ICE.

148 *Ibid.* Regulation 14.

sultation need not take place with trade unions or with elected representatives of employees where a trade union is not recognised in the workplace.

Trade unions and workers have dubbed this European legislation as generally ineffective and weak in that hardly any changes have taken place as a result of the information and consultation requirements, in that trade unions are not normally involved in managerial decisions and that little notice is taken by management resulting from consultations.

Indeed the Directives¹⁴⁹ do not require any collective bargaining to be generated, despite the fact that consultation needs to take place “in good time and with a view to reaching an agreement”.¹⁵⁰ These perceived weaknesses are not in fact weaknesses for the Directives require that information should be given and consultation should take place, *simpliciter* in the spirit of good industrial relations. Should the parties wish to go further and start collective negotiations as a result of the information being given and consultation taking place, the social partners are not prevented from doing so.¹⁵¹

The message to be conveyed in the case of the European Works Council and Information and Consultation Directives is that they do not impose much constraint on British laws, which as such would not be affected by Brexit. Of course, the British Government of the day may decide to repeal these information and consultation laws by the very reason of their ineffectiveness!¹⁵²

2.5. Category 3. A Law which appears fit for repeal following Brexit

a) Capital Requirements Directive (CRD) IV¹⁵³

Resulting from the 2008/09 financial crisis the EU took steps to restore financial stability and rebuild public faith in the financial market. One of these steps was to cap bankers' bonuses at 100% of the fixed component for material risk takers which includes, *inter alia*, senior management. The bonus can be raised to 200% of fixed remuneration with shareholder approval.¹⁵⁴ The British Government opposed this move on the grounds that it constrains

.....

149 Namely the European Works Council Directive, 2009 (2009/38/EC) and the Information and Consultation Directive, 2002. (2002/14/EC).

150 But see *Junk v Kuhne* [2005] All ER 264(C-188/03 CURIA) where the ECJ held that an obligation to negotiate was meant by this provision. In this author's opinion “with a view to reaching agreement” does not necessarily imply negotiation. See too Employment Law Brief 16 November 2007 “*Consulting on closures*”.

151 See e.g. the Acquired Rights Directive, art. 8; the Collective Redundancies Directive, art. 8; the European Works Council Directive, art. 12 (2) and (5); the Information and Consultation Directive, art.4 (1) and (9) and the Health and Safety Directive, art.1 (1).

152 Which would put information and consultation in category 3 of this chapter.

153 The European Council Capital Requirement Directive was published in the Official Journal of the EU on 27th June, 2013.

154 I.e. if a *quorum* of shareholders representing 50% of share participants in the vote and a 66% majority of them supports the measure. If the *quorum* cannot be reached, the measure can also be approved if it is supported by 75% of shareholders present.

the freedom of banks to determine pay which causes disadvantages when hiring top staff compared with banks in the Far East and the USA. Concerns were also expressed that banks would offer higher fixed salaries which would not be recoverable if senior staff did not perform adequately. The British Government instituted legal proceedings in the CJEU which sought to annul the CRD IV provisions. Following the hearing of the case in 2014 the Advocate General was of the opinion that the British Government's arguments should be rejected and that the case should be dismissed. The British Government decided to withdraw this case because it had no chances of success. With Brexit in contemplation, the UK no longer has a voice in the current deliberations on whether to repeal or amend CRD IV. As a Regulation CRD IV is directly applicable to the UK; as a Directive CRD IV has been implemented into UK law which means that the UK is currently bound by its provisions.

It is most likely that after Brexit the UK will not be bound by the provisions of CRD IV if, - depending on negotiations after Article 50 is triggered,- the UK does not remain in the EEA.¹⁵⁵

2.6. The Interpretation of European laws and the Judgements of the European Court

Brexit would not only have implications on European laws, it will also have implications on how those laws are *interpreted* by the British courts and tribunals. Upon Brexit occurring, the British courts and tribunals would no longer have to interpret British laws in accordance with decisions of the Court of Justice of the European Union (CJEU) or formerly the European Court of Justice (ECJ) to give a purposive European construction to their judgements. British judges would therefore have more flexibility to interpret decisions in accordance with British, rather than European, laws. It is however suggested that decisions of the CJEU (and those of the ECJ) would have a significant "persuasive" authority in the British courts and tribunals.

An important feature of the British common law system is *judicial precedent*.¹⁵⁶ As such the process is a slow one and it may take many years before these British court decisions "percolate" as they go through the appellate¹⁵⁷ court procedure.

It will be recalled that European laws which have been incorporated into British laws through *secondary legislation*, namely British Regulations, Ministerial Orders, *etc.* under

.....

155 The reader who wishes to pursue this issue further is advised to consult the CFA Institute - CRD (CRD) IV Issue Brief and the analysis by Thomas J. Reid, Davis Polk & Wardwell LLP "*Law and Brexit III*" 15th August, 2016. <https://corpgov.law.harvard.edu/2016/08/15/the-law-and-brexit-iii/> (Retrieved on 11th October, 2016).

156 The doctrine of judicial precedent or *stare decisis* (to stand upon decisions) means that judges can refer back to previous court decisions to assist in deciding similar cases where the law and facts are alike. For further reading see A. W. Brian Simpson "*Leading Cases in the Common Law*" (2013) OUP and Kent Greenawalt "*Statutory and Common Law Interpretation*" (1996) OUP.

157 Namely, in labour law cases, from the Employment Tribunal, (ET) the Employment Appeal Tribunal, (EAT), the Court of Appeal and the Supreme Court.

the European Communities Act 1972 as indeed most of them are,¹⁵⁸ can be repealed or amended at any time *after* the repeal of the 1972 Act which constitutes its legislative framework. In the case of *primary legislation* however where European law has been translated into British law by an Act of Parliament, as for example the Data Protection Act 1998 and the Equality Act 2010, such Act will remain in force unless and until it is specifically repealed by an Act of the British Parliament.

The reader will also recall that there is much legislation which is not of European origin and emanates from British law.¹⁵⁹ Legislation originating from the UK may be amended at any time.

3. WHAT ARE THE ANTICIPATED EFFECTS OF BREXIT ON BRITISH LABOUR LAWS AND COMMERCE? NAVIGATING INTO UNKNOWN, ROCKY AND PERILOUS WATERS DROWNED IN FIERCE POLITICS!

As has been shown above, a significant proportion of the UK's employment laws originate from the EU. Generally speaking and in principle the British Government can, if it wishes, repeal or re-write any of the laws after Brexit has come about.¹⁶⁰ This however is unlikely to happen for the reasons analysed in part 2 of this chapter (above). Granted that some laws which originate from the EU may be repealed, it is more likely that the majority of these will either suffer minor or perhaps major modifications, - to make them more acceptable to British businesses, - or remain intact. It is thus suggested that the British labour law landscape will not metamorphose overnight in any fundamental manner, in the short term at least. It should also be borne in mind that such modifications will depend on the political landscape and colour of the Government which is in power at the time of Brexit and/or thereafter. A Labour Government is more likely to make no changes to the current social laws because of all the rights enjoyed by workers, whereas a Conservative Government may make some changes in the respective laws to please businesses, as illustrated in

.....

158 As for example, Regulations such as those relating to TUPE, working time, collective redundancies consultations, agency workers, and so on.

159 For example, the common law duty of care owed by the employer to the employee, the right to a redundancy payment, the right not to be unfairly dismissed, the minimum wage legislation, pay and deduction of wages, the issue of vicarious liability and so on.

160 The reason is that the British Parliament will regain, what is known in British law as, the concept of parliamentary sovereignty once Brexit occurs. The British Parliament will no longer be subject to EU Directives, Regulations and policies.

part 2 above. A Coalition Government may act in accordance with policy decisions taken resulting from inter-party political bargaining.

What is certain is that within at least¹⁶¹ the two years following the triggering of Article 50¹⁶² the current social laws are *unlikely* to change. Furthermore, citizens of EU Member States will continue to enjoy the automatic and unrestricted *right to work* throughout the EU¹⁶³ and the right not to be *discriminated* against.¹⁶⁴ The UK citizens, at the time of writing,¹⁶⁵ are enjoying both these rights.¹⁶⁶ Thereafter, however we shall be navigating into the unknown!

3.1. Uncertainty and Speculation as to Models and Labour Law

It is not known what the UK's relationship with the EU will be after Brexit. If there is to be a relationship with the EU it is not known what model will be chosen by the UK. At this stage one can only speculate.

On the economic front two models were initially suggested as a possibility. One of these was the Norwegian model. Norway is not a member of the EU but it is part of the European Economic Area (EEA). As such Norway is bound by most of the EU employment laws as well as by the decisions of the CJEU as a condition to securing access to a trading platform on the European single market. Although it would minimise the trade costs of Brexit, the UK would also have to pay as much as it currently does into the EU budget to be part of the single market. Nor would the UK have a say at the policy negotiating table.

An alternative is for the UK was to adopt the Swiss model by negotiating bilateral agreements with the EU. However there exist therein inconveniences. Switzerland is subject to the EU regulations and has no say in EU law making. That country is also required to pay the EU for access to the single market in goods. Unlike the UK which is a major exporter in services, there is no agreement between Switzerland and the EU on free trade in services.

Beyond the EU, a further economic model was the UK becoming a member of the World Trade Organisation (WTO). Although the UK would enjoy more independence it would suffer economically by reason of a smaller amount of trade and a consequent fall in income.

.....

161 For it is suggested by some that the Brexit negotiations could last for a decade and even longer.

162 Of the Treaty of the European Union which provides for the legal basis and procedure to be followed by an EU Member State upon leaving the EU.

163 Consolidated Version of the Treaty of the European Union 2010 (OJ. 2010 C83/01) Article 45 (1) fleshed out by Directive 2004/38/EC of the European Parliament and the Council. (OJ.2004. L.158/77).

164 *Ibid.* Article 45 (2) fleshed out by Regulation (EU) No. 492/2011 of the European Parliament and of the Council of 5th April, 2011 on freedom of movement for workers in the Union. (OJ. 2011 L141/1).

165 1st March, 2017.

166 It is thought that there are some three million EU nationals working in the UK supplementing the British labour force mainly in the agricultural and the construction industries. [There are approximately two million British citizens living in the EU.] Resolving this issue after Brexit could constitute an enormous headache for employers and it is anticipated that the negotiated major changes which would take place may probably not resemble the current EU work and discrimination rights structure and framework.

Furthermore the British Parliament would have to give up some of its sovereignty in each of the first two above models, namely the Norwegian and Swiss models, because each of these requires the UK to be bound by the European employment legislation and respect the CJEU decisions both of which offend strongly against the British Government's policy of "taking control of our own statute book and bring to an end the jurisdiction of the CJEU" in the UK.¹⁶⁷

3.2. Uncertainty and Speculation in the Political Arena, Commerce and Labour laws

Many statements have been made by the British Prime Minister, Mrs Theresa May, at the Conservative party conference¹⁶⁸ as to what her policy would be, following the Brexit vote. There is, of course, no certainty that this policy will be followed for much will depend on the results of negotiations once Article 50 has been triggered at the end of March 2017.¹⁶⁹ Some key phrases will be quoted to illustrate the political direction in which the UK would wish to go. "We have voted to leave the European Union and become a fully independent sovereign country. We will do what independent sovereign countries do. We will decide for ourselves how we control immigration. And we will be free to pass our own laws... Let me be clear: We are not leaving the European Union only to give up control of immigration again".

On the negotiation tactics few details were given by the Prime Minister but she did say that negotiators would seek "the best possible deal" for companies which wish to trade in the EU but stressed that there would be no "opt-outs" for Scotland and Northern Ireland both of whom voted to remain in the EU.¹⁷⁰ She said "Britain's success is all possible because we are one United Kingdom: England, Scotland, Wales and Northern Ireland. I will never let divisive nationalists drive us apart". She initially stressed the fact that there would be no parliamentary vote on whether to go ahead with Brexit but had to make a "u turn" as a result of British parliamentary pressures¹⁷¹ placed on her and the decision of the Supreme Court on parliamentary approval prior to triggering Article 50.¹⁷²

The Prime Minister called the Brexit vote¹⁷³ "a quiet revolution" where people "stood up

.....

167 Source: White Paper entitled "*The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union*" Com. 9417 2nd February, 2017 at p. 13.

168 Held in Birmingham on 5th October, 2016.

169 Source: Euobserver 3rd October, 2016 <https://euobserver.com/uk-referendum/135330> (Retrieved on 3rd October, 2016).

170 But see the fierce political reaction by Scotland's and Northern Ireland leaders in the Euobserver of 14th and 17th October, 2016 <https://euobserver.com/uk-referendum/135496> and <https://euobserver.com/uk-referendum/135515> respectively (Retrieved on 14th and 17th October respectively).

171 See pp. 46-48 *infra*.

172 See pp. 42-44 *infra* for a more detailed discussion.

173 On 5th October at the Conservative Party's conference. <http://euobserver.com/uk-referendum/135376> (Retrieved on 6th October, 2016).

and said they are not prepared to be ignored anymore” adding that she wanted to retain the maximum possible access to the EU single market, but wanted full control of immigration. She said “I want [Brexit] to give British companies the maximum freedom to trade and operate within the single market... Our laws made not in Brussels but in Westminster... The authority of EU law in this country ended forever”.

Mr. David Davies who is Secretary of State for Brexit told the Conservative conference that he wanted to “maintain the freest possible trade” with the EU but that if he did not get what he wanted, he would abandon EU perks. He said “The clear message from the referendum is this: We must be able to control immigration”. Mr. Liam Fox who is the British trade secretary told the conference that the UK can survive on its own. He said “Most businesses in the world are outside the European Union. The United States is outside the European Union - it doesn’t seem to be seriously hampered in doing business with Europe because it’s not in the customs union”.

The response to Mrs May’s statements by the leader of the pro-European Liberal Party was that the Prime Minister’s remarks amounted to a declaration of “a hard Brexit” which spelt “a disaster for British jobs, businesses and our economy”. The Centre for European Reform¹⁷⁴ commented that the Prime Minister “is trying to square a circle and none of us knows how she plans to do it, but British companies will not be in a single market if she limits immigration and spurns or rejects ECJ rulings”.

The EU Council leader, Mr Donald Tusk, retorted that there would be no informal talks, as suggested by Mrs May, prior to Article 50 being triggered while the Maltese Prime Minister whose country held the EU Presidency said that EU freedom of movement “cannot be decoupled” from single market access. The EU thus insists that the link between access to the single market and the freedom of movement of workers could not be cut. If the UK wanted to have access it had to agree to some level of freedom of movement. Thus some of the labour laws which originate from the EU would need to be maintained.¹⁷⁵

3.3. Uncertainty and Speculation in the Field of British Unity, its Constitution and Labour laws

It will be recalled¹⁷⁶ that Mrs May stated that the UK would negotiate Brexit “as one United Kingdom” warning against “divisive nationalists” attempting to “undermine” and “drive apart” the UK thus appearing to deny Scotland a say in the preparation of the UK Brexit

.....

174 Which is a think tank based in London.

175 See too John Usherwood “*Article 50 TEU: The linchpin of EU-UK relations*” October, 2016. <https://go.microsoft.com/fwlink/?LinkID=550986> (Windows 10) (Retrieved 24th December, 2016).

176 See p. 29 *supra*.

negotiating position.¹⁷⁷ Mrs May and Mrs Sturgeon the first minister of Scotland, agreed in July 2016 that the British government would trigger Article 50 only after all the British entities agree on a common position. Mrs Sturgeon said at the 2016 Scottish National Party conference held in Glasgow that “I am determined that Scotland will have the ability to reconsider the question of independence - and to do so before the UK leaves the EU - if that is necessary to protect our country’s interests... The case for independence will have to be made and won”.

Talks for independence were revived by the referendum of 23rd June, 2016 when 62% of Scottish voters voted to remain in the EU. Mrs Sturgeon said to Mrs May “Scotland didn’t choose to be in this position,¹⁷⁸ your party put us there” adding that “In 2014 you told us Scotland was an equal partner in the UK. Well, the moment has come to prove it”. Referring to “hard Brexit” suggested by Mrs May, Mrs Sturgeon said “a UK out of the single market - isolated, inward looking, haemorrhaging jobs, investment and opportunities will not be the same country that Scotland voted to stay part of in 2014”. As a consequence, a Consultation on a Draft Referendum Bill for Scotland was published. In the words of Mrs Sturgeon,¹⁷⁹ “Scotland is now faced with one of the specific scenarios in which this government pledged that the Scottish parliament should have the right to hold an independence referendum... if it became clear that was the only or best way of protecting those interests... The UK Government’s recent statements on its approach to leaving the EU raise serious concerns for the Scottish Government. We face unacceptable risks to our democratic, economic and social interests and to the right of the Scottish Parliament to have its say. Indeed those statements contradict the assurances given before the independence referendum of 2014 that Scotland is an equal partner within the UK and that a vote against independence would secure our EU membership... We must have every option available to do this and it is for that reason we are now publishing the draft referendum bill for consultation”.

Northern Ireland¹⁸⁰ which also voted by a majority to stay in the EU whose concerns are access to the single market, trade borders with Eire¹⁸¹ and maintaining peace¹⁸² in

.....

177 Source: “*Scotland rattles sabre on independence*” Euobserver, 13th October, 2016 (Retrieved 13th October, 2016).

178 Comma added by the author.

179 Source: Foreword to the Consultation on a Draft Referendum Bill 21st October 2016 of the Scottish government.

180 Source: “*British unity shaken by talk of ‘hard Brexit’*” Euobserver 17th October, 2016 (Retrieved on 17th October, 2016).

181 I.e. the Republic of Ireland.

182 Namely the Good Friday 1998 peace agreement in the Irish island with the possible re-introduction of immigration and customs checks between Northern Ireland and Eire (Republic of Ireland). The 1998 agreement ended many years of sectarian violence between Catholics who wanted reunification with Eire and Protestants who favoured British rule. The peace agreement did away with border controls with a guaranteed freedom of movement across the boundaries of both countries. The Eire government opposes a hard Brexit and Mr Enda Kelly said that this was “a matter of vital national interest” and that without the EU and freedom of movement “there could have

the province suggested special rules for Northern Ireland. The deputy first minister Mr Martin Mc Guinness said “Theresa May says ‘Brexit means Brexit’ but so far as we are concerned Brexit means disaster for the people of Ireland... May says she is negotiating on behalf of the United Kingdom, but there is absolutely nothing united about a so called United Kingdom. We don’t agree. We see our future in Europe. Scotland sees its future in Europe”. On the *stability* of Northern Ireland and its relations with the Republic of Ireland, Mr Peter Sheriden¹⁸³ had this to say regarding Brexit “I don’t want to overstate it but there is a danger that ultimately this could lead to some civil unrest particularly in relation to the border”. A lawsuit has been brought in the Northern Ireland High Court claiming that that country’s legislature needs to be consulted prior to the British Government triggering Article 50. Paul Maguire J. held that the UK Parliament “has retained to itself the ability to legislate for Northern Ireland without the need to resort to any special procedure”. Thus, the 1998 Good Friday Agreement could not be used to grant that country an exemption from the UK’s policy to leave the EU. Furthermore Paul Maguire J. considered that “the prerogative power is still operative and can be used for the purpose of the executive giving notification for the purpose of Article 50. This, however, is said without prejudice to the issues which have been stayed and which are under consideration in the English courts”.

A panel of three senior judges in the England and Wales High Court were also considering a parallel case¹⁸⁴ as to whether the UK Parliament should vote before Article 50 is triggered at the end of March 2017.¹⁸⁵ Both cases were ultimately appealed to the UK Supreme Court for an authoritative decision.¹⁸⁶

Thus both the Scottish and Northern Irish leaders suggested that they would seek a special deal with the EU because they felt that the tough negotiating stance of the United Kingdom Government on leaving the EU could harm their respective countries’ interests. Should a “special deal” come about, it will have untold implications on labour laws, yet unknown, in each of those countries.

Although most unlikely, there could be a possibility that Scotland will leave the UK. Mrs Sturgeon did say that it is “highly likely” that Scotland will depart from the United Kingdom in the near future. She posited¹⁸⁷ “I have never doubted that Scotland will one day become an independent country and I believe it today more strongly than I ever have before”. She also said that “if the Tory government rejects these efforts, if it insists on taking



been no Good Friday Agreement”. (15th February, 2017).

183 Head of the peace-building charity “Cooperation Ireland”.

184 In November, 2016.

185 See the analysis of this case at pp. 39-41 *infra*.

186 The Supreme Court judgement is discussed at pp. 42-44 *infra*.

187 Scottish National Party (SNP) Sunday 16th October, 2016.

Scotland down a path that hurts our economy, costs jobs, lowers our living standards and damages our reputation as an open, welcoming, diverse country, then be it in no doubt... Scotland must have the ability to choose a better future and I will make sure that Scotland gets that chance". In October, 2016 the SNP presented a consultation¹⁸⁸ Bill for a referendum on independence¹⁸⁹ to the Scottish Parliament which will be pursued should all other options fail. Were, hypothetically Scotland to achieve independence and were hypothetically Scotland to be accepted to membership by the EU as an independent country, it is suggested that, for obvious reasons, very little will change from Scotland's current labour laws.¹⁹⁰ As for Wales, the Welsh leader, Mr Carwyn Jones said that the Welsh Assembly should vote on Brexit prior to Article 50 being triggered. Furthermore, he would not accept any agreement which included EU tariffs on goods made in Wales.

It is clear that the June 2016 referendum had the result of creating a constitutional crisis, namely of threatening the break -up of the UK thus resulting on the respective diversification of labour laws in each of the four countries which compose the UK.

The British prime minister having been put in a corner by the devolved governments was quick to react in an attempt to avert a full-blown constitutional crisis resulting from a serious breakdown of relations between the four devolved governments. A parliamentary sub-committee named the Joint Ministerial Committee (EU Negotiations)" chaired by David Davis, the Brexit minister, was set up in October 2016 with a view to meet in November, 2016, before Christmas 2016 as well as prior to Article 50 being triggered at the end of March 2017. The Prime Minister issued a statement which said that "The great union between us has been the cornerstone of our prosperity in the past and it is absolutely vital to our success in the future". This committee aims at giving the devolved governments a direct line to David Davis so as to "shape the UK's EU strategy".

4. AN EPITOME

This epitome is divided into four parts, each treating a different, though related, topic. The first part deals with rights at work. The second part focuses on the link between access to the single market and its relation to the concepts of freedom of movement of workers, the customs union and the binding nature of the CJEU judgements *versus* a clean break from the EU. The third part treats the British Government's Brexit strategy *versus*



188 The referendum Bill was open for public consultation until January 2017.

189 Asking the question "Should Scotland be(*sic*) an independent country?"

190 It should be noted that, subject to some special and specific legislative provisions to take into account Scots law and Northern Ireland law, the UK labour laws apply to each of the four countries which comprise the UK.

the Westminster Parliament *versus* the civil service, while the fourth part focuses on a general conclusion.

4.1. Rights at Work

The reader would have noticed that EU legislation had given British workers a significant conglomeration of rights at work; rights which would not have been granted by national legislation had it not been for the UK's membership of the EU. Upon Brexit occurring, some of those rights will be at risk.

As has already been pointed out, those EU derived rights include¹⁹¹ a right to 20 days' paid annual leave; a right not to be forced to work more than 48 hours a week on average; a right to paid time off for ante-natal appointments and protection for pregnant women and new mothers; a right to a maximum 18 weeks' parental leave per child and time off for urgent family reasons; a right to equal pay for work of equal value between males and females; right to equal treatment for part-time, fixed-term and agency workers compared to full time employees; a right to information and consultation with employee representatives where significant changes are likely and which would affect jobs; a right to high standards of health and safety at work; a right to protection of workers where outsourcing or business transfers take place; a right to workplace non-discrimination on grounds of sexual orientation, gender reassignment, religion or belief and age.¹⁹²

With Brexit it is difficult to foresee what would happen to each of those rights, because decisions on which rights to keep and which to amend or repeal would be left to the Government when reviewing UK laws linked to EU legislation. This could spell employers cutting the benefits and protections currently granted to UK workers.

Frances O'Grady, the TUC General Secretary considered that¹⁹³ "Working people have a huge stake in the referendum because workers' rights are on the line. It's the EU that guarantees workers their rights to paid holidays, parental leave, equal treatment for part-time workers and much more. These rights cannot be taken for granted. There are no guarantees that any government will keep them [when] the UK leaves the EU. And without

.....

191 Source: <https://www.tuc.org.uk/sites/default/files/UK%20employment%20rights%20and%20the%20EU.pdf> (Retrieved 10th November, 2016) TUC publication entitled "UK Employment Rights and the EU: an assessment of the impact of membership of the European Union on employment rights in the UK (February 2016).

192 Millions of British workers have benefitted from EU derived workplace rights. The TUC report states that six million workers gained new and enhanced rights to paid holidays (2 million of whom had no paid annual leave previously. Four hundred thousand part-time workers (most of them women) gained improved pay and conditions of employment when equal treatment rights were introduced. Some agency workers received a pay rise and improved holiday entitlements and many fixed-term workers enjoyed greater job security resulting from EU legislation. Furthermore landmark cases heard in the Court of Justice of the European Union were won by women challenging equal pay in the workplace.

193 Source: <https://www.tuc.org.uk/international-issues/europe/employment-and-social-policy/eu-> (Retrieved 14th October, 2016).

the back up of EU laws, unscrupulous employers will have free range to cut many of their workers' hard -won benefits and protections. The question for anyone who works for a living is this: Can you risk a leap into the unknown on workplace rights?"

In 2012 the Government sought to diminish workers' rights derived from British laws by reviewing the qualifying period in which an employee may bring a claim for unfair dismissal in an Employment Tribunal from one to two years. A maximum claim for compensation was also imposed. In 2013 very high fees were imposed on employees seeking to enforce their rights in Employment Tribunals.

While European Union led employment has recently been more limited than in the past, it is understood that the overall contribution of EU employment rights to the UK workforce has been both significant and impressive. Brexit puts those wide-ranging protections in the balance.¹⁹⁴

Following Brexit, it is suggested that the UK will maintain the *status quo*, but that over time, and depending on the colour of the Government, - whether Labour, Conservative or a Coalition, - particular laws, as suggested herein this chapter, could be amended, adjusted or repealed. Furthermore the British courts would treat judgements of the ECJ and CJEU as *persuasive* though not legally binding when ruling upon EU inspired legislation. Thus ECJ and CJEU judgements would continue to have some effect, albeit a limited and weaker one upon judgements of the British courts.

4.2. Link between Access to the Single Market and the Concepts of Freedom of Movement of Workers,¹⁹⁵ the customs union and the binding nature of the European Court Decisions or simply a clean break?¹⁹⁶

Prior to Mrs Theresa May's Lancaster House speech of 17th January 2017 announcing a clean break by stating that the UK cannot remain a member of the single market or of the customs union and cannot be bound by the jurisdiction of the CJEU after the UK leaves the EU, numerous views were expressed on the link between access to the single market, the customs union and the binding jurisdiction of the CJEU.

It should be borne in mind that the link between access to the European single market, and freedom of movement of workers and remaining within the jurisdiction of the Court

.....

194 See too CIPD "*The real impact of the EU on UK employment law*" by Rachel Suff, Public Policy Adviser (Employment Relations) <https://www.cipd.co.uk/hr-resources/voice/04/real-impact-eu-uk-employment.aspx> (Retrieved 14th October, 2016).

195 See the CEPS publication entitled "*Brexit will deepen the fault lines within the EU over mobility*" (12th July, 2016). Source: <https://www.ceps.eu/publications/brexit-will-deepen-fault-lines-within-eu-over-mobility> (Retrieved 8th August, 2016).

196 See Michael Emerson "*Which model for Brexit*" CEPS Special Report No. 147/October 2016. <https://www.ceps.eu/system/files/SR147%20OME%20Which%20model%20for%20Brexit.pdf> (Retrieved 20th December, 2016).

of Justice of the European Union (CJEU) cannot be cut. If, as Mrs May has stated, the UK wishes “to give British companies the maximum freedom to trade with and operate within the single market” which allows tariff-free trade, some level of free movement and being subject to the CJEU decisions has to be agreed. This statement is inconsistent with the notion of a clean break! Mr Tusk the EU Council President warned the UK not to expect much manoeuvring room on the four freedoms of the EU. The UK should therefore not count on untangling the principle of free movement from access to the single market. “There is no compromise on this regard” he said.¹⁹⁷

On the other hand, Mrs May stated that London would opt for a clean break from the EU, thus valuing control over migration, over and above access to the single market.¹⁹⁸

The former Governor of the Bank of England, Lord King indicated that the UK will be more “self-confident” were it to leave the EU altogether as it will have “more opportunities” for economic reform, and furthermore would be economically better off. He said¹⁹⁹ “I don’t think it makes sense for us to pretend we should remain in the single market and I think there are real question marks about whether it makes sense to remain in the customs union. Clearly if we do that we cannot make our own trade deals with other countries”.

Some seventy Conservative MPs hold the opinion, - unrealistically in this author’s opinion,- that a trade agreement can be negotiated with the EU *without* the UK making any concessions whatsoever thus saving ten billion euros per annum of the net budget contribution, exercising tight immigration controls and the UK not being subjected to the CJEU decisions. Failing that, Brexit means to them, leaving the single market.

Lord Lawson, a former Chancellor of the Exchequer, expressed the view that if the UK does not wish to have freedom of movement and the EU insists that without that freedom, the UK would not be able to have access to the single market, the UK should end any “uncertainty” by going ahead with Brexit and stop trying to negotiate a special deal and thus not “waste time”.

The wise words of the Chancellor of the Exchequer, Mr Philip Hammond bring much food for thought “you can’t go into any negotiation expecting to get every single objective that you set out with and concede nothing along the way”.²⁰⁰

A more realistic and conciliatory picture over negotiations is that painted by the Brexit

.....

197 Source: <https://euobserver.com/uk-referendum/135499> (Retrieved 14th October, 2016). Switzerland and Norway which do not form part of the EU enjoy trade agreements with the EU which involve adherence to a substantial amount of EU derived employment law, including freedom of movement of workers.

198 Source: <https://euobserver.com/uk-referendum/135499> (Retrieved 14th October, 2016). What is interesting is that control of immigration by the UK is considered more important than its economic self-interest, namely economic growth. The policies of successive British governments have invariably been the opposite, namely that priority has been given to economic growth! There has therefore been an important change of policy made by the May Government.

199 Source: <http://www.bbc.co.uk/news/business-38421769> (Retrieved 22nd December, 2016).

200 Source: <https://euobserver.com/opinion/136131> (Retrieved 1st January, 2017).

Secretary of State, Mr David Davis who talks of compromises in the negotiations which will take place after March 2017. He suggested that the British Government would *consider* making contributions to the EU budget so as to have access for goods and services to the single market. If paying a contribution “is included... then, of course, we would consider it”. He further stated that controls on immigration would not be pursued at the expense of “the national and economic interest”. These statements show that the UK wishes to remain in the customs union. Indeed in Mrs May’s Lancaster House speech she spoke of a *customs agreement*²⁰¹ with the EU as one of the UK’s priorities in the Brexit negotiations. She stated that the relationship with the EU’s customs union would change because she did not wish the UK “to be bound” by the shared external tariffs. The UK would instead strike its “own comprehensive trade agreements with other countries”. The UK could therefore become an “associated member” of the customs union signing up to some parts only of the agreement. Alternatively the UK could negotiate a “completely new agreement”.

In fact both the UK and the EU wish trade to continue after Brexit. The UK is seeking a positive outcome for those, like the City of London, who wish to trade in goods and services. The challenge is for the UK during the negotiations to compromise enough and tackle immigration concerns while at the same time obtaining the best possible trade agreements with the EU. Mrs May did talk in her Lancaster House speech of a “new, comprehensive, bold and ambitious free trade agreement” with “the greatest possible access” to the single market with perhaps “elements” of the current arrangements because “it makes no sense to start again from scratch when Britain and the remaining member states have adhered to the same rules for so many years”. Mrs May said “This agreement should allow for the freest possible trade in goods and services between Britain and the EU’s member states. It should give British companies the maximum possible freedom to trade with and operate within the European markets and let European businesses do the same in Britain. But I want to be clear: What I am proposing cannot mean membership of the single market” because “It would, to all intents and purposes, mean not leaving the EU at all. That is why both sides in the referendum campaign made it clear that a vote to leave the EU would be a vote to leave the single market”. Furthermore, the UK will enter into new trade agreements with countries outside the EU.

Although the EU chief negotiator Mr Michel Barnier is of the opinion that Brexit negotiations would have to be finalised by October, 2018 for ratification to be completed in the time set out by the Lisbon Treaty, it is suggested that the period of some eighteen months to complete negotiations is clearly²⁰² not sufficient to finalise negotiations and that there



201 Members of the customs union do not impose tariffs on each other’s goods. Furthermore they impose the same tariffs on goods from outside the EU.

202 It appears clear that Brexit *trade negotiations* will constitute the most complex part of the general negotiations agenda because (a) they need the approval of a minimum of thirty national and regional parliaments within the EU States, some of which may wish to hold *referenda*; (b) it is not an easy task to unpick the forty three years of Brit-

should be an extended period to kick-in after the officially prescribed negotiation period ended. There appears to be a desire from various sources that a *transitional period* be agreed in the most likely event that negotiations will not be completed by the end of the officially prescribed period. The Chancellor of the Exchequer, Mr Philip Hammond considered that there is support for such a transitional period and talked of "...an emerging view among businesses, among regulators, among thoughtful politicians, as well as a universal view among civil servants on both sides of the English channel that having a longer period to manage the adjustment between where we are now as full members of the EU and where we get to in the future as a result of negotiations would be generally helpful".²⁰³ Such a transitional period would not only be beneficial to the UK but also be in the interests of the twenty seven remaining EU Member States and Mr Barnier did not rule out a transitional period after the UK decided what form of relationship it wanted with the EU.²⁰⁴ Mrs May in her Lancaster House speech of 17th January, 2017 did not appear to favour a transitional deal. She talked of no "unlimited transitional status" which could leave the UK negotiations somewhat *in media re* until a final agreement had been reached. That would leave the UK "in some kind of political purgatory".²⁰⁵ What she did suggest however was a "phased process of implementation" which would allow parts of a negotiated agreement to be brought in an orderly manner over an agreed period of time.

On the freedom of movement issue, Mr Hammond could not "conceive of any circumstance in which we would use that system to choke off the supply of highly skilled, highly paid workers" thus suggesting that if the UK chose the EU single market route there would, at least be some "give" on freedom of movement.²⁰⁶ In her Lancaster House speech of 17th January, 2017 Mrs May stated that "We will continue to attract the brightest and the best to work or study in Britain - indeed, openness to international talent must remain one of this country's most distinctive assets - but that process must be managed properly so that our immigration system serves the national interest. So we will get control of the number of people coming to Britain from the EU". The UK had always been "profoundly internationalist" and would continue to remain so.



ish membership of the EU and the consequent volume of European legislation and treaties covering thousands of issues, including social laws which are currently applicable to the UK; and (c) it is the first time that Article 50 has been triggered by any EU Member State resulting in teething problems presenting themselves, thus causing delays which would take time to solve. Furthermore, (d) it should be borne in mind that The Netherlands, Germany and France will be holding elections in March, September and May 2017 respectively which could mean possible different policies of the incoming governments towards Brexit. Such policies may need more than a year to be negotiated thus necessitating an agreement for a transitional period.

203 Source: House of Commons Treasury Committee hearing 13th December, 2016.

204 Source: <https://euobserver.com.uk-referendum/136245> (Retrieved 23rd December, 2016).

205 A very appropriate (indeed Jesuitical) expression coming from the mouth of an Anglican parson's daughter!

206 Source: *Ibid.* Mr David Davis would not entertain a transitional period and would only do so if it would "be kind" (thus showing political altruism and good will!) to the EU. (Source: Financial Times 12th December, 2016). It is obvious that there are disagreements among the Prime Minister's Cabinet members.

Resulting from the brief discussion above, it is obvious that there are many imponderables and uncertainties over negotiations once Article 50 is triggered. One cannot prophesise as to what the outcome of the negotiations will be. It is only after the end of March 2017 when Article 50 has been triggered and when negotiations have started officially that some clarity will emerge on the kind of deal the UK will be seeking whether it be on limited trade with the internal market and/or limited immigration or simply making a clean break, as has been stated by Mrs May in her speech of 27th January, 2017 by leaving the single market and seeking markets globally. As matters stand at the time of writing²⁰⁷ the British policy, as expressed in Mrs May's words, is crystal clear and epitomised in three short and precise sentences, namely. (a) "We seek a new and equal partnership between an independent, self-governing, global Britain and our friends and allies in the EU" (b) "Not partial membership of the European Union, or anything that leaves us half-in, half-out" and (c) "We do not seek to adopt a model already enjoyed by other countries."²⁰⁸ We do not seek to hold on to bits of membership as we leave. The United Kingdom is leaving²⁰⁹ the European Union. My job is to get the right deal for Britain as we do."²¹⁰

4.2.1. Warnings prior to the start of negotiations

Although the aspirations of the UK are to "continue to be reliable partners, willing allies and close friends" and "We want to buy your goods, sell ours, trade with you as freely as possible and work with one another to make sure we are all safer, more secure and more prosperous through continued friendship" in her 17th January, 2017 speech, Mrs May warned the EU negotiators well in advance of triggering Article 50 that "a punitive deal which punishes Britain" would constitute "an act of calamitous self-harm for the countries of Europe" which would "not be the act of a friend". Thus "no deal for Britain is better than a bad deal for Britain."²¹¹ An EU "punitive deal" implies a tax and trade war against EU Member States.



207 Namely 1st March, 2017.

208 This suggests that the Norwegian model of access to the single market where contributions to the EU have to be made and the Swiss model are ruled out.

209 Which means giving up membership of the single market which demands the acceptance of the four freedoms, namely of goods, capital, services and workers. The Prime Minister explained that "Being out of the EU but a member of the single market would mean complying with the EU's rules and regulations that implement those freedoms, without having a vote on what those rules and regulations are". Furthermore, "Brexit must mean control of the number of people who come to Britain from Europe" Brexit also implies non-acceptance of the jurisdiction of the CJEU.

210 Source: Lancaster House speech given the Prime Minister on 17th January, 2017.

211 This statement was described by some British newspapers as confrontational. The Guardian described it as a "threat to Europe" and the Times talked of a "fair deal or you'll be crushed" whereas the Maltese Prime Minister whose country held the six monthly rotating presidency did not think that it constituted "a declaration of war" and the Head of the EU Commission considered that negotiations would be "very, very difficult" but that the EU would not be "in a hostile mood" towards the UK.

4.2.2. “Our laws made not in Brussels but in Westminster”. Labour Laws - Political Talk or True Fact?

It should be noted that the UK enjoys more employment law flexibility than do other EU Member States. In terms of employment protection the UK is the third most lightly regulated country in the OECD. Recalling Mrs May’s words that “Our laws made not in Brussels but in Westminster,”²¹² what will Brexit result in when the British Government starts making minor or major changes or repealing British laws based on EU legislation?

What is encouraging is that Mrs May had ordered in October 2016 a review of employment practices headed by Mr Matthew Taylor²¹³ suggesting that she wished to ensure that workers’ rights are protected under (a) changing business models, (b) a growing trend towards flexible employment or (c) self-employment. She said “We are building a new centre ground in British politics, improving the security and rights of ordinary working people is a key part of building a country and an economy that works for everyone, not just the privileged few”.

The protection of workers’ rights was repeated in point seven of her twelve²¹⁴ points at her Lancaster House speech of 17th January, 2017. She said “as we translate the body of European law into our domestic regulations, we will ensure that workers’ rights are fully protected and maintained... not only will the government protect the rights of workers set out in European legislation we will build on them... and will make sure legal protection for workers keeps pace with the changing labour market”. Are those two statements political talk or reality? Time only will tell!

4.2.3. A British Constitutional Crisis. Scotland

It will be recalled that resulting from the current political attitude of the Prime Minister Theresa May²¹⁵ towards a hard Brexit, the Scottish Government has published a Consultation on a Draft Referendum Bill to give Scotland the ability to reconsider the

.....

212 Adding Edinburgh, Cardiff and Belfast in her 27th January, 2017 Lancaster House speech thus fully engaging the devolved administrations to avoid the political risk of an independence referendum in Scotland and the problems relating to the Good Friday peace agreement in Northern Ireland with finding a practical solution which “allows the maintenance of the common travel area” between Eire and the UK “for nobody wants to return to the borders of the past”. (Source: The P. M.’s Lancaster House speech of 17th January, 2017).

213 Source: The Daily Telegraph <https://www.msn.com/en-gb/news/uknews/theresa-may-orders-review-of-employment> (Retrieved 1st October, 2016).

214 Namely the provision of certainty and clarity; taking control of British laws; strengthening the Union; the UK strengthening ties with Eire and maintaining the common travel area; controlling immigration; securing rights of British nationals in the EU and EU nationals in the UK; protecting workers’ rights; securing trade agreements with other countries; ensuring free trade with European markets; ensuring the UK remains the best place for science and innovation; co-operating in the fight against crime and terrorism; and delivering a smooth and orderly exit from the EU.

215 As at the time of writing on 1st March, 2017.

independence issue *before* the UK exits from the EU. For the avoidance of any doubt the reader must not take this Scottish policy stance as a *“fait accompli”* that Scotland *will* or *may* become an independent country. The Bill serves as a prophylactic should Scotland’s interests not be “properly or fully protected within a UK context”.²¹⁶ Scottish independence will be one of the options open to it and the Scots “must have the right to consider it”. It is still too early to know what the outcome of this situation will be, because it will depend on the negotiation results between not only Mrs Sturgeon, First Minister for Scotland and Mrs May, Prime Minister of the UK but also the negotiations between the UK and the EU. Mrs Sturgeon’s priorities are clear, namely to do “everything we can to protect Scotland’s interests”. She went on to say “The damage to jobs and Scotland’s economy that will be caused by Brexit - especially a hard Brexit - is now plain to see” and the Scottish Government “will continue to work UK wide to seek to avert a hard Brexit”. The Scottish government “remains willing to work with the UK Government to negotiate a future relationship with Europe that is in line with the views of the overwhelming majority of the Scottish people and which works for the UK as a whole. We will put forward constructive proposals that will both protect Scotland’s interests and give an opportunity for the UK Government to demonstrate that Scotland is indeed an equal partner. But if it becomes clear that it is only through independence that Scotland’s interests can be protected, then the people of Scotland must have the ability to reconsider that question”.²¹⁷ In the unlikely event that this would happen, and generate to Northern Ireland and possibly Wales, this will be the breakdown of the UK resulting in a full-blown constitutional crisis and with labour laws being *possibly* different in England, Wales, Scotland and Northern Ireland.

4.2.4. *The Northern Ireland High Court Action taken on Brexit and a Constitutional Issue*

A challenge was made in the Belfast High Court by four political parties, namely Sinn Féin, the Social Democratic and Labour Party, the Alliance Party and the Green Party arguing that the UK Government could not trigger Article 50 without first having a parliamentary vote in the Westminster Parliament or the Northern Ireland Assembly. A further challenge was made by Mr. McCord who campaigns for Northern Ireland’s victims of violence during the Irish troubles, on the grounds that the EU funding for peace initiatives could possibly cease as a result of Brexit. It was furthermore argued in the Belfast High Court

.....
216 Source: Euobserver 21st October, 2016 <https://euobserver.com/uk-referendum/135580>. (Retrieved 21st October, 2016).

217 “*Consultation on a Draft Referendum Bill*” October, 2016. Scottish Government.

that the Good Friday Peace Agreement gave sovereignty to Northern Ireland and that the British Government could not make Northern Ireland leave the EU.

Not agreeing with any of those arguments, Paul McGuire J. held (a) that there was nothing in the Good Friday Peace Agreement to prevent the Government from triggering Article 50. The Good Friday Peace Agreement was only relevant from a constitutional law point of view "...in the particular context of whether Northern Ireland should remain as part of the UK or united with Ireland". Triggering Article 50 was simply the beginning of the legislative process but that legislation by the Westminster Parliament would follow. The learned judge posited "...the actual communication does not, in itself, alter the law of the United Kingdom... it is the beginning of a process". Once laws need to be changed, the Westminster Parliament will be involved. (b) that the Royal Prerogative could be used to trigger Article 50 and (c) that the Good Friday Peace Agreement did not give sovereignty to Northern Ireland and that the Westminster Parliament could make Northern Ireland leave the EU.

Paul Maguire J.'s decision in the Belfast High Court is, of course, not the end of the matter for it is ultimately the Supreme Court which will decide on those issues. Both the Belfast High Court case and that of the High Court of England and Wales in London²¹⁸ went on appeal to the Supreme Court.

The Government of the Republic of Ireland (Eire) wishes the Brexit negotiations to include a commitment that if Northern Ireland and Eire were to unite, Northern Ireland would quickly gain access to the EU. The Good Friday Peace Agreement allows for a *potential* future Referendum seeking Irish unification.²¹⁹ Otherwise Northern Ireland, as part of the UK, will leave the EU.

4.2.5. A High Court of England and Wales Challenge on Brexit. London

There is yet another dimension and twist to this constitutional saga! Gina Millar and investment manager and others²²⁰ brought an action against the British Government in the High Court of England and Wales, questioning the Government's right to trigger the formal process of leaving the EU without there being a vote in Parliament.

On 3rd November, 2016 the High Court of England and Wales held that the Government does not have the power to trigger Article 50 without parliamentary approval and a vote by MPs in the House of Commons and Peers in the House of Lords. The High Court's

.....

218 See *infra.* at pp. 40-42.

219 Source: Liadh Ni Riada MEP of the Sinn Féin Party "*Brexit vote highlights need for Irish reunification*" The Irish Times, 28th November, 2016.

220 Calling itself "*The People's Challenge*" which had raised well over £160,000 to fund its legal costs.

judgement implies legislation being passed by Parliament but the Government has appealed to the Supreme Court against the High Court's judgement.

The issue in the High Court of England and Wales was whether the Government could undo statute law by use of the Royal Prerogative.²²¹ The Lord Chief Justice, Lord Thomas said²²² "The sole question... is whether, as the matter of the constitutional law of the United Kingdom, the Crown, - acting under the executive government of the day, - is entitled to use its prerogative powers to give notice under Article 50 for the United Kingdom to cease to be a member of the European Union". This was a "pure question of law" with "no bearing" on the merits of the UK withdrawing from the EU. The High Court of England and Wales held that the Government cannot use executive powers, namely the Royal Prerogative, to override legislation.

Thus, when can ministers use prerogative powers? It is part of British law that prerogative powers can be used in international relations and the making and unmaking of international treaties. That is permissible, because generally exercising those powers in this arena has *no effect on domestic law*, so there is no collision with parliamentary legislation and *parliamentary sovereignty is not affected*.

The Government argued in court that using prerogative powers to trigger Article 50 was "a classic example of the royal prerogative" and that if Parliament had not wanted it, it would have said so in the European Union Referendum Act, 2015.

The British Government accepted fully that triggering Article 50 by using its prerogative powers would have the effect of changing domestic law, labour law being very much part of it and playing an important role therein.

By enacting the European Communities Act, 1972 which took the UK in what was then the European Economic Community, - now called the European Union, - the British Parliament made the EU law, including labour laws, part of the British law. Rights enjoyed by British workers were written, - as mentioned above, - in British law through the 1972 British legislation.

The British Government argued in the High Court that the Westminster Parliament must have *intended* that ministers would keep the prerogative power to withdraw from



221 The Crown's Prerogative Powers are a collection of executive powers derived from the Crown from medieval times. Once exercised by all-powerful kings and queens, they have been dramatically reduced over the centuries and the residue is now vested in the hands of ministers. Exercising the Royal Prerogative is controversial because it bypasses the UK's supreme Parliament. Lord Thomas said in this case "An important aspect of the fundamental principle of Parliamentary sovereignty is that primary legislation is not subject to displacement by the Crown through the exercise of prerogative powers". Thus prerogative powers are strictly limited and in the relationship between them and Parliament it is Parliament that very firmly has the upper hand, because "...This subordination of the Crown (i.e. the executive government) to law is the foundation of the rule of law in the United Kingdom".

222 Source: <http://www.bbc.co.uk/news/uk-37873493> (Retrieved 6th November, 2016) and the transcript of the judgement in the case of *R. (G. Miller et al.) v Secretary of State for Exiting the European Union* 3rd November, 2016 - Case No CO/1309/2016 and CO/3281/2016.

EU Treaties and so continue to have the power to choose whether EU law - including the rights given to the Government under it - should continue to have effect in domestic law.

The High court categorically disagreed with the Government's argument. Lord Thomas concluded that²²³ "Parliament intended European Union rights" including labour law rights, "to have effect in domestic law and that this effect should not be capable of being undone or overridden by action taken by the Crown in the exercise of its prerogative powers". The Crown cannot, through the exercise of its prerogative powers, alter the domestic law of the United Kingdom and modify rights acquired in domestic law under the European Communities Act 1972... We agree with the claimants that, on this further basis the Crown cannot give notice under Article 50 (2)".

The judgement did not specifically state that an Act of Parliament is needed to give ministers the authority to trigger Article 50. The judges, by no so doing, wished (a) to keep some constitutional distance and (b) not be seen to be telling Parliament precisely how to exercise its sovereignty. This being the case it is difficult to see how Parliament could give authority to the minister to trigger Article 50, other²²⁴ than by voting for primary legislation to be passed, namely an Act of Parliament.

Mr Clive Coleman, the BBC legal correspondent called this case law "an epic legal battle... arguably the great constitutional clash of the time". The Government could get its way and was therefore "stopped in its tracks" by independent judges through the British system of *judicial review* should politicians' proposals be unlawful.

This High Court decision was decided on a point of law but it also has significant political and constitutional consequences. The British Government has appealed this decision to the Supreme Court where eleven judges, including those from Scotland and Northern Ireland have been sitting underlining the importance of this constitutional case.²²⁵ It will be recalled²²⁶ that there was another appeal pending to the Supreme Court against the



223 Sitting with the Master of the Rolls, Sir Thomas Etherton and Lord Justice Sales (both concurring with Lord Thomas).

224 The High Court of England and Wales held that the EU referendum was *advisory* (and not mandatory). "The basic constitutional principles of parliamentary sovereignty and representative parliamentary democracy led to the conclusion that a referendum on any topic can only be advisory for the lawmakers in Parliament unless very clear language to the contrary is used in the referendum legislation. No such language is used in the 2015 Referendum Act" *per* Lord Thomas.

225 What are the implications of the High Court's decision for the devolved administrations? Ever since 1999 when devolution to Scotland, Northern Ireland and Wales, the Westminster Parliament in London *normally* (but see pp. 29-30 *ante* on consultation with Scotland's First Minister) seeks the agreement of the devolved assemblies or parliaments if it were to legislate on important devolution matters such as the interests of Scotland and Northern Ireland who (unlike England and Wales) voted in the June 2016 referendum to remain in the EU. While the Westminster Parliament debates a Bill, *legislative consent motions* are passed to Scotland's Parliament and Northern Ireland's and Wales' Assemblies. Political and constitutional issues could well arise should they choose to vote on legislative consent motions relating to a Bill to enact Article 50.

226 See pp. 39-40 *ante*.

decision of the Belfast High Court which held that the British Government is entitled to trigger Article 50 and therefore launch Brexit negotiations on its own.

Were hypothetically the London High Court decision to have been overruled by the Supreme Court, (which it was not) the British Government would have gone ahead and triggered Article 50 in March 2017 as planned under its Royal Prerogative powers. Were hypothetically the appeal to have been upheld, (which was the case) the Government would have needed to pass legislation which would give it authority to trigger Article 50. This does not mean that there would be delays in triggering Article 50 in March 2017 as planned. In those latter circumstances a short Act of Parliament could be brought forward to go through the House of Commons and the House of Lords. It is believed that the go-ahead would *ultimately* be given by both Houses because most MPs have said that they would respect the Referendum result.²²⁷

4.2.6. *Judgement of the Supreme Court*²²⁸

The Supreme Court which heard the appeals in December 2016 delivered its judgement on 24th January, 2017.²²⁹ Lord Neuberger, the President of the Supreme Court, announced that by a majority of eight to three,²³⁰ “the Supreme Court ruled that the government cannot trigger Article 50 without an Act of Parliament to do so”. Because of its importance it is proposed to highlight, albeit in a skeletal manner, the majority decision of the Supreme Court’s reasoning in reaching its verdict.²³¹

First, The European Communities Act, 1972 which brought the UK into, what was then the European Economic Community, allowed for EU laws to become a source of British domestic laws upon their implementation and take precedence over all domestic sources

.....
227 On 7th December, 2016 MPs approved the non-binding motion by 448 votes to 75 (a relatively small proportion voted to block the vote) because Parliament “should respect the wishes as expressed in the referendum on June 23rd” when 52% voted to leave the EU. Upon promising to give more detail on the Government’s negotiation strategy and objectives, this was the first time that Parliament voted to endorse the Prime Minister’s promise to trigger Article 50. A Conservative MP namely Anne Soubry who is a “remain” supporter said “The government need have no fear - we will vote to leave the EU because we have accepted the result of the referendum”.

228 For an analysis of the Supreme Court’s Judgement the reader is referred to Professor Mark Elliott’s “*Public Law for Everyone, 1,000 words. The Supreme Court’s Judgment in Miller*” <https://publiclawforeveryone.com/2017/01/25/1000-words-the-supreme-courts-jugment-in-miller/> 27th January, 2017 and “*Analysis. The Supreme Court’s Judgment in Miller*” 27th January, 2017 <https://publiclawforeveryone.com/2017/01/25/analysis-in-the-supreme-courts-judgment-in-miller/>.

229 *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2017] UKSC 5.

230 Those who rejected the Government’s appeal to the Supreme Court were Lord Neuberger, Lady Hale, Lord Mance, Lord Kerr, Lord Clarke, Lord Wilson, Lord Sumption and Lord Hodge. Those who decided in favour of the Government’s appeal were Lord Carnworth, Lord Hughes and Lord Reed.

231 In order to save space it is not proposed to analyse the reasoning in the *dissenting* judgements suffice to say that Lord Carnworth’s opinion was that “the Government will be accountable to Parliament for those negotiations and the process cannot be completed without the enactment by Parliament of primary legislation in some form”. Lord Reed (with whom Lord Carnworth and Lord Hughes agreed) were of the opinion that “the Crown’s exercise of prerogative powers in respect of UK membership” were not affected.

of UK law, including statutes.²³² Second, the very fact that the 1972 Act is currently in force means that EU law is “an independent and overriding source” of the British legal system. As such, EU laws must predominate until the Westminster Parliament decides otherwise. Third, leaving the EU will create a fundamental change in the current British constitutional system by reason of the fact that EU laws, including judgements of the CJEU, will no longer provide a source of law in the UK.²³³ Fourth, a fundamental constitutional change of such a magnitude, namely leaving the EU, demands the consent, authorisation and backing of the Westminster Parliament prior to triggering Article 50. Thus such significant changes to the UK’s constitutional arrangements “require... to be authorised by an Act of Parliament”. Lord Neuberger stressed that “The change in the law required to implement the referendum’s outcome must be made in the only way permitted by the UK constitution, namely by legislation. To proceed otherwise would be a breach of settled constitutional principles stretching back many centuries”.²³⁴ Fifth, withdrawal from the EU would have the effect of removing EU acquired rights of British citizens²³⁵ and in particular rights given to British workers.²³⁶ It is therefore inconceivable for the British Government to withdraw from the EU Treaties without having prior parliamentary authority. Sixth, it is for the British Government to decide what form of legislation will be required. Seventh, after triggering Article 50, to quote Lord Neuberger “relations with the EU are a matter for the UK government”. Eighth, although the Government lost its challenge, the justices were *unanimous* in ruling that there was no legal obligation on the Government to consult with the devolved administrations, namely Scotland, Wales and Northern Ireland. The President of the Supreme Court had this to say “relations with the EU and other foreign affairs matters are reserved to the UK government and parliament, not to the devolved institutions”.²³⁷ As for the application of the Sewell Convention²³⁸ regarding the decision to withdraw from the EU, the Supreme Court considered that it operates as a political constraint on the activity of the UK Parliament and therefore plays an important role in the operation of the UK constitution, nevertheless “the policing of its scope and operation



232 Source: Para. 65 of the judgement. “It operates as a partial transfer of law-making powers, an assignment of legislative competences, by Parliament to EU institutions, unless and until Parliament decides otherwise”. (Paras 67-68).

233 Source: Paras. 78-80 of the judgement.

234 Source: Para. 82 of the judgement.

235 Source: Para. 83 of the judgement.

236 The UNITE Union General Secretary Len McCluskey praised the Supreme Court’s judgement. He said “There has been scant detail in the PM’s statement to date. What she has said on workers’ rights has been ambiguous and her declaration that the country would not seek access to the single market is shocking. It is now for our MPs to hold the government to account. They must defend workers’ rights, both now and from future Conservative Party threats”.

237 Source: paras. 129-130 of the judgement.

238 Which provides that the UK Parliament will not normally exercise its right to legislate with regard to devolved matters without the agreement of the devolved legislature.

is not within the remit of the courts. The devolved legislatures do not have a veto on the UK's decision to withdraw from the EU".²³⁹ Although there is no legal obligation to consult, it would be a politically courteous gesture to do so and indeed Mrs May stated that she intends to consult the devolved administrations. With regard to Scotland the Supreme Court judges were unanimous to reject the Scottish government's argument that Holyrood²⁴⁰ should have a say in the triggering of Article 50. The Scottish government intervened during the hearing in the Supreme Court with the Lord Advocate James Wolffe argued that MSPs²⁴¹ should also be consulted before Article 50 is invoked. The Supreme Court made it clear that devolved administrations should not have a say. With regard to Northern Ireland the Supreme Court held that "this important provision which arose out of the Belfast agreement gave the people of Northern Ireland the right to determine whether to remain part of the United Kingdom or to become part of a united Ireland. It neither regulated any other change in the constitutional status of Northern Ireland nor required the consent of the majority of the people of Northern Ireland to the withdrawal of the United Kingdom from the European Union".²⁴² As for Wales, the Supreme Court held that the Welsh Assembly members do not have to be fully consulted on the article 50 Brexit process. Finally, when the European Communities Act, 1972 was enacted it would have been open for Parliament to authorise ministers to withdraw from the EU Treaties but clear words to that effect would have been required. No such words exist therein and the provisions of that Act indicate that ministers do not enjoy such power to withdraw from the EU.²⁴³

The implications of this judgement are fivefold. In the first instance the Government cannot, on the strength of the referendum²⁴⁴ only, commence Brexit talks with the EU negotiators without Parliament giving its backing; this implies closer parliamentary scrutiny of the negotiations. This case defines the limits of the executive power between ministers exercising the ancient power of royal prerogative on the one hand and parliamentary sovereignty on the other. Secondly, a White Paper²⁴⁵ has been issued by the Government

.....

239 Source: Paras. 136-151 of the judgement.

240 Namely the Scottish Parliament.

241 I.e. Members of the Scottish Parliament.

242 Source: Paras. 133-135 of the judgement. See Northern Ireland Act 1998 c. 47. The decision to withdraw from the EU is not included in the functions of Secretary of State for Northern Ireland and s. 1 (1) (2) does not regulate any matter other than remaining part of the UK or become part of a united Ireland.

243 Source: Paras. 87-88 of the judgement.

244 The referendum held on 23rd June 2016 was authorised by the European Union Referendum Act, 2015 c. 36. That referendum was of important political significance. Its legal significance however was determined by the contents of the 2015 Act authorising the referendum. Apart from that Act authorising the referendum to be held there was nothing said regarding its consequences. The referendum result necessitated a change in the law of the UK to implement its outcome. The British constitution only permits an Act of Parliament to do so.

245 A White Paper is a government policy document which often precedes the publication of a parliamentary Bill. It states in some depth and detail the Government's proposals for future legislation, - in this case its plans to leave the EU - for scrutiny by Parliament. The White Paper was entitled "The United Kingdom exit from and new partnership with the European Union. Cm. 9417, 2nd February, 2017.

for a full discussion on its contents to take place in Parliament. Thirdly, a short Bill²⁴⁶ has been drafted. Priority will be given to that Bill during its passage through the Commons and the Lords to enable the Government to trigger Article 50 by the end of March, 2017.²⁴⁷ In the fourth instance, the judgement confirms the important constitutional concept of supremacy of Parliament. Only Parliament can grant and take away citizens' (including workers') rights even though these originate from EU laws. Thus ministers are answerable to Parliament. Finally, resulting from the Supreme Court's judgement it may be said that the referendum itself is an important document which expresses citizens' opinions but, for the Government to proceed with triggering Article 50 without the consent and vote of the Westminster Parliament²⁴⁸ would constitute a serious breach on an entrenched democratic constitutional principle. Furthermore, it should also be noted, in the words of Justice Neuberger that "The referendum is of great political significance but the act of parliament which established it did not say what would happen as a result".

This case defines the limits of executive powers between ministers on the one hand and Parliament on the other. The Supreme Court did not accept the Government's argument to the effect that Article 50 may be triggered through its prerogative powers relating to an international Treaty. It followed the High Court's ruling and held that the government's executive powers to sign international Treaties, inherited through the royal prerogative do not extend to uprooting parliamentary legislation such as the European Community Act, 1972 which gave specific rights to British citizens. The Supreme Court has restated the fundamental principles of the British constitution, namely, the rule of law, the separation of powers and the independence of the judiciary all of which were challenged in this important case.

Referral of Construction of Article 50 to CJEU?

Some commentators have suggested the possibility of the British Supreme Court referring the matter of the construction of Article 50 to the Court of Justice of the European Union.



246 Namely the European Union (Notification) of Withdrawal Bill 2016-17. Bill 132 2016-17. The Bill confers power on the Prime Minister to notify Article 50 (2) of the Treaty of the European Union, the United Kingdom's intention to withdraw from the European Union.

247 It is not anticipated that there will be much opposition to that Bill. The Labour Opposition said that it would not veto the Bill but that it will seek amendments to prevent the UK from becoming a tax haven and to maintain social rights acquired by workers granted by EU legislation, as well as environmental regulations. Even in the Conservative Government there would be a few who would vote against. The Bill enjoyed a speedy passage through the House of Commons in early February 2017 by reason of the Government having a 16 seat majority. That Bill is intended to be enacted by the end of March, 2017 but its passage could be delayed in the House of Lords which is more EU friendly. Once the Bill has gone through the first and second readings, the committee stage and the third reading in both Houses of Parliament, consideration of the amendments during its passage through Parliament and received the royal assent, it becomes an Act of Parliament, which will empower the UK Government to notify the EU formally of its intention to withdraw from the EU. As for Scotland, the possibility of a referendum on independence has again surfaced!

248 To be noted, the Welsh and Northern Ireland Assemblies and the Scottish Parliament are not included.

In the opinion of this author, such a move would have been unrealistic and irrelevant for a number of reasons, the most important of which is the fact that this is purely a British problem relating to the sovereignty of Parliament concept and particularly the right of the Government to trigger the exit procedure by the use of Article 50. Lord Neuberger made this absolutely clear when he said that the Supreme Court's judgement is not about departing from or staying in, the EU but about the *right of the British Government to trigger the exit procedure*. Such a problem needs to be solved "internally" and not by the CJEU which arguably has no jurisdiction over such British matters.

4.2.7. *The British Government's Brexit strategy versus the Westminster Parliament versus the Civil Service*

Whereas the British Government initially used smoke screens, delaying tactics, was secretive, kept its cards close to its chest and silent on its Brexit strategy, (if indeed it had one²⁴⁹), under the guise that such "a running commentary" would damage the UK's negotiating position, it has since climbed down from its original stance and agreed to being more open by giving Parliament more detail on its strategy. Parliament stated categorically that it had the right to scrutinise properly Government policies and demanded that it submitted a negotiating plan²⁵⁰ in early 2017 and before triggering Article 50 with the proviso that there would be no disclosure of material which could damage the UK's negotiating position. There would thus be more transparency. Publishing a plan does not equate to a "running commentary" for therein that plan, the Government is free to give as much or as little detail as it deems fit. Indeed, Mrs Theresa May did reveal some important details regarding her approach to the negotiations with the EU in her Lancaster House speech of 17th January, 2017 and she made the point in stressing that "I shall put the final deal that is agreed between the UK and the EU to a vote in both Houses of Parliament before it comes into force".



249 See the repeated statements made to that effect, *inter alia*, by the opposition Labour party and the resignation letter of the UK's Ambassador to the EU Sir Ivan Rogers by reason of "muddled thinking" and "ill-founded arguments" of the Theresa May Government. In his letter of resignation some six months after the referendum results were published and three months prior to triggering Article 50, Sir Ivan says "We do not yet know what the government will set as negotiating objectives for the UK's relationship with the EU after exit". Giving advice to his staff in Brussels Sir Ivan tells them "Senior ministers who will decide on our positions, issue by issue, also need from you detailed, unvarnished - even when this is uncomfortable - nuanced understanding of the views, interests and incentives of the other 27" Member States. He goes on to advise "I hope that you will continue to challenge ill-founded arguments and muddled thinking and that you will never be afraid to speak the truth to those in power".

250 See the House of Commons Exiting the European Union Committee "*The process of exiting the European Union and the Government's negotiating objectives*" First Report of Session 2016 -7. H. C. 815. 14th January 2017. Mr. Ken Clarke MP remained sceptical regarding the "plan" and in his characteristic blunt manner said that the word "plan" was "extremely vague" whereupon Mr. David Davis MP responded by saying that he would make available "as much information as possible... without prejudicing our negotiating position".

The Supreme Court had given its decision on the High Court judgement²⁵¹ and the Government lost its legal challenge over triggering Article 50. The Government was thus compelled to consult Parliament *before* commencing negotiations.

Approval by Parliament

Resulting from the Supreme Court judgement, Brexit could not be launched without the approval of both Houses of Parliament. The European Union (Notification of Withdrawal) Bill 2017²⁵² was thus forced upon the Government. On 1st February, 2017 the House of Commons voted to allow the Prime Minister to trigger Article 50 and thus to start formally the process of leaving the EU by informing the Council President, Donald Tusk, of the UK's intention to invoke Article 50 of the Treaty of the European Union. Triggering Article 50 was backed by 498 to 114 Members of Parliament.²⁵³

During its passage through the House of Commons 287 amendments were made by opposition MPs some of which were aimed at keeping alive the unlikely prospect of the UK remaining in the EU. Furthermore attempts by opposition MPs to ensure that Parliament obtained an effective vote were defeated. However MPs will have a vote on any deal struck with EU negotiators during the Article 50 process; such vote to take place before any Brexit agreement is voted by the European Parliament. Although many political machinations featured during the parliamentary debates, these will not be subject to discussion suffice to point out that on 8th February, 2017 the House approved²⁵⁴ the Bill authorising the Government to trigger Article 50.

The House of Lords consisting of 805 Conservative²⁵⁵ Labour, Liberal Democrat and Independent peers voted for Brexit thus avoiding a possible constitutional crisis. Two amendments were however made by the House of Lords. The first was to guarantee the rights of EU citizens in the UK within three months of Article 50 being triggered even if Britons living in the Continent lose their protection. 358 peers voted in favour of amending the Brexit Bill to 256. The second amendment was to force the Government to give both Houses of Parliament a “meaningful vote” on the final Brexit deal before the UK withdraws from the EU. 366 peers voted for the amendment while 268 voted against.

.....
251 See pp. 42-45 *ante* and especially the last paragraph on pp. 45.

252 Bill 132 2016-17.

253 The Scottish National Party and 33 Labour MPs formed the bulk of the dissenting votes. Other dissenters included Plaid Cymru and seven out of the nine Liberal Democratic Party members and the Conservative MP, Mr Ken Clarke.

254 Such approval was by a majority of 494 votes to 122. The Scottish Parliament rejected outright the decision to trigger Article 50. It had the support of the Scottish Nationalist Party, the Liberal Democratic Party, the Green Party and the majority of the Labour party MSPs. It will be recalled (see p. 43 *ante*) that the devolved Scottish Parliament and Northern Ireland and Welsh Assemblies have no power to delay or prevent the Brexit process.

255 The Conservatives are in the minority with 253 peers.

The Bill returned to the House of Commons which overturned the House of Lords' two amendments with the Government increasing its majority on the first amendment by 335 to 287 votes and on the second amendment by 331 to 286 votes. The House of Lords backed down with opposition Labour refusing to put up a fight with MPs arguing that there was no chance to overturn the opinion of the Commons. The Brexit Bill was passed on 13th March, 2017 was met and the Royal Assent was received on 14th March, 2017.

White Paper in response to House of Commons pressure

The long-awaited White Paper entitled "*The United Kingdom's exit from and new partnership with the European Union*"²⁵⁶ was the Government's response to pressures from MPs across the House of Commons to provide the themes of the Government's negotiation outcomes. Its contents set out the Government's twelve priorities²⁵⁷ and the *broad strategy* "that unites them in forging a new strategic partnership" between the UK and the EU. These priorities include, *inter alia*, (a) the bringing to an end the jurisdiction in the UK of the CJEU. Furthermore, EU laws and policies²⁵⁸ will no longer be binding on the UK and UK laws will be made in London, Edinburgh, Cardiff and Belfast and "based on the specific values of the UK". Thus the Great Repeal Bill will ensure that the British legislature and courts will be the final decision makers. There will therefore be the restoration of the fundamental UK constitutional concept of sovereignty of Parliament.²⁵⁹ (b) Ensuring an equitable implementation of the new EU and UK relationship will require negotiations to include the provision of a dispute resolution system.²⁶⁰ (c) The Government, through the Joint Ministerial Committee proposes to reach a good deal with the devolved administrations, - namely Scotland, Northern Ireland, Wales and England - which works for all parts of the UK while maintaining the strong and historic ties with Eire and the Common Travel Area (CTA) consisting of a special travel zone between the UK, Eire, the Isle of Man and the Channel Islands. (d) Controlling immigration is not possible where there is an unlimited freedom of movement of people to the UK from the EU. After Brexit the free movement of people principle will no longer apply and the migration of EU nationals will be subject to UK law. Unlike previous British Governments' policies, the UK has chosen

.....

256 CM. 9417. 2nd February, 2017.

257 These twelve principles are listed in footnote 211 *supra* of this chapter, reiterating a longer version of Mrs Theresa Mays' speech at Lancaster House on 17th January, 2017.

258 I.e. Directives, Regulations, Decisions, Recommendations, EU Commission delegated acts, Commission Communications, Reports and Opinions submitted the EU Council, Court of Auditors' Reports, and so on.

259 A fuller explanation of this concept will be found in Jo Carby-Hall "*Parliamentary Supremacy: A British Perspective*" in "*European Constitutions and National Constitutions*" Professor Zbigniew Maciag (Ed) (2009) Krakow Society for Education - AFM Publishing House at pp. 319-333.

260 Such systems are common in EU and third country agreements, e.g. North American Free Trade Agreement (NAFTA) and numerous others to be found in Appendix A of the White Paper at pp. 69-72.

not to make the economy a priority. The “batting order” of the May Government is to end the principle of freedom of movement, thus giving that policy priority over that of the economy. Recognising the valuable contribution economic migrants make to the UK by reason of their high skills, knowledge and expertise the UK will be open to international talent and thus continue to welcome not only migrants from the EU and from third countries to fill skill shortages but also genuine students and academics at the UK’s world class universities. (e) In some cases UK employment laws are gold plated which thus enhances the rights of workers granted to them by EU legislation. The Great Repeal Bill will maintain the protections and standards emanating from the EU which benefit workers and in addition, will enhance them. (f) Ensuring free trade of goods and services between the EU and the UK through a strategic partnership including a free trade agreement and new customs agreement. The UK will not be seeking membership of the single market. (g) After leaving the EU the UK needs to negotiate its own preferential agreements worldwide. The UK will thus not be bound by the EU’s Common External Tariff or participate in the Common Commercial Policy. The UK nevertheless wishes to negotiate on cross-border trade with the EU which will constitute its future EU customs arrangements. The UK will also need to establish schedules covering trade in goods and services at the World Trade Organisation (WTO).²⁶¹ (h) The Government intends to secure an agreement with the EU Member States “at the earliest opportunity” on the rights of EU nationals in the UK and those of the UK nationals in the EU. (i) Once the UK leaves the EU, decisions on how taxpayers’ money will be spent will be made in the UK. “As we will no longer be members of the Single Market we will not be required to make contributions to the EU budget. There might be other programmes in which we might want to participate. If so... we should make an appropriate contribution. But that will be a decision for the UK as we negotiate the new arrangements”.²⁶² (j) The EU Treaties will cease to apply when the “withdrawal agreement enters into force or failing that, two years from the day of submission of notification unless there is a unanimous agreement with the other 27 Member States to extend the process. To avoid a cliff edge for business... as we change from our existing relationship with the EU we want to have reached an agreement about our future partnership by the time the two year Article 50 process has concluded”.²⁶³

The White Paper states that the Government intends to “keep our positions closely held and will need at times to be careful about the commentary we make public” with Parliament being offered a vote on the final deal.



261 Other negotiation priorities include ensuring that the UK remains the best place for science and innovation; co-operation with the EU in the fight against crime and terrorism and delivering a smooth orderly exit from the EU.

262 Source: White Paper 2nd February 2017 *op. cit.* at p. 49.

263 Source: White Paper 2nd February 2017 *op. cit.* at p. 65.

“The UK will leave the EU and will seek an ambitious future relationship with the EU which works for all the people of the UK and which allows the UK to fulfil its aspirations for a truly global UK”.²⁶⁴

Civil Service

A more worrying issue from the British Government’s point of view appears to be what the former Ambassador to the EU, Sir Ivan Rogers described in his letter of resignation as “Serious multilateral negotiating experience is in short supply in Whitehall” whereas “that is not the case in the Commission or the Council”. He talked about the British Government’s lack of negotiating expertise, know-how and feel and stressed the role of those who have “the best experience we have - a large proportion of which is concentrated in UKREP - and negotiates resolutely”. Stating that Sir Ivan’s resignation was a “serious loss” Lord Mandelson²⁶⁵ added that “everyone knows that civil servants are being increasingly inhibited in offering objective opinion and advice to ministers” and that “Our negotiation as a whole will go nowhere if ministers are going to delude themselves about the immense difficulty and challenges Britain faces in implementing the referendum decision”.²⁶⁶ Similar comments have been made by other important figures.²⁶⁷

4.3. To Conclude

In both Northern Ireland and Scotland where there was a majority in the June, 2016 Referendum to remain in the EU, Brexit could result in fuelling tension amongst both those countries’ separatist movements. Scotland has already taken steps towards independence if its interests are affected by Brexit and the Northern Ireland Good Friday Peace Agreement would well be affected. In spite of those risks it is thought and hoped that reason



264 Source: White Paper 2nd February 2017 *op. cit.* at p. 67.

265 Who was a former EU Commissioner for Trade.

266 Other commentators reiterated this very opinion. See the comment made by the Director of the Centre for European Reform Think Tank, Mr Chares Grant who described Sir Ivan as one of the few British civil servants who understood the functioning of the EU with his resignation making “a good deal on Brexit less likely”. Source: <https://euroobserver.com/uk-referendum/136436> (Retrieved 4th January, 2017).

267 Lord Ricketts said “If Ivan feels he didn’t have back- up from ministers - and he didn’t - that’s a bad sign”. Sir Simon Fraser suggested that “We know that the government did not have a clear plan for Brexit after the referendum ; we know that the government has been through a process of gathering information across Whitehall in order to put a negotiating position together and we know that that is taking quite a lot of time. So that is a matter for concern”. Lord Kerslake, in praising the civil service said “I have no doubt about the underlying commitment and skills of the civil service to serve the government well on Brexit. But to do this they need to be clearly led, resourced properly to do the job and listened to even when their advice is not welcome”. Sir Stephen Wall stated that “What most civil servants actually want is clear political direction... The sense I get is that at the moment that isn’t there. Civil servants know that the options are, but there is no policy option available that is palatable”. (Source: The Times 5th January, 2017 pp. 1-2).

will prevail, and that a political agreement will be reached to make, what is at the time of writing,²⁶⁸ a “Disunited Kingdom” back into a “United Kingdom”.

The only certainty following each of the various aspects of Brexit discussed in this chapter spells *uncertainty*.²⁶⁹ Brexit brought about by the June 2016 Referendum resulting in a “leave” majority vote has generated an unbelievable deluge of important challenges in, *inter alia*, the labour law, constitutional law and political fields²⁷⁰ as well as a divided country in its wake to be solved by the Government of Mrs Theresa May. Mr David Cameron could well have uttered the words of Louis XV himself (in a different context, of course) “*Après moi le déluge*”.²⁷¹

JO CARBY-HALL

Professor of Law and Director of International Legal Research

Centre for Legislative Studies,

School of Law and Politics

University of Hull

j.r.carby-hall@hull.ac.uk

.....
268 Namely 1st March, 2017.

269 See Editorial by JS entitled “*Brexit: the age of uncertainty*” in the *European Law Review* 2016 41(4) 445 -446.

270 The law, administrative and political events are stated as at 1st March, 2017.

271 ²⁷¹ Stated by the French King, Louis XV (1710-1774). That much rehearsed phrase is also attributed to Madame de Pompadour, lover of the Louis XV, who apparently repeated it.

**INSTRUCCIONES PARA LA
PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS**

INSTRUCCIONES PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

Instrucciones para los autores establecidas de acuerdo con la **Norma AENOR UNE 50-133-94** (equivalente a **ISO 215:1986**) sobre **Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie** y la **Norma AENOR UNE 50-104-94** (equivalente a **ISO 690:1987**) sobre **Referencias Bibliográficas**.

La **extensión máxima** de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 20 a 25 folios a espacio 1,5 aprox. y 2 folios a espacio 1,5 para las reseñas. Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract de 10 líneas con un máximo de 125 palabras y unas palabras clave (máximo cinco). Las tribunas, escritas en Times New Roman 12, serán de 5 folios a espacio 1,5.

Los originales serán sometidos a **informes externos anónimos** que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Estos informes son la base de la toma de decisiones sobre su publicación o no, que corresponde en última instancia al Consejo de Redacción (Comité Editorial) de la Revista y a la Dirección de la misma. La Revista Derecho Social y Empresa no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a Derecho Social y Empresa comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de Derechos Social y Empresa. Los originales no serán devueltos a sus autores.

Se deben entregar en **soporte informático PC Word** a las direcciones electrónicas de la Revista (**revista@centrosagardoy.com**). Para facilitar el **anonimato** en el informe externo, se deberá incluir una copia donde se deben omitir las referencias al autor del artículo y otra copia donde existan estas referencias. En un fichero aparte, se deben incluir los datos del autor, dirección de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas.

Los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista electrónica.

Los originales deberán presentarse en español, inglés o en cualquiera de las lenguas de los países pertenecientes a la Unión Europea.

Los autores deben **señalar en negrita aquella frase o frases más relevantes** de cada epígrafe de su trabajo

Derecho Social y Empresa establece el uso de las siguientes **reglas de cita** como condición para la aceptación de los trabajos:

- **Libros:** OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2011.
- **Trabajos incluidos en volúmenes colectivos:** SIERRA BENÍTEZ, M., «La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia», en NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.), *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61-91.
- **Artículos contenidos en publicaciones periódicas:** GARCÍA VIÑA, J., «Situación de la violencia en el trabajo en España y en otros países europeos», *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2010, pp. 101-124.

Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión *cit.*. Como por ejemplo: SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o autorizaciones de residencia y trabajo reguladas en el Título VII», en *Id.*, *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, *cit.*

PUBLISHING GUIDELINES IN DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

Instructions for authors established following the standard AENOR UNE 50-133-94 (equivalent to ISO 215:1986) about *Presentation of articles in periodic and serial publications* and following the norm AENOR UNE 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1687) about *Bibliographic references*.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12 and space 1.5, is 20 to 25 pages aprox. Books reviews maximum length should be 2 pages with 1.5 spaces. Also It has to be submitted an abstract of 10 lines with a maximum of 150 words and some keywords (max. 5) both in Spanish and English.

Originals will be submitted to anonymous and external referees that could: a) advise their publication b) not advise their publication c) propose some changes. These external referees are the basis for decisions on publication or not. The decision is in any case the Editorial Board (Editorial committee) of the journal and the management team of the journal. Derecho Social y Empresa will not consider the publication of articles which had been submitted to other reviews. An original should be submitted to Derecho Social y Empresa as a compromise that the manuscript will not be sent for any other publication while it is being considered for publication in Derecho Social y Empresa. Originals will not be returned to their authors.

Articles should be submitted in Pc Word format to the Journal's e-mails (**revista@centrosagardoy.com**). In order to facilitate the anonymity of the external referee, in one file author's details should be omitted. In a separated file, the following details should be included as listed: author's name, University's address, author's e-mail address and a brief five-lines CV.

Authors of the published articles will receive an issue of the review.

Originals should be submitted in Spanish, English, or in any of the languages of the countries belonging to the European Union.

The authors should indicate **in black colour that phrase or phrases most relevant** of each section of their work

Derecho Social y Empresa establishes the use of the following reference's rules as a condition to accept the articles:

- **Books:** OJEDA AVILÉS, A., *Compendio de derecho sindical*, Tecnos, 2ª ed., Madrid, 2011.
- **Articles included in collective works:** SIERRA BENÍTEZ, M., «La integración del teletrabajo en la nueva regulación del trabajo a distancia», en NUÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P. (Dir.), *La reforma laboral 2012. Su impacto en la economía y el empleo*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013, pp. 61-91.
- **Articles included in periodic publications:** HOWELL, J. H., «Industrial Relations: A Field in Search of a Future? But Don't Worry, Bruce Kaufman Has Done the Past», *Industrial & labor relations review*, Vol. 59, núm. 3, 2006, pp. 501-505.

In order to avoid the repetition of references it is strongly recommended the use of the expression *cit.*. As for instance, (SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «Sobre la extinción de las autorizaciones de residencia o autorizaciones de residencia y trabajo reguladas en el Título VII», en *Id.*, *El Novísimo Reglamento de Extranjería*, *cit.*