

DERECHO COMUNITARIO E INFORMACION A LOS TRABAJADORES SOBRE SUS CONDICIONES DE TRABAJO

*Comentarios a la Directiva 91/533/CEE, de 14 de octubre,
relativa a la obligación del empresario de informar al
trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de
trabajo o a la relación laboral.*

Por MIGUEL RODRÍGUEZ-PINERO ROYO*

SUMARIO: I. Introducción: And then they were four. II. La Directiva 91/533. Aspectos generales. III. La obligación del empresario de informar al trabajador: contenido y modalidades de cumplimiento. IV. El campo de aplicación de la directiva 91/533. V. Especialidades en relación con el trabajador expatriado. VI. Mecanismos para la defensa de estos derechos. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCION: AND THEN THEY WERE FOUR

a) A finales del año pasado el Consejo de Ministros de la Comunidad Económica Europea aprobó una Directiva que causó no poco estupor entre los pocos autores que constataron este hecho. Estupor que se debe, principalmente, al propio hecho de la aprobación de una directiva en una materia tan específicamente laboral como es la información a los trabajadores sobre sus condiciones de trabajo; la sorpresa se produce precisamente por ser una directiva laboral, en un momento en el que la actividad normativa comunitaria en esta materia, salvo el indudable gran momento que experimenta la política comunitaria sobre salud y seguridad en el trabajo (1), está en sus horas más bajas. Y ésto sin olvidar que se trata de una normativa bien anunciada: con un origen remoto en la Carta

* Profesor Titular (Interino) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid.

(1) Política esta última cuyo nivel de desarrollo en los últimos años contrasta con «la lentitud, cuando no con el estancamiento, con las que choca la elaboración de un Derecho Social Comunitario en cuestiones tan importantes como la participación de los trabajadores, las modalidades contractuales, etc...»; GONZALEZ DE LENA, «La materia laboral de seguridad e higiene en las directivas comunitarias», *Relaciones Laborales*, tomo 1989-I, pg.1296, en pg.1300.

unitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (2), prevista en el Programa de Acción de la Comisión para la aplicación de esta (3), lo que dio lugar a una primera propuesta que, tras los correspondientes debates de todos los organismos competentes, eventualmente se transformó en el texto final aprobado por el Consejo. Todo este proceso, que recibió la correspondiente publicidad, se corresponde también con la tramitación ordinaria de las normas comunitarias en materia social a partir de la Carta Comunitaria. La duda viene, paradójicamente, de comprobar como todo este proceso llegó a darse con su terminación normal u ordinaria, la promulgación de una ley (4). En los tiempos que corren, que una directiva laboral llegue a ser aprobada, sin acabar en el cementerio de propuestas en que parece haberse convertido el Consejo de Ministros, y sin perderse en la jungla de los distintos procedimientos que cierran el paso hasta él, parece un milagro; la teórica normalidad de las cosas se ha convertido en algo tan anómalo que podría ser paseado como un caso de ración de feria.

Surprende también el contenido de la directiva, que no va a compartir en sus aspectos ese carácter «light» que a estas alturas parece ser consustancial a las medidas de armonización de los ordenamientos laborales de los Estados miembros. Se trata, de un lado, de un texto sumamente detallado en determinados aspectos, con lo que deja en ellos poco margen de actuación a los Estados a la hora de poner en práctica los mandatos comunitarios; de otro lado, es una regulación que, al cumplirse por los Estados miembros va a ser en el mejor de los casos aplicada, toda vez que incide en un aspecto poco desarrollado en la mayoría

de sus ordenamientos nacionales. El mínimo común para todos los Estados que se establece es, de por sí, elevado (5).

b) A la hora de encuadrar esta directiva dentro de la hasta ahora escasa e irregular producción normativa comunitaria en materia laboral se han encontrado también dificultades. Y es que lo poco previsible de nuevas directivas en este campo había llevado ya a una clasificación más o menos establecida de las ya existentes; clasificación en la que ésta recién llegada no parece calzar bien. Así, se ha dicho con ocasión del estudio de esta directiva (6) que hasta ahora la armonización comunitaria en el Derecho del trabajo había girado en torno a tres grandes bloques temáticos: la seguridad e higiene en el trabajo, la igualdad de trato entre hombres y mujeres, y la protección de los trabajadores en caso de crisis y reestructuración de la empresa. Según esta opinión, la directiva 91/533 supondría una primera incursión a nivel europeo en una materia carente hasta ahora de toda regulación comunitaria, que sería el de la regulación general de las condiciones de trabajo. Compartiendo con esta opinión que se trata de una norma ciertamente significativa (7), no nos parece que el tratamiento de la información a los trabajadores sea una cuestión tan absolutamente original como se pretende, existiendo algunos importantes precedentes en esta materia.

Queda en todo caso pendiente el encuadramiento de esta directiva. A nuestro juicio, el único lugar posible para colocarla es junto a las tres directivas «laborales» de la Comunidad, la 75/129, de 17 de febrero, sobre despidos colectivos (8); la 77/187, de 14 de febrero, sobre mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de transmisión de empresas (9); y la 80/987, de 20 de octubre, sobre protección de los derechos de los trabajadores en supuestos de

(5) MARTIN VALVERDE, op.cit., pg.185.

(6) MARTIN VALVERDE, op.cit., pg.184.

(7) Opinión compartida también por GARCIA MURCIA & MARTINEZ MORENO, «La obligación del empresario de informar al trabajador acerca de sus condiciones de trabajo», *Relaciones Laborales*, nº8, 1992, pg.8.

(8) Sobre esa directiva, véase CRUZ VILLALON, «La directiva 75/129 sobre despido colectivo y sus concordancias con la legislación española», *Noticias CEE*, nº40, 1988, pg.87; DURAN LOPEZ, «Normativa laboral de la CEE en materia de despidos y de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de transferencias de empresas», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, nº45, 1989, pg.160; LOPEZ LOPEZ, «La aplicación de las normas comunitarias al ordenamiento español: la directiva de 17 de febrero de 1975 sobre despidos colectivos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº27, 1986; RAMIREZ MARTINEZ, «Extinción del contrato por causas económicas y tecnológicas: normas comunitarias y régimen español», *Actualidad Laboral*, nº33, 1987, pg.1809.

(9) En relación con esta directiva, ver DURAN LOPEZ, «Normativa laboral de la CEE en materia de despidos y de mantenimiento de los derechos de los trabajadores en casos de transferencias de empresas», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, nº45, 1989, pg.160; SALA FRANCO, «Efectos laborales de la transmisión de empresas: normas comunitarias y Derecho español», *Actualidad Laboral*, nº32, 1987, pg.1573.

aptada el 9 de diciembre de 1989. Sobre este documento comunitario véase LDES DAL-RE, «Los Derechos Sociales Fundamentales», en V.V.A.A., *El espacio social europeo*, Valladolid, 1991, pg.17; RODRIGUEZ-PIÑERO, «La declaración de los derechos sociales comunitarios», *Relaciones Laborales*, nº23, 1989, pg.2; TITTI, «La Charte Communautaire des Droits Sociaux Fondamentaux des travailleurs progrès», *Droit Social*, nº4, 1990, pg.387; PEREZ DEL RIO, «La dimensión social del espacio interior», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº47, 1991, pg.347; LANDA ZAPIRAIN, «La política social comunitaria entre vinculabilidad jurídica y libertad política», *Relaciones Laborales*, nº1 y 2, 1992, pg.109.

re este Programa, ver RODRIGUEZ-PIÑERO, «El programa de acción de la Comisión para la aplicación de la Carta Social», *Relaciones Laborales*, nº24, 1989, pg.1; BLANPAIN, *Labour law and industrial relations of the European Community*, Leyden, 1991, pg.53; LANDA ZAPIRAIN, «La ejecución del nuevo Programa de acción Social de la CEE», *Revista de Instituciones Europeas*, nº3, 1991, vol.18, pg.917; GONZALEZ-POSADA MARTINEZ, «La normativa jurídico-laboral española en la dimensión de desarrollo de la dimensión social del mercado interior europeo», *Relaciones Laborales*, tomo 1991-II, pg.1407.

se sorprende MARTIN VALVERDE de «el propio hecho de su aprobación en un momento en que las disposiciones de la CEE en materia de política social parecían estar reducidas a las directivas de protección de seguridad y salud laboral»; «La directiva 91/533/CEE sobre obligación del empresario de informar al trabajador de sus condiciones de trabajo», *Actualidad Laboral*, nº12, 1992, pg.181.

vencia del empresario (10). Estas tres directivas, aprobadas gracias al hecho de que el Primer Programa de Acción Social de la Comunidad de 1974 priorizó a su producción normativa laboral en la segunda mitad de la década de los setenta, van a tener en común el referirse a situaciones de crisis o reestructuración de la empresa, con lo que su engarce con la que ahora estudiamos es problemático desde este punto de vista.

En embargo, tanto ésta como aquéllas van a tratar materias directamente relacionadas; y van a encontrar su base jurídica en un mismo precepto del Tratado de Roma, el artículo 117, respondiendo así a una misma voluntad de «promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de garantizar su equiparación por la vía del progreso»; todas, también, van a intentar evitar las posibles distorsiones que en el funcionamiento del mercado común podrían producir las diferencias en la legislación de los Estados miembros en cada una de las materias armonizadas. De esta manera, comparten tanto su base jurídica como su finalidad última, a la vez que regulan todos aspectos distintos de la relación individual de trabajo. Por eso podemos decir que las tres se han agrupado en cuatro; que el grupo de las tres directivas consideradas siempre de modo unitario como integrantes del «Derecho comunitario del trabajo», o «las tres directivas laborales», se ha visto incrementado con un nuevo socio. Antes, de pronto, las tres fueron cuatro. Este nuevo miembro, además de ir contra todo pronóstico un status quo de más de diez años, ha supuesto en la entrada de nuevos aspectos de la relación laboral individual en el ámbito de la regulación comunitaria. Junto a los supuestos de crisis y reestructuración de la empresa, más o menos patológicos, se van a prever ahora otros supuestos, relacionados con el funcionamiento ordinario o fisiológico de la relación laboral.

Aunque la directiva presente en cuanto a su contenido una indudable novedad, no va a ser en absoluto la primera intervención comunitaria en lo que respecta a la información a los trabajadores acerca de aspectos relacionados con la relación de trabajo. Si bien es cierto que esta materia ha sido tratada esencialmente desde un punto de vista principalmente colectivo, canalizándose la información a través de los representantes de los trabajadores, lo cierto es que también en el Derecho comunitario se han hecho referencias al derecho de los trabajadores a estar informados de materias o situaciones que les afectan. Existe desde hace tiempo una obligación de informar a los representantes de los trabajadores acerca

de la intención del empleador de llevar a cabo un despido colectivo (11); y también existe una obligación similar en supuestos de transmisión de empresa o cambio de centro de trabajo que afecte a sus trabajadores, según se establece en la directiva 77/187 (12). Incluso en esta última directiva se preveía un supuesto de información individualizada a los trabajadores, bien que con un carácter bastante marginal: en aquellos casos en los que no hubiera en la empresa o centro de trabajo representantes de los trabajadores, el artículo 6.5 preveía la obligación del empresario de informar directamente a los trabajadores de la transmisión prevista. Tanto una como otra directiva fueron planteadas en el Programa de Acción Social de la Comisión de 1974 como dos formas de asegurar la «participación de los trabajadores en las decisiones que les afectan», participación que se reduciría a los niveles de información y consulta. Otros esquemas de participación general de los trabajadores en la empresa, como es bien sabido, tuvieron mucha menos fortuna.

Más recientemente, el tema de la información a los trabajadores ha adquirido una renovada actualidad, tanto a nivel individual como colectivo. Si bien en relación exclusiva con una materia muy concreta: la protección de la salud y la seguridad en el trabajo, la más enérgica de las actuaciones comunitarias en estos primeros años noventa. Así, hay que señalar cómo la Directiva-Marco sobre seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo nº 89/391, de 12 de junio (13),

- (11) Según el art.2 de la directiva 75/129, cuando el empresario tenga la intención de efectuar despidos colectivos, deberá consultar a los representantes de los trabajadores con vistas a llegar a un acuerdo; estas consultas tratarán por lo menos de las posibilidades de evitar o reducir los despidos colectivos, así como de la posibilidad de atenuar sus consecuencias. Pues bien, a fin de permitir a los representantes de los trabajadores que formulen propuestas constructivas, el empresario estará obligado a aportarles mediante comunicación escrita «cualesquiera informaciones útiles»; según la directiva, estas informaciones deberán incluir los motivos del despido, el número de trabajadores afectados por el despido previsto, el número de trabajadores empleados habitualmente, y el período en el que se efectuarán los despidos.
- (12) Según el art.6 de esta directiva, el empresario cedente y el cesionario estarán obligados a informar a los representantes de sus trabajadores respectivos sobre los motivos del traspaso, las consecuencias del traspaso para los trabajadores, y las medidas previstas respecto de los trabajadores. Esta información deberá ser comunicada con la suficiente antelación antes del traspaso.
- (13) DOCE serie L, nº183. Sobre este texto fundamental, ver ALONSO OLEA, «Directivas comunitarias y normas nacionales (el carácter mínimo de las directivas sobre seguridad e higiene en el trabajo y la posible mayor protección de la norma nacional)», *Revista de Instituciones Europeas*, 1991, pg.9; GONZALEZ DE LENA, op.cit., passim; GONZALEZ POSADA, «La seguridad e higiene en el trabajo», en V.V.A.A., «EL ESPACIO SOCIAL EUROPEO», Valladolid, 1991, pg.191; NAVARRO LOPEZ, «La política comunitaria de condiciones de trabajo y sus repercusiones para España», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, nº4/5, 1989, pg.144; PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, «La Directiva-Marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del ordenamiento

Sobre esta directiva, ver ACOSTA ESTEVEZ, «La protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario», *Relaciones Laborales*, tomo 1990-pg.1268; GALIANA MORENO, «La aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario», *Noticias CEE*, nº40, 1988, pg.105; RIVERO LAMAS, «Protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario», *Actualidad Laboral*, nº8, 1988, pg.389.

dica su artículo 10 a esta materia, estableciendo una obligación general del empresario de adoptar las medidas necesarias para que los trabajadores y sus representantes en la empresa reciban todas las informaciones necesarias correspondientes a los riesgos para la seguridad y la salud, las medidas y actividades de protección o de prevención, y las medidas adoptadas en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios, asistencia médica de urgencia y evacuación de los trabajadores (14).

Ulteriores obligaciones de información en esta misma materia han sido establecidas por la directiva 91/383, de 25 de junio, que completa las medidas tendientes a promover la mejora de la salud y seguridad en el trabajo de los trabajadores con una relación laboral determinada o contratados por una empresa de trabajo temporal (15); respecto de estos trabajadores se impone a los Estados miembros la obligación de adoptar las medidas necesarias que garanticen que «cualquier actividad asumida por cualquier trabajador de este tipo debe estar informado por la empresa y/o establecimiento usuarios de los riesgos a los que vaya a estar expuesto». Dicha información deberá referirse, en especial, «a la necesidad de cualificaciones profesionales particulares o de un control médico especial, definido por la legislación nacional», y deberá precisar «los posibles riesgos elevados específicos vinculados al puesto de trabajo a cubrir, tal y como lo define la legislación nacional» (16). Si se trata de trabajadores de una empresa de trabajo temporal, se impone además que la empresa usuaria comunique a ésta la cualificación laboral exigida y las características propias del puesto de trabajo al que se vaya a desempeñar; informaciones que en todo caso la empresa de trabajo temporal deberá comunicar a los trabajadores que vaya a suministrar para ocupar los puestos (17).

d) Se observa así cómo el tema de la información a los trabajadores ha sido, desde su origen, una constante de la normativa comunitaria en materia laboral. Pero no es sólo la relación con estos precedentes con lo que podemos engarzar el texto que ahora nos presenta. De un modo quizás sesgado y poco claro la directiva va a

español», *Relaciones Laborales*, tomo 1991-I, pg. 1221; SANCHO CUESTA, La Seguridad e Higiene Laboral en el ordenamiento jurídico comunitario, Madrid, 1991.

) PEREZ DE LOS COBOS, op.cit., pg. 1241.

) Sobre esta directiva, véase ARRIGO, «Il leasing di manodopera o travail intérimaire nel diritto comunitario. Play it again... CEE», *Diritto delle Relazioni Industriali*, nº1, 1992, pg. 117; CHALARON, «Directive européenne du 25 juin 1991. Contrats précaires. Santé e sécurité au travail», *Liason Sociales*, número monográfico, 1991; RODRIGUEZ RAMOS, «La responsabilidad de la empresa cesionaria en la directiva CEE sobre seguridad y salud en el trabajo de los trabajadores temporales», *Actualidad Laboral*, nº12, 1992, pg. 197; RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, «Protección de la salud y seguridad en el trabajo y trabajo temporal», *Relaciones Laborales*, nº19, 1992.

) Artículo 3 de la directiva.

) Artículo 7 de la directiva.

encuadrarse dentro de otra de las grandes tendencias de la armonización comunitaria de las legislaciones laborales de los Estados miembros: nos referimos a la ordenación de las formas atípicas de contratación, lo que en la terminología europea vienen a ser denominadas «formas de trabajo distintas del trabajo por tiempo indefinido». Los intentos de hacer arrancar una política comunitaria sobre estas formas de empleo han sido una constante desde el Primer Programa de Acción Social de la Comunidad, previéndose las primeras acciones concretas en la Resolución sobre la ordenación del tiempo de trabajo de 1979 (18). Tras una primera fase caracterizada por la voluntad de elaborar directivas específicas sobre cada modalidad de empleo, trabajo temporal y trabajo a tiempo parcial (19), los años noventa han traído consigo un relanzamiento de estos intentos. A partir de la Carta de derechos sociales comunitaria, y de su programa de aplicación, la Comisión ha encarado la armonización de estas formas de empleo desde una perspectiva diferente, planteando una acción única que considerara a todas estas modalidades como integrantes de un mismo fenómeno, más amplio y omnicompreensivo (20). Y previendo una regulación comunitaria articulada en distintas directivas, que se diferenciarían entre sí por la materia tratada y por la base jurídica que serviría de apoyo a cada una (21). Esta nueva estrategia de la

(18) Resolución del Consejo de 18 de diciembre de 1979, DOCE serie C, nº1, de 4-I-1980. Sobre este texto y su desarrollo posterior, ver CACHON RODRIGUEZ, «Grandes líneas de actuación de la política de empleo comunitaria», *Revista de Economía y Sociología del Trabajo*, nº4/5, 1989, pg. 85.

(19) En torno a la política comunitaria sobre formas de empleo atípico de esta primera fase, ver CASAS BAAMONDE, «Los intentos, fracasados, de armonizar las legislaciones sociales europeas sobre la contratación a tiempo parcial y los contratos temporales de trabajo: el debate en el seno de la Comunidad Económica Europea», *Trabajo y Seguridad Social*, nº12, 1986, pg. 1057; BLANPAIN, «La situación del trabajo temporal en Europa», *Revista de Trabajo*, 1982, pg. 12; DURAN LOPEZ, «Las previsiones comunitarias de regulación del trabajo temporal y de la contratación de duración determinada», *Relaciones Laborales*, tomo 1985-I, pg. 1393; GONZALEZ POSADA, «Igualdad, vacaciones y trabajo temporal en las disposiciones comunitarias», *Relaciones Laborales*, tomo 1987-I.

(20) Esta nueva estrategia se inicia a partir del llamado «DOCUMENTO PAPANDREU», COM (90) 228 final, Bruselas, 16 de agosto de 1990, que contenía tres proyectos de directivas, acompañados por un interesante estudio previo sobre la situación del empleo atípico en Europa. Sobre este Documento y toda la política comunitaria de esta época, ver MARTINEZ MURILLO, «El trabajo interino: de nuevo a debate», *Gaceta Jurídica C.E.E.*, marzo 1991, pg. 14; RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, «Las empresas de trabajo temporal en la Europa comunitaria», *Relaciones Laborales*, tomo 1991-I, pg. 158; ROCELLA, «Comunità Europea e rapporti di lavoro atipici», *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, nº10, 1991, pg. 27; WANK, «Atypische Arbeitsverhältnisse», *Recht der Arbeit*, nº2, 1992, pg. 103.

(21) Opción esta última que ha producido no pocos problemas, ante lo endeble de la fundamentación jurídica argumentada para cada propuesta; en realidad, la división en tres propuestas, basada cada una en un artículo distinto del Tratado de Roma,

omisión para poner en práctica lo previsto en la Carta comunitaria ha tenido esta ahora un éxito bien escaso, ya que de las tres directivas proyectadas y propuestas tan sólo la relativa a la protección de la salud y seguridad en el trabajo llegó a ser aprobada, como vimos antes. Y ello gracias a que el artículo 118A del Tratado de Roma permitió su aprobación por mayoría, y a que no pretendía más que una norma de desarrollo y adaptación de la directiva-marco 89/391; siendo la propia inercia de la política comunitaria en materia de salud y seguridad el trabajo la que arrastró a esta norma hasta conseguir su aprobación. Junto a lo, una interesante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto del trabajo a tiempo parcial completa un poco esta escualida normativa comunitaria sobre formas de empleo atípico.

Pues bien, la directiva 91/533, en contra de lo que podría parecer a primera vista, va a estar directamente relacionada con estas nuevas formas de empleo. Ya el Programa de Acción de la Comisión para la aplicación de la Carta de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (22) se señalaba como el derecho de los trabajadores a que ser informado de manera fiable sobre sus condiciones de trabajo revestía una especial importancia en el caso de los trabajadores sujetos a un contrato atípico (23). Y a la hora de determinar las materias a informar se hacía mención expresa a la «naturaleza del empleo» y a la duración del contrato. En la propia directiva finalmente aprobada, su exposición de motivos señala como una de las razones que determinaron su promulgación la constatación del hecho de que «el desarrollo de nuevas formas de trabajo en los Estados miembros ha multiplicado los tipos de relaciones laborales». La directiva 91/533 va a responder a esta diversificación de la tipología de formas de empleo en la economía europea; la falta de adaptación al modelo de empleo típico produce aspectos que antes presentaban una gran uniformidad, como el horario o la duración del trabajo, comiencen a variar de uno a otro trabajador, de tal manera que hace patente la necesidad de garantizar que estos aspectos quedan bien definidos y fuera de toda posible duda. A esta necesidad, de entre otras, va a responder la directiva que estudiamos, que garantiza que el trabajador tenga acceso por escrito a datos tales como su jornada de trabajo, la identidad del empleador y la duración previsible del contrato o relación laboral. En todo caso veremos sobre este tema.

II. LA DIRECTIVA 91/533. ASPECTOS GENERALES

a) La directiva 91/533 va a ser una norma de desarrollo del punto 9 de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, que afirmaba que «todo asalariado de la Comunidad Europea tiene derecho a que se definan sus condiciones de trabajo por ley, por un convenio colectivo o por un contrato de trabajo según las modalidades de cada país». Se ha señalado cómo la deficiente redacción de este texto podía inducir fácilmente a error: por «definir sus condiciones de trabajo» se podía interpretar también la determinación de éstas, su fijación según el sistema de fuentes de cada ordenamiento nacional (24); la segunda interpretación, la que entiende que hace referencia simplemente a un conocimiento claro y preciso de estas condiciones, y no a su fijación, es la que ha sido seguida, sin embargo, en el desarrollo normativo de esta previsión de la Carta. En el programa de la Comisión para la aplicación de ésta se indicaba que «el trabajador comunitario deberá tener derecho a que se le precisen por escrito las condiciones de trabajo concretas que no estén determinadas por ley ni por un convenio colectivo. Para la puesta en práctica de este derecho se preveía presentar una propuesta de directiva en la que se reconociera el derecho de todos los interesados en solicitar al empresario una prueba del contrato de trabajo; en este documento, cuya redacción hubiera correspondido a las empresas, se habría hecho constar la naturaleza del empleo, la duración del contrato y el sistema de protección previsto.

En cumplimiento de lo previsto en este programa de la Comisión, y tras un primer proyecto de diciembre de 1990 (25), el texto definitivo de la directiva fue aprobado en octubre de 1991, estableciendo una regulación de aplicación general, en principio, a la totalidad de las relaciones laborales, con las excepciones que veremos. El principio general de toda la directiva se recoge en su artículo 2: «el empresario estará obligado a poner en conocimiento del trabajador por cuenta ajena a quién se aplique la presente directiva (...) los elementos esenciales del contrato de trabajo o de la relación laboral»; esta información deberá ser suministrada, en principio, con ocasión de cada relación laboral, o de cada modificación sustancial de los elementos fundamentales de la misma.

b) En relación con la finalidad de la directiva, ésta va a girar en torno a los dos objetivos clásicos de toda la normativa comunitaria en materia social: la supresión de las diferencias en las legislaciones nacionales en materia de información a los trabajadores que puedan repercutir negativamente en el funcionamiento del mercado común, y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores (26). Esto es, las ya bien conocidas de protección de

obedece a una voluntad de la Comisión de facilitar la aprobación de alguna de ellas, más que al contenido de cada una. Sobre este tema, ver ARRIGO, «El leasing...», op.cit., pg.117, especialmente pg.123 sigs; ROCELLA, op.cit., pg.51; MARTINEZ MURILLO, op.cit., pg.18.

COM (89), 568 final, Bruselas, 5 de diciembre de 1989.

Programa de la Comisión, pg.19. Ver sobre este aspecto RODRIGUEZ-PINERO, «El Programa...», op.cit., pg.80.

(24) MARTIN VALVERDE, op.cit., pg.183.

(25) COM (90) 563 final, presentado por la Comisión el 5-XII-1990, DOCE serie C, nº24, de 31-I-1991.

(26) «Finalidad social» y «finalidad económica», en la terminología utilizada por MARTIN VALVERDE, op.cit., pg.182; ver también GARCIA MURCIA & MARTINEZ MORENO, op.cit., pg.10.

los derechos de los trabajadores, y de armonización que evite potenciales distorsiones de la competencia; armonización y protección como dos finalidades distintas y separadas, que coinciden con los objetivos marcados por las tres directivas laborales que precedieron a la 91/533, objeto de nuestro estudio.

En esta directiva, como en aquellas, la dicotomía armonización-protección se va a romper en beneficio de esta última. Va a aparecer, así, la también típica cláusula de «disposiciones más favorables», que permite que las legislaciones nacionales se descuelguen del régimen homogéneo de la directiva si lo hacen aplicando o introduciendo «disposiciones legales, reglamentarias o administrativas más favorables para los trabajadores», o permitiendo «la aplicación de disposiciones de convenios colectivos más favorables para los trabajadores». Lo que quiere decir que se va a permitir que los Estados limiten el alcance homogeneizador de la directiva, si con ello se mejoran los niveles de protección de ésta. Cláusula prácticamente de estilo en estas directivas, pone de manifiesto como su verdadera finalidad va a ser la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores europeos, más que la finalidad puramente económica de defender una competencia libre y equilibrada en el mercado europeo.

El alcance armonizador de la directiva va verse ulteriormente limitado a lo largo de su articulado: en primer lugar, porque se permite que los Estados miembros excluyan determinadas categorías de trabajadores de las normativas nacionales de desarrollo de la directiva, en los términos que veremos; en segundo lugar, porque a lo largo del texto de la directiva son numerosos los aspectos en los que no se establece un único régimen, sino que se ofrecen distintas opciones a los Estados miembros; y, por último, porque se señala expresamente que esta norma comunitaria no afectará a las legislaciones y prácticas nacionales en materia de forma del contrato o de la relación laboral, de prueba de la existencia y contenido del contrato de trabajo, ni a las normas de procedimiento aplicables en la materia.

c) A diferencia de los otros textos comunitarios en materia laboral, la directiva va a hacer mención en su Exposición de Motivos un tercer objetivo o finalidad mucho menos claro: literalmente, «*garantizar una mayor transparencia del mercado de trabajo*». Si bien esta finalidad no se predica directamente de la directiva misma, sino que se señala respecto de los textos nacionales que se pretenden armonizar, se puede afirmar que ésta es una de las finalidades que han llevado al legislador comunitario; lo que no está claro es a qué se hace referencia cuando se habla de esta defensa de la transparencia en el mercado de trabajo. En los pocos estudios disponibles hasta la fecha sobre esta directiva se coincide en afirmar que con esta mención a la transparencia se está haciendo referencia a la lucha contra la economía sumergida, los mercados de trabajo paralelos y no formalizados (27): mediante la imposición a los empresarios europeos de este

(27) Así lo entiende MARTÍN VALVERDE, para quien «quizá no resulte muy aventurado conjeturar que en las actuales circunstancias económicas la conexión principal entre transparencia del mercado de trabajo y funcionamiento del mercado común se encuentra en el problema de la 'economía sumergida'»; «La Directiva 91/533/CEE...», op.cit., pg.184. En el mismo sentido se manifiestan GARCÍA MURCIA & MARTÍNEZ MORENO, op.cit., pg.11.

deber de informar se combatiría la existencia de estos sectores ocultos del mercado. En el mismo sentido se había manifestado la Comisión en el estudio que del desarrollo atípico hacía en el Documento Papandreu, poniendo en relación esta iniciativa con el problema del trabajo negro y del trabajo clandestino (28).

No nos parece, a pesar de todo, que haya sido exclusivamente ésta la idea que llevó al establecimiento de este deber. Hay que tener en cuenta que la economía sumergida permanece, por definición, al margen de la legalidad, incumpliendo las empresas que operan en este sector de la economía sus obligaciones laborales de forma sistemática. Que se establezcan nuevas obligaciones legales les es indiferente, en la medida en que no van a cumplirlas, como no cumplen las demás. Esta no va a ser más que otra obligación a incumplir.

En nuestra opinión, la transparencia que se pretende en el mercado de trabajo va a ir dirigida más bien a la clarificación del tipo de empleo ocupado por cada trabajador en cada momento. Ante la erosión sufrida por el empleo típico, y la diversificación de las modalidades contractuales y organizativas del trabajo, en las que varían los elementos fundamentales de éste, se hace preciso que el trabajador disponga de una información completa sobre todos los aspectos de su relación laboral, ya que ésta no se va a corresponder más con un prototipo o modelo organizativo generalizado. Para que un mercado de trabajo pueda tener la transparencia que la Comunidad pretende no podrá haber dudas sobre que tipo de trabajo realiza cada trabajador, que tipo de contrato le vincula con su empleador, cuales son las modalidades de su ejecución. Para ello será necesario arbitrar los mecanismos suficientes para que todas estas informaciones estén a disposición de los trabajadores, lo que redundará, a la vez, en un mayor nivel de protección de éstos. Por todo ello, y a nuestro juicio, va a existir una clara relación entre el empleo atípico y la directiva que estudiamos. En unos mercados de trabajo europeos en los que ya no existe un modelo prototípico generalizado de contrato de trabajo, los trabajadores sólo podrán conocer con seguridad sus condiciones contractuales y de trabajo en la medida en que sean informados precisamente de ellas por su propio empleador.

d) Por lo que se refiere a la puesta en práctica de la directiva, el artículo 9 concede a los Estados un plazo para que adopten las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ello que concluye el 30 de junio de 1993; alternatively, hasta esa fecha podrán comprobar que los interlocutores sociales establecen las disposiciones necesarias para esta puesta en práctica

(28) Así, en el punto 12 de este documento se señalaba que «si el campo de aplicación material de las directivas se limita al trabajo a tiempo parcial y al trabajo de temporada, la Comisión sin embargo no pierde de vista que el trabajo negro y el trabajo clandestino perturban, a veces de un modo importante en ciertos sectores, el funcionamiento normal del mercado de trabajo. Este problema se abordará más adelante, en particular con ocasión de las propuestas de la Comisión relativas al establecimiento de un formulario que constituya un elemento de prueba de la existencia de contratos y relaciones laborales».

mediante los correspondientes acuerdos. En uno y otro caso corresponde a cada Estado miembro adoptar las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados impuestos por la directiva 91/533.

La directiva va a establecer también un régimen transitorio de adaptación para las relaciones laborales existentes en el momento de su entrada en vigor. En estos supuestos, la directiva prevé que los trabajadores tendrán derecho a solicitar de sus empleadores toda el conjunto de informaciones previsto en su articulado, y que éste deberá suministrarla en un plazo máximo de dos meses a partir de la solicitud. Los Estados deberán tomar las medidas necesarias para garantizar la puesta en práctica de este derecho.

III. LA OBLIGACION DEL EMPRESARIO DE INFORMAR AL TRABAJADOR: CONTENIDO Y MODALIDADES DE CUMPLIMIENTO

a) El centro de la regulación de la directiva va a aparecer en su artículo 2.1: «el empresario estará obligado a poner en conocimiento del trabajador por cuenta ajena a quien se aplica la presente directiva (...) los elementos esenciales del contrato de trabajo o de la relación laboral». El resto de su articulado se dedica a desarrollar y concretar este mandato general.

En relación con esta obligación se puede señalar, en primer lugar, que existe un marcado contraste entre el rigor con el que se tratan los datos que deben ser proporcionados a cada trabajador, prácticamente la totalidad de los significativos en la relación laboral, y la flexibilidad en que queda la puesta a disposición de esta información. Así, el empresario va a tener que comunicar al trabajador, según el artículo 2.1, «los elementos esenciales del contrato de trabajo»; estos «elementos esenciales» son posteriormente definidos en el artículo 2.2 como, al menos, los siguientes extremos (29): la identidad de las partes; el lugar de trabajo; las características fundamentales del puesto de trabajo; la fecha de comienzo de la relación laboral; la duración previsible de ésta, si está predeterminada; la duración de las vacaciones pagadas; la duración de los plazos de preaviso en caso de despido; el salario base y las demás partidas retributivas; la duración de la jornada diaria y semanal normal; y las normas convencionales aplicables a la relación (30).

(29) También se observa aquí lo limitado de la armonización propuesta, ya que el listado de las materias sobre las que se informará al trabajador es meramente ejemplificativo, estableciendo un contenido mínimo de la información obligatoria que los Estados podrán libremente incrementar; se dice, así, que «la información contemplada en el apartado 1 se refirirá, *al menos*, a los siguientes elementos...».

(30) Esta última información se suministrará «en su caso», ésto es, si existe una normativa convencional aplicable a la concreta relación laboral. Para cumplir este mandato, la directiva prevé dos supuestos: o bien directamente la mención de los convenios colectivos y/o acuerdos colectivos que regulen las condiciones laborales del trabajador; o bien, si se trata de convenios colectivos celebrados fuera de la empresa por órganos o instituciones paritarias particulares, la mención del órgano competente o de la institución paritaria competente en cuyo seno se hayan celebrado dichos convenios.

Una información bastante extensa, como se observa. Y que se verá en todo caso incrementada si se integra con los otros datos a los que por mandato de la normativa específica sobre salud y seguridad laboral el trabajador tendrá igualmente derecho. En concreto, hay que considerar la directiva-marco en materia de protección de la salud y la seguridad en el trabajo, que establece también una obligación de informar a los trabajadores individuales de los riesgos para la seguridad y la salud, así como las medidas y actividades de protección o prevención, que afecten tanto a la empresa o establecimiento en general, como a cada tipo de puesto de trabajo o función (art.10.1,a); y las medidas adoptadas en materia de primeros auxilios, lucha contra incendios, asistencia médica de urgencia y evacuación de los trabajadores (art.10.1,b).

b) En la puesta en práctica de esta obligación la directiva es, en cambio, sumamente flexible (31). En concreto, en cuanto a la forma de poner en conocimiento del trabajador todos estos datos se admiten hasta cuatro posibilidades (32): un contrato de trabajo escrito; una carta de contratación; uno o varios documentos; y una declaración escrita firmada por el propio empresario (33). Tres de éstas, las tres primeras, aparecen en el artículo 3.1 como modalidades ordinarias de cumplimiento de esta obligación, quedando la última, la declaración escrita del artículo 3.2, como una alternativa excepcional en caso de incumplimiento de las tres anteriores; ésta parece ser la intención del artículo 3, en base a su texto literal (34), y al hecho de que la declaración escrita va a ser utilizada como instrumento para corregir o completar las insuficiencias de aquellas tres.

Por otra parte, se señala que este deber puede cumplirse acudiendo a estos instrumentos de forma alternativa o, al menos los tres primeros, de forma cumulativa. La información podrá ser suministrada en uno sólo de estos documentos, o fragmentada en varios, siempre que se cumplan las directrices establecidas para este último supuesto (35).

(31) Flexibilidad que no aparecía en absoluto en las primeras previsiones de esta directiva, y que fue aumentando a lo largo de su proceso de elaboración. Es realmente llamativo cómo fue cambiando la rigidez originaria del legislador comunitario en este punto: en el programa de acción de la Comisión se proponía «una directiva del consejo por la que se establece un formulario acreditativo de los contratos y de las relaciones de trabajo», dando a entender no sólo que habría una única forma de comunicar esta información, sino que ésta debería contenerse en un modelo único y predeterminado. En la propuesta inicialmente presentada por la Comisión en diciembre de 1990, por su parte, se establecía como regla general la información a través de una declaración escrita, entregada y firmada por el empleador, aunque se preveía eximir de tal obligación al empresario cuando existiera un contrato de trabajo establecido por escrito o una carta de contratación.

(32) MARTIN VALVERDE, op.cit., pg.189.

(33) Así se concluye de la coordinación de los apartados 1 y 2 del art.3 de la directiva.

(34) Ya que se habla de que «cuando no se entregue al trabajador ninguno de los documentos contemplados en el apartado 1 dentro del plazo previsto», y de que en este caso «el empresario estará obligado» a entregar esta declaración.

La obligación de informar al trabajador deberá cumplirse tras el inicio de la relación laboral, y en el plazo máximo de dos meses si se opta por alguna, o varias, de las tres primeras formas. Plazo que con su excesiva extensión (36) demuestra de nuevo la flexibilidad de la directiva a la hora de permitir el cumplimiento del deber general de información del empresario. Si no se cumple en ninguna de estas modalidades, la versión original de la directiva establecía la obligación del empresario de entregar al trabajador la declaración escrita antes mencionada, *en el plazo de un mes después de que haya comenzado a trabajar*. La mención a este último plazo llamó en su momento la atención de los autores que estudiaron esta directiva, señalando que existía una contradicción en el texto de la directiva, ya que si se permite un plazo de hasta dos meses para cumplir la obligación en alguna de las modalidades ordinarias, no tiene sentido que el plazo para acudir al sistema alternativo sea inferior, pues no se podría comprobar si ha habido tal incumplimiento del empresario (37). Se señaló, por otro lado, que el único sentido del apartado 2 del artículo 3 era establecer una especie de «prórroga» para el empresario que no cumple su obligación en el plazo debido en alguna de las formas debidas; prórroga que, evidentemente, no puede comenzar a contarse más que a partir de la finalización del plazo ordinario de dos meses (38).

Con ocasión de un estudio anterior de esta misma directiva (39) llamamos la atención sobre la posibilidad de que la versión española de la directiva pudiera presentar un error de transcripción, ya que en la versión francesa el plazo de entrega de la declaración escrita es de dos meses (40); esta sugerencia ha sido posteriormente confirmada con la publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de una rectificación de la directiva en este punto (41), sustituyendo el plazo de un mes del artículo 3.2 por el general de dos meses, con lo que ha desaparecido el problema, y se salvan posibles problemas de coherencia interna de la norma (42).

suministrada al trabajador, al menos uno de los documentos que se le entregue deberá contener el contenido mínimo previsto en art.3.1.c. En el caso de que alguno de los documentos entregados esté incompleto, por otra parte, se establece la vía de la declaración escrita firmada por el empresario, del art.3.2, como mecanismo para completar su contenido hasta cumplimentar el mínimo legal fijado por la directiva.

(36) GARCIA MURCIA & MARTINEZ MORENO, op.cit., pg.19.

(37) Así piensan GARCIA MURCIA & MARTINEZ MORENO, op.cit., pg.18.

(38) MARTIN VALVERDE, op.cit., pg.181.

(39) «La información a los trabajadores sobre sus condiciones de trabajo en el Derecho comunitario», *Derecho de los Negocios*, septiembre de 1992.

(40) MARTIN VALVERDE ya había llamado la atención sobre esta incongruencia, señalando precisamente la necesidad de controlar la exactitud de la versión española mediante su contraste con las otras en los demás idiomas oficiales de la Comunidad; op.cit., pg.191.

(41) DOCE serie L, nº188, de 8-VII-1992, pg.44.

(42) Así, el apartado tercero del artículo 3 prevé un régimen especial para el caso de que el contrato o la relación laboral termine...

En todo caso, toda esta controversia era algo artificial, ya que partía de que el artículo 3.2 establece un procedimiento de información subsidiario, aplicable sólo a los supuestos de incumplimiento de lo previsto en el 3.1, idea que nosotros no compartimos. En vez de ello hay que pensar que la declaración escrita es un procedimiento igual de válido que los otros tres, y al que el empresario podrá acudir libremente en cualquier caso. Según esta interpretación, el empresario va a tener cuatro formas para cumplir su obligación, y podrá elegir la que prefiera o bien varias de ellas. Esta es la interpretación más válida de la directiva en este punto, salvando esa errónea consideración del artículo 3.2 como norma supletoria del 3.1, en una confusión producida por una defectuosa redacción y la errónea sistemática del precepto comunitario.

c) Junto a esta información documental, la directiva va a prever que algunos de los datos que constituyen el contenido mínimo de este deber de información puedan no ser suministrados directamente en alguna de esas cuatro formas, sino que se deriven de una referencia a las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o estatutarias o a los convenios colectivos que regulen las correspondientes materias. Esto es, en cualquiera de los documentos escritos con los que el empresario cumpla este deber la mención expresa a estos elementos, en principio obligatoria, podrá ser sustituida por la referencia a las disposiciones normativas que los establezcan. Esta previsión de la directiva, nueva muestra de la flexibilidad con la que trata el cumplimiento por el empresario de sus obligaciones, no supone en principio una merma de los derechos de los trabajadores en la medida en que siempre podrá tener conocimiento de las mismas materias; si se supone, en cambio, mayores dificultades, puesto que por más que para estas disposiciones rija el principio de publicidad (43), a unos trabajadores ajenos al mundo de derecho una remisión de este tipo sirve de bien poco. No se entiende muy bien el sentido de esta previsión, establecida en el artículo 2.3 de la directiva: el empresario tiene que estar siempre en posesión de estas informaciones, ya que

a partir del inicio de su trabajo». Se observa que se está previendo un único plazo de dos meses, sin que aparezca mencionado el de un mes que la versión original española preveía para la declaración escrita; al ser esta declaración uno de los supuestos a los que hace referencia el art.3.3., y preverse un plazo único, se tenía un argumento más en favor de la existencia de una errata en este punto.

(43) Principio de publicidad cuya vigencia y aplicación en materia de convenios colectivos es bastante problemática, no aplicándose en la totalidad de los Estados miembros. Incluso en España, donde rige para los convenios estatutarios, se plantean problemas para acceder a su texto, puesto que la publicación tiene lugar en el Boletín Oficial que corresponda en función del nivel del convenio, o incluso de otra comunidad autónoma, no resulta nada fácil. Claro que se supone que, al estar el trabajador dentro del campo de aplicación del convenio, le va a resultar relativamente fácil conseguir su texto a través de sus representantes. La mayor o menor disponibilidad de estas informaciones va a depender, en todo caso, del nivel del convenio aplicable de la

le resultan imprescindibles para poder desarrollar la gestión de su personal; aún existiendo otras formas posibles para conocerlas, más fácil para el trabajador, y la vez no particularmente gravoso para el empleador, es que este tráfico de información se realice directamente entre ellos.

d) A lo largo de la directiva se van a establecer distintas especialidades en cuanto a esta obligación de información: así, en el supuesto en que el contrato o la relación laboral se extinga antes de la expiración del plazo de dos meses a partir del inicio del trabajo, esta información deberá ser entregada al trabajador a más tardar a la expiración de dicho plazo (artículo 3.3). Se prevé también un régimen especial para el supuesto de que se modifiquen las condiciones inicialmente pactadas, imponiendo el artículo 5.1 la entrega de un documento escrito que las recoja a la mayor brevedad, y en el plazo máximo de un mes; de esta previsión se desprende una voluntad de la directiva de asegurar que la información en manos del trabajador esté siempre actualizada, configurándose la obligación de su empresario como un deber dinámico y continuado, que no se agota con la entrega de alguno de los documentos previstos en la directiva. Se puede decir que el mandato que viene a establecer la directiva 91/533 no es tanto de informar al trabajador sobre sus condiciones de trabajo, como de tenerlo continuamente informado de éstas. Finalmente, se establecen también numerosas particularidades para el supuesto de trabajador expatriado, que en su momento analizaremos.

IV. EL CAMPO DE APLICACION DE LA DIRECTIVA 91/533

a) La delimitación del campo de aplicación personal de esta directiva va a ser uno de sus aspectos más importantes, no sólo por la complejidad con que éste viene definido, y que intentaremos de superar, sino también por la directa relación que va a tener este ámbito de aplicación con una de las finalidades de la norma comunitaria, el tratamiento del fenómeno del trabajo atípico.

En principio, y aunque se preste especial atención a estas formas de empleo atípico, la directiva no va a dirigirse exclusivamente a la regulación de éstas, sino que va a extender su aplicación a la generalidad de las relaciones de trabajo. Este era el mecanismo previsto ya en el punto 9 de la Carta social comunitaria, y en su programa de aplicación, en los que se reconoce el derecho de todo trabajador de la comunidad a recibir estas informaciones. En la directiva finalmente aprobada, aparece formulado en su artículo 1.1: la norma comunitaria se aplicará a «todo trabajador por cuenta ajena que tenga un contrato de trabajo o mantenga una relación laboral definidos por el derecho vigente en un estado miembro y/o sujetos al derecho vigente en un Estado miembro».

Dos conclusiones se pueden sacar de esta fórmula: la primera es el carácter indiscriminado de la directiva, que *se aplicará en principio a toda relación de trabajo por cuenta ajena por el mero hecho de ser tal*. La obligación de informar se considera de esta manera como un elemento más del intercambio de prestaciones que supone el contrato de trabajo, y se generaliza para todos los que se celebren en la Comunidad; el elemento determinante para determinar esta

ser que la relación de trabajo esté sometida a la legislación laboral nacional de uno de los Estados miembros. Y, en segundo lugar, que *la directiva no va a contener una definición de lo que debe entenderse por contrato de trabajo o relación laboral a efectos de su propia aplicación*, remitiéndose en vez de ello a las legislaciones nacionales en la materia. Su aplicación no viene determinada por un concepto comunitario de «trabajador por cuenta ajena», como ocurre en otras ramas del ordenamiento comunitario. Serán las legislaciones nacionales las que determinen cuando hay una relación o contrato que pueda calificarse como laboral; se trabaja, así, sobre un concepto nacional de trabajador, que no coincidirá plenamente en todos los Estados miembros, pero cuyas diferencias se limitan a zonas marginales o periféricas, coincidiendo en lo esencial (44). A esto se refiere la directiva cuando afirma que se aplicará a toda relación o contrato de trabajo «definidos por el Derecho vigente en un Estado miembro». Este es, por otro lado, el sistema utilizado en las demás directivas laborales ya mencionadas, que pretenden una armonización de las legislaciones nacionales aplicables a lo que en cada una de estas legislaciones se entiende por relación laboral; se armoniza el contenido del Derecho del Trabajo de cada Estado miembro, pero no la determinación de su ámbito de aplicación.

El artículo 1.1 contiene las reglas generales para determinar la aplicación de la directiva: contratos calificados como de trabajo por una legislación nacional, y sometidos a esta legislación nacional. Este deberá ser en principio el campo de aplicación de las normativas nacionales de desarrollo de la directiva. Este mandato no es, sin embargo, rígido, ya que se prevén distintos mecanismos a través de los cuales los Estados miembros podrán modalizar este campo de aplicación, estableciendo excepciones a la regla general que vimos. No se trata en ningún caso de limitaciones al campo de aplicación de la directiva, que seguirá siendo el de la totalidad de los trabajadores empleados laboralmente en la Comunidad; se trata de excepciones permitidas a los Estados miembros en su adaptación normativa de las directrices comunitarias. La directiva va a limitar así el propio alcance de la armonización que pretende realizar; al ser una posibilidad abierta a los Estados, que éstos podrán o no ejercitar, en la práctica el grado de homogeneidad que se consiga en las normativas nacionales europeas dependerá directamente de los propios Estados miembros.

b) Una de las primeras vías de escape dejada abierta a los Estados por la propia directiva se basa en el elemento temporal del contrato de trabajo. El artículo 1.1.a) les permite disponer que la directiva no se aplique a los trabajadores que tengan un contrato de trabajo o relación laboral:

—cuya duración total no rebase un mes;

—la duración de cuyo trabajo semanal no rebase 8 horas.

Se podrán excluir de estas normativas nacionales, así, los contratos temporales de duración muy limitada, y el trabajo a tiempo parcial de escasa entidad. Lo interesante de esta limitación es que parece estar convirtiéndose en la regla del

Derecho comunitario del trabajo de los primeros años 90: si bien en cuanto a textos aprobados sólo aparece en esta directiva, en otros textos comunitarios en proyecto sí aparece también como uno de los elementos determinantes de su ámbito de aplicación. En concreto, en los proyectos de directiva sobre empleo atípico presentados por la Comisión en el Documento Papandreu aparece esta misma mención (45). En estos proyectos la exclusión se justificaba por la voluntad de no imponer cargas administrativas excesivas, y en las dificultades que la aplicación de los principios que establecen a «las relaciones laborales cuya duración semanal es muy claramente inferior a la duración media de trabajo, legal, convencional o usual»; en la directiva 91/533 la justificación se encuentra en «la oportunidad de mantener cierta flexibilidad en la relación laboral» (sic), lo que no parece tener mucho sentido (46).

La posibilidad de excluir estas relaciones no merece, a nuestro juicio, más que críticas. Si una de las finalidades de la objetiva es precisamente la protección de los derechos de los trabajadores empleados a través de formas atípicas de contratación, protección frente a la inseguridad determinada por la propia atipicidad de su relación, son precisamente estos trabajadores los que estarían más necesitados de la clarificación de sus condiciones de trabajo. Se permite que la protección que se pretende a través de esta obligación de informar no sea disfrutada por aquellos que más lo necesitan. La contradicción en que incurre la directiva es evidente: si la armonización que se pretende es consecuencia principalmente del surgimiento de formas atípicas de empleo, excluir a algunas de éstas, precisamente las más atípicas, no se justifica.

Esta excepción a la regla general de determinación del ámbito de aplicación de la directiva se va a explicar exclusivamente en base al interés empresarial, entendiendo que la carga de suministrar todas estas informaciones es desproporcionada en relación con la escasa entidad de los servicios que va a recibir del trabajador. Y este interés empresarial va a ser primado sobre el de estos trabajadores, que sí tendrían necesidad de tales informaciones. No se trata de colectivos con una posición contractual especialmente fuerte que les pueda permitir pasar sin las garantías que les ofrece el ordenamiento. Resulta evidente cómo la finalidad general de protección va a ser una vez más sacrificada en el sacro altar de la flexibilidad laboral; en este caso, la verdad, la cosa no se justifica,

(45) Son, en concreto, la propuesta de directiva del Consejo relativa a determinadas relaciones laborales en lo que respecta a las condiciones de trabajo, y la propuesta de directiva del Consejo relativa a determinadas relaciones laborales en lo que respecta a las distorsiones de la competencia, ambas en COM (90) 228 final, presentadas por la Comisión al Consejo el 29-VI-1990, DOCE serie C, n°224, de 8-IX-1990. Esta última fue modificada el 7-XI-1990, COM (90) 533 final, DOCE serie C n°305, de 5-XII-1990.

(46) Sería éste un ejemplo más del uso indiscriminado de la expresión «flexibilidad» en el marco del Derecho del Trabajo, que se utilizaría como palabra mágica cada vez que se produce una limitación de los niveles legales de garantía del trabajador.

ya que la obligación de informar que se impone al empleador no es precisamente gravosa o de difícil cumplimiento: en última instancia no se trata más que de suministrar, de formas muy distintas, una información de la que el empleador ya dispone.

En relación exclusivamente con el trabajo a tiempo parcial podemos señalar la contradicción de esta previsible exclusión del régimen protector de la directiva con la doctrina sentada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto de esta forma de trabajo. En razón de la gran proporción de mujeres empleadas con esta modalidad de contrato, el Tribunal ha venido manejando una noción de discriminaciones indirectas para condenar legislaciones y prácticas nacionales que discriminaban desfavorablemente a los trabajadores a tiempo parcial, porque estas medidas tenían un efecto desproporcionado sobre la población laboral femenina (47). En este caso nos encontramos con una medida que puede perjudicar a los trabajadores a tiempo parcial, por más que encuentre su base jurídica en una previsión expresa de una norma comunitaria. Podría encontrarse aquí un supuesto más de discriminación indirecta contra la mujer, al negar en la práctica a un colectivo importante de éstas los beneficios que les supone el contar con toda esta información. Resulta curioso constatar cómo la directiva se separa de una de las pocas líneas de tendencia claras del Derecho comunitario, bien que de construcción jurisprudencial, en materia de formas de empleo: la protección de los trabajadores a tiempo parcial. Es de esperar que en su momento el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se manifieste sobre la validez de esta exclusión.

c) La segunda modalidad de articular exclusiones de la aplicación del régimen de la directiva se establece en el artículo 1.2.b). Según este precepto los Estados miembros podrán excluir de la aplicación de su normativa nacional de desarrollo de la directiva las relaciones laborales «de carácter ocasional y/o especial». En este caso, sin embargo, la exclusión no es discrecional para los Estados, sino que se condiciona a que «existan razones objetivas que justifiquen la no aplicación»; a diferencia de lo que ocurría en el supuesto anterior, en el que la autorización era incondicional. Las «razones objetivas» que justificaban la exclusión de éstas se encontraban en esa extraña defensa de la flexibilidad laboral de que hace gala la directiva, con lo que no se necesita que los Estados encuentren nuevas justificaciones.

En cuanto a la primera mención que se hace a los trabajos «de carácter ocasional», se plantea el problema interpretativo de coordinar este caso con el

(47) Sobre esta jurisprudencia, ver el completo estudio de GONZALEZ MUÑOZ, «La no discriminación por razón de sexo en la remuneración del trabajo a tiempo parcial: evolución normativa comunitaria y jurisprudencia del TJCE», *Gaceta Jurídica CEE*, septiembre 1991, pg.3; también PEREZ DEL RIO, «La dimensión social del Mercado Unico Europeo», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n°47, 1991, pg.385, en pg.421; WANK, «Atypische...», op.cit., pg.106; ROCELLA, «Comunità Europea...», op.cit., n° 46.

supuesto anterior, ya que es indudable que el trabajo temporal de menos de un mes, o el a tiempo parcial inferior a ocho horas semanales, son trabajos con este carácter ocasional. Y no es posible pensar que la directiva está haciendo referencia a unas mismas relaciones de trabajo en dos apartados distintos del mismo artículo. Máxime cuando en cada uno de ellos se establece un régimen distinto: posibilidad de exclusión discrecional en el primero, necesidad de una justificación objetiva en el segundo. Una interpretación posible sería aceptar que la ocasionalidad no se predica de los servicios prestados a la empresa, sino de la propia actividad del trabajador. Serían ocasionales los servicios de una persona que trabaja de forma discontinua o no profesional, cuya integración en el mercado de trabajo es ocasional (48).

Si se prefiere entender que la «ocasionalidad» hace referencia a la duración de los servicios prestados a una empresa determinada (49), la única forma de interpretar conjuntamente las dos partes del artículo 1.2 es hacerlo distinguiendo uno y otro en base a la duración del contrato o de la jornada laboral. Si se trata de un contrato de duración determinada e inferior a un mes, o de un trabajo a tiempo parcial con una jornada semanal inferior a las ocho horas, el Estado podrá determinar libremente la exclusión de la relación laboral del campo de la normativa nacional que desarrolle esta obligación de informar. Si, por el contrario, la duración del contrato o de la jornada excede de estos límites, aún siendo trabajo temporal o a tiempo parcial, la exclusión será también posible, aunque en este último caso hará falta que el Estado lo justifique en base a la existencia de estas «razones objetivas». Teniendo en cuenta, en todo caso, que se debe tratar siempre de un «trabajo ocasional», con lo que la duración o jornada, incluso superando esos mínimos fijados por la directiva, no podrán ser excesivos.

En esta materia la directiva está introduciendo un nuevo elemento de interpretación jurisprudencial, ya que será el Tribunal de Luxemburgo, en su caso, la instancia competente para determinar cuando existe esa ocasionalidad que justifique la exclusión. De esta manera, la directiva estaría ampliando aún más la posibilidad de excluir formas de trabajo atípico de su regulación, incurriendo de nuevo en la contradicción a la que antes hicimos referencia.

d) En relación con el segundo de los supuestos previsto en el artículo 1.2.b), los contratos de trabajo o relaciones laborales de carácter especial, hay que señalar que la directiva está haciendo referencia a dos realidades distintas. Estarían comprendidos en este grupo en primer lugar «los contratos de trabajo de carácter especial», entendiendo por tales aquellos que se separan del modelo normativo vigente en cada ordenamiento. Esta separación del modelo no debe referirse tanto al carácter temporal del contrato, o a lo limitado de la jornada, pues tanto los

contratos de duración determinada como el trabajo a tiempo parcial están ya previstos en los supuestos anteriores, sino a otros elementos fundamentales del contrato. Estamos pensando, por ejemplo, en modalidades contractuales en las que el intercambio de servicios profesionales por su retribución se ve acompañado por otras prestaciones, como ocurre con aquellos contratos con una finalidad formativa, del tipo del aprendizaje en su versiones antiguas y modernas; o que presentan especialidades en cuanto al lugar de prestación del trabajo, como en el trabajo a domicilio. En todo caso, la calificación de un contrato como especial dependerá de la existencia o no en cada sistema nacional de un modelo que el ordenamiento considere como ordinario o prototípico.

En cuanto a las relaciones laborales «de carácter especial», no creemos que la directiva esté utilizando esta denominación en un sentido técnico, al modo en que se hace en el artículo 2 de nuestro Estatuto de los Trabajadores. Y es que este mismo concepto de relación laboral especial, excluido de la normativa general sobre el contrato de trabajo, es ajeno a muchos de los ordenamientos laborales europeos. Más lógico es pensar que se trata de una especialidad en sentido material, algunas peculiaridades del trabajo a realizar o del modo en que este se presta, y con independencia de que se encuentren sometidos a un régimen jurídico diferenciado. Será esta especialidad la que motive la previsión en la directiva de esta exclusión; habrá que demostrar, en todo caso, que las particularidades de la relación laboral la justifican objetivamente. En el régimen de la directiva no basta con que una determinada relación laboral tenga particularidades, o incluso que sea calificada como especial por su ordenamiento nacional; es preciso además que existan esas razones objetivas para que sea posible determinar su exclusión (50). El artículo 1.2 no señala directriz alguna sobre que puede entenderse por estas «razones objetivas» que justifiquen la no aplicación de la legislación nacional de desarrollo de la directiva. Queda la determinación de éstas como competencia de los legisladores nacionales de los Estados miembros.

e) Señalaremos, por último, otros dos aspectos interesantes en relación con el ámbito de aplicación de la directiva: en primer lugar, lo paradójico que resulta excluir la obligación del empleador de informar por escrito en una serie de supuestos, como son los de modalidades contractuales y relaciones laborales especiales, en los que los ordenamientos nacionales suelen ser más estrictos en cuanto a las formalidades del contrato. Son estos contratos y relaciones especiales

(48) Esto sería coherente, además, con la segunda exclusión que se permite en el mismo apartado b), las relaciones «de carácter especial»; en este caso la especialidad no es algo que se predique en principio de la relación del trabajador con su empresa o de su grado de integración en ella, sino de la naturaleza del trabajo a prestar.

(49) Como parecen hacer GARCIA MURCIA & MARTINEZ MORENO, op.cit., pg.13.

(50) Más aún cuando, como ocurre en el caso español, la regulación de una determinada relación laboral especial no obedece siempre a las particularidades de ésta, sino también a causas históricas o puramente políticas; en general se puede decir que el panorama de las relaciones especiales de trabajo en nuestro ordenamiento es, desde esta perspectiva, bastante irregular. Sobre esta temática, ver FERNANDEZ GONZALEZ, «En torno a la significación de las relaciones laborales de carácter especial», en V.V.A.A., *Libro Homenaje al Profesor Bayón Chacón*, Madrid, 1980; con un interesante intento de sistematización, OJEDA AVILES, «Las relaciones laborales especiales: una perspectiva unitaria», *Relaciones Laborales*, nº7, 1990, pg.74.

las que tienen que formalizarse por escrito, con una serie de menciones obligatorias, en la mayoría de las legislaciones laborales de los Estados miembros.

En segundo lugar, destacar lo peculiar del mecanismo de exclusión de colectivos de trabajadores que recoge la directiva, ya que no ha sido normal hasta ahora dejarla en manos de los Estados, que es lo que se hace realmente en su artículo 1.2. Cuando se ha planteado la posibilidad de dejar fuera del ámbito de una directiva laboral a determinados trabajadores, éstos eran especificados en el texto de la propia norma comunitaria, bien en su articulado (51), bien por medio de anexos a éste (52); incluso cuando se dejaba a los Estados la posibilidad de excluir determinados colectivos de trabajadores, éste tenía que formalizarse de alguna manera a nivel comunitario (53). Parece que esta directiva presenta en este

- (51) Así se hace en la directiva 75/129, sobre despidos colectivos, en cuyo art.1.2 se excluyen de su régimen a determinadas categorías de trabajadores, como son los empleados de administraciones públicas o instituciones de Derecho público, o las tripulaciones de buques marítimos.
- (52) Como se hacía en la directiva 80/987, sobre protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario. Su art.1.3 permite que los Estados excluyan del sistema de garantía que la directiva establece a determinadas categorías de trabajadores, según se dice, «en razón de la naturaleza especial del contrato de trabajo o de la relación laboral de aquéllos, o en razón de la existencia de otras formas de garantía que ofrezcan a los trabajadores asalariados una protección equivalente a la que resulta de la presente Directiva»; esta exclusión sólo podrá operar, sin embargo, respecto de una lista de categorías de trabajadores que figura en un anexo al texto de la directiva.
- (53) Este era el caso de la directiva de 1980, que acabamos de ver. En ella la exclusión de categorías determinadas de trabajadores se va a realizar por iniciativa de los propios Estados, como vimos. Sólo es válida, sin embargo, si se formaliza en el anexo «ad hoc» de la directiva. En este punto se impone llamar la atención sobre la situación actual del ordenamiento español en esta materia: según la normativa laboral en vigor, el Fondo de Garantía Salarial, institución que cumple en nuestro país las funciones de garantía impuestas por la directiva 80/987, no actúa respecto de dos categorías de trabajadores: empleados del hogar y altos directivos. En ambos casos se trata de relaciones laborales especiales, sometidos a una normativa específica contenida en sus respectivos decretos reguladores. Pues bien, la directiva 87/164/CEE, de 2-III-1987, añadió un nuevo apartado a los anexos de la directiva 80/987, en el que se reconocía para España la exclusión de los «empleados domésticos al servicio de una persona física». Desde el punto de vista del Derecho comunitario España está incumpliendo la directiva de 1980 respecto de los altos directivos, y así lo han reconocido distintos tribunales españoles. Está por ver la opinión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a este respecto, sobre todo después de haber declarado hace poco la eficacia directa de esta directiva, al menos en lo relativo a los derechos garantizados; ver la sentencia FRANCOVICH, de 19-XI-1991, asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90. Sobre esta cuestión, véase ALONSO GARCIA, «Apunte sobre la progresiva integración judicial del Derecho comunitario en el ordenamiento laboral español», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº37, pg.727; ARANA NAVARRO, «La incorporación de la directiva 80/987/CEE...

punto, y respecto de sus antecedentes, un grado menor de intervencionismo, dejando un campo de actuación mayor para los Estados miembros; lo que se traducirá, sin duda, en un nivel de armonización también inferior.

V. ESPECIALIDADES EN RELACIÓN CON EL TRABAJADOR EXPATRIADO

a) Una de los elementos más innovadores de todo la regulación de la directiva 91/533 CEE es la regulación que hace de los supuestos de trabajadores expatriados por sus empresas para prestar sus servicios en el extranjero. En realidad, la norma comunitaria va a contener un régimen diferenciado para estos trabajadores, alterando el contenido de la información a suministrar, y el modo de hacerlo. Régimen más estricto que el general, sus particularidades vienen determinadas por la especialidad que supone prestar el trabajo en el extranjero, para lo que se requiere una protección acrecentada que viene desarrollada en el artículo 4 de la directiva.

La temática de los trabajadores desplazados por sus empresas al extranjero ha sido un foco de atención de las instituciones comunitarias desde hace bastante tiempo. En la situación actual de integración de las economías nacionales, y de intensificación de los intercambios comerciales, cada vez son más frecuentes los supuestos de trabajadores desplazados a otros países por sus empresas, generándose una movilidad de trabajadores muy distinta a los movimientos migratorios tradicionales: se trata aquí de una «movilidad en el empleo» (54), en la que no se busca un trabajo, y que se produce por iniciativa y en interés de la empresa. Tal movilidad hace surgir importantes cuestiones de todo tipo, desde de determinación de la legislación laboral aplicable a estos trabajadores hasta de articulación de mecanismos adecuados de protección de éstos. Cuestiones que en el estado actual del Derecho comunitario no encuentran una solución válida (55).

- Derecho español», *Gaceta Jurídica CEE*, noviembre de 1991, pg.3; «Directivas y responsabilidad estatal», *Actualidad Laboral*, nº20, 1992, pg. 1151; BORRAJO DACRUZ, «Exclusión del personal de alta dirección del FOGASA», *Actualidad Laboral*, nº 1, 1990, pg.42; del mismo, «FOGASA y personal de alta dirección», *Actualidad Laboral*, nº34, 1991, pg.1775.
- (54) En la denominación de LYON-CAEN, que ha hecho fortuna; «Le droit, la mobilité et les relations du travail: quelques perspectives», *Revue du Marché Commun et de l'union européenne*, nº344, 1991, pg.108.
- (55) Sobre estos problemas, y las soluciones arbitradas por las instituciones comunitarias, véase LYON-CAEN, op.cit; del mismo autor, «La mise à disposition internationale de salarié», *Droit Social*, nº12, 1981, pg.747; CASAS BAAMONDE, «Desplazamientos temporales de trabajadores en el interior de la Comunidad Europea y libertades comunitarias de los empresarios», en V.V.A.A., *El espacio social europeo*, Valladolid, 1991, pg. 100.

b) Las instituciones comunitarias han venido estudiando tradicionalmente la problemática de los trabajadores desplazados temporalmente por sus empresas en el interior de la Comunidad, con ocasión del ejercicio por parte de sus empleadores de las libertades empresariales comunitarias, fundamentalmente la libre prestación de servicios. Se trata de desplazamientos limitados al interior de la Comunidad, y con un carácter instrumental y auxiliar en relación con la libertad comunitaria que se ejerce. Así lo ha venido reconociendo el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuya jurisprudencia es hasta el momento lo más claro y preciso en cuanto al régimen jurídico de estas operaciones (56). Este tipo de desplazamientos provocaba problemas de conflicto de leyes, al tener que determinarse cuál era la legislación laboral que correspondía aplicar a estos trabajadores. Ante las evidentes limitaciones de las normativas nacionales de Derecho internacional privado, se ha planteado la necesidad de una intervención armonizadora comunitaria que establezca un régimen común en toda la Comunidad. Tras unos primeros intentos fallidos (57), se consiguió una cierta homogeneización de esta materia por medio del *Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales*, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980. En este Convenio, norma fundamental en la política comunitaria de armonización del Derecho internacional privado en materia de obligaciones contractuales, se dedica un artículo 6 a la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo, además de la posible aplicación de los criterios generales sobre determinación de la legislación aplicable (58). Las limitaciones de este

(56) Hay que mencionar, como pronunciamientos más importantes en esta materia, las STJCEE VAN BINSBERGEN, asunto 37/74; CODITEL, de 18-II-1980, asunto 67/79; WEBB, de 17-XII-1981, asunto 279/80; SECO, de 3-II-1983, asuntos 61/81 y 62/81; y VAN WESEMAEL, de 18-I-1979, asunto 110 y 117/78.

(57) En concreto, se presentó una proposición de reglamento del Consejo «relatif aux dispositions concernant les conflits de lois en matière de relations de travail à l'intérieur de la Communauté», proposición presentada por la Comisión el 23-III-1972, DOCE serie C, nº49, de 18-V-1972, y modificado posteriormente en 1976, COM(75)653 final, de 28-IV-1976. Sobre estos proyectos, ver CASAS BAAMONDE, op.cit., pg.103; RODIERE, «Le projet européen de règlement uniforme des conflits de lois en matière de relations de travail», *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 1973, pg.4; y BENITEZ SALAS, «La loi applicable au contrat de travail et la libre circulation des travailleurs dans la Communauté», *Revue du Marché Commun*, nº283, 1985, pg.33.

(58) Sobre la regulación del contrato de trabajo en este convenio, véase CASAS BAAMONDE, op.cit., pg.112; MORSE, «Consumer contracts, employment contracts and the Rome Convention», *International and Comparative Law Quarterly*, nº1, 1992, pg.21; LYON-CAEN, *Les relations du travail internationales*, París, 1991, pg.54; ZABALO ESCUDERO, «La Convención CEE sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y el contrato de trabajo», *Revista de Instituciones Europeas*, nº2, 1983, pg.529; de la misma autora, *El contrato de trabajo en el derecho internacional privado*, Barcelona, 1983.

Convenio, que ni siquiera ha sido suscrito por la totalidad de los Estados miembros, para tratar las peculiaridades de estos desplazamientos fueron inmediatamente notorias (59), y ésto ha llevado a que la Comisión haya presentado recientemente una propuesta de directiva específica sobre este problema (60). El principio general establecido por el texto proyectado es que va a existir en cada Estado miembro un «núcleo duro» de su regulación laboral que se aplicará a todos los trabajos desarrollados en el interior de su territorio, con independencia de que el contrato de trabajo se haya celebrado conforme a la legislación de otro Estado, o se halle sometido a su normativa; se está intentando con ello una armonización limitada de las normas de conflicto de leyes de los Estados miembros en materia laboral, circunscrita a los desplazamientos temporales de los trabajadores con ocasión del ejercicio por sus empleadores de estas libertades comunitarias.

c) Este enfoque tradicional se ha visto completado por uno nuevo, más centrado en la defensa del trabajador, cuya primera manifestación ha sido precisamente el artículo 4 de la directiva 91/533. En esta nueva aproximación al problema lo determinante no va a ser elegir la legislación aplicable al contrato de trabajo, ni evitar posibles distorsiones de la competencia, sino garantizar a los trabajadores el ejercicio de los derechos que la directiva les reconoce, ante los problemas que el desplazamiento podría producir para ello. Lo determinante va a ser, a estos efectos, que el trabajador comunitario va a verse obligado a salir de su país para prestar sus servicios profesionales en el marco de una relación de trabajo; y no, como ocurría en el supuesto anterior, que se entra en un Estado miembro para prestar un trabajo. Es indiferente que el Estado de destino sea o no miembro de la Comunidad, que el desplazamiento sea intra o extracomunitario; o que se ampare en una libertad empresarial comunitaria, o deje de hacerlo. Lo único que interesa a estos efectos es que el trabajador se traslada al extranjero por motivos profesionales, es «expatriado», en la terminología de la directiva. Va ser esta expatriación la que justifique la previsión de un sistema de garantías más intenso, y también será lo que determine su aplicación en cada caso concreto.

(59) Sobre estas limitaciones, ver CASAS BAAMONDE, op.cit., *passim*; DURAN LOPEZ señala esta materia como una de los campos en los que es claramente necesaria una intervención armonizadora de la Comunidad; vid «La armonización de los ordenamientos laborales de los estados miembros de la CEE. Problemas, alternativas y soluciones», *Revista de Instituciones Europeas*, nº1, 1990, pg.71, en pg.100.

(60) COM (91) 230 final, presentada por la Comisión al Consejo el 28-VI-1991, DOCE serie C nº225, de 30-VIII-1991. Esta directiva aparecía ya prevista en el Programa de la Comisión de aplicación de la Carta social comunitaria, dentro de su punto 4, dedicado a la libre circulación de trabajadores. Sobre este proyecto, ver MARTINEZ MURILLO, «Cesión...» op.cit., *passim*; del mismo autor, «La subcontratación en la Comunidad», *Gaceta Jurídica CEE*, febrero 1991, pg.17; PEREZ-ESPINOSA SANCHEZ & MARTIN SERRANO, *Las empresas de trabajo temporal; consideraciones y propuesta para su reglamentación en España*, Madrid, 1991, pg.38.

d) En principio, estas especialidades en materia de información van a aplicarse «en caso de que el trabajador tenga que ejercer su trabajo en uno o varios países distintos del Estado miembro a cuya legislación o práctica estén sujetos el contrato o la relación laboral». Así pues, es el dato de prestarse el trabajo fuera del país cuya legislación resulta de aplicación a la relación o contrato laboral lo que dará lugar a que se aplique el régimen especial, y no el general. Lo determinante para comprobar si hay una expatriación no es, así, el Estado cuya nacionalidad tenga el trabajador, ni el lugar en el que se presten normalmente los servicios, sino el Estado a cuya legislación o práctica estén sujetos el contrato o la relación laboral. Siempre que, claro está, esta legislación sea la de un Estado miembro, con lo que se está suponiendo que el país de origen va a estar dentro de la Comunidad. El país o países de destino, donde se prestarán efectivamente los servicios, pueden estar fuera o dentro de la Comunidad, no siendo este dato significativo a estos efectos.

Dos limitaciones se establecen en la directiva en cuanto a la extensión de este régimen particular: la primera es que éste sólo regirá cuando el trabajo sea «normalmente» prestado en el extranjero, lo que excluirá todos los desplazamientos ocasionales o producidos por motivos extraordinarios. Limitación importante desde un punto de vista cuantitativo, va a añadir la dificultad de tener que funcionar con un concepto, el de «normalidad», que no aparece definido en el texto de la directiva. Serán los tribunales nacionales en aplicación de las normativas también nacionales de desarrollo de la directiva las que tengan que ir perfilando este concepto, con la eventual intervención, si llega el caso, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (61). Nos parece, sin embargo, una limitación razonable, toda vez que el artículo 4 está pensando exclusivamente en trabajadores contratados específicamente para trabajar en el extranjero; no hay que olvidar que establece una obligación a cumplir en el momento de celebración del contrato con estos trabajadores (62), por lo que habrá que saber ya desde este primer momento que el trabajador va a ser enviado fuera de su país.

La segunda limitación va a reducir aún más el ámbito de los beneficiarios de este sistema especial: según el apartado 3 del artículo 4, éste no será de aplicación «en caso de que la duración del trabajo fuera del país a cuya legislación y/o práctica estén sujetos el contrato o la relación laboral *no rebase un mes*». Limitación que en todo caso no va a tener una excesiva aplicación: dado que la exigencia de normalidad en la expatriación elimina por sí misma todos los

(61) MARTIN VALVERDE, op.cit., pg.188.

(62) En efecto, pues el art.4.1 señala que estos trabajadores gozarán de ciertas ventajas en relación con «el documento o los documentos a que se hace referencia en el artículo 3». Documentos que, como vimos, son los que hay que proporcionar al trabajador en un plazo máximo de dos meses tras la celebración del contrato; la obligación de suministrar estas informaciones hay que cumplirla en el momento inicial de la relación laboral, con independencia de que posteriormente haya que ir actualizando toda esta información.

desplazamientos ocasionales, no es muy probable que abunden las contrataciones de trabajadores para prestar sus servicios en el extranjero por tan poco tiempo, teniendo en cuenta los elevados costes que para la empresa suponen tales desplazamientos. Su operatividad va ser, por ello, reducida.

e) En cuanto a cual es el régimen aplicable a los trabajadores incluidos en el ámbito del artículo 4, hay que señalar que éste supone, básicamente, una modalización del régimen general del que disfrutaban la totalidad de las relaciones laborales, régimen del que se separará en los siguientes aspectos:

—en primer lugar, el trabajador expatriado tendrá derecho a recibir las mismas informaciones que los demás trabajadores, con algunas informaciones adicionales:

- a) la duración del trabajo ejercitado en el extranjero;
- b) la divisa en que se pagará la retribución;
- c) en su caso, ventajas en metálico y en especie ligadas a su aprobación;
- d) en su caso, condiciones de repatriación (63);

—en segundo lugar, toda esta información, la genérica y la especial, deberá ser entregadas al trabajador antes de su partida al extranjero. No se establece un plazo especial para estos supuestos, sino tan sólo se exige que la información esté en posesión del trabajador antes de que éste se desplace.

—en tercer lugar, y en lo relativo a la defensa judicial de sus derechos, éstos trabajadores no podrán en ningún caso ser sometidos a la exigencia de un requerimiento previo al empleador que ha incumplido su obligación de información, en los términos que acabamos de ver. Esto es, podrán acudir directamente al procedimiento judicial que la directiva prevé en cuanto se produzca el incumplimiento del empresario, sin tener que agotar el trámite previo de requerirle su cumplimiento.

VI. MECANISMOS PARA LA DEFENSA DE ESTOS DERECHOS

Para concluir el estudio de este directiva haremos alguna mención a un elemento que nos parece especialmente significativo, más que por su contenido

(63) La directiva parece distinguir entre estas informaciones entre algunas que habrá que proporcionar siempre, y otras que se suministrarán «en su caso». La diferencia entre ambos tipos de informaciones no está, a nuestro juicio, en que las primeras son de obligada información y las segundas no. Lo que nos parece pretende imponer el art.4.1 es que en todo caso el trabajador deberá conocer la divisa de pago y la duración del trabajo ejercido en el extranjero; ésto es, que ambos extremos deberán estar predeterminados en todo caso, y que lo acordado les deberá ser comunicado por escrito en las formas previstas en la directiva. Ningún trabajador podrá ser contratado por su empresa para prestar sus servicios en el extranjero sin conocer estos dos aspectos esenciales de su relación laboral, la duración de la expatriación y la divisa en que se le pagará. Las otras dos materias, las ventajas en metálico y en especie ligadas a la expatriación y las condiciones de repatriación, podrán ser o no acordadas por las partes; pero si lo son, tendrán que ser necesariamente recogidas por escrito en

en sí, de escaso alcance, por la novedad que supone la materia de la que se ocupa. Nos estamos refiriendo al artículo 8, que bajo la rúbrica de «Defensa de los Derechos» va a ocuparse de cuestiones procedimentales en relación con la puesta en práctica de los derechos reconocidos a los trabajadores.

En su apartado primero, el artículo 8 viene a decir que «los Estados miembros incorporarán a su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que todo trabajador que se considere perjudicado por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Directiva pueda hacer valer sus derechos por vía judicial». Este acceso a la vía judicial podrá ser limitado por los Estados nacionales de dos formas distintas:

—en primer lugar, podrán imponer que el acceso a la vía judicial sólo tendrá lugar «previo recurso a otras instancias competentes», según reza el artículo 8.1 in fine.

—en segundo lugar, podrán igualmente establecer que los recursos, judiciales o de otro tipo, sólo puedan ser elevados «tras haber transcurrido quince días sin respuesta a partir del requerimiento que el trabajador deberá efectuar al empresario». Esto es, se permite a los Estados miembros establecer un nuevo trámite, que deberá agotarse antes de esta vía judicial y, en su caso, a la vía previa a ésta; este nuevo trámite operará entre trabajador y empresario, y supondrá una nueva oportunidad para éste de cumplir las obligaciones de informar que le impone la directiva. Esta exigencia de requerimiento previo al empresario no regirá, sin embargo, si se trata de trabajadores expatriados, vinculados con contratos temporales, o que no estén cubiertos por algunos de los convenios colectivos relativos a la relación laboral.

El interés de este precepto es que está haciendo referencia a un aspecto inédito hasta ahora en las directivas estrictamente laborales, y que es la materia procesal laboral. Es decir, la directiva no sólo va a obligar a los Estados miembros a que desarrollen sus mandatos en una norma laboral, sino que también le impone la previsión de mecanismos judiciales adecuados para ponerlo en práctica los derechos que reconoce a los trabajadores. Por más que el artículo 6 afirme que «la presente Directiva no afectará a las legislaciones y prácticas nacionales en materia de (...) normas de procedimiento aplicables a la materia», lo cierto es que su artículo 8 está haciendo una clara incursión en temas procesales, exigiendo que se arbitren mecanismos judiciales para que los trabajadores ejerciten su pretensión contra los empleadores que han incumplido su obligación.

No es la primera vez que una directiva comunitaria hace referencia a estos temas. Así, en las tres grandes directivas sobre igualdad de trato de la mujer se van a contener menciones expresas a estos procedimientos. En la primera de ellas, la directiva 75/117, de 10 de febrero, relativa al principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos, se imponía a los Estados miembros la obligación de garantizar «la existencia de medios eficaces que permitan velar por el respeto a este principio (de igualdad de retribución)». Más clara y específica es la referencia a estos medios que se hace en las otras dos directivas sobre este tema, la 76/207, de 9 de febrero, que aplica el principio de igualdad de trato en materia de acceso al empleo, formación y promoción profesional.

nes de trabajo; y la 79/7, de 19 de diciembre de 1978, que hace lo propio en materia de seguridad social. En ambas normas se va a contener una previsión, de redacción prácticamente idéntica, sobre la obligación de los Estados miembros de establecer estos mecanismos: «los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato pueda hacer valer sus derechos por la vía jurisdiccional, después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes». Se especifica ya en estas últimas directivas que el mecanismo para hacer valer estos derechos deberá tener una naturaleza judicial, y se admite que los Estados miembros puedan establecer un procedimiento previo al acceso a la vía judicial. Ambos aspectos, como hemos visto, han sido recogidos en la directiva objeto de nuestra atención.

A pesar de estos precedentes, la previsión de estos mecanismos para la puesta en práctica de los derechos reconocidos en las disposiciones comunitarias no había trascendido hasta ahora a las directivas estrictamente laborales. Desde este punto de vista, la directiva 91/533 resulta innovadora al extender unas previsiones ya existentes en el campo de la protección contra la discriminación al campo del Derecho comunitario del trabajo. No parece, además, que ésta sea una iniciativa aislada o sin continuidad: la propuesta de modificación de la directiva 75/129 sobre despidos colectivos (64), prevista ya en el Programa de la Comisión sobre la aplicación de la Carta Comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, prevé la introducción en el texto originario de 1975 de un artículo 5bis, según el cual «los Estados miembros deberán garantizar la existencia de procedimientos judiciales con objeto de hacer cumplir las obligaciones establecidas en la presente Directiva a instancia de los representantes de los trabajadores y los propios trabajadores y, en particular, la existencia de procedimientos que permitan declarar nulos los despidos colectivos de que se trate, sin perjuicio del posible recurso a otros procedimientos». Texto este último mucho más directo y expresivo que el del artículo 8, hace referencia sin embargo a una misma realidad. Parece, por ello, que hay una tendencia del legislador comunitario de acompañar el reconocimiento de determinados derechos a los trabajadores con el establecimiento de mecanismos que aseguren su puesta en práctica. La directiva 91/533 sería, así, precursora de una nueva forma de encarar los problemas de efectividad de las normas comunitarias.

VII. CONCLUSIONES

La directiva 91/533 es, a nuestro juicio, una clara muestra de la curiosa

(64) Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 75/129/CEE referente a la aproximación de las legislaciones nacionales de los Estados miembros que se refieran a los despidos colectivos; COM (91) 292 final, presentada por la Comisión al Consejo el 20 de septiembre de 1991, DOCE serie C, nº310, de 30-XI-1991, p. 5.

combinación de cal y de arena con la que las Comunidades Europeas nos vienen obsequiando en materia social desde la década de los años 80. La sucesión de grandes proyectos y pequeñas realizaciones, y la de pequeños proyectos que se plasman en realizaciones aún más pequeñas, se ha visto animada por la aprobación de esta directiva que nadie se esperaba, y que nadie se explica.

La cal la pone la propia aprobación de una directiva de esta importancia, con un contenido que en determinados Estados resultará difícil de adoptar; la arena se comprueba, sin embargo, si se controla el nivel de desarrollo de la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores (65), en cuya ejecución se engloba la directiva 91/533: en relación con las previsiones comunitarias, ésta que parecía ser una muestra de fuerza de la política social comunitaria en los primeros años noventa lo es, en realidad, de debilidad. Lo significativo no son las normas aprobadas, sino las que no han llegado a serlo. La 91/533, como directiva social en sí no está mal; como fruto señero del proceso de aplicación de la Carta social comunitaria, sabe a poco.

La misma sensación se tiene, como vimos, cuando se estudia el articulado de la directiva. Sorprende, en una primera impresión, la rotundidad con la que se establece la obligación general de suministrar estas informaciones. Sorprende también lo detallado y extenso del contenido que se fija al deber de informar al trabajador, con un amplio elenco de menciones que cubre a la práctica totalidad de los aspectos del contrato individual de trabajo. Tras este primer susto, la impresión de firmeza comienza a desinflarse a medida que se van estudiando las modalidades de ejecución de esta obligación general, a medida que se comprueba cómo se van presentando distintas alternativas a los Estados miembros en el desarrollo normativo de la directiva, y cómo se dejan múltiples opciones a los empresarios en el cumplimiento de su deber de suministrar estos datos. Tanto para unos como para otros, la directiva presenta unos mandatos «a la carta». Las posibilidades de excluir determinados colectivos de trabajadores, ampliamente reconocidas a los Estados por la directiva a la hora de delimitar su ámbito de aplicación, y las distintas opciones que se les ofrecen a lo largo de todo su texto, van a determinar una armonización efectiva de las legislaciones nacionales en esta materia de mucho menos alcance de lo que a primera vista podría parecer; alcance éste que va a depender, en última instancia, de la propia voluntad de los Estados miembros, del uso que hagan de estas distintas opciones y posibilidades que les ofrece la directiva.

Desde el punto de vista del empleador, la carga real que le supone poner todas estas informaciones en conocimiento del trabajador es de bastante poca importancia, ya que se trata de datos de los que debe necesariamente disponer para poder gestionar a su personal. En este sentido, se trata simplemente de trasladar esta

(65) Un estudio del estado de desarrollo de esta Carta puede encontrarse en la revista *Social Europe*, nº1, 1992, pg.212; también en BLANPAIN, *Labour law and industrial relations of the European Community*, Deventer, 1991.

información a unos sujetos con un interés directo en ella. No se entiende, por ello, que esta «carga» le tenga que ser aliviada en una serie de materias mediante la posibilidad de sustituir estas informaciones mediante la remisión a la normativa, de cualquier origen, que corresponda aplicar.

Por todo ello lo interesante de esta directiva no está sólo, a nuestro juicio, en la obligación de informar en sí misma considerada, con independencia de las mayores o menores dificultades que la puesta en práctica de ésta va a suponer a los Estados miembros. Son otros aspectos más o menos laterales que van a ir apareciendo a lo largo de su articulado los que van a poner de manifiesto las principales prioridades de la política social en el momento actual de la Comunidad. La directiva 91/533 es una hija de su tiempo en la medida en que refleja la propia anemia de una política social comunitaria en horas bajas; lo es también al poner énfasis en aquellos aspectos del mercado europeo de trabajo que más preocupan a las instituciones europeas a principios de los noventa.

La directiva refleja, así, la reacción de la Comunidad ante la constatación de la complejidad de este mercado de trabajo desde el punto de vista de las formas de empleo y de contratación. La diversificación de las formas de contratación, la aparición de nuevas modalidades de integración de los servicios profesionales en el ciclo productivo de la empresa, el desarrollo de nuevas estrategias en la gestión del personal, la propia adaptación del marco jurídico-laboral en los Estados miembros para dar entrada a todas estas realidades, van a complicar enormemente un mercado hasta hace poco caracterizado por la absoluta preeminencia de un modelo prototípico de relación de trabajo. De la constatación de este fenómeno, y de su propia importancia de cara a la consecución de los grandes fines de la Comunidad, se va a derivar una línea de actuación comunitaria en materia de formas atípicas de empleo. En esta actuación las instituciones europeas han adoptado una estrategia también nueva, con la experiencia ganada tras el fracaso de su política en esta materia a lo largo de los años ochenta. Estrategia diferenciada, que se ocupa de las principales modalidades de trabajo atípico como si de un fenómeno unitario se tratara, pero que distribuye las medidas armonizadoras en distintos instrumentos en función de la materia.

En este entorno económico y jurídico la identificación de los elementos definitorios fundamentales de cada relación de trabajo adquiere una dimensión nueva, una importancia de primer orden tanto respecto del trabajador individual como en relación con el conocimiento del mercado de trabajo. Desde esta perspectiva, la directiva 91/533 va a ser una nueva pieza en la ofensiva comunitaria hacia una armonización en materia de empleo atípico, reflejando tanto la prioridad que se da a esta temática en el panorama de los años 90, como la estrategia de aproximación lateral que se está intentando poner en práctica. El logro de un nivel aceptable de transparencia en un mercado de trabajo enturbiado por la proliferación de formas de empleo se configura como un elemento fundamental en esta estrategia, y como el objetivo fundamental de esta directiva.

La directiva 91/533 refleja también en su contenido otra de las preocupaciones fundamentales de la Comunidad en materia laboral, la de los desplazamientos temporales de los trabajadores a países extranjeros por iniciativa de las empresas

que los emplean. Tras unas décadas en las que los movimientos de trabajadores en la Comunidad tenían un carácter fundamentalmente migratorio, con trabajadores que se desplazaban en su interior a la búsqueda de un empleo, y para el que el Derecho comunitario había ya elaborado un marco bastante completo y efectivo, esta nueva forma de movilidad va a complicar la situación, produciendo un flujo importante de personas para el que el ordenamiento europeo no tiene una respuesta suficiente. Este fenómeno, que se incrementa a medida que la integración de los mercados nacionales se hace más completa, es fundamental para el ejercicio por las empresas europeas de las libertades fundamentales que el Tratado de Roma les reconoce; desde esta perspectiva ha sido analizado por la Comunidad, y en base a ella se han venido tomando medidas más o menos efectivas. En esta directiva, sin embargo, la perspectiva cambia, y son los intereses de los trabajadores los que son tenidos en cuenta a la hora de adoptar medidas armonizadoras. El mismo problema es tratado, así, en otra de sus facetas; y la acción comunitaria no se dirige a establecer un nivel real de garantías mayor para estos trabajadores, sino tan sólo a asegurar que estos disfruten de uno similar al del resto de los trabajadores europeos, arbitrando los mecanismos adecuados para que sus derechos legales puedan ser ejercitados válidamente a pesar de las dificultades que les supone el desplazamiento. Habría aquí, también, una aproximación diferenciada y selectiva al problema, buscando una armonización limitada de aspectos parciales de éste.

De esta manera, nos parece, el interés de la directiva 91/533 reside precisamente en lo representativa que resulta de la situación del Derecho Social Europeo a principios de los años 90: representativa de sus grandes esperanzas y de sus escasos resultados, de sus grandes debilidades y de sus débiles grandezas, de sus prioridades de actuación y de sus estrategias operativas. Resulta, así, un ejemplo vivo del momento por el que pasa este sector del ordenamiento europeo; un ordenamiento en el que la conciencia de las propias limitaciones no hace olvidar las propias responsabilidades. Las instituciones comunitarias tienen muy claro cuáles son los sectores en los que tienen que actuar para conseguir las finalidades que en el marco actual de la Comunidad se atribuyen a esta política; igualmente evidentes son las dificultades y limitaciones para su puesta en práctica. A la vista de ambas realidades, se ha intentado una línea de intervención modesta en cuanto a sus realizaciones concretas, y realista en cuanto a sus previsiones. Que esta sea la única política social posible en el actual momento de la Comunidad puede ser cierto; que sea todo a lo que se puede aspirar después de tantos años de vivir en Comunidad resulta, en todo caso, triste.

EL REGIMEN DE FALTAS Y SANCIONES EN EL CONVENIO GENERAL DE LA CONSTRUCCION

Por MARIA ANTONIA CASTRO ARGÜELLES *

SUMARIO: I. Introducción. II. Nueva ordenación de las faltas y sanciones: 1. *La reserva en materia sancionadora*. 2. *Sustitución de la Ordenanza Laboral*. III. Aproximación inicial a la regulación de las faltas y sanciones: 1. *Contraste Ordenanza- Convenio*. 2. *Delimitación general de faltas y sanciones*. IV. Clasificación de las faltas: 1. *Incumplimientos de la prestación de trabajo*. 2. *Desobediencia e indisciplina*. 3. *Disminución del rendimiento y falta de diligencia*. 4. *Transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza*. 5. *Otros incumplimientos*. V. Sanciones: 1. *Tipología de sanciones*. 2. *Procedimiento sancionador*. 3. *Efectos de las sanciones*. VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCION

El ET condiciona el ejercicio efectivo de la potestad disciplinaria existencia de una graduación de faltas y sanciones. De acuerdo con el art. 58 ET corresponde a la negociación colectiva la elaboración de esta graduación; no obstante, son numerosos los supuestos en los que los convenios, o bien guardan silencio sobre el particular, o bien remiten en este punto a la Ordenanza Laboral (en adelante, OL) transitoriamente vigente (1). Lo cual, dicho sea de paso, y a pesar de que poco se ha considerado especialmente relevante, pues la negociación colectiva en muchos casos no ha hecho otra cosa que transferir al convenio colectivo el contenido de los preceptos reglamentarios (2).

En este contexto normativo, puede tener interés el estudio del régimen de faltas y sanciones recogido en el Convenio Colectivo General de la Construcción (publicado por resolución de la DGT de 4 de mayo de 1992, BOE 20 de ma-

* Doctora en Derecho y Profesora de Derecho del Trabajo de la Universidad de Oviedo.
(1) En este sentido un considerable número de convenios colectivos no contemplan el régimen de faltas y sanciones. Sobre el tema, CRUZ VILLALON, J. y GARCÍA MURCIA, J.: «La regulación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos (1980-1982)», RPS nº 137, 1983, pág. 478.
(2) CRUZ VILLALON, J. y GARCÍA MURCIA, J.: «La regulación de las condiciones de trabajo en los convenios colectivos (1980-1982)», RPS nº 137, 1983, pág. 478.