

ESTUDIOS

Aspectos nacionales y transnacionales de la negociación colectiva en la crisis
Silvana Sciarra

El nuevo Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo
Jesús Cruz Villalón

La prohibición de fumar en los centros de trabajo: balance de la Ley 28/2005 y perspectivas de futuro
Carolina Gala Durán

Reforma de la regulación del comité de empresa europeo
Rafael Gómez Gordillo

El trabajador económicamente dependiente en el Derecho alemán: el cuasitrabajador
Teresa Portero Velasco y Martín Frölich

MERCADO DE TRABAJO

A vueltas con la productividad. Informe de coyuntura sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (segundo trimestre de 2011)
Santos Ruesga Benito
José Luis Martín Navarro
Laura Pérez Ortiz

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN COLECTIVA

Universidad de Cádiz
Designación de delegados de prevención en los comités de seguridad y salud en la Administración pública
María del Junco Cachero

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Sevilla
Doble escala salarial por decisión unilateral de la empresa con efectos colectivos
María Sepúlveda Gómez

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga
Sobre el reconocimiento del derecho a la protección por riesgo durante la lactancia natural
Juan Carlos Álvarez Cortés
Juan José Plaza Angulo

DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén
La territorialidad como determinante de la competencia en materia de conflictos colectivos
José María Moreno Pérez

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía
M^a Dolores Rubio de Medina

111

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
111/2011 - Cuarto Trimestre

TEMAS LABORALES 2011



ISSN: 0213-0750 <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO



Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE EMPLEO

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

111

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Avda. República Argentina
núm. 25, 1ª planta
41011 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

MANUEL RECIO MENÉNDEZ
Consejero de Empleo

VOCALES

JUSTO MAÑAS ALCÓN	Viceconsejero de Empleo
ESTHER AZORIT JIMÉNEZ	Directora General de Seguridad y Salud Laboral
DANIEL A. RIVERA GÓMEZ	Director General de Trabajo y Seguridad Social
ANTONIO ANGULO MARTÍN	Presidente de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía
VICTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Y BRAVO-FERRER	Consejero Permanente de Estado
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJO DE REDACCIÓN

MANUEL RECIO MENÉNDEZ	Consejero de Empleo
MERCEDES RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Presidenta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
MANUEL ALCAIDE CASTRO	Catedrático de Organización de Empresas Universidad de Sevilla
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Huelva

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Sevilla

SECRETARIO

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA
Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Huelva

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1º, Sevilla (41011). Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual -incluye cuatro números trimestrales y especial monográfico- 72 euros. Número suelto: 18 euros

Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES CONSEJERÍA DE EMPLEO JUNTA DE ANDALUCÍA	DEPÓSITO LEGAL: SE-1.077/96 I.S.S.N.: 0213-0750 Imprime: ALP Impresores S.L.
---	--

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 111/2011
Cuarto Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

Aspectos nacionales y transnacionales de la negociación colectiva en la crisis	13
SILVANA SCIARRA	
El nuevo Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo ..	35
JESÚS CRUZ VILLALÓN	
La prohibición de fumar en los centros de trabajo: balance de la Ley 28/2005 y perspectivas de futuro	49
CAROLINA GALA DURÁN	
Reforma de la regulación del comité de empresa europeo	85
RAFAEL GÓMEZ GORDILLO	
El trabajador económicamente dependiente en el Derecho alemán: el cuasitrabajador	121
TERESA PORTERO VELASCO Y MARTÍN FRÖLICH	

2. MERCADO DE TRABAJO

A vueltas con la productividad. Informe de coyuntura sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (segundo trimestre de 2011)	137
SANTOS RUESGA BENITO	
JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO	
LAURA PÉREZ ORTIZ	

3. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

REPRESENTACIÓN Y PARTICIPACIÓN COLECTIVA	
Universidad de Cádiz	
Designación de delegados de prevención en los comités de seguridad y salud en la Administración pública	171
MARÍA DEL JUNCO CACHERO	
RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO	
Universidad de Sevilla	
Doble escala salarial por decisión unilateral de la empresa con efectos colectivos	181
MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ	

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Málaga

Sobre el reconocimiento del derecho a la protección por riesgo durante
la lactancia natural 195

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

JUAN JOSÉ PLAZA ANGULO

DERECHO PROCESAL LABORAL

Universidad de Jaén

La territorialidad como determinante de la competencia en materia de
conflictos colectivos 211

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ

5. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía .. 223

M^a DOLORES RUBIO DE MEDINA

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals –IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral (Perú)*, *Arbeit und Recht (Alemania)*, *Australian Journal of Labour Law (Australia)*, *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (Francia)*, *Bulletin of Comparative Labour Relations (Bélgica)*, *Canadian Labour & Employment Law Journal (Canadá)*, *Comparative Labor Law & Policy Journal (Estados Unidos de América)*, *Diritti lavori mercati (Italia)*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA-Alemania)*, *Giornale di Diritto del Lavoro (Italia)*, *Industrial Law Journal (Sudáfrica)*, *Industrial Law Journal (Reino Unido)*, *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations (Holanda)*, *International Labour Review (OIT)*, *Japan Labor Review (Japón)*, *Labour Society and Law (Israel)*, *Lavoro e Diritto (Italia)*, *Relaciones Laborales (España)*, *Revista de Derecho Social (España)*, *Revue de Droit du Travail (Francia)* y *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Alemania)*.

Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter, está destinada fundamentalmente a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos inéditos de investigación y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

La remisión de originales, de acuerdo con el formato de estilos que caracterizan a la Revista –en especial, en lo que respecta a la extensión máxima de 30 páginas, inclusión de extracto, interlineado sencillo y cuerpo principal a 12, y que pueden consultarse en detalle en el archivo que sobre reglas de estilo se localizan su espacio web específico (pinchando sobre el icono de la Revista)- y siempre debidamente identificados en cuanto a su autoría, se efectuará por correo electrónico a las siguientes direcciones: jesuscruz@us.es y/o chano@uhu.es. Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

WEB, HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

La Revista TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social dispone de un espacio web específico en el que junto a las reglas de suscripción y distribución y otras características técnicas, pueden ser consultados todos sus contenidos. Debidamente clasificados por número de edición, autor, título, tipo de artículo y materia, en la base de datos creada al efecto.

<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE ANDALUSIAN
REVIEW
Nº 111/2011
Fourth Trimester

INDEX

1. STUDIES

National and transnational aspects of collective bargaining in the crisis .. SILVANA SCIARRA	13
The new regulation on the procedure of collective redundancies JESÚS CRUZ VILLALÓN	35
The ban of smoking in the workplace: review of Law 28/2005 and future prospects CAROLINA GALA DURÁN	49
Regulatory reform of the European Works Council RAFAEL GÓMEZ GORDILLO	85
Economically dependent self-employment in German law: the quasi-worker TERESA PORTERO VELASCO Y MARTÍN FRÖLICH	121

2. LABOUR MARKET

Turn to productivity. Report on the labour market situation in Spain and Andalusia (second trimester 2011) SANTOS RUESGA BENITO JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO LAURA PÉREZ ORTIZ	137
---	-----

3. JUDICIAL COMMENTS

REPRESENTATION AND COLLECTIVE PARTICIPATION University of Cadiz Appointment of employee representatives in health and safety committees in the public sector MARÍA DEL JUNCO CACHERO	171
EMPLOYMENT CONTRACT REGIME University of Seville Double pay scale, unilaterally decided by the company with collective effects MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ	181

SOCIAL SECURITY BENEFITS

University of Malaga

About recognition of the right to protection risks during breastfeeding, 195

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

JUAN JOSÉ PLAZA ANGULO

LABOUR LEGAL CASE

University of Jaen

Territoriality principle, as a determinant of the jurisdiction of labour
courts in collective disputes, 211

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ

5. LEGISLATIVE REMARKS

Legislative comment about Autonomous Community of Andalusia 223

M^a DOLORES RUBIO DE MEDINA

ASPECTOS NACIONALES Y TRANSNACIONALES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA CRISIS*¹

SILVANA SCIARRA

Catedrática de Derecho del Trabajo y Derecho Social Europeo
Universidad de Florencia, Italia

EXTRACTO

Palabras Clave: Negociación colectiva, crisis, Acuerdos transnacionales

Uno de los efectos que está produciendo la globalización de la economía en el actual contexto de crisis es la aparición de nuevas fórmulas en la negociación colectiva transnacional que van más allá de los marcos normativos existentes, en la búsqueda de soluciones para la supervivencia empresarial y el mantenimiento de la productividad y el empleo. El trabajo recoge los aspectos generales y más destacables de estas nuevas tendencias, contrastando los diferentes y novedosos niveles de negociación y los contenidos de emergencia, a través de la referencia a Acuerdos transnacionales recientes y significativos por cuanto reflejan las nuevas vías de expresión de la negociación colectiva transnacional. Se contraponen y se complementan corrientes negociadoras centrifugas que desterritorializan la negociación colectiva, junto a otras que relocalizan el ámbito de aplicación de lo negociado. A partir de la observación de esta realidad, se plantean cuestiones centrales en torno a las relaciones entre fuentes colectivas, la legitimación de los sujetos negociadores, el carácter jurídicamente vinculante de lo negociado y, en definitiva, a la necesidad de vías de comunicación en el conjunto del ordenamiento jurídico, europeo y nacional, que sirva de marco flexible para esta dinámica realidad colectiva.

ABSTRACT

Key Words: Transnational agreements, crisis

One effect that is producing the globalization of the economy in the current crisis is the emergence of new forms of transnational collective bargaining which go beyond existing regulatory frameworks. This work, through study of the most significant agreements have been signed recently, describes the different levels of bargaining in which the contents are developed and emergency supplies are included. In order to highlight as the relocation of the areas as the extraterritorial application posed. That means the need to review traditional principles and concepts as well as the creation of a new regulatory framework, at European and at national level, more flexible for their development.

* Una versión más amplia de este trabajo aparecerá en el *Estudio en honor de Tiziano TREU*.

¹ Traducción: María Sepúlveda Gómez, Profesora C. Doctora Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla.

ÍNDICE

1. NUEVAS DIMENSIONES DE LAS RELACIONES SINDICALES: DESTERRITORIALIZACIONES Y RELOCALIZACIONES
2. UNA MIRADA A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRANSNACIONAL
3. ACUERDOS DE RELOCALIZACIÓN: ACUERDOS ENTRE PRODUCTORES Y CONTRATOS DE RED
4. EN LA PERIFERIA DEL ORDENAMIENTO GLOBAL: LA FIAT COMO METÁFORA DE LA ANOMALÍA ITALIANA

1. NUEVAS DIMENSIONES DE LAS RELACIONES SINDICALES: DESTERRITORIALIZACIONES Y RELOCALIZACIONES

A través del presente estudio se tratará de aportar una visión más allá de las fronteras de los últimos asuntos italianos, centrados en las relaciones de trabajo en la empresa automovilística Fiat, para tratar de identificar algunas de las tendencias en la negociación de la crisis. Es recurrente la referencia a la constante presión de la competitividad, inducida por la globalización de los mercados, como justificación de la situación de emergencia en la que operan los agentes sociales². A la misma corresponderían las prácticas de negociación y los resultados extraordinarios, precisamente porque extraordinario es el contexto en el que los actores económicos se están moviendo.

Mi estudio sobre la materia parte de premisas diferentes. La Fiat ocupa un lugar por sí misma en el variado panorama del sector automovilístico europeo y mundial, caracterizado por un reparto de los mercados -los consolidados y los emergentes- y por una fuerte carrera por la innovación por parte de los grandes grupos industriales. La concentración en la vertiente financiera de la crisis económica ha afectado profundamente las decisiones estratégicas de las empresas y las ha inducido en algunos casos hacia soluciones innovadoras, pese a la emergencia. Todo esto sucede en sistemas de relaciones sindicales que defino, con una metáfora geográfica, de desterritorialización y que describo con algunos ejemplos en el párrafo siguiente.

En este trabajo, orientado a captar las tendencias generales, más allá de las específicas vicisitudes de la Fiat, la globalización de los mercados emerge como recurso, no como una amenaza. Una doctrina con perspectiva en el futuro a largo plazo se pregunta acerca de los condicionamientos que los Estados nacionales representan para la toma de decisiones globales, eligiendo fórmulas a veces no transparentes en el otorgamiento de legitimación a sujetos privados³. Sin embargo los “gobiernos privados”, especialmente los portadores de intereses colectivos extendidos, merecen una amplia legitimación, precisa-

² Por todos, R. De Luca Tamajo, *I quattro accordi collettivi del gruppo Fiat: una prima ricognizione*, en Riv., 2011, III, y del mismo autor, *Accordo di pomigliano e criticità del sistema di relazioni industriali italiane*, en Riv., 2010, I, 797 ss.

³ S. Cassese, *Il diritto globale*, Einaudi, 2009. Problemática y rica en sugerencias la reconstrucción de C. Harlow, *The Concepts and Methods of Reasoning of the new public law: Legitimacy*, LSE working paper n. 19/2010, <http://ssrn.com/abstract=1713633>

mente porque intervienen siempre de modo incisivo a favor del crecimiento del ordenamiento global.

Un interrogante se encuentra en el trasfondo de las reflexiones que siguen. Al observar el microcosmos del asunto Fiat nos preguntamos si el derecho del trabajo de la crisis encuentra todavía acomodo en la negociación colectiva y si, para llegar a buen puerto, que por conocido puede transformarse en insidioso, sirve todavía la brújula de un regulador acreditado, listo para restaurar la confianza y el apoyo para muchos sistemas de normas que giran en torno al mismo. Fuera de la metáfora, parece urgente determinar si el Estado, a pesar de los desafíos que provienen del ordenamiento global y a pesar de los cambios que han seguido a la parcial pérdida de soberanía, sigue siendo el sujeto central, regulador creíble y fiable y al mismo tiempo inmerso en procesos de globalización que a su vez contribuye a determinar.

Procesos siempre abiertos -cambiantes- de fijación de estándares transnacionales trasladando el centro de gravedad regulador de los intereses colectivos. Toma cuerpo de esta manera el fenómeno de la desterritorialización de los procedimientos de negociación, que se analizará en breve.

A esta tendencia centrífuga, que elige como parámetro interno la transnacionalidad de los intereses y de las fuentes, se contraponen una tendencia opuesta, orientada a reubicar las relaciones sindicales en la realidad material en la que la crisis se manifiesta, con aspectos a menudo dramáticos. Tales tendencias, aparentemente contrapuestas, son en realidad paralelas y no se excluyen unas a otras. Ambas están orientadas a reforzar el funcionamiento de múltiples sistemas normativos, para la protección de los diversos niveles de intereses colectivos en juego, sin que sea necesario operar una ruptura del ordenamiento nacional y, lo que es más, sin impedir que se abran nuevos canales de comunicación con el ordenamiento supranacional.

En un sistema abierto de reglas en continua transformación la técnica de la gobernanza, dirigida a la negociación colectiva en sus múltiples formas, favorece la mezcla de papeles entre actores públicos y privados, como también la mezcla de las fuentes a las que, de vez en cuando, se hace referencia⁴. Intervenciones jurídicamente relevantes y complementarias entre sí se desarrollan sobre planos concurrentes: sujetos promotores de una reglamentación híbrida en cuanto a los intereses pueden revelarse débiles en la construcción de sistemas sancionadores adecuados a las normas producidas. Esto puede deberse a la carencia de legitimación de quien se erige como regulador dentro de un sistema privado de normas, sin perseguir una eficaz comunicación con el ordenamiento en su conjunto.

⁴ M.R. Ferrarese, *La governance tra politica e diritto*, il Mulino, 2010, 51 ss., y también 156 y ss.

Precisamente esto ocurrió en la agotadora búsqueda de consenso, dentro de las negociaciones en la Fiat. La laguna del ordenamiento italiano no ha sido todavía colmada con una intervención del Estado regulador; ni se ha visto la cara activa del Estado mediador, un tiempo de dedicación del incansable Ministro de Trabajo, atento a tejer los hilos de una negociación colectiva unitaria.

Por estos motivos, el sistema de relaciones sindicales en nuestro país, anómalo en el panorama comparado, deberá aprovechar las presiones que provienen de los mercados globales para volver a encontrar soluciones fuertes y consensuadas. Es paradójico que la globalización sea percibida a veces como una fuerza que disgrega la negociación colectiva y que esta solución sea saludada como el signo de una modernización del entero sistema de reglas.

2. UNA MIRADA A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA TRANSNACIONAL

Es oportuno tomar algunos ejemplos, derivados de la práctica reciente de la negociación transnacional, para intentar después encuadrar e interpretar los comportamientos de los sujetos colectivos dentro de los diferentes esquemas negociales.

De entrada se puede anticipar que no siempre la negociación de la crisis –en sus muchas expresiones a nivel global y local- genera en principio a los trabajadores individuales derechos tradicionalmente exigibles. Ni aquélla introduce protecciones seguras, tales como restaurar posiciones subjetivas lesionadas o reforzar situaciones de inseguridad en el empleo. En algunas realidades organizativas y productivas la negociación de la crisis no puede aspirar a soluciones generalizadas. La interdependencia entre el nivel nacional y el transnacional y la multiplicidad de soluciones posibles induce a veces a los agentes negociadores a la búsqueda de soluciones dotadas de efectos no propiamente normativos, sea por la naturaleza incierta y no siempre inmediata de la tutela de que se dispone, sea por la temporalidad -cuando no aleatoriedad- de la misma.

Se puede avanzar la hipótesis de que algunos pactos de la crisis crean en principio meras expectativas individuales, cuya plena realización está vinculada al cumplimiento de determinadas condiciones, como la disponibilidad real de recursos económicos, el acceso de la empresa al crédito y la eficiencia de la elección de las reestructuraciones propuestas, en relación a la tendencia del mercado.

Además, a causa de la fuerza disgregadora vinculada a la dimensión global de la empresa, o al inicio de procesos de reestructuraciones, se puede observar a menudo una fragmentación de los intereses colectivos, al punto de tener que declinar en plural la noción de solidaridad. Las múltiples expresiones de

solidaridad que se crean como efecto de la crisis dan lugar a cambios en las estructuras de intereses, que no se pueden estandarizar conforme a los modelos tradicionales⁵. Estas circunstancias acentúan los problemas de legitimación de los agentes negociadores e inciden sobre los niveles de la negociación, no reconducibles a esquemas rígidos de unión entre las fuentes colectivas. La función gradual y subsidiaria de la negociación descentralizada puede transformarse en una función de compromiso, de redistribución de los recursos disponibles, de reequilibrio entre los bienes a proteger, cuando no en una auténtica concertación de soluciones temporales a adoptar.

La teoría que apoya estas nuevas prácticas de mezclar los intereses colectivos es aún imprecisa en sus presupuestos. Se puede sugerir, parafraseando a Massimo D'ANTONA, que disminuye la "autoridad" del punto de vista legal, cada vez que la ley y el convenio colectivo se convierten en fuentes fungibles. Además, la amplia costumbre -en vez de lo excepcional- del recurso a la excepción respecto a los estándares generales predefinidos, muestra una progresiva marginación de las técnicas más tradicionales de protección.

Por efecto de la crisis las fuentes colectivas del derecho del trabajo se contaminan constantemente unas con otras, en el intento de interpretar y satisfacer aspectos nacionales y transnacionales, locales y globales, en el intento de hacer oír la voz de los grupos, de la colectividad más amplia, de los individuos, de los actores económicos, cada vez más cambiantes.

Para gobernar la complejidad se crean soluciones contractuales híbridas "entre el mercado y la jerarquía", como sucede, por ejemplo, en los contratos de redes, en las cadenas de subcontratación e incluso en los distritos industriales. Se expanden los límites de los grupos transnacionales y se inventan nuevos lazos entre empresas globales.

En las elaboraciones más sofisticadas de la teoría del derecho se comprende el sentido de un derecho global cuyas fuentes generadoras son, por una paradoja, buscadas "en la periferia del derecho, en las fronteras con otros sectores de la sociedad global"⁶. Cambian y se amplían los procesos de constitucionalización, más allá de la capacidad de influencia de los Estados, por encima de las instituciones políticas tradicionales, para volver después a vincularse con los ordenamientos nacionales, en busca de un ámbito local para la comprobación y puesta a punto de las protecciones.

Para dar cuerpo—y tal vez incluso alma—a la infinita diversidad de fuentes que apenas hemos esbozado aquí, es hora de ver algunos de los subsistemas sociales

⁵ He mantenido este punto de vista en S. Sciarra, *Notions of Solidarity in Times of Economic Uncertainty*, ILJ, 2010, 39,223 ss.

⁶ G. Teubner, *Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory*, en *Transnational Governance and Constitutionalism*, a cargo de C. Joerges et. Al., Hart Publishing, Oxford, 2004, 17.

producidos por una reciente negociación transnacional, originada, en un principio, a partir de una fuente europea, y desarrollada luego bajo la onda expansiva de una práctica, alimentada por la iniciativa de los mismos agentes económicos y sindicales.

Se trata de la Directiva sobre Comités de Empresa Europeos (CEU), refundida en 2009, cuya transposición a los ordenamientos de los Estados miembros tiene de plazo hasta el 5 de junio de 2011⁷. El 12 de abril de 2011, los interlocutores sociales italianos han firmado un comunicado conjunto al respecto. La anterior directiva de 1994, valorada positivamente en el resultado de su aplicación incluso antes de su completa operatividad, resultó ya en 1995 de interés para los Estados del espacio económico europeo que la tomaron como fuente. La Directiva, formalmente vinculante para 30 Estados y para las empresas y grupos empresariales que operan en ellos, desde hace algunos años ha funcionado como guía para la creación de estructuras de representación “global”, o integradas por la presencia de representantes de los trabajadores ocupados en países fuera de la Unión Europea y del EEE.

Interesa destacar a nuestros fines que los Comités de empresas globales han decidido actuar como verdaderos agentes negociadores, admitidos en las mesas de negociaciones transnacionales solos o con las estructuras sindicales. La galaxia de fuentes colectivas se ha enriquecido así con nuevas estrellas, o con acuerdos marco internacionales, innovadores en la forma y contenido, por lo tanto particularmente brillantes en el cielo de las nuevas relaciones sindicales desterritorializadas⁸.

La Directiva de 2009 podría considerarse un instrumento útil de apoyo a tales prácticas innovadoras. Además de una más clara especificación de los conceptos de información y consulta (art. 2.f y g), se hace hincapié en la pertinencia de la misma respecto al ‘nivel’ decisional de las cuestiones transnacionales tratadas (art. 1.3). Se acoge, además, una más firme indicación del legislador acerca del poder de representación colectiva del Comité de Empresa Europeo en la confrontación “de los trabajadores de la empresa o del grupo de empresa de dimensión comunitaria” (art. 10.1).

Todo indica que el Comité de Empresa Europeo puede adquirir una importancia cada vez mayor, bien por la obligación de instituir tal Comité, a cargo

⁷ Directiva 2009/38/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 6 de mayo de 2009, Diario Oficial de la Unión Europea L 122/28 de 16 de mayo de 2009. Cfr. A. ALAIMO, *La nuova direttiva sui comitati aziendali europei: un'occasione per ripensare la partecipazione dei lavoratori in Italia?*, CSDLE, n. 69/2009; F. DORSSEMONT-T. BLANKE (Dir.), *The Recast of the European Works Council Directive*, Intersentia, Antwerp, 2010.

⁸ Para confirmar el interés suscitado por estas fuentes, véase Comisión Europea, documento de trabajo, *The role of transnational company agreements in the context of increasing international integration*, Bruselas, 2 de julio de 2008, SEC (2008) 2155.

de la dirección central (art. 4), o por la protección hacia los representantes de los trabajadores, equiparados en el ejercicio de sus funciones a otros representantes activos en el lugar de trabajo, conforme a las distintas legislaciones nacionales (art. 10.3). A éstos les corresponde también un innovador derecho a la formación sin pérdida de retribución, en el caso “que ello sea necesario para el ejercicio de sus funciones” (art. 10.4).

En febrero de 2010 se firmó un primer acuerdo, considerado por muchos en perfecta sintonía con el espíritu de la directiva, en el grupo multinacional GDF Suez, operativo en el sector de la energía. Éste emplea a 200.000 trabajadores en todo el mundo, de los cuales 182.000 en Europa. El acuerdo global se ocupa de definir directrices sobre la aplicación de medidas para garantizar la salud y seguridad en el trabajo, a través de la prevención de riesgos, información, seguimiento y formación. Se trata de procedimientos que establecen criterios que se deben cumplir, sin acudir a la elaboración de normas vinculantes.

Las fórmulas adoptadas recuerdan códigos de conducta, más que cualquier otro instrumento firmado en la experiencia reciente de la evolución de la responsabilidad social corporativa. Cabe señalar que, en el caso que nos ocupa, la fórmula elegida es propiamente de negociación, casi para confirmar una opción técnicamente más avanzada de los códigos unilaterales. La fórmula adoptada es la de la reunión una vez al año del Comité de Empresa Europeo global e integrado por “4 representantes de empresas más allá de los límites de Europa” (art. 2.3).

Aún más interesante para nuestros propósitos es el acuerdo sobre las empresas europeas del grupo, considerado parte integrante del acuerdo global, que no afecta a otros niveles de información y consulta, ni al tratamiento más favorable a nivel nacional. El acuerdo se refiere a la sociedad dominante y sus filiales; la lista de éstas se puede modificar con el tiempo, en sintonía con la evolución del grupo y es objeto de una revisión anual. Las empresas sobre las que GDF Suez ejerce su influencia dominante se identifican conforme a la ley transposición francesa. La composición del Comité de Empresa Europeo es variable en número, ya que también puede incluir a representantes con voz pero sin voto, que provienen de empresas en las que GDF Suez tiene una participación del 10% al 50%. Indicativo de un enfoque dinámico en la creación de canales adecuados de representación es el establecimiento de grupos de trabajo permanentes dentro del Comité de Empresa Europeo, encargados de seguir temas específicos o sectores de actividad (art. 5.3).

Otra parte de este complejo mosaico de negociación es el “Acuerdo de grupo europeo relativo a la gestión del empleo y de competencias”, firmado en febrero de 2010. Éste explícitamente pretende garantizar “la continuidad del empleo”, incluso en casos de dificultad (capít. 3), a través de la construcción de trayectorias profesionales y de movilidad dentro del grupo, de acuerdo con una

“Guía de profesiones de GDF SUEZ”⁹. Las fórmulas utilizadas son deliberadamente programáticas y se limitan a indicar caminos estratégicos que el grupo tiene la intención de seguir con identificación de las profesiones con expectativas de futuro, así como las rutas de acompañamiento para las actividades con menor demanda en el mercado.

Se pone un fuerte énfasis en el acceso a la información para el desarrollo de la movilidad profesional, incluso mediante el uso de los acuerdos de descentralización en cada filial del grupo, “respetando los acuerdos existentes y la normativa local” (cap. 4). Los acuerdos pueden prever “viajes de reconocimiento”, los gastos de traslado del trabajador y su familia, la compensación por cambio de residencia, ayudas para la búsqueda de vivienda y otras medidas de incentivación. También se presta atención al desarrollo profesional de los trabajadores que se encuentran “en la segunda parte de su carrera”, en la que su ocupabilidad podría ser problemática y respecto de las cuales se podrían adoptar medidas especiales de “adaptación” (cap.5).

En el acuerdo se adopta una visión muy dinámica de la negociación, que debe interpretar el cambio de los requisitos para el empleo requeridos en áreas homogéneas de funciones, para llegar, si es necesario, a la individualización de medidas de formación o reciclaje. El Acuerdo europeo antes mencionado se inspira en los cánones de la llamada “anticipación del cambio.” Esta fórmula, difícil de ubicar dentro de tradicionales categorías jurídicas, recuerda más bien la actitud de management iluminado, o el uso de técnicas de gestión de recursos humanos. Ésta se utiliza con frecuencia en la jerga de las políticas sociales europeas, para describir las actividades de negociación llevadas a cabo por el Comité de Empresa Europeo, en contra de una interpretación amplia de las prerrogativas que la Directiva reconoce a los mismos. El resultado final, como se ha intentado señalar, no coincide con un acuerdo normativo, ya que no se ve el intento de los negociadores de generalizar las medidas convenidas, sino más bien de diferenciarlas y adaptarlas en un proceso siempre abierto en la creación de oportunidades de empleo.

Los acuerdos promovidos por GDF Suez son productos interesantes e innovadores de un derecho transnacional en acción, que se desarrolla en el contexto de las fusiones e incorporaciones de empresas, incluso más allá de

⁹ Una solución similar se encuentra en el Acuerdo de grupo firmado en París -y en otras ciudades europeas como Florencia- de Thales Alenia Space y de la Federación Europea de Metalúrgicos, el 11 de junio de 2009, centrada en el desarrollo de la profesionalidad de los trabajadores, la formación profesional, la igualdad de oportunidades, trayectorias profesionales, en el que el compromiso de los sindicatos metalúrgicos europeos se ha expresado a favor de la movilidad internacional de los trabajadores con altos niveles de profesionalidad.

los límites de la legislación europea¹⁰. La creación de un Comité de Empresa Europeo global, fruto de la creatividad de los sujetos colectivos, refleja el dinamismo de la empresa global, interesada, al menos en ciertas circunstancias, en garantizar la transparencia de los procesos de toma de decisiones. El acuerdo en cuestión tiene dimensiones transnacionales, tanto en el ámbito interno, que incluye a las empresas que operan en los Estados miembros de la Unión, como en el externo, en el que pierde de vista sus límites espaciales a fin de abarcar un universo en expansión. Ello parece inspirarse en una técnica inclusiva y poco formal, que utiliza el derecho comunitario derivado como rampa de lanzamiento para reforzar y generalizar fórmulas no propiamente normativas y sin embargo traducibles en tutela para los trabajadores individuales.

El último ejemplo de esta frenética actividad negocial es el “Acuerdo global sobre derechos fundamentales, diálogo social y desarrollo sostenible”, firmado en noviembre de 2010, que cuenta con la delegación de tres federaciones sindicales mundiales, representativas de los sindicatos nacionales en diferentes sectores de la actividad del grupo multinacional. El acuerdo vincula a GDF Suez a respetar los derechos consagrados en los Convenios de la OIT y otras fuentes internacionales, en materia de igualdad de trato, derechos sindicales, salud y seguridad, formación profesional, Seguridad Social. El grupo se compromete a respetar estos derechos cuando participe en licitaciones internacionales, y exige que quienes trabajen en régimen de subcontratación se abstengan “de tratar de evadir las obligaciones del empleador en contra los trabajadores dependientes ocultando lo que debería ser una relación laboral o recurriendo en exceso a trabajadores temporales o interinos”.

Una vez más, el tema central es la formación. El acuerdo remite a una futura negociación sistemas de aumento de la profesionalidad y el aprendizaje de nuevas profesiones. Además, a nivel de cada empresa del grupo se deberá proceder a la redacción de un plan de acción acordado con los sindicatos locales que lleve a la práctica los compromisos contraídos en el acuerdo global. La puesta en práctica descentralizada del acuerdo global es supervisada por un “grupo de referencia” constituido por los sindicatos mundiales firmantes y por representantes del grupo GDF Suez.

Para confirmar el potencial expresado por la nueva directiva sobre los Comités de Empresa Europeos, antes incluso de su aplicación formal por los Estados miembros, es útil recordar que una empresa multinacional con sede en los Estados Unidos, presente en más de 40 países, ha firmado recientemente un acuerdo para el establecimiento de un Comité de Empresa Europeo, en línea

¹⁰ La fusión entre GDF y Suez se realizó en 2008. Ambas sociedades habían constituido sus propios Comités de empresa europeos y procedieron a la negociación del nuevo Comité de Empresa Europeo integrado, en 2009.

con la novedad introducida por la fuente europea, eligiendo el Reino Unido como ordenamiento de referencia¹¹. También una empresa multinacional noruega ha favorecido el establecimiento de un “foro mundial de los trabajadores”, que incluye a dos trabajadores noruegos, dos miembros del Comité de Empresa Europeo no noruegos, dos provenientes de regiones de Asia, y uno en representación de los trabajadores de América y África. El criterio geográfico se acompaña por el de la representación numérica, que consiste en la elección de un representante por cada 1.000 trabajadores empleados en los países de referencia¹².

Tomemos ahora otro ejemplo de naturaleza diferente. El 14 de enero de 2010 se firmó por los interlocutores sociales europeos en el sector de la metalurgia un acuerdo de contenidos meramente procedimentales. Se trata de una fuente de nivel europeo que autoriza a los sujetos colectivos a firmar acuerdos, europeos también, centrándose en medidas de apoyo a los trabajadores afectados por la crisis económica y financiera. Una vez más, la fuente supranacional no es inmediatamente obligatoria, pero funciona como un marco de referencia y establece la legitimación para participar de los sujetos colectivos, encargados en otras sedes negociales de tratar cuestiones particulares.

En esta perspectiva, parece situarse el reciente acuerdo firmado por la EADS -una multinacional del sector aeroespacial y de defensa- y por una amplia delegación de sindicatos metalúrgicos activos en varios países europeos, además de por el Comité de Empresa Europeo¹³. El acuerdo de septiembre de 2010 establece que, tras la apertura formal de las negociaciones transnacionales acordada con los sindicatos, la dirección convocará con siete semanas de antelación a los sujetos negociadores, con los cuales mantendrá una reunión preparatoria tres semanas antes del encuentro para la coordinación de las posiciones de los sindicatos nacionales y también para indicar los nombres de los representantes de los trabajadores que han recibido el mandato de participar en las negociaciones. Si el Comité de Empresa Europeo ha alcanzado una posición sobre las cuestiones en discusión, puede transmitirla a la delegación sindical europea, mientras está en curso la fase preparatoria que se ha citado anteriormente. Los ejemplos citados, como ya se mencionó, no pretenden ser exhaustivos, sino más bien indicativos de las tendencias que se observan en la negociación transnacional. Volviendo nuevamente la mirada al debate italiano, observamos que la dimensión transnacional de la negociación colectiva se es-

¹¹ Donnelley, cuya sede principal está en Chicago, es un grupo que opera en el sector de la comunicación integrada. Véase en *European Employment Review*, 14 de enero de 2010.

¹² Acuerdo DNV de 2009, in *European Employment Review*, 15 octubre de 2009.

¹³ *European Employment Review*, 11 de noviembre de 2010. EADS fu creada en el 2000 por la fusión de sociedades francesas, alemanas y española y poco después negoció la formación de un Comité de Empresa Europeo (CEU).

capa, por ahora, a los negociadores nacionales, pese a la repetida -y a veces un poco nefasta- llamada a la globalización de los mercados y los intercambios que tienen lugar en ellos.

La centralidad de los aspectos financieros de la actual crisis económica y de las medidas para combatirla es el trasfondo de una cultura de la emergencia del conflicto colectivo, poco atenta a la amplitud de los conflictos sociales permanentes y tal vez con poca visión de futuro en la asistencia a las convocatorias de fusiones societarias para un correcto cumplimiento de los deberes de información y consulta de la empresa en los conflictos con los representantes de los trabajadores¹⁴.

Sólo queda esperar que estas experiencias no sean ignoradas en la esperada renegociación del acuerdo Fiat sobre Comité de Empresa Europeo. Para avanzar en el camino de un diseño de relaciones sindicales “globales”, dicho acuerdo podría aceptar cánones amplios de representación de los trabajadores, incluso de fuera de Europa¹⁵.

3. ACUERDOS DE RELOCALIZACIÓN: PACTOS ENTRE PRODUCTORES Y CONTRATOS DE RED

Se ha dicho anteriormente que, a raíz de la crisis y por los estímulos que proceden de los mercados globales, la negociación colectiva ha encontrado recientemente soluciones innovadoras en los contenidos y en los procedimientos. Se debe, en efecto, especificar que no siempre el término negociación aparece adecuado y técnicamente correcto para ilustrar las prácticas y los comportamientos de los negociadores, cuando los temas a tratar son de gran importancia social. En las negociaciones en cuestión a menudo intervienen entidades públicas, que se utilizan para la asignación de recursos económicos, así como para estimular su capacidad de mediación entre las partes.

En determinadas zonas geográficas, caracterizadas por una homogeneidad significativa en las actividades productivas, la crisis puede llevar a los agentes económicos, especialmente los que ocupan la cima en la cadena de productores o fabricantes, a tomar medidas unilaterales destinadas a prevenir o superar un temido o ya real declive. También puede suceder que las empresas, organizadas en red, reaccionen colectivamente a

¹⁴ Véase el informe de los últimos anuncios sobre el positivo aumento del control de Fiat en Chrysler, *il Sole 24 Ore*, 22 aprile 2011.

¹⁵ Los días 21 y 22 de junio 2011 se celebró en Turín en la sede de la OIT, una reunión del Sindicato Internacional de Trabajadores Metalúrgicos, con representantes de varios países europeos, Estados Unidos y Brasil. El objetivo de la misma era reforzar la coordinación global en la toma de las más altas decisiones empresariales sobre todos los temas estratégicos, con vistas a la creación de un Comité de Empresa Global.

la crisis, aprovechando un apoyo legislativo ligero, todavía en fase de rodaje, que les permite “ejercer en común una o más actividades económicas volviendo a sus respectivos objetos sociales con el propósito de aumentar la recíproca capacidad para la innovación y la competitividad en el mercado”¹⁶. El contrato de red sirve para estimular una relación virtuosa entre empresas, ya que comunica la energía necesaria para la investigación y la innovación y coordina las medidas para lograr mejores políticas fiscales¹⁷.

En la misma dirección, que la que promueve las sinergias entre los agentes económicos, se mueven los contratos de desarrollo¹⁸, también para atraer inversiones especialmente en las zonas desfavorecidas. Además de ampliar las medidas de apoyo no sólo al sector de la industria, sino también al de turismo y comercio, el punto a destacar es que estos contratos pueden interesar a más empresas, y así favorecer iniciativas no moleculares, que encuentran en regiones y provincias autónomas socios adecuados, incluso en calidad de copatrocinadores.

Las pequeñas empresas han reaccionado a la crisis también en términos de representación de sus propios intereses. Siguiendo un esquema de organización perturbador para el modelo italiano, CNA, Confcommercio, Confartigianato, Confesercenti y Casartigiani, ha creado en mayo de 2010, un organismo unitario, denominado “Red Empresas Italia”, que representa a artesanos, pequeños empresarios y comerciantes, abierto a la adhesión de otras asociaciones. Además de perseguir el objetivo de dar mayor voz a una realidad productiva que

¹⁶ Decreto Legislativo 10 de febrero 2009, n° 5, de medidas urgentes en apoyo de sectores industriales en crisis, con las modificaciones introducidas por la Ley de 9 de abril 2009, n° 33, y posteriormente modificado por el artículo 1.1 de la Ley de 23 de julio 2009, n° 99, sobre “Disposiciones para el desarrollo y la internacionalización de las empresas, así como energía”, art. 3.4.ter. El artículo 42 de la Ley de 30 de julio 2010, n° 122 (de conversión del Decreto Ley de 31 de mayo 2010, n° 78) concede para el período 31 de julio 2010 / 31 de diciembre 2013, facilidades a las redes de empresas, obteniendo vía libre de Bruselas, que no ha considerado ayuda de Estado la medida de aplazamiento del impuesto.

¹⁷ Entre los primeros ejemplos de contratos de red concluidos en 2010, véanse los firmados por RaceBo, red de once empresas del sector de la cadena Ducati, con un total de 600 empleados, con sede en la región de Emilia Romagna, <http://www.ilsole24ore.com/art/economia/2010-05-11/impresa-uscire-crisi-0800.shtml?uuiid=AYVAyBoB#continue>, y en la región Abruzzo el contrato Brioni (<http://www.ilsole24ore.com/art/economia/2010-06-10/reti-impresa-cruciali-servono-080500.shtml?uuiid=AY0IBPxB>). En la doctrina, F. Cafaggi (Dir.), *Il contratto di rete*. Comentario, il Mulino, 2009 y, en una perspectiva comparada y teórica, M. Amstutz - G. Teubner (Dir.), *Networks. Legal Issues of Multilateral Cooperation*, Hart Publishing, Oxford, 2009.

¹⁸ Introducido por el art. 43, Decreto Ley de 25 de junio 2008, n° 112, “Normas para el desarrollo económico, la simplificación, la competitividad, la estabilización de finanzas públicas y la igualación de impuestos”. Destacar la exclusión de las facilidades concedidas por la preventiva notificación a la Comisión Europea, como se describe en el Reglamento general de exención, Reglamento CE n 800/2008 de 6 de agosto de 2008. Véase el Decreto Ministerial de 24 de septiembre 2010, que regula los procedimientos para el otorgamiento de concesiones.

roza cerca de catorce millones de empleados, la unificación de la representación en un solo sujeto sirve para afrontar de una forma más incisiva los temas de relevancia transversal y para ser por sí mismo un interlocutor unitario en la confrontación con las instituciones. Esta solución aumenta el pluralismo de los sujetos colectivos en las organizaciones de empleadores y añade un nuevo criterio de representatividad intersectorial que hace pensar, por el momento, en la necesidad de coordinación de los representantes.

En lugar de ir a través de los esquemas tradicionales de negociación, los pactos de la crisis adoptan nuevas fórmulas de concertación, que se pueden definir como “acuerdos entre productores”. Estos acuerdos no siempre se justifican en razón de un vínculo sinalagmático, establecido entre sujetos contrapuestos. En vez de equilibrar un intercambio de compromisos, se combinan una serie de compromisos compartidos dentro de los esquemas de acción acordada. El objetivo es salvaguardar los intereses comunes, consistentes en la continuación de las actividades empresariales y la preservación de puestos de trabajo.

En el análisis que sigue, la selección de algunos casos ejemplares no pretende tener carácter de exhaustividad. Con la expresión *relocalización* se pretende señalar que algunas tendencias activas dan relieve a los acuerdos entre los productores alcanzados en específicas áreas geográficas, particularmente receptivas para el encuentro y la coordinación de iniciativas de cara a contrarrestar los efectos de la crisis. Especialmente en el tejido de las pequeñas y medianas empresas, las técnicas de prevención de los daños económicos derivados de una reducida capacidad productiva junto a técnicas de reacción y de propuesta, confirman la continua vitalidad de un parte destacada de la economía italiana.

El grupo IFI, apreciado, no sólo en Italia, en la producción de muebles de locales públicos, opera en estrecha colaboración con una cadena de pequeñas empresas especializadas en la zona de Pesaro. Éstas últimas, depositarias de un conocido patrimonio inestimable y reforzado por la proximidad territorial, se presentan como una auténtica red de productores. El grupo empresarial líder, interesado en la preservación de un *know-how* italiano, se ha propuesto desempeñar un papel, típico de los bancos, consistente en ofrecer garantías financieras, para limitar el riesgo de un debilitamiento del mercado y permitir a los proveedores y subcontratistas cumplir con los compromisos asumidos frente a los deudores y los trabajadores¹⁹.

Se trata, bien visto, de una iniciativa unilateral, tomada en la cima de una cadena de producción, para ayudar a superar una fase transitoria de la crisis a través de un modelo de relaciones inusuales entre los productores. Eso pa-

¹⁹ [http://www.ilsole24ore.com/art/SoleOnLine4/dossier/Economia% 20e%20Lavoro/2009/imprese-ripresa/articoli/dipendenti-fornitori-difesa.shtml](http://www.ilsole24ore.com/art/SoleOnLine4/dossier/Economia%20e%20Lavoro/2009/imprese-ripresa/articoli/dipendenti-fornitori-difesa.shtml).

rece implicar la aceptación, por los beneficiarios de la ayuda, de un esquema virtuoso en la gestión de la mano de obra, que se puede imaginar orientado a mantener los niveles de empleo.

En una senda más propiamente negocial se sitúa el “Protocolo de acuerdo en materia de sostenibilidad de la cadena Gucci”, firmado en septiembre de 2009 por Gucci, Confindustria, CNA, organizaciones sindicales y representantes sindicales unitarios. También en este caso el objetivo final es la conservación del know how dentro de un territorio geográficamente delimitado -el de Florencia- con la intención de preservar la excelencia de una marca apoyada por características de alta calidad. El deseo de preservar activos intangibles mantiene el desafío a la competitividad global, sobre la base sin embargo de una tradición empresarial consolidada en la gestión de acuerdos sindicales sobre responsabilidad social de la empresa. Desde 2004, funciona en la empresa un comité conjunto, que comprende representantes de los trabajadores, proveedores y subcontratistas, socios comerciales y comunidades locales.

Un ambiente tradicionalmente participativo es el telón de fondo del acuerdo de 2009, originado en medio de una contingencia económica preocupante. En el nuevo “Comité para la política de la cadena”, el objetivo compartido es la consolidación de calidad total, a través de la determinación de cuotas adecuadas, el respeto de estándares de responsabilidad social, un uso concertado de los “instrumentos de flexibilidad contractualmente disponibles”. Se prevé el recurso programado a protecciones sociales en situaciones de disminución de la producción y a fondos europeos, nacionales y provinciales para la formación de los trabajadores.

El acuerdo Gucci se inspira en una ética empresarial sólida, acompañada de un sistema de supervisión de las decisiones productivas y organizativas, para prevenir la expulsión de la cadena de los que no observan un comportamiento correcto. El apoyo de la empresa líder para garantizar el acceso al crédito y para ofrecer recursos formativos es una señal clara de cómo la relocalización de los acuerdos anti-crisis pueden facilitar el acceso a los nuevos mercados internacionales, recuperando competitividad y dificultando la marginación del mercado local. Se trata, como es evidente, de un acuerdo entre productores que, previendo medidas incentivadoras respecto a quienes cumplan los procedimientos acordados, sanciona de manera irreversible a quienes se apartan de los parámetros indicados²⁰.

Tomemos otro ejemplo de relocalización de acuerdos en la Toscana. El “Protocolo de economía de emergencia”, firmado por la Región Toscana y las confederaciones sindicales, se asienta sobre una resolución de la Junta, que

²⁰ La Repubblica, Toscana economía, informa el 28 de enero de 2011 de la nueva creación de New co. entre Gucci y proveedores, lo que confirma un fortalecimiento de la cadena, a través de la entrada en el capital de las pequeñas empresas.

permite el uso de medidas para garantizar la liquidez de las empresas, ya previstas en el Protocolo anterior de 2008, con el fin de obtener más apoyo directo al empleo²¹. En este sentido, se establece una garantía especial para la “cobertura del coste total del trabajo dependiente que la empresa asumirá en los doce meses posteriores a la entrega de la financiación”, siempre que “la empresa se comprometa a mantener en activo durante los próximos doce meses, el mismo número de centros de trabajo empleados a la fecha de desembolso de los fondos”. Tal compromiso debe ser firmado entre la empresa y las representaciones sindicales en un acuerdo para adjuntar como solicitud de garantía. Dado que ésta va unida al pago de la retribución, se debe hacer referencia a la íntegra aplicación de los convenios colectivos nacionales y a los acuerdos de empresa vigentes.

El ejemplo citado de relocalización da lugar a algunas consideraciones adicionales. No parece arriesgado afirmar que, en contraste respecto a la ratio que admite el Acuerdo Marco de 2009 sobre la reforma de los acuerdos contractuales y los acuerdos interconfederales que la aplican, el Protocolo toscano y los convenios de empresa que de él derivan valoran un modelo de negociación concertada sobre objetivos, más que sobre el establecimiento de estándares normativos. Además, adoptan como parámetro de referencia el convenio colectivo nacional y basan la protección del empleo en el respeto a los acuerdos sindicales vigentes, exigiendo el pago de la retribución pactada, sin recurrir a derogaciones peyorativas.

En diferente dirección se mueve el Acuerdo firmado por Banca Intesa S. Paolo, el 2 de febrero de 2010, entre los primeros en aplicar la cláusula 5 del Acuerdo interconfederal de 15 de abril de 2009, a su vez inspirado en la cláusula 16 del Acuerdo Marco sobre la reforma de los acuerdos contractuales. En tales cláusulas se declara la derogabilidad del convenio colectivo nacional de trabajo por “los acuerdos para el gobierno de las situaciones de crisis y para el desarrollo económico y ocupacional del territorio” con el fin de “modificar en su totalidad o en parte, con carácter experimental y temporal, las instituciones económicas o normativas individuales”.

El Acuerdo Banca Intesa, no firmado por Fisac-CGIL, prevé la estabilidad de los trabajadores empleados con contrato temporal, con presencia de una eliminación del tratamiento retributivo previsto en el contrato nacional, consistente en la reducción del 20% de la retribución, durante el período de cuatro años a partir de la fecha de contratación. La finalidad de apoyo al empleo se justifica con la identificación de áreas geográficas con una ocupación muy crí-

²¹ Igualmente interesante es el “Pacto para superar la crisis”, propuesto por la Región Emilia Romagna en 2009, que establece, entre otros, un extenso recurso a protecciones sociales de excepción. Ha sido firmado por ANCI y UPI, y las principales centrales sindicales y asociaciones de empleadores, con la excepción de Confindustria.

tica -en concreto las provincias de L'Aquila, Lecce y Potenza- donde se prevé implantar actividad de otra manera destinada a una sede rumana del Instituto de crédito. El acuerdo prevé la contratación de los trabajadores en cuestión con contrato de aprendizaje profesional. Transcurridos cuatro años, se establece el regreso al nivel retributivo y al tratamiento normativo definido en el convenio nacional.

Remontando en el tiempo, un ejemplo ideado para contrarrestar la reducción de personal como consecuencia de situaciones de crisis es el contrato de solidaridad defensivo, que hizo su entrada en nuestro ordenamiento en 1984. El acuerdo empresarial firmado por las organizaciones sindicales más representativas, condición indispensable para la concesión de la compensación de salarios por el Ministerio de Trabajo, prevé una reducción del tiempo de trabajo "a fin de evitar, en todo o en parte, la reducción o la declaración de excedentes de personal"²². El limitado éxito de este nuevo instituto llevó al legislador a ofrecer incentivos adicionales para las empresas, porcentualmente proporcionales a la entidad de la reducción en las horas de trabajo²³.

En julio de 2009, el Decreto Ministerial n° 46.448 ha intentado facilitar el uso de esta institución, para hacerla útil en casos de excedentes de personal que conduzcan a despidos colectivos. Se aplica a todas las empresas comprendidas en el ámbito de la CIGS (Cassa Integrazione Guadagni Straordinaria), incluidas las empresas contratistas de servicios de comedor y de limpieza, que hayan ocupado un promedio de más de quince trabajadores en el semestre anterior a la fecha de presentación de la solicitud para la aplicación de la integración salarial.

Tal decreto, ejemplo de desregulación de medidas para combatir la crisis, se preocupa de facilitar el acceso al sistema de compensación de salarios, no obstante el carácter temporal de las soluciones acordadas²⁴. El porcentaje de reducción de las horas de trabajo acordado entre las partes no puede superar

²² Decreto Ley de 30 de octubre de 1984, n° 726, convertido en Ley de 19 de diciembre 1984, n° 863, sobre "Medidas urgentes para el apoyo y crecimiento de los niveles de empleo", art.1; Decreto Ley de 20 de mayo 1993, n° 148, sobre "Medidas urgentes de apoyo al empleo" convertido con modificaciones en la Ley de 19 de julio 1993, n° 236, art. 5. La reducción de las horas de trabajo también se puede hacer sobre bases semanales o mensuales.

²³ Decreto Ley de 20 de mayo 1993, n° 148, sobre "Medidas urgentes para apoyar el empleo", convertido con modificaciones en la Ley de 19 de julio 1993, n° 236, art. 5, posteriormente modificada por el Decreto Ley de 1 de octubre de 1996, n° 510, convertido con modificaciones en Ley de 28 de noviembre 1996, n° 608.

²⁴ Tiene una duración no superior a veinticuatro meses, prorrogable por otro de veinticuatro meses, o de treinta y seis meses para los trabajadores ocupados en territorios mencionados en el texto consolidado de la Ley sobre intervenciones en el Sur. Transcurridos doce meses se puede firmar un nuevo contrato de solidaridad en los mismos centros de trabajo. Para una doctrina reciente véase a V. Ferrante, *Recenti evoluzioni nella disciplina degli ammortizzatori sociali: fra sostegno alla riduzione dell'orario e generalizzazione delle tutele*, DRI, 2009, 4, 918 ss.; D. Garofalo, *Strumenti di flessibilità alternativi alle riduzioni del personale (il contratto di solidarietà difensivo)*, ADL, 2010, 2, 353 ss.

el 60% del tiempo de trabajo aplicable. Pueden ser objeto del contrato de solidaridad reducciones menores, asociadas con cualquier aumento de la demanda de trabajo, convirtiéndose así en una fuente de adaptación flexible a los imprevisibles efectos de la crisis, sin tener que repetir tratamientos innecesarios. No ocurre así con excepciones que comportan una mayor reducción en el tiempo, sujetas a una renegociación del contrato de solidaridad.

De forma experimental para 2009 y 2010, el legislador además incrementó el 20% de la carga para el Estado para las compensaciones salariales debidas, después de la celebración de contratos de solidaridad defensivos, elevando al 80% la compensación salarial. Una remisión a decretos ministeriales asegura la coordinación con la Conferencia Estado-Regiones²⁵. La reciente ley financiera ha prorrogado tales medidas, lo que confirma que la situación de emergencia no deja entrever una reforma orgánica de las prestaciones sociales²⁶.

Los mecanismos de compensación salarial encuentran un útil injerto en fórmulas descentralizadas de negociación, donde la representatividad de las partes firmantes se confronta con una fusión natural del interés colectivo en torno a la protección del empleo. La emergencia del empleo es el canon interpretativo sobre el que se basará la vinculabilidad generalizada de tales acuerdos, también avalada por las medidas de administrativización de la crisis, que consisten en la formalización de excepciones para las solicitudes de ayudas a la renta²⁷.

Igualmente de emergencia y sobre todo de tipo defensivo son las medidas antes descritas, volviendo a las iniciativas de las Regiones para hacer frente a la crisis, coordinada dentro de la Conferencia Estado-Regiones. Sobre la base del Acuerdo de 12 de febrero 2009 la Conferencia Estado-Regiones ha firmado un acuerdo el 8 de abril 2009 sobre el recurso al Fondo Social europeo para la compensación de renta en situaciones de crisis. El Acuerdo se acompaña de un documento resumido, consensuado con representantes de la Comisión europea, que parece poner la decisión adoptada al abrigo de un eventual relevo de las instituciones europeas en relación al destino de las financiaciones proporcionadas.

No se puede dejar de destacar la profunda ambivalencia de fondo del esquema general descrito. Sean los contratos de solidaridad, sean las otras soluciones examinadas en respuesta a la crisis del empleo, reflejan lógicas desintegradas de

²⁵ Decreto Ley de 1 julio de 2009, nº 78, convertido en Ley de 3 de agosto de 2009, nº 102, art. 1.6. El observatorio sobre el mercado de trabajo de la CISL informa de un incremento de los contratos de solidaridad en el 2009. Dichas solicitudes de apoyo a los ingresos han representado el 14% de la demanda total de prestaciones económicas extraordinarias por reducción de tiempo de trabajo.

²⁶ Ley de 13 de diciembre de 2010, nº 220, sobre "Disposiciones para la formación del presupuesto anual y plurianual del Estado (Ley de Estabilidad de 2011), art. 1.33.

²⁷ Véase, por una amplia documentación Adapt, Bolletino speciale de 21 de enero de 2011, nº 45, Gli ammortizzatori social per il 2011.

apoyo a los ingresos, privadas de perspectivas claras. Mucho más interesante son los experimentos negociales antes citados, definidos “pactos entre productores”, para resaltar la difusa función social y la intención de solidaridad.

La Unión Europea, por su parte, promueve políticas activas de empleo, en el ámbito de la nueva estrategia para el empleo y en aplicación de los principios de flexicurity, con el fin de alcanzar una más avanzada “economía verde”²⁸. La llamada es una vez más al Fondo social europeo y otros fondos estructurales, con el fin específico de anticipar los cambios necesarios en los perfiles profesionales de los trabajadores afectados por las innovaciones en los procesos de producción. Las European Skills Competences and Occupations (ESCO) se convierte en el punto de referencia de una inusual normalización, que consiste en identificar y enumerar las tareas, que deben coincidir con las nuevas cualificaciones profesionales, con vistas a una mayor movilidad de los trabajadores y al correspondiente reconocimiento de sus competencias.

El debate que se ha desarrollado alrededor de los acontecimientos en Fiat ha dado poca relevancia al tema de las innovaciones relacionadas con la expansión de la economía verde. El silencio sobre la sostenibilidad de los procesos de producción y sobre la tendencia histórica de negociación colectiva para acompañar estos cambios está en fuerte contraste con las constantes referencias a la crisis mundial y a la simultánea interdependencia de sus efectos con los sistemas económicos nacionales.

No faltarían interlocutores mundiales, ya que la Federación Internacional Metalúrgica que es muy activa en la celebración de acuerdos internacionales y se esfuerza por lograr una formalización de los mismos, solicitando firmarlos junto a los Comités de empresa globales. La misma práctica se ha generalizado dentro de la Federación europea de metalúrgicos, que también es imparable promotora de acuerdos transnacionales²⁹.

4. EN LA PERIFERIA DEL ORDENAMIENTO GLOBAL: LA FIAT COMO METÁFORA DE LA ANOMALÍA ITALIANA

Es el momento de anudar los hilos de las argumentaciones anteriores, basadas principalmente en imágenes geográficas: la presencia y la evanescencia del territorio, los lugares circunscritos y el mundo, el Estado y el no-Estado. En estos meandros poco asentados de competencias y poderes se mueven los nuevos actores llamados a gestionar la negociación en tiempos de crisis.

Sobre estos presupuestos pueden tomar forma aquella primera definición que se

²⁸ http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/lsa/118223.pdf.

²⁹ Cito algunos ejemplos en S. Sciarra, *Automotive e altro: cosa sta cambiando nella contrattazione collettiva nazionale e transnazionale*, *DLRI*, 2011, 2, 385 ss.

ha propuesto de relocalización de la negociación colectiva. Los acuerdos que surgen en las realidades locales, orientados a satisfacer las necesidades inmediatas, en el ritmo urgente de la crisis y de sus efectos sobre las relaciones laborales, a menudo son el resultado final de procesos que tienen lugar fuera del país.

En la Unión Europea, una parte relevante de la política social gira en torno a las reestructuraciones de empresas individuales o de grandes grupos multinacionales, impuesta por las exigencias de los mercados globales y por los rápidos cambios que transmiten a la organización del trabajo. La literatura sobre el tema no tiene límites. Lo que importa poner de relieve es el interés expresado por las instituciones europeas para captar el significado del “cambio económico”, tomando un dato global para después introducirlo en una realidad productiva concreta. Uno de los objetivos perseguidos se incluye en la fórmula, difícil de alcanzar para el jurista laboral, de “la anticipación del cambio”. A diferencia de la política social de la segunda mitad de los años setenta, fundamentada en las conocidas directivas estructurales sobre despidos colectivos, transmisión de empresas y de insolvencia del empresario, la reestructuración actual han seguido caminos más complejos, debido en parte al mayor empuje de las liberalizaciones del comercio y a una mayor movilidad de los agentes económicos.

Por un lado se recurre al Fondo Social Europeo, que da apoyo financiero para los trabajadores afectados por las reestructuraciones, y se intenta iniciar una relación más estrecha con las políticas de empleo europeas, hoy ejemplificadas en las nuevas directrices del Consejo. Por otro lado, se ponen en juego nuevas medidas para los trabajadores víctimas de la crisis económica, con el recurso al Fondo europeo de adecuación a la globalización³⁰.

Las instituciones europeas observan atentamente la práctica dimanante de las obligaciones de información y consulta, que obliga a las empresas europeas y nacionales a poner en marcha nuevas formas de negociaciones transnacionales, mejor preparadas que otras para entender los cambios y por lo tanto para anticipar las medidas a acompañar. Las soluciones adoptadas se colocan en una zona indistinta del ordenamiento, que visualmente se puede diseñar como dos o más círculos concéntricos: el del ordenamiento global sin límites que envuelve, aunque sin comprimirlo, el círculo del ordenamiento europeo y de los otros subsistemas locales.

Es un hecho aceptado por muchos autores, la idea de que el soft law se coloca eficazmente junto al derecho vinculante, también en los procesos de transnacionalización. Antes que sustitutivo del hard law, aquél se presenta como una alternativa posible, debido a que es más adecuado para introducirse en los intersticios de los asuntos jurídicos de tipo procedimental, sensible al cambio y a veces a la diferenciación de soluciones reguladoras. Para simplificar, se

³⁰ Reglamento 1927/2006 CE, revisado por el Reglamento 546/2009 CE.

podría argumentar que el *soft law*, en la mejor de las hipótesis, induce al *hard law* a soluciones reguladoras tradicionales orientadas a crear auténticas posiciones jurídicas activas en principio individuales. Más improbable se presenta la hipótesis de una legitimación de los sujetos colectivos a través de fórmulas no reconducibles al derecho vinculante.

Estas observaciones parecen confirmar que para fortalecer la autosuficiencia de los gobiernos privados, incluso a nivel transnacional, se necesitan soluciones jurídicamente apropiadas, a fin de lograr mayor eficacia en los objetivos fijados de antemano. Para ello sería oportuna una iniciativa legislativa a nivel de la Unión Europea, que hace tiempo se discute, no sin dificultades, teniendo en cuenta las reservas de la parte empresarial.

La posición de la negociación colectiva más allá de las fronteras nacionales tiende a debilitar la expresión tradicional del conflicto y a valorar diferentes reglas de protección de los intereses. También por estas razones se hace más urgente recuperar una visión ordenada del derecho, en las etapas en la que la lección europea impulsa principalmente a los juristas continentales hacia una revisión de las fuentes, para inducirles a releer el método pluralista³¹. En el derecho del trabajo, tal revisión asume tonos de gran interés. Se presentan dos caminos, ejemplificativos de los urgentes desafíos interpretativos que llevan a una siempre más abierta comunicación entre ordenamientos.

La transnacionalización de la negociación colectiva requiere a nivel nacional una más clara formalización de las reglas sobre representación de los trabajadores, las limitaciones del mandato para establecer claramente la competencia de los agentes negociadores, para conferirles ciertos poderes a los mismos, incluso diversificados para cada sede de negociación. También las reglas de la democracia sindical deben ser revisadas, para garantizar adecuadas conexiones entre las estructuras nacionales y supranacionales, así como los flujos transparentes de información a los trabajadores individuales a representar.

Este primer camino tiene que ver, pues, con la mejora del sistema jurídico nacional, a fin de dialogar correctamente con un fluctuante y cambiante ordenamiento mundial, del que provienen estímulos irresistibles para el cambio. En su lugar, la anomalía italiana nos pone, a propósito de los acuerdos habidos en Fiat, en la sombría situación de una representación sindical en la empresa dividida en dos partes, una dentro del área de apoyo legislativo y otra activa sólo en virtud del principio de libertad sindical, como nos recuerda DE LUCA TAMAJO en el texto antes mencionado.

El camino paralelo mira el conflicto, entendido como una peculiar sanción del ordenamiento intersindical, por tanto funcional para la dinámica de las relaciones colectivas, entre sujetos que representan intereses contrapues-

³¹ P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Laterza, 2007.

tos. La transnacionalización pone en cuestión los criterios nacionales de representatividad de los sindicatos y de otros grupos organizados, en cuanto al resultado de las acciones concertadas. El conflicto, especialmente cuando tiene fines defensivos, como sucede en las acciones diseñadas para proteger puestos de trabajo, puede estar relacionado con grupos fragmentados de trabajadores, circunscritos geográficamente o activos en un mismo sector del mercado. Raramente esto resuelve los complejos problemas sociales puestos sobre la mesa, y se presta a abrir otra mesa de negociación y volver a proponer de forma comprometida el tratamiento de las protecciones posibles, en lugar de negociar sobre las materias solicitadas. Sobre esta cima aún incierta podría avanzar posteriormente la cultura sindical italiana, aún cerrada en una percepción a veces solo ritual del conflicto.

De hecho hay que decir que la transnacionalización prefiere el camino de la información y la consulta. Estos derechos sociales fundamentales, también en virtud de su formalización en la Unión Europea³², se confirman sintomáticos para la aplicación de otros derechos de ejercicio colectivo. La peculiar forma en las que se ejercen estos derechos, en un espacio transnacional y para tutela de intereses colectivos extremadamente difusos, provocan de hecho una marginación del conflicto en sus formas tradicionales y la mejora simultánea de las técnicas de procedimiento de deliberación, que diluyen las decisiones en el tiempo y amortiguan el impacto de las decisiones estratégicas. Por estos motivos, también el ejercicio de la libertad sindical adquiere una forma diferente, ya sea en cuanto a la tutela para garantizar a los sujetos titulares de posiciones jurídicas activas, ya sea por la aplicación concreta del derecho a la negociación colectiva.

El conflicto desterritorializado puede adoptar las formas de protesta transnacional sobre temas de interés común, como sucede, por ejemplo, en las manifestaciones proclamadas a nivel europeo para atraer la atención de las instituciones y de los gobiernos nacionales y destacar la urgente necesidad de respuestas adecuadas a la crisis. Más que castigar comportamientos omisivos o inadecuados de las instituciones, estas formas organizadas de protesta pretenden dar voz -y por lo tanto relevancia casi institucional- al sindicato europeo, necesitado asimismo de legitimidad en los ámbitos supranacionales en los que opera.

La capacidad de toma de decisiones de los gobiernos privados sale atenuada de las mesas de negociación de la crisis, por una constatada negociación colectiva menos incisiva y por el agotamiento del conflicto. Por otro lado, las nuevas combinaciones de intereses y nuevas formas organizativas a cargo de

³² Art. 153.1. e), TFUE, Artículo 153.1, Lett. y TFUE, donde la competencia de la Unión en la materia está dirigida a la consecución de los objetivos del artículo. 151, que inicia el Título X “Política social”. Véase también el artículo 27 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.

las empresas indican nuevas alianzas, que mejoran áreas geográficas y sectores productivos. Lo que importa en la dimensión de los intereses reticulares es la integración de la finalidad, la multifuncionalidad de los acuerdos alcanzados, y su adaptabilidad a las cambiantes exigencias del mercado. Estas fuentes deben ser percibidas por los trabajadores como recursos, a los que mirar con interés para proteger el empleo. El objetivo es abrir nuevos canales de discusión con el mercado y crear sedes de concertación con potencial de deliberación, aún sin explorar.

La tendencia a valorar consiste en la creación constante de subsistemas sociales -nacionales y transnacionales-, capaces de mantener viva la comunicación entre los sujetos colectivos. La democracia de los nuevos procesos de deliberaciones colectivas, más que emanar de los mismos sujetos negociadores, debe estar unida a parámetros ciertos, generados por los ordenamientos nacionales. En este paso podría rápidamente disolverse la anomalía italiana, que, por ahora, nos confina a la periferia del nuevo pluralismo del ordenamiento.

Desterritorializadas y relocalizadas las relaciones sindicales podrían continuar creciendo bajo presupuestos sólidos, dentro del ordenamiento global, precisamente porque la parte central del Estado nacional es más bien la expresión de las tradiciones constitucionales más consolidadas.

EL NUEVO REGLAMENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE REGULACIÓN DE EMPLEO*

JESÚS CRUZ VILLALÓN

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras Clave: EREs, Reforma reglamentaria

Tras la reforma del 2010 en materia de despidos colectivos quedaba pendiente la aprobación del Reglamento de desarrollo de los expedientes de regulación de empleo, lo que se efectúa a través del Real Decreto objeto del presente comentario. Las limitaciones en materia laboral de innovación legislativa a través de las disposiciones reglamentarias impide el establecimiento de cambios significativos, aparte de que la reforma legal era muy precisa y, por tanto, dejaba escasos resquicios a la introducción de cambios en esta materia.

No obstante, el legislador reglamentario opta por la elaboración y aprobación de un texto nuevo, plenamente integrado, en lugar de realizar una reforma del hasta ahora vigente, lo que otorga superior coherencia a la nueva norma. Por lo demás, se aprovecha para reforzar ciertas líneas de actuación que sólo estaban esbozadas en la Ley, entre las que destacan las relativas a la rigurosidad en la exigencia documental a la empresa particularmente por lo que refiere a la fundamentación de la causa justificativa de los despidos colectivos, al reforzamiento de la importancia del plan social de acompañamiento en el marco general de la reestructuración empresarial, así como algunos flecos pendientes en la identificación del interlocutor del empleador en la regulación de empleo en representación de los trabajadores.

ABSTRACT

Key Words: Redundancy, Reform

After Labour Reform of 2010, on collective redundancies was pending approval of regulatory development. In which there are few legal innovations for obvious reasons, and because the Act itself was very accurate.

Nevertheless, the new regulation takes to reinforce certain issues. As those relating to documents to be submitted by the company (particularly on the merits of the cause and the accompanying Social Plan), and to determine the subject has to act on behalf of workers in specific cases.

* El presente trabajo se inserta en las labores del Proyecto de Excelencia de la Junta de Andalucía P07-SEJ-03023 sobre *Eficacia de la norma laboral desde la perspectiva de la calidad en el empleo: experiencias comparadas*.

ÍNDICE

1. NOVEDADES REDUCIDAS
2. CAUSAS JUSTIFICATIVAS: ESTRUCTURALES VERSUS COYUNTURALES
3. EXPEDIENTES EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
4. NOVEDADES REGLAMENTARIAS DOCUMENTALES
5. PLAN SOCIAL DE ACOMPAÑAMIENTO
6. IDENTIFICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN COLECTIVA COMO INTERLOCUTOR
7. LOS MECANISMOS DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE
8. EL ALCANCE NUMÉRICO DEL EXPEDIENTE
9. IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

1. NOVEDADES REDUCIDAS

En una primera aproximación cabe afirmar que el Real Decreto sobre expedientes de regulación de empleo recoge novedades de segundo orden frente, cuando menos en su comparación con la enorme trascendencia que tiene la reforma de la negociación colectiva¹; pero, incluso en sí mismo los cambios a comentar son secundarios, en la medida en que la reforma importante en materia de despido se produjo con la Ley de reforma del 2010, primero a través del Decreto Ley² y después de la Ley ordinaria³, en términos tales que le cabía ya hacer a una disposición que por su carácter de reglamento se debe limitar a desarrollar técnicamente lo previsto en la Ley. Aunque se presenta como un reglamento completo, y haciendo el contraste con la extensión y contenidos del Real Decreto precedente⁴ al que deroga (el Real Decreto 43/1996) pudiera parecer que hay notabilísimas innovaciones, en realidad las que poseen mayor calado provienen de lo dispuesto en la Ley y no son resultado directo del nuevo Reglamento.

Ante todo, las novedades necesariamente tenían que ser de tono menor, entre otras razones porque, en nuestro sistema jurídico la disposición reglamentaria tiene una capacidad muy limitada de reforma legislativa, de introducción de novedades, por cuanto que tiene que ser escrupulosamente respetuosa con lo que está dispuesto en la Ley, incluso con muy limitadas posibilidades de ir más allá de lo previsto legalmente, incluso cuando este ir más allá no llegue

¹ Real Decreto 801/2011, de 10 de junio (BOE 14 de junio), por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

² Real Decreto Ley 10/2010, de 16 de junio (BOE 17 de junio), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

³ Ley 35/2010, de 17 de septiembre (BOE de 18 de septiembre), de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo

⁴ Real Decreto 43/1996, de 19 de enero (BOE 20 de febrero), por el que se aprueba el procedimiento de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos.

a contradecir a la Ley. Lo digo de manera particular porque en los medios de comunicación se le había otorgado mucha trascendencia a lo que podría introducir el Gobierno con la aprobación de este reglamento.

2. CAUSAS JUSTIFICATIVAS: ESTRUCTURALES VERSUS COYUNTURALES

Por ejemplo, mucho se ha discutido en cuanto a la definición de las causas justificativas de los despidos colectivos a través del reglamento, cuando por mucho que se intente, la capacidad de innovación a través del reglamento resulta de todo punto imposible; su capacidad de entrar en esta materia resulta nula; baste recordar al efecto lo que dispone el Estatuto de los Trabajadores respecto del lugar del Reglamento laboral en su relación con la Ley: “Las disposiciones legales y reglamentarias se aplicarán con sujeción estricta al principio de jerarquía normativa. Las disposiciones reglamentarias desarrollarán los preceptos que establecen las normas de rango superior, pero no podrán establecer condiciones de trabajo distintas a las establecidas por las leyes a desarrollar” (art. 3.2). De este modo, en la medida en que la causa justificativa de los despidos se encuentra identificada legalmente de forma completa, sin remisión en absoluto a su concreción por parte de la disposición reglamentaria, nada podía hacer el Real Decreto sobre expedientes de regulación de empleo. Más aún, téngase en cuenta que la reforma del 2010 pretende que las causas por despido basado en circunstancias económicas y empresariales sea idéntica tanto para los despidos individuales como para los despidos colectivos; en la medida en que el reglamento de EREs solamente puede incidir sobre el expediente administrativo y, en esa medida, sólo sobre los despidos colectivos, no cabe que introduzca cambios que al final desemboque en que se vuelven a fijar causas diversas según que la reducción de empleo se realice vía ERE o vía despido objetivo individual. En definitiva, podemos afirmar que todas esas llamadas de atención por parte de los medios de comunicación respecto de lo iba a hacer o que ha hecho el Reglamento respecto de las causas de despido, se comprueba que no se encuentran en el texto del reglamento. Después de rastrear mucho, mucho, a lo más es posible encontrar algo en el apartado en el que la disposición reglamentaria enumera la documentación que tiene que presentar la empresa, pero no, en ningún caso, a la causa justificativa que está identificada legalmente; e incluso respecto de lo que se indica para la documentación a presentar es difícil identificar una novedad de cambio respecto de lo previsto legalmente.

Hay otros elementos en el reglamento que pueden ser novedosos, pero en esta materia muy escasamente. Más aún cuando hay que tener presente que la

mayoría de los expedientes de regulación de empleo son el resultado del acuerdo entre las organizaciones sindicales y empresariales que tienen presencia en los comités de empresa y la dirección de la empresa, y sólo un porcentaje muy reducido son objeto de autorización administrativa en la hipótesis del desacuerdo entre las partes. Pues bien, cuando hay acuerdo entre las partes, el acuerdo es lo que prima y pasan a un muy segundo plano las posibilidades de control de la concurrencia o no concurrencia de la causa justificativa, porque el control en esos casos solamente abarca a situaciones bien marginales de dolo, coacción o abuso de derecho en el acuerdo alcanzado entre las partes. Con lo cual digamos que tenemos que relativizar bastante a lo que afecta a las causas y, en general, en lo que refiere a la intervención del reglamento.

Si acaso hacer alguna referencia a este pequeño debate que se ha producido, acerca de si a través del reglamento se daba juego a una causa de carácter temporal o no, que permitiría la reducción de empleo. La verdad es que se trata una discusión que, desde el punto de vista jurídico, requiere algunas aclaraciones técnicas. Cuando menos baste con tener en cuenta que las situaciones en las empresas nunca son irreversibles porque, salvo en situaciones límites en las que la empresa cierra por completo, la generalidad de la regulación sobre los despidos por causas económicas o empresariales está concebida para propiciar el mantenimiento de la empresa, aunque sea con un menor número de empleados, y, por tanto, con voluntad de promover el reflotamiento de la empresa. Al estar diseñada esa regulación para el salvamento de la propia empresa, nunca es descartable que después de una medida de regulación de empleo, la empresa pueda recuperarse, incluso que lo haga con tal intensidad y fuerza que le permita desplegar un nuevo crecimiento que desemboque no sólo en la plena recuperación del empleo destruido en el pasado, sino e incluso superar las cifras de ocupación precedentes al expediente de regulación de empleo.

En consecuencia, nada hay definitivo en el devenir de las empresas, y por ello, también, la causa justificativa del despido no tiene que ser irreversible y de carácter permanente en el sentido estricto del término. Diferente es que legalmente se exija que esta causa deba ser de carácter estructural, entendido lo estructural no en el sentido de permanente sino que responde a causas no coyunturales en el devenir de la empresa. Eso sí, esa exigencia de causa estructural (no definitiva) no deriva del reglamento, sino que ya viene indicado por la Ley. Sobre todo viene perfilado cuando establece el juego de reparto de funciones que tiene el expediente extintivo respecto del expediente suspensivo o de reducción de jornada. El segundo está pensado para medidas coyunturales, y ésta es la expresión que utiliza literalmente el Estatuto de los Trabajadores cuando lo regula: “La autorización de esta medida procederá cuando de la documentación obrante en el expediente se desprenda razonablemente que tal medida temporal es necesaria para la superación de una situación de carácter

coyuntural de la actividad de la empresa” (art. 47 ET). Por contraste, para los expedientes extintivos la Ley está pensando en que las medidas no tienen carácter coyuntural, término que ahora no se utiliza nunca ni tampoco cualquier otro sinónimo (art. 51 ET), pues está pensado para medidas de carácter estructural. En suma, en esta materia no se produce novedad alguna en el texto del reglamento.

3. EXPEDIENTES EN LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Tampoco hay novedades en otra gran discusión que se ha producido, la relativa a la posibilidad de puesta en marcha de expedientes de regulación de empleo en el ámbito de las Administraciones Públicas. Aquí sí que resulta obligado llamar la atención sobre el hecho de que este debate no está zanjado y hay que estar muy atentos a lo que pueda ocurrir respecto de los problemas de intenso déficit público que particularmente tienen en nuestro país algunos Ayuntamientos y, en general, las Administraciones Locales. Al respecto se han expresado criterios contundentes por parte de determinados responsables políticos en el sentido de que la normativa no permite en ningún caso que se produzcan expedientes de regulación de empleo en el seno de las Administraciones Públicas, pues consideran indiscutible que ni la Ley ni el reglamento lo contempla; conclusión que no es ni mucho menos evidente, pues expresamente nada se dice sobre el particular, de modo que es el resultado de una interpretación finalista y contextual que queda al criterio final de los Tribunales de Justicia. Y, en ese ámbito, la interpretación judicial existente hasta el momento presente, aunque con múltiples restricciones, no es otra que la de admitir la posibilidad de efectuar despidos colectivos a través de los correspondientes expedientes de regulación de empleo.

4. NOVEDADES REGLAMENTARIAS DOCUMENTALES

Más allá de su carácter secundario, algunas significativas novedades se pueden identificar en el reglamento. Primera, la relativa a la documentación exigida a la empresa en su presentación del expediente. La documentación exigida pretende que se aporte una información y diagnóstico muy exhaustivos de la situación de la empresa así como del contenido de las medidas que pretende adoptar la empresa. El reglamento resulta preciso y detallado respecto de la documentación que debe presentar la empresa, lo que, a su vez, está trasladando la necesidad de que el periodo de consulta sea riguroso en cuanto a la actuación de las partes, así como que el escenario en el que se discute entre las

representaciones sindicales y empresariales esté fundado en datos objetivos, y exactos; es decir, en sentido negativo, que no se pueda afirmar con vaguedades que la empresa tiene una previsión de pérdida que la aboca a una reducción de empleo, por cuanto se exige concreción en los datos fácticos aportados por la empresa a través de la memoria que ha de presentar. Del mismo modo, que si la causa alegada es de carácter económico, se debe aportar con la suficiente desagregación de datos la contabilidad, informe técnico justificativo de la misma. En particular el reglamento establece un decidido reforzamiento del principio de proporcionalidad, de modo que la empresa no solamente debe demostrar que está discurriendo por una situación de dificultad, si no cuál es la específica intensidad y en qué medida la misma le lleva a un concreto número de empleos a destruir, por cuanto que reglamentariamente se exige que la documentación presentada contenga una precisa y aquilatada identificación, no solamente del número de trabajadores que pierden empleo, sino la concreta justificativa de ese número.

5. PLAN SOCIAL DE ACOMPAÑAMIENTO

Como segunda novedad en ese terreno, el reglamento manifiesta igualmente una clara voluntad de reforzar la importancia del plan social de acompañamiento. Dicho Plan social hasta el presente no se encontraba dentro de nuestra cultura de los expedientes de regulación de empleo: a pesar de que su exigencia legal ya se introdujo a través de la reforma laboral de 1994, prácticamente se presentaba como el mero cumplimiento de una formalidad burocrática dentro del expediente administrativo. Frente a esta tradición, más importada que surgida con naturalidad de las prácticas de nuestras relaciones laborales, en estos momentos parece que se desea intensificar su valor. Ello se materializa no sólo en la identificación vía documental de las medidas que se pretenden adoptar a través de ese plan de acompañamiento, sino que se pretende se efectúe una precisa conexión con la regulación de empleo que se aborda y, en concreto, se busca una precisa concreción del coste económico de ese plan de acompañamiento. Por eso, a mi juicio, el dato más relevante se encuentra cuando el reglamento establece que el plan “deberá contener medidas efectivas adecuadas a su finalidad” (art. 9.5). Dicho con cierta simplicidad, se pretende evitar que el documento que contiene el plan social contenga medidas que quepa calificar como un mero “brindis al sol”.

Eso sí, en paralelo, hay que ser precavido, porque la lectura del reglamento en esta materia puede inducir a error, sobrevalorando el alcance jurídico de lo que se le obliga a la empresa en este terreno. Ello lo señalo primero en el sentido de que, aunque aparece en el texto reglamentario una relación bastante

amplia de las medidas dirigidas que pueden incorporarse al plan de acompañamiento para reducir la intensidad de la destrucción de empleo, para paliar los efectos o para garantizar de futuro la solvencia empresarial, todo ese listado tiene un valor meramente ilustrativo, tiene un carácter puramente pedagógico (art. 9.2 a 4); en sentido negativo, ese listado en ningún caso tiene alcance de obligación jurídica de ningún tipo, de modo que la elaboración, diseño y medidas específicas queda a lo que inicialmente proponga el empresario y, posteriormente, sea objeto de negociación con la representación de los trabajadores durante el periodo de consulta. En concreto, en ningún caso se podrá considerar que la propuesta empresarial es incompleta o insuficiente en términos jurídicos por el hecho de que carezca de algunas de las medidas enumeradas reglamentariamente.

Segunda cautela que conviene tener, la circunstancia, expresamente advertida por la regulación contenida en la Ley, consistente en que el control administrativo en el expediente de regulación de empleo se limita a comprobar si concurre la causa justificativa de los despidos y si esa causa en atención a su intensidad resulta proporcionada para la entidad de la reducción de empleo que se propone por parte de la dirección de la empresa. Siendo éste el único objeto posible del control administrativo en su acto de autorización o denegación de las medidas de reestructuración empresarial, en ningún momento se indica que la autoridad tenga capacidad rechazar un expediente en base a que la solicitud y documentación empresarial no contenga dentro del Plan social medidas efectivas y adecuadas para los fines del mismo. A lo más, la Administración laboral lo que podría efectuar es un control meramente formal, de modo que compruebe si se le presenta un plan social de acompañamiento (cualquiera que sea su contenido, entidad y efectividad), pero sin poder entrar en ningún momento en la valoración de si éste resulta más o menos adecuado, si responde a lo que se requiere para todo lo que se pretende lograr con la ejecución del plan social de acompañamiento.

Es cierto que reglamentariamente se indica que el informe de la Inspección de Trabajo también deberá abordar el alcance y contenido del plan social: “A estos efectos, deberá informar sobre la concurrencia de las causas que motivan la solicitud, sobre las medidas tomadas o previstas por la empresa para evitar o reducir los efectos de la regulación de empleo y sobre las medidas tomadas o previstas para atenuar sus consecuencias en los trabajadores afectados, así como, sobre la relación de las medidas extintivas con la continuidad y viabilidad del proyecto empresarial. En el caso de empresas que deban presentar un plan de acompañamiento social deberá informar sobre su alcance y contenido” (art. 12.2). No obstante, sea cuál sea el contenido de la Inspección de Trabajo al respecto, eso no otorga a la autoridad laboral la más mínima capacidad discrecional de retirar la aprobación de un expediente por carencias en este plan

social, dado que, insisto, la autorización o rechazo del expediente por parte de la Administración laboral se ha de centrar exclusivamente en la concurrencia y proporcionalidad de la causa justificativa determinante de la propuesta de despidos.

Eso sí, una vez que se aprueba el expediente de regulación de empleo, lo que queda patente es que al mismo queda incorporado el plan social y, con ello, el mismo adquiere plena validez jurídica a todos los efectos. En otros términos, el acto administrativo de autorización por imperativo legal le otorga vinculabilidad jurídica al plan social, de modo que a partir de ese instante el plan social deja de ser una mera declaración programática de intenciones o un programa de actuación que después permita al empresario desdecirse porque considere que aquello era una relación de proyectos no obligados a su cumplimiento, aduciendo por ejemplo que carece de fondos económicos para materializarlo. El propio reglamento expresamente deja patente que el plan social es de obligado cumplimiento a partir de la aprobación del expediente: “el empresario deberá cumplir con las medidas incluidas en el plan de acompañamiento social o, en su caso, las medidas consideradas en el artículo 51.4 del Estatuto de los Trabajadores o cualesquiera otras que se pudieran contener en su solicitud final” (art. 18.1, párrafo 2º).

6. IDENTIFICACIÓN DE LA REPRESENTACIÓN COLECTIVA COMO INTERLOCUTOR

El siguiente elemento relativamente novedoso en el que me gustaría detenerme es en el de la interlocución, la identificación de la representación legal de los trabajadores que participa en el periodo de consulta y en todo el proceso de negociación que éste conlleva.

Lo ya conocido desde la Ley, pero no de la reforma laboral del 2010, sino de la posterior reforma de la negociación colectiva de 2011⁵, que dentro del doble canal de representación otorga preferencia a la representación sindical, eso sí siempre y cuando el conjunto de las secciones sindicales que sumen mayoría se pongan de acuerdo en que quieren articular el periodo de consulta a través de las secciones sindicales, y no a través del comité de empresa: “La intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa en el procedimiento de consultas corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que tengan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal” (art. 51.2 ET). De este modo, si se ponen de acuerdo la mayoría será la representación sindical el canal pre-

⁵ Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio (BOE de 11 de junio), de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

ferente de interlocución, mientras que si no hay acuerdo mayoritario entonces se pasa al mecanismo tradicional que es el del comité de empresa. Eso sí, conviene recordar que la Ley Orgánica de Libertad Sindical le atribuye a los delegados sindicales facultades de consultas en estas materias (art. 10.3); algo que a veces se olvida y conviene rescatar esta regla, que puede tener particular trascendencia: aun cuando la interlocución lo sea con el comité de empresa, siempre será necesario consultar estas medidas con el delegado sindical, de modo que éste siempre y en todo caso podrá desplegar algún tipo de protagonismo directo, particularmente relevante cuando el sindicato en cuestión no controle el devenir interno del comité de empresa.

Por otra parte, conviene efectuar una segunda aclaración, superando cierta confusión al respecto. Me refiero al dato de que el reglamento cuando se refiera por primera vez al expediente que afecta al conjunto de la empresa, materia que ha de valorarse positivamente, por cuanto que con ello se entra en un asunto que hasta ahora había pasado bastante inadvertido, como es el caso cada vez más extendido de la empresa con pluralidad de centros de trabajo, de modo que el expediente de regulación de empleo afecta a varios de los centros de trabajo. Lo primero que establece el reglamento es que, cuando esto ocurra, el interlocutor será el comité intercentros o cualquier órgano asimilado que se cree a través de la negociación colectiva: “Cuando la empresa tuviera varios centros de trabajo afectados por el expediente intervendrá, de manera preferente, el Comité Intercentros o el órgano de naturaleza similar creado mediante la negociación colectiva, si por esta vía tuvieran atribuida esta función” (art. 4.1).

Conviene hacer varias aclaraciones al respecto, porque el panorama resulta más variado, de modo que el resultado no puede ser literalmente tal cual lo presenta la regla anterior, que debe ser necesariamente matizada, cuando no corregida. Primera consideración, tal como ya hemos descrito, la regla principal en la Ley es la preferencia de las secciones sindicales, de modo que si éstas se ponen de acuerdo serán ellas las que actuarán como interlocutores en el expediente de regulación de empleo. Es decir, incluso si se trata de un expediente de regulación de empleo que afecta a varios centros de trabajo, si las secciones sindicales deciden que ellas quieren ser las que intervengan en el periodo de consulta, éstas priman frente al comité intercentros; por ello, lo que en realidad está estableciendo el reglamento es que si se opta por la vía de la negociación a través de los comités, en el posible contraste entre el comité intercentros y el comité de centro, tiene preferencia el comité intercentros.

Pero incluso esto último también hay que ponerlo en conexión con otra regla que prevé que la anterior no es la única opción, pues en otros pasajes del texto reglamentario se advierte que hay dos posibilidades: una, que en estos casos de expediente de afectación a varios centros de trabajo, el periodo de consultas puede articularse de forma global o bien desarrollarse centro por

centro. De ahí que, cuando se opte porque los expedientes se articulen centro por centro, el interlocutor nunca será el comité intercentros o el órgano asimilado a ese nivel, pues será en todo caso o las secciones sindicales representativas en el correspondiente centro de trabajo o el correlativo comité de centro.

Cierto que la norma deja un importante vacío no menor, que habrá que ver como se resuelve e integra en la práctica, consistente en que el reglamento no precisa cómo se opta y quién opta por la negociación global o por la negociación centro por centro: desde luego, si hay acuerdo entre la dirección de la empresa y la representación colectiva de la empresa el asunto no se planteará como conflictivo y, por tanto, se podrá dar por decidido el ámbito de la consulta. Pero si no hay acuerdo entre unos y otros, o internamente entre unas organizaciones sindicales y otras, nos podemos encontrar con ciertas dificultades. Desde luego, en estos casos cierta precedencia práctica se le atribuye a la dirección de la empresa, pues siendo ésta quien presenta el expediente, ella es quien toma la iniciativa de proponer en que ámbito desea desplegar el expediente; pero ello no puede ser interpretado como otorgamiento de libertad de elección a la dirección de la empresa, ni ausencia de relevancia del criterio al respecto de los representantes de los trabajadores.

Sí es verdad que la Ley por vías indirectas acaba favoreciendo que el período de consulta se efectúe a nivel global, pero no es seguro que así suceda en todo caso. La regla más decisiva a estos efectos consiste en que el reglamento establece que si el expediente se articula centro por centro, entonces el período de consulta es individualizado en cada uno de los establecimientos: “Si el expediente de regulación de empleo afectase a varios centros de trabajo y se hubieran formado tantas comisiones negociadoras como centros afectados, se requerirá que se hubiera alcanzado el acuerdo en todas ellas” (art. 14.4). En otros términos, para que se apruebe el expediente debe obtenerse la aceptación de todos y cada uno de los representantes de los trabajadores a nivel de centro, basta con que uno de ellos se oponga al acuerdo para que el expediente no pueda ser aprobado por el resto de las representaciones de los trabajadores y se deba pasar a la vía alternativa de la autorización administrativa. Es precisamente ésta la regla que, por vía indirecta acaba favoreciendo la opción a favor del expediente globalizado, donde el acuerdo de conjunto valdrá como aceptación del expediente de regulación de empleo.

Es cierto, también, que aquí habrá que estar atentos a cuáles sean las estrategias empresariales, porque si no le conviene esta fórmula, fácilmente la empresa puede ir dilatando en el tiempo distintos expedientes de regulación de empleo y despedazar un gran expediente a base de, primero plantear y resolver el expediente de un centro aisladamente, después el expediente de un segundo centro y así sucesivamente. Con este procedimiento, le bastaría obtener en cada caso con la aprobación aislada de cada representación de centro, aunque

si se saca a la luz la estrategia de parcelación empresarial no puede descartarse que ello pueda valorarse como una actuación en fraude de ley, en la medida en que impide la previsión legal alternativa de análisis global del expediente. Éste es un asunto que, con seguridad, va a provocar bastante discusión, debiendo estar atentos a cómo se resuelve la aplicación práctica del reglamento en esta materia.

7. LOS MECANISMOS DE MEDIACIÓN Y ARBITRAJE

La siguiente novedad, pero que está más bien en la Ley que en el reglamento, es la posibilidad de que se utilicen los mecanismos de mediación y arbitraje durante el periodo de consulta, de modo que se fomenta que cuando las partes no logran el acuerdo directo en el periodo de consultas puedan optar por la fórmula de la mediación o del arbitraje; incluso, primero de la mediación y posteriormente del arbitraje. En esta ocasión, la posibilidad de acudir a estos instrumentos se presenta siempre con carácter potestativo, y con un muy escaso desarrollo por parte del reglamento. El reglamento podría haber aclarado algunos detalles no menores del mecanismo resolutivo alternativo, si bien es probable que no lo haya efectuado por cuanto que ha preferido ser especialmente respetuoso con los acuerdos interprofesionales que tienen que desarrollar esta materia, aun cuando esa concreción podría haber fomentado en mayor medida los mecanismos de mediación y arbitraje. También es cierto que la Ley por vías indirectas lo dificulta notablemente, porque la lógica que introduce la Ley es que la mediación o el arbitraje en estos casos es alternativo al periodo de consulta, cuando en realidad hubiera sido más razonable concebir al periodo de consulta como una fase previa y sobre todo independiente de la mediación y el arbitraje. En realidad, mediación y arbitraje constituyen fórmulas de salida a un desacuerdo en el periodo de consulta, una vez que éste ha concluido; o bien dicho de otro modo, la mediación o el arbitraje deberían ser la fórmula alternativa a la autorización administrativa y no propiamente al periodo de consultas: una vez constatada la inviabilidad del acuerdo entre las partes, dar la opción a las partes porque elijan si prefieren remitirse a la solución administrativa o bien de forma alternativa abrir paso a la mediación o al arbitraje. Por todo ello, la limitación temporal que se establece, tanto en la Ley como en el reglamento, juega muy en contra de las posibilidades de juego, tanto de la mediación como del arbitraje: el plazo de 30 o 15 días previsto legalmente no sólo se presenta como máximo, sino que por añadidura incluye tanto la consulta con los representantes como el desarrollo de la tramitación del procedimiento de mediación o de arbitraje. Es imposible que la discusión entre las organizaciones sindicales y la dirección de una empresa no deje de restar parte del periodo de consultas

o incluso la totalidad del mismo; de modo que la regulación legal por la vía de los hechos no deja espacio temporal alguno para la mediación o el arbitraje. Aquí, si que de futuro habría que pensar en alguna reforma legislativa, o bien al menos articular fórmulas imaginativas en la práctica que otorguen juego real a la mediación y al arbitraje; por ejemplo, abrir un nuevo expediente si se considera que la mediación y el arbitraje pueden ser un camino; se cierra ese expediente con el periodo de consulta, al tiempo que se abre uno nuevo que arranque inmediatamente con la mediación o el arbitraje, según los casos.

8. EL ALCANCE NUMÉRICO DEL EXPEDIENTE

En cuanto al umbral cuantitativo de separación entre los despidos colectivos y los despidos individuales no hay tampoco mayores novedades en la disposición reglamentaria, ni siquiera en la Ley. Tan sólo apuntar el detalle de indicar que la plantilla sobre la que se ha de calcular el número de afectados que determina si se va a una vía o a otra, es la plantilla existente en el momento del inicio del procedimiento: “A efectos del cómputo de la plantilla de la empresa, se incluirá la totalidad de los trabajadores que presten servicios en la misma en el día en que se inicie el procedimiento, cualquiera que sea la modalidad contractual utilizada” (art. 1.1).

Más allá de ello, lo más preocupante es el mantenimiento de una interpretación jurisprudencial a la que se debería haber puesto coto a través de una reforma legislativa, conforme al cual no se cuentan a efectos de comprobar si se supera o no el umbral cuantitativo, los despidos que judicialmente son declarados como improcedentes de trabajadores temporales falsos, que precisamente se declara improcedente porque materialmente son contratos por tiempo indefinido⁶. La ley lo que establece al respecto es que no se computan las extinciones de los contratos temporales, pero estos no son contratos temporales; son contratos de trabajadores por tiempo indefinido que deberían computarse a todos los efectos. Más aún, la lectura de la Directiva sobre despidos colectivos muestra con claridad que la interpretación del Tribunal Supremo no se corresponde con lo que se establece en la misma, argumento que podría abrir paso a una posible cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. La Directiva excluye de su ámbito de aplicación a los despidos colectivos efectuados en el marco de contratos de trabajo celebrados

⁶ STS 22 de enero de 2008, RJ 2074; 22 febrero 2008, RJ 5344; 26 de febrero de 2008; RJ 3867, 14 de mayo de 2008, RJ 4123; 30 de septiembre de 2008; RJ 7356. Una crítica a la misma en J. Cruz Villalón, Los expedientes de regulación de empleo: elementos de debate y propuestas de reforma, *Temas Laborales* n° 99 (2009), pgs. 47 y ss.

por una duración o para una tarea determinadas⁷, pero es claro que en estos casos no se trata de contratos temporales, sino de contratos indefinidos que de forma irregular se han celebrado como temporales. No se trata a mi juicio de un asunto menor, dado que la tasa de temporalidad y la tasa de temporalidad injustificada en nuestro país son muy elevadas, lo que determina que el juego de los expedientes de regulación de empleo sea mucho más reducido del que lo es comparativamente en otros países próximos al nuestro. En suma, es bien sabido que las extinciones de contratos temporales se utilizan como colchón de adecuación de las empresas ante situaciones de crisis, y únicamente en los momentos finales, cuando ya no se tiene más remedio, se acude a los expedientes de regulación de empleo.

9. IMPUGNACIÓN DE LA RESOLUCIÓN ADMINISTRATIVA

Un último elemento digno de mención es el relativo a la impugnación de la autorización administrativa. Aunque nada establece al respecto el reglamento, conviene resaltar que la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social por fin procede a trasladar las impugnaciones de los actos administrativos en materia de despidos colectivos de lo contencioso administrativo a lo social: “Los órganos jurisdiccionales del orden social, por aplicación de lo establecido en el artículo anterior, conocerán de las cuestiones litigiosas que se promuevan... .n) En impugnación de resoluciones administrativas de la autoridad laboral en procedimientos de suspensión temporal de relaciones laborales, reducción de jornada y despido colectivo, regulados en los artículos 47 y 51 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores” (art. 2 LJS).

Tal traslación de conocimiento jurisdiccional se efectúa, de manera complementaria, incorporando en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social una modalidad procesal específica de revisión de los actos administrativos (arts. 151 y 152). Probablemente no resulta ésta la solución más idónea, porque a través de esa modalidad procesal se articulan procesos ciertamente heterogéneos difícilmente regulables de manera conjunta; pues se va a incorporar a una misma modalidad tanto la impugnación de un expediente de regulación de empleo como la impugnación de una sanción administrativa por incumplimiento de la legislación laboral. Por añadidura, la asunción de esta materia relativa a los expedientes de regulación de empleo tampoco va a resolver todas las dificultades que la práctica judicial estaba mostrando hasta el momento presente; por ejemplo, con ello no se va a permitir acumular todos los asuntos conexos a un expediente de regulación de empleo, lo cual también va a dificultar mucho

⁷ Art. 1.2.a Directiva 98/59, de 20 de julio, DOCE 12 de agosto de 1998.

una revisión judicial que debía ser más unitaria; por ejemplo, no se facilita que en el curso de la tramitación de un mismo proceso se aborden conjuntamente con la impugnación de la resolución administrativa relativa al expediente de regulación de empleo, otros aspectos colaterales como sería el posible incumplimiento del plan de acompañamiento, las indemnizaciones que corresponde abonar a los trabajadores, la selección de los trabajadores a despedir, etc.

LA PROHIBICIÓN DE FUMAR EN LOS CENTROS DE TRABAJO: BALANCE DE LA LEY 28/2005 Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

CAROLINA GALA DURÁN

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Catedrática acreditada Universidad Autónoma de Barcelona

EXTRACTO

Palabras Clave: Tabaquismo, salud laboral

La aprobación de la Ley 28/2005, de medidas sanitarias frente al tabaquismo, dio lugar a un importante debate social que también tuvo su eco en el marco de las relaciones laborales, llegándose a afirmar que su influencia en dicho ámbito sería enorme. Ley que implicaba, esencialmente, la prohibición de fumar en los centros de trabajo –tanto públicos como privados- con la excepción –muy discutible, salvo en términos económicos- de los empleados del sector de la hostelería. Ahora bien, transcurridos cinco años de su entrada en vigor, con la Ley 42/2010 se ha dado un nuevo paso, al extenderse la prohibición de fumar también al citado sector, primándose, ya de forma casi absoluta la protección del no fumador frente a los intereses –que no derechos- del fumador. Partiendo de ello, el objetivo de este trabajo es, por un lado, hacer un balance de la problemática que ha surgido como consecuencia de la aplicación de la Ley 28/2005, así como de su eficacia real, mediante el análisis del impacto que la citada Ley ha tenido en la reciente negociación colectiva –que ha sido mínimo- y en la doctrina de los Tribunales –que han adoptado una posición no siempre uniforme y han intervenido tanto en aspectos disciplinarios como de ordenación del tiempo de trabajo-. Y, por otro lado, analizar las novedades que, en materia laboral, incorpora la Ley 42/2010; norma que si bien tiene elementos favorables –la protección de los trabajadores del sector de la hostelería- plantea tanto problemas aplicativos como de control y deja, nuevamente, debates abiertos.

ABSTRACT

Key Words: Smoking at workplaces

The study focuses on the analysis of the law 28/2005, against smoking in workplaces, after five years of implementation. Among its findings, point out the low importance of collective bargaining and the provision of case law in disciplinary matters.

Amended by Law 42/2010, which extends the ban to all workplaces, public and private sectors, including hotels and restaurants, continues to pose serious questions of interpretation and application.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. BALANCE DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 28/2005 EN EL MARCO LABORAL
 - 2.1. El papel de la negociación colectiva
 - 2.2. La posición de los tribunales
3. LAS REFORMAS INCORPORADAS POR LA LEY 42/2010, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 28/2005
4. REFLEXIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 42/2010, de 30 de diciembre, ha venido a modificar una de las leyes que más debate, también desde la perspectiva laboral, ha suscitado en los últimos años. Nos referimos a la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco; ley de naturaleza sanitaria que, fundamentada claramente en la protección de la salud de los no fumadores¹, comportó, entre otros efectos, la prohibición total de fumar en los centros de trabajo, salvo en los espacios al aire libre. Con ello se prohibía el ejercicio de un hábito social permitido –y todavía bastante arraigado, aunque considerado nocivo²- en los espacios cerrados donde se prestasen servicios laborales. De este modo, se optaba decididamente por consagrar un derecho de los no fumadores –incardinado dentro del derecho a la salud- que debía prevalecer sobre el interés o libertad –que no derecho- de los fumadores³.

No obstante, dicha prohibición no fue absoluta, por cuanto, se permitía seguir fumando –pero no por parte de los trabajadores sino de los clientes- en los establecimientos de hostelería y restauración con una superficie útil destinada a clientes y/o visitantes inferior a 100 metros cuadrados cuyo titular así lo decidiese, y se admitía la posibilidad de habilitar zonas para fumadores, con ciertas

¹ Como afirma García Murcia todas las pretensiones de la Ley “se resumen en la protección del derecho a la salud de todas las personas y, en particular, de los no fumadores frente a los fumadores... y, sobre todo, de las personas que por alguna razón especial puedan estar más expuestas a los riesgos propios del humo del tabaco (menores, mayores, asmáticos, personas con deficiencias o problemas respiratorios, etc.)...”, en “La legislación laboral y social en el cambio de año”, *Derecho de los Negocios*, nº 186, p. 4 (La Ley 1048/2006). También, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “La prohibición de fumar en los centros de trabajo”, *Relaciones Laborales* nº3, 2006 (La Ley 66/2006), p. 2 y ss. Respecto a los antecedentes, Del Rey Guanter, S., “La prohibición de fumar en los centros de trabajo en la Ley 28/2005: aspectos más relevantes”, p. 848 y ss.

² Entre otros documentos, a estos efectos, vid el “Documento Informativo sobre la Ley que modifica la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco”, *REV.D.G.S.P y S.E.* de 22 de diciembre de 2010, p. 11 y ss.

³ Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, *ob.cit.* p. 846 y 854; y “El tabaco...”, *ob.cit.* p. 23.

características, en determinados espacios o lugares, entre ellos, los centros de atención social, hoteles, bares y restaurantes, salas de fiestas, establecimientos de juego, aeropuertos o estaciones de autobuses⁴.

Estas últimas excepciones comportaban, de por sí, una paradoja: si bien, como señalábamos, el objetivo esencial de la Ley 28/2005, era proteger la salud de los no fumadores y, por inclusión, la salud de los trabajadores no fumadores, se asumía, no obstante, que los trabajadores de determinados sectores de actividad –hostelería-, fumadores o no, continuarían desarrollando su actividad laboral en ambientes cargados de humo, quedando desprotegidos – desde la perspectiva de los riesgos laborales- con respecto al resto de los trabajadores. Y, a su vez, al tratarse de centros de trabajo, dichos trabajadores tenían prohibido fumar dentro del mismo y si querían hacerlo tenían que recurrir a los espacios al aire libre.

Pues bien, tal y como se señala en el preámbulo de la Ley 42/2010⁵, la finalidad de ésta es dar un paso más allá, bastante contundente –hecho que ha dado lugar, nuevamente, a una encendida polémica-, en la protección de la salud de los ciudadanos, ampliando la prohibición de fumar en espacios públicos cerrados y colectivos, desapareciendo, como veremos más adelante, la posibilidad de habilitar espacios para fumadores, con muy pocas excepciones y ninguna de ellas aplicable a los trabajadores. No hay duda que esta modificación legal, fundamentada, a su vez, en la actuación de la Unión Europea⁶, nos sitúa en las posiciones de cabeza en la lucha contra el tabaquismo⁷ aunque, como elemento negativo y tal y como ya ocurría en la versión inicial de la Ley 28/2005, se pone un escaso énfasis en la protección de los fumadores, desde la perspectiva de establecer medidas efectivas que faciliten la deshabituación tabáquica, recogiendo únicamente, como veremos, propuestas bastante ge-

⁴ DA 2ª y art. 8 de la Ley; en relación con este último precepto, Del Rey Guanter, S. (Dir.), p. 39 y ss.; y Menéndez de la Cruz, C., “Europa: prohibido fumar”, Actualidad Administrativa, nº 13, 2008 (La Ley 15914/2008), p. 5 y ss. También, Rodríguez Ruiz De Villa, D., “Bares y restaurantes frente a la regulación antitabaquismo”, Diario La Ley nº 7355, 2010 (La Ley 341/2010), p. 2 y ss.

⁵ “Es patente, como se desprende de diversos estudios realizados al respecto, la necesidad de avanzar en la protección de la salud de los ciudadanos ampliando la prohibición de fumar en espacios públicos cerrados y colectivos, lo que, por otro lado, satisface las demandas de los ciudadanos, como corroboran encuestas oficiales recientemente realizadas...”

⁶ Cabe recordar que existe una estrategia concreta de la Comisión Europea, cuyo objetivo es ampliar la prohibición de fumar en espacios cerrados en todos los Estados miembros en 2012. También cabe citar la ratificación por España, en 2004, del Convenio Marco para el Control del Tabaco de la OMS. Sobre el marco europeo vid. Menéndez de la Cruz, C. “Europa...”, ob.cit. p. 2 y ss.

⁷ Respecto a la regulación aplicable en Alemania, Estados Unidos, Francia, Italia y Reino Unido, vid Del Rey Guanter, S. (Dir.), p. 191 y ss. También, Menéndez de la Cruz, C., “Europa...”, ob.cit. p. 1-2.

néricas⁸. A nuestro entender, ésta sigue siendo una asignatura pendiente, que debería superarse lo antes posible, por cuanto la propia OMS le ha reconocido al fumador el carácter de enfermo, en cuanto dependiente del tabaco.

Ahora bien, junto a ese objetivo general de la Ley 42/2010 se persiguen otros dos más concretos, el segundo de ellos con un evidente contenido laboral: 1º) proteger la salud de los menores, que con la regulación anterior seguían expuestos al humo del tabaco en determinados lugares públicos cerrados así como prevenir un inicio temprano del consumo de tabaco –en aras de esa protección se ha llegado bastante lejos, al prohibirse, incluso, fumar en los recintos de los parques infantiles y áreas o zonas de juego para la infancia⁹; y, 2º) proteger la salud de los trabajadores del sector de la hostelería, expuestos todavía, como veíamos antes, al humo del tabaco ajeno. No obstante, también puede afirmarse que el legislador persigue con esta normativa reducir los gastos sanitarios que ocasionan las enfermedades derivadas del consumo de tabaco así como los costes indirectos resultantes de una menor productividad¹⁰.

En definitiva, tras esta modificación legal, de efectos 2 de enero de 2011, con muy pocas excepciones (centros psiquiátricos y penitenciarios y residencias de personas mayores o con discapacidad), ningún trabajador puede verse expuesto, en su lugar de trabajo, al humo del tabaco.

Partiendo de ello, el objetivo de este trabajo es doble: por un lado y tras haber transcurrido más de 5 años desde su entrada en vigor, hacer un balance de la aplicación de la Ley 28/2005 en el ámbito laboral, mediante un análisis de la negociación colectiva y de la doctrina judicial existente en torno a la prohibición de fumar. Y, por otro lado, valorar las novedades incorporadas en este tema por la Ley 42/2010. Cabe recordar aquí otro elemento: las Leyes 28/2005 y 42/2010 son leyes sanitarias y no laborales y, en consecuencia, no están concebidas especialmente para el ámbito de las relaciones laborales, pero, sin duda, afectan de una forma inevitable a las mismas. Situación que, tal y como ha señalado la doctrina¹¹, puede generar problemas y dificultades de no fácil respuesta, por cuanto una legislación materialmente laboral aparece formalmente como legislación básica, siendo así que las Comunidades Autónomas no pueden desarrollar legislativa ni reglamentariamente temas laborales ni tampoco encomendar a las partes sociales que en la negociación colectiva completen la muy escueta regulación existente.

⁸ Arts. 12 y 13, modificados. La mayor novedad se encuentra en que se valorará, en su caso, la incorporación a la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud de tratamientos de deshabituación tabáquica, cuya eficacia y coste-efectividad haya sido avalada por la evidencia científica.

⁹ Nuevo art. 7 w) de la Ley 28/2005, entendiéndose por tales “los espacios al aire libre acotados que contengan equipamiento o acondicionamientos destinados específicamente para el juego y esparcimiento de menores”.

¹⁰ Menéndez de la Cruz, C., “Europa...”, ob.cit. p. 1.

¹¹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “La prohibición...”, ob.cit. p. 4.

2. BALANCE DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 28/2005 EN EL MARCO LABORAL

2.1. El papel de la negociación colectiva

Cabe recordar aquí que, lógicamente, ya antes de la Ley 28/2005, algunos convenios colectivos incluían referencias a la prohibición de fumar en el centro de trabajo y lo hacían, esencialmente, desde la perspectiva de la protección de la seguridad en el trabajo, con el fin de evitar, por el tipo de materiales o elementos que se manipulaban, riesgos como incendios, explosiones, etc. No obstante, cabe tener muy presente que la citada Ley incorporó una perspectiva concreta: como hemos visto, su objetivo es proteger la “salud” de los no fumadores¹², por lo que la prohibición de fumar en los centros de trabajo no se vincula con el riesgo de que se produzcan explosiones o incendios –riesgos para la seguridad laboral- sino, especialmente, con el riesgo que el humo del tabaco –tal y como demuestran diferentes estudios- comporta para la salud de los trabajadores no fumadores –lo trata, pues, como un riesgo para la salud laboral (perspectiva que si bien ya se hallaba presente en la normativa anterior aquí adquiere, sin duda, un nuevo brío)-.

A lo que cabe añadir el escaso margen de actuación que se deja a la negociación colectiva en esta materia –en contra de lo defendido incluso por el Consejo Económico y Social-, al prohibir taxativamente el art. 7.a) fumar en los centros de trabajo. En efecto, la Ley 28/2005 parte de la base de que se está ante un tema de protección de la salud y, como tal, de derecho necesario, y respecto del cual los representantes de los trabajadores y los empresarios no deben tener poder de disposición¹³.

Partiendo de todo ello, a la hora de analizar la negociación colectiva posterior a la entrada en vigor de la Ley 28/2005, cabe plantearse varias cuestiones: a) si la aprobación de la Ley se ha reflejado en los convenios colectivos con la incorporación de nuevas cláusulas o la modificación de las anteriores; b) si el contenido de las cláusulas convencionales que tratan estas cuestiones es acorde con la Ley así como la forma cómo tratan esta materia; y, c) qué perspectiva –riesgo para la seguridad y/o para la salud laboral- subyace en la regulación que hacen actualmente los convenios colectivos.

¹² Tal y como se señala con claridad en la STSJ de Cantabria de 5 de diciembre de 2006 (AS 2006/3395): “... desde el punto de vista laboral, el bien jurídico protegido por la Ley, de modo principal, es la salud de los fumadores pasivos, y así lo señala en su exposición de motivos cuando indica que hay evidencias científicas de que el humo del tabaco en el ambiente (consumo pasivo o involuntario de tabaco) es causa de mortalidad, enfermedad y discapacidad... La finalidad explícita de la Ley de proteger la salud de los fumadores pasivos con carácter general y, de manera particular, en los centros de trabajo, y siendo sin duda legítima la opción legislativa, por el impacto que la exposición al humo produce sobre el derecho al trabajo de los no fumadores...”.

¹³ Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, ob.cit. p. 865.

En relación con la primera cuestión cabe partir del hecho que si bien el tabaquismo se trata en la negociación colectiva no es, ni mucho menos, una prioridad, por cuanto, por ejemplo, sólo el 16,48% de los convenios colectivos publicados en el BOE durante 2009 recogen esta cuestión, mientras que en 2010 el porcentaje es del 19,86%. Cabe añadir, asimismo, que, en la gran mayoría de los supuestos, se lleva a cabo una regulación “negativa”, esto es, se trata el tema desde la perspectiva del ejercicio del poder disciplinario por incumplimiento de la prohibición de fumar, y son muy escasos –anecdóticos– los convenios colectivos que adoptan una visión “positiva”, incluyendo cláusulas dirigidas a facilitar la deshabituación tabáquica de los trabajadores.

Por otra parte, en una primera aproximación –y probablemente era lo que se esperaba cuando se aprobó la Ley– podría pensarse que la Ley 28/2005 ha tenido una clara incidencia en la negociación colectiva –trasladándose la prohibición de fumar en los centros de trabajo, no tanto por convencimiento en muchos casos sino para sensibilizar a los trabajadores y evitar las posibles sanciones que también recoge la Ley–. Ya hemos visto que, desde una perspectiva cuantitativa, no ha sido así –no llegan al 20% los convenios que, en 2010, trataban sobre el tabaquismo–, pero, ¿qué ocurre desde la perspectiva cualitativa? A estos efectos, cabe señalar que de los 67 convenios colectivos publicados en el BOE que tratan esta cuestión en los años 2007 a 2010¹⁴, 28 (un 41,80%) se limitan a reproducir una cláusula que ya estaba en convenios anteriores a la aprobación de la Ley 28/2005¹⁵, y 39 (un 58,20%) incorporan cláusulas nuevas que cabe pensar son

¹⁴ Se ha excluido del cómputo aquellos convenios colectivos que tratan la cuestión pero respecto de los que no se ha localizado un convenio anterior para comparar.

¹⁵ III CC de Telefónica Servicios Audiovisuales SAU (BOE 3-2-2007), CC estatal de estaciones de servicio (BOE 26-3-2007), CC de Centro Farmacéutico, SL (BOE 18-6-2007), CC nacional de mataderos de aves y conejos (BOE 6-7-2007), XI CC de Yell Publicidad SA (BOE 13-10-2007), CC de ámbito estatal para las industrias del frío industrial (BOE 23-10-2007), CC estatal de pastas, papel y cartón (BOE 30-1-2008), CC básico estatal para las industrias cárnicas (BOE 18-3-2008), V convenio marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE 1-4-2008), VII CC de Antena 3 Televisión SA (BOE 19-5-2008), IV CC de CTC Ingeniería Dedicada, SA (BOE 15-9-2008), VI CC de Supermercados Sabeco SA (BOE 18-11-2008), CC de Cargill España SA (BOE 17-12-2008), CC de Vega Mayor SL (BOE 18-12-2008), CC para las industrias de turrónes y mazapanes (BOE 22-1-2009), CC de TCI Cortés XXI, SAU (BOE 10-6-2009), VII CC La Vanguardia Ediciones, S.L. (BOE 22-7-2009), CC de Frit Ravich, S.L. (BOE 5-9-2009), CC del Grupo Dhul, S.L. (BOE 6-10-2009), IV CC del sector del corcho (BOE 10-11-2009), CC de Fernando Buil, SAU (BOE 2-2-2010), CC de Mahou, S.A. (BOE 19-3-2010), CC de Máquinas Automáticas de Restauración, S.L. (BOE de 29-5-2010), XXIV CC de Agfa Gevaert, SAU (BOE 1-7-2010), VI CC de BP Oil España, SAU (BOE 6-8-2010), CC The Disney Store Spain, SL (BOE 19-8-2010), CC de ámbito estatal para la fabricación de conservas vegetales (BOE 14-9-2010) y CC de Gallina Blanca, SA (BOE 10-11-2010).

fruto de la citada Ley¹⁶, o bien modifican una cláusula ya existente con anterioridad¹⁷. A nuestro entender, con tales datos, cabe interpretar que la influencia de la Ley 28/2005 sobre la negociación colectiva –sin entrar a valorar el contenido de las cláusulas, cosa que haremos más adelante– ha sido bastante escasa.

Asimismo, respecto al tipo de convenio en el que se regula esta cuestión, son muy mayoritariamente convenios de empresa (un 80,85%¹⁸), y los sectores de actividad implicados son muy variados, al incluir, entre otros, la alimentación, el comercio, las nuevas tecnologías, la energía, los transportes o los medios de comunicación.

Respecto a la segunda cuestión antes planteada, ya hemos adelantado que la gran mayoría de los convenios colectivos tratan esta cuestión en el apartado dedicado al ejercicio del poder disciplinario, considerando la transgresión de la prohibición de fumar en el centro de trabajo una falta leve¹⁹ (un 18,39% de los convenios),

¹⁶ III CC general estatal del corcho (BOE 9-1-2007), I CC laboral de los servicios generales de tierra de la empresa Spanair SA (BOE 11-1-2007), IV CC de Euroservice Asistencia Técnica SA (BOE 24-7-2007), II CC de técnicos de mantenimiento de aeronaves de Spanair SA (BOE 20-5-2008), IV CC de Plus Supermercados SA (BOE 23-8-2007), XV CC de la industria química (BOE 29-8-2007), CC de la empresa Centro de Estudios CEAC SL (BOE 4-3-2008), II CC del grupo Sogecable (BOE 4-8-2008), CC de La Voz de Galicia SA (BOE 16-9-2008), CC para la industria de granjas avícolas y otros animales (BOE 16-12-2008), CC estatal de industrias lácteas y sus derivados (BOE 22-1-2009), CC de Alstom Transporte, SA (BOE 4-4-2009), CC de Refrescos Envasados del Sur, S.A. (BOE 24-4-2009), CC de José Sánchez Peñate, S.A. (BOE 1-8-2009), III CC de Repsol YPF, S.A. (BOE de 12-8-2009), CC de Unión de Detallistas Españoles, S.Coop. (BOE 31-8-2009), CC de Mantelnor Outsourcing, S.L. (BOE 31-8-2009), CC de la industria azucarera (BOE 23-9-2009), CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE 15-2-2010), CC de Mercadona, S.A. (BOE 10-3-2010), CC de Pirelli Neumáticos, S.A. (BOE 19-3-2010), CC para la industria de alimentos compuestos para animales (BOE 23-4-2010), CC de 3M España, S.A. (BOE 1-7-2010), CC de Praxair España, S.L. (BOE 5-7-2010), CC estatal de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (BOE 5-7-2010), CC estatal de perfumería y afines (BOE 14-9-2010), CC de Formación y Ediciones, SLU (BOE 14-10-2010) y CC de Agencia Efe, SA (BOE 15-10-2010).

¹⁷ VIII CC interprovincial de Noroto SA (BOE 23-2-2007), II CC de Multiprensa y Más SL (BOE 20-4-2007), CC de Estructura Grupo de Estudios Económicos, SA (BOE 21-8-2007), CC de Compañía Española de Petróleos SA (CEPSA) (BOE 27-11-2008), CC de Petroquímica Española SA PETRESA (BOE 28-11-2008), VIII CC de Repsol Petróleo, S.A. (BOE 23-10-2009), VII CC de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA (BOE 1-12-2009), V CC de Patentes Talgo, S.L. (BOE 1-4-2010), CC de Carlson Wagonlit España, SLU (BOE 12-7-2010), IV CC de Tiendas de Conveniencia (BOE 23-7-2010), XXIII CC de Bridgestone Hispania, SA (BOE 28-7-2010) y XV CC de Bridgestone Hispania, SA (Delegaciones comerciales) (BOE 25-8-2010).

¹⁸ De los convenios publicados en el BOE que tratan sobre esta cuestión durante los años 2007 a 2010.

¹⁹ III CC de Telefónica servicios audiovisuales SAU (BOE 3-2-2007), CC de Euro Depot España SA (BOE 23-10-2007), VII CC de Antena 3 Televisión SA (BOE 19-5-2008), VII CC de Telefónica servicios de música SAU (BOE 15-7-2008), II CC del grupo Sogecable (BOE 4-8-2008), I CC de Alstom Transporte, SA (BOE 4-4-2009), CC de TCI Cortés XXI SAU (BOE 10-6-2009), CC de Frit Ravich SL (BOE 5-9-2009), CC de TecnoCom España Solutions SL (BOE 5-11-2009), IV CC de Sistema a domicilio SD 2000 SL (BOE 12-11-2009), CC de Fernando Buil (BOE 2-2-2010), CC para la industria de alimentos compuestos para animales (BOE 23-4-2010), XXIV CC de Agfa Gevaert, SAU (BOE 1-7-2010), CC de Carlson Wagonlit España SLU (BOE 12-7-2010), CC estatal de perfumería y afines (BOE 14-9-2010), CC de Agencia Efe SA (BOE 15-10-2010).

grave²⁰ (un 28,74%), o muy grave²¹ (un 17,24%), o bien una falta leve, grave o muy grave²² (un 6,9%) o una falta leve y grave²³ (un 4,6%) o grave y muy grave²⁴ (un 16,09%), o en fin, una falta leve o muy grave²⁵ (un 8,04%). Ello supone que un 47,13% de los convenios colectivos consideran dicha transgresión una falta leve o

²⁰ VIII CC de Noroto SA (BOE 23-2-2007), CC estatal de estaciones de servicio (BOE 26-3-2007), I CC del personal técnico de mantenimiento de Swiftair SA (BOE 21-6-2007), VII CC de Estructura Grupo de Estudios Económicos SA (BOE 21-8-2007), IV CC de Plus Supermercados SA (BOE 23-8-2007), CC empresa Verdifresh SL (BOE 20-12-2007), V Convenio marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE 1-4-2008), CC empresa Stock Uno Grupo de servicios (BOE 16-1-2008), CC estatal de pastas, papel y cartón (BOE 30-1-2008), I CC de Acumula SA (BOE 21-2-2008), CC empresa CEAC SL (BOE 4-3-2008), I CC Fundación tripartita para la formación en el empleo (BOE 9-12-2008), CC para las industrias de turrónes y mazapanes (BOE 22-1-2009), CC de industrias lácteas y sus derivados (BOE 22-1-2009), II CC de Swiftair SA y su personal de tierra (BOE 11-3-2009), CC de Refrescos Envasados del Sur SA (BOE 24-4-2009), CC de José Sánchez Peñate, SA (BOE 1-8-2009), CC de Unión Detallistas Españoles S.Coop. (BOE 31-8-2009), CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE 15-2-2010), CC de Mercadona (BOE 10-3-2010), CC de Mahou, S.A. (BOE 19-3-2010), V CC de Patentes Talgo, SL (BOE 1-4-2010), CC estatal de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (BOE 5-7-2010), CC de The Disney Store Spain, SL (BOE de 19-8-2010), CC de Yemas de Santa Teresa SA (BOE 14-10-2010).

²¹ CC de Centro Farmacéutico SL (BOE 18-6-2007), CC nacional de mataderos de aves y conejos (BOE 6-7-2007), CC básico estatal para las industrias cárnicas (BOE 18-3-2008), CC de La Voz de Galicia SA (BOE 16-9-2008), VI CC de Supermercados Sabeco SA (BOE 18-11-2008), CC de Cargill España SA (BOE 17-12-2008), CC de Vega Mayor SL (BOE 18-12-2008), I CC de Servicios Logísticos de Combustibles de Aviación SL (BOE 10-7-2009), CC de Equitación y Caza SA (BOE 10-7-2009), CC de la industria azucarera (BOE 23-9-2009), CC de Martínez Oriente SA (BOE 13-10-2009), IV CC del sector del corcho (BOE 10-11-2009), VI CC de BP Oil España, SAU (BOE 6-8-2010), CC de ámbito estatal para la fabricación de conservas vegetales (BOE 14-9-2010), CC de Gallina Blanca, SA (BOE 10-11-2010).

²² II CC de Multiprensa y Más SL (BOE 20-4-2007), IV CC de CTC Ingeniería Dedicada SA (BOE 15-9-2008), III CC de Numil Nutrición SRL (BOE 29-5-2010), III CC de Nutricia SRL (BOE 2-6-2010), XXIII CC de Bridgestone Hispania SA (BOE 28-7-2010), XV CC de Bridgestone Hispania SA (Delegaciones comerciales) (BOE 25-8-2010).

²³ XV CC de la industria química (BOE 29-8-2007), CC de Pirelli Neumáticos SA (BOE 19-3-2010), CC de Praxair España SL (BOE 5-7-2010), I CC de Alquimia Soluciones Ambientales SL (BOE 26-8-2010).

²⁴ I CC laboral de los servicios generales de tierra de Spanair SA (BOE 11-1-2007), IV CC de Euroservice Asistencia Técnica SA (BOE 24-7-2007), II CC de técnicos de mantenimiento de aeronaves de Spanair SA (BOE 20-5-2008), I CC de Geserv SL (BOE 16-9-2008), CC de Acciona Airport Services SA (BOE 21-11-2008), I CC del grupo de empresas Swissport-menzies (BOE 3-2-2009), I CC de Iberdrola Inmobiliaria SAU (BOE 4-3-2009), III CC de Algeco Construcciones Modulares SAU (BOE 18-4-2009), CC de Mantelnor Outsourcing SL (BOE 31-8-2009), CC del Grupo Dhul SL (BOE 6-10-2009), CC de EasyJet Handling Spain (BOE 19-12-2009), CC de Máquinas Automáticas de Restauración, S.L. (BOE 29-5-2010), III CC de Iberdrola Ingeniería y Construcción, SAU (BOE 5-7-2010), IV CC de Tiendas de Conveniencia (BOE 23-7-2010).

²⁵ CC de Cannon Hygiene SA (BOE 16-4-2008), CC de Compañía Española de Petróleos SA (CEPSA) (BOE 27-11-2008), CC de Petroquímica Española SA PETRESA (BOE 28-11-2008), CC para las granjas avícolas y otros animales (BOE 16-12-2008), III CC de Repsol YPF SA (BOE 12-8-2009), VIII CC de Repsol Petróleo SA (BOE 23-10-2009), VII CC de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA (BOE 1-12-2009).

grave, descartándose la opción del despido, lo que denota una tendencia que implica que tal conducta, aunque suponga contravenir una norma legal que pretende proteger la salud laboral, no se considera lo suficientemente grave como para constituir causa de extinción del contrato de trabajo. Especialmente sintomático es el hecho de que el 18,39% de los convenios colectivos sólo la considera una falta leve.

En relación a si el contenido de las cláusulas convencionales cumple lo previsto en la Ley 28/2005, según la cual -art. 7.a), tanto en su redacción inicial como en la vigente-, se prohíbe fumar en los centros de trabajo, públicos y privados, salvo en los espacios al aire libre, cabe hacer varias consideraciones:

1ª) Algunos convenios colectivos no se refieren a la citada Ley sino a las “normas de la empresa” relativas a la prohibición de fumar en los centros de trabajo²⁶, con lo que no queda claro si tales normas se limitan a reproducir la Ley o incluso endurecen sus condiciones (prohibiendo fumar en los espacios al aire libre, sobre la base del art. 7.s) de la Ley –en cuyo caso la cláusula es válida-), o, por el contrario, son normas propias que no son acordes a la Ley, lo que implicaría la invalidez de la cláusula convencional. Cabe recomendar aquí una mayor precisión en la redacción de la correspondiente cláusula.

2ª) Algunos convenios colectivos tienen una redacción muy clara, perfectamente adaptada a lo dispuesto en la Ley 28/2005, señalando que se prohíbe fumar en los centros de trabajo, incumpliendo la prohibición establecida en la citada Ley, cuya cita expresa se incorpora²⁷.

En una línea semejante, aunque más parca, algunos convenios se limitan a afirmar que es sancionable fumar en las instalaciones de la empresa²⁸. Redacción, no obstante, que plantea la duda, sobre la que volveremos más adelante, sobre si el término “instalaciones” incluye también los espacios al aire libre.

²⁶ CC estatal de industrias lácteas y sus derivados (BOE 22-1-2009), CC de José Sánchez Peñate SA (BOE 1-8-2009). También I CC de Acciona Airport Services SA (BOE 21-11-2008), I CC del grupo de empresas Swissport-menzies (BOE 3-2-2009), CC de EasyJet Handling Spain (BOE 19-12-2009), XXIV CC de Agfa Gevaert SAU (BOE 1-7-2010).

²⁷ I CC laboral de los servicios generales de tierra de la empresa Spanair SA (BOE 11-1-2007), IV CC de Euroservice Asistencia Técnica SA (BOE 24-7-2007), CC de Centro de Estudios CEAC SL (BOE 4-3-2008), II CC de técnicos de mantenimiento de aeronaves de Spanair SA (BOE 20-5-2008),h CC de Compañía Española de Petróleos SA (CEPSA) (BOE 27-11-2008), CC de Petroquímica Española SA PETRESA (BOE 28-11-2008), I CC de Alstom Transporte, SA (BOE 4-4-2009). También III CC de Repsol YPF SA (BOE 12-8-2009), VIII CC de Repsol Petróleo SA (BOE 23-10-2009), VII CC de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA (BOE 1-12-2009), I CC de Iberdrola Inmobiliaria SAU (BOE 4-3-3009), III CC de Algeco Construcciones Modulares, SAU (BOE 18-4-2009), CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE 15-2-2010), III CC de Iberdrola Ingeniería y Construcción SAU (BOE 5-7-2010), CC de Formación y Ediciones, SLU (BOE 14-10-2010).

²⁸ VIII CC de Noroto SA (BOE 23-2-2007), CC de la industria azucarera (BOE 23-9-2009), I CC de Servicios de Logísticos de Combustibles de Aviación SL (BOE 10-7-2009), CC de Tecnocom España Solutions SL (BOE 5-11-2009), CC de Mercadona SA (BOE 10-3-2010). También I CC del personal técnico de mantenimiento de Swiftair SA (BOE 21-6-2007) y CC de Euro Depot España SA (BOE 23-10-2007).

También existen convenios que señalan que se prohíbe fumar en el centro de trabajo²⁹, dentro de las dependencias de la empresa³⁰ o dentro de todo el recinto de la empresa³¹, que manifiestan que es sancionable fumar en los lugares donde esté prohibido³² o no esté permitido³³, o que afirman que constituye falta laboral fumar fuera de las zonas autorizadas en función de lo establecido por la legislación³⁴. En fin, cabe citar convenios que sólo establecen que es sancionable fumar en zonas prohibidas³⁵ o que fijan que no se puede fumar en los lugares del centro de trabajo (interpretado en sentido amplio) en los que esté prohibido por la legislación vigente o por la normativa interna de la empresa³⁶. Y también existen convenios que prohíben fumar en las instalaciones de la empresa así como en el resto del edificio donde la misma se encuentra ubicada³⁷.

3^a) Algún convenio recoge expresamente un criterio temporal, prohibiendo fumar durante las horas de trabajo, excepto en el tiempo destinado a descanso, agravándose la falta cuando se incumplan las medidas de seguridad³⁸.

4^a) Cabe citar convenios colectivos que dedican un artículo concreto a los derechos del no fumador³⁹.

5^a) Existen convenios que vinculan la existencia de la falta a que la prohibición legal haya sido debidamente anunciada por la dirección⁴⁰.

6^a) Algún convenio colectivo, por el tipo de actividad que desarrolla la empresa, extiende también la prohibición recogida en la Ley 28/2005 al domicilio

²⁹ IV CC de Plus Supermercados SA (BOE 23-8-2007), XV CC de la industria química (BOE 29-8-2007), CC para la empresa Stock Uno grupo de servicios (BOE 16-1-2008), CC de Mantelnor Outsourcing SL (BOE 31-8-2009), CC de Equitación y Caza, SA (BOE 10-7-2009), CC de Pirelli Neumáticos SA (BOE 19-3-2010), I CC de Cableuropa SAU y Tenaria SA (Grupo ONO) (BOE 3-4-2010), CC de Praxair España SL (BOE 5-7-2010), CC de The Disney Store Spain SL (BOE 19-8-2010), I CC de Alquimia Soluciones Ambientales SL (BOE 26-8-2010) CC estatal de perfumería y afines (BOE 14-9-2010), CC de Agencia Efe SA (BOE 15-10-2010).

³⁰ VI CC de Supermercados Sabeco SA (BOE 18-11-2008), I CC de la Fundación tripartita para la formación en el empleo (BOE 9-12-2008), CC de Yemas Santa Teresa SA (BOE 14-10-2010).

³¹ CC de la empresa Verdifresh SL (BOE 20-12-2007).

³² III CC de Telefónica Servicios Audiovisuales SAU (BOE 3-2-2007), CC estatal de pastas, papel y cartón (BOE 30-1-2008), VII CC de Antena 3 Televisión SA (BOE 19-5-2008), VII CC de Telefónica Servicios de Música SAU (BOE 15-7-2008), IV CC de CTC Ingeniería Dedicada SA (BOE 15-9-2008), CC del Grupo Dhul, SL (BOE 6-10-2009), CC de Máquinas Automáticas de Restauración SL (BOE 29-5-2010), CC estatal de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia (BOE 5-7-2010).

³³ V CC de Patentes Talgo SL (BOE 1-4-2010).

³⁴ CC de Mahou SA (BOE 19-3-2010).

³⁵ CC de Gallina Blanca, SA (BOE 10-11-2010).

³⁶ CC para la industria de alimentos compuestos para animales (BOE 23-4-2010).

³⁷ VII CC de Estructura Grupo de Estudios Económicos SA (BOE 21-8-2007).

³⁸ CC de Cannon Hygiene SA (BOE 16-4-2008).

³⁹ CC de Formación y Ediciones SLU (BOE 14-10-2010). También VII CC La Vanguardia Ediciones SL (BOE 22-7-2009), aunque su contenido no es acorde con la Ley 28/2005.

⁴⁰ IV CC de Tiendas de Conveniencia (BOE 23-7-2010).

de los clientes⁴¹.

7ª) Un convenio extiende la prohibición de fumar cuando el trabajador se encuentra en misión de la empresa⁴².

8ª) También cabe citar convenios que señalan, expresamente, que está prohibido fumar en los aseos y zonas comunes⁴³.

9ª) Por otra parte, es importante destacar que existen convenios colectivos que recogen cláusulas que no cumplen lo previsto en la Ley 28/2005, y, además, por diversos motivos:

a) Sancionan fumar en los locales cerrados del centro de trabajo o “fuera de los habilitados para ello”, “en dependencia no habilitada al efecto”, “fuera de las áreas delimitadas” o “en los locales no habilitados al efecto”, de lo que se deduce que parecen admitir la existencia de lugares, áreas o salas habilitadas para fumar, lo que está prohibido actualmente por la Ley⁴⁴.

O bien se señala que constituye falta fumar en cualquier lugar de la empresa, excepto “en aquellos que estén debidamente acotados para tal uso”, redacción que no deja claro si esa excepción se refiere a espacios internos delimitados o sólo a espacios al aire libre⁴⁵. La misma confusión se produce cuando simplemente se afirma que está prohibido fumar en zonas o instalaciones de la empresa, que “no se encuentren autorizadas expresamente para ello”⁴⁶, en “lugares no habilitados al efecto”⁴⁷ o “fuera de las zonas habilitadas para ello”⁴⁸.

b) Se limitan a señalar que está prohibido fumar en el puesto de trabajo y no en el centro de trabajo⁴⁹.

c) Sólo se prohíbe fumar en los lugares en que está prohibido por razones de seguridad e higiene⁵⁰.

⁴¹ I CC de Iberdrola Inmobiliaria SAU (BOE 4-3-2009), III CC de Iberdrola Ingeniería y Construcción SAU (BOE 5-7-2010).

⁴² VIII CC de Noroto SA (BOE 23-2-2007).

⁴³ CC de Formación y Ediciones SLU (BOE 14-10-2010).

⁴⁴ II CC de Multiprensa y Más SL (BOE 20-4-2007), CC de Centro Farmacéutico SL (BOE 18-6-2007), I CC de Acumula SA (BOE 21-2-2008), II CC del Grupo Sogecable (BOE 4-8-2008), CC de Refrescos Envasados del Sur SA (BOE 24-4-2009), VII CC de La Vanguardia Ediciones SL (BOE 22-7-2009), CC de Unión de Detallistas Españoles SCoop. (BOE 31-8-2009), XXIII CC de Bridgestone Hispania SA (BOE 28-7-2010), XV CC de Bridgestone Hispania SA (Delegaciones comerciales) (BOE 25-8-2010).

⁴⁵ CC de Martínez Lorient SA (BOE 13-10-2009).

⁴⁶ IV CC del sector del corcho (BOE 10-11-2009).

⁴⁷ III CC de Numil Nutrición SRL (BOE 29-5-2010), III CC de Nutricia SRL (BOE 2-6-2010).

⁴⁸ I CC de Geserv SL (BOE 16-9-2008).

⁴⁹ CC para las industrias de turrónes y mazapanes (BOE 22-1-2009). También, con matices, CC para la industria de granjas avícolas y otros animales (BOE 16-12-2008).

⁵⁰ CC estatal de estaciones de servicio (BOE 26-3-2007), CC nacional de mataderos de aves y conejos (BOE 6-7-2007), CC básico estatal para las industrias cárnicas (BOE 18-3-2008), CC de La Voz de Galicia SA (BOE 16-9-2008), CC de Cargill España, SA (BOE 17-12-2008), CC de Vega Mayor SL (BOE 18-12-2008), VI CC de BP Oil España SAU (BOE 6-8-2010), CC de ámbito estatal para la fabricación de conservas vegetales (BOE 14-9-2010).

d) Se prohíbe fumar en lugares y “horas” prohibidos por la empresa o proscritos por la legislación específica⁵¹. Limitación horaria excluida por la propia Ley 28/2005.

e) Se hace una remisión a lo previsto en la normativa aeroportuaria y a las exclusiones expresamente realizadas⁵².

f) Se prohíbe fumar durante la prestación del servicio, sin aclarar si dicha prohibición afecta también a los períodos de descanso que se realicen dentro del centro de trabajo⁵³.

Y, g) en fin, también cabe citar convenios colectivos que se limitan a prohibir fumar en el vehículo o junto a los alimentos o en presencia de los clientes⁵⁴, o bien en la cabina del camión y en las áreas de carga y descarga mientras se está en operaciones⁵⁵.

10ª) En algún caso se prohíbe fumar utilizando el uniforme de la empresa⁵⁶, con lo que se va más allá de lo previsto en la Ley 28/2005.

Y, 11ª) finalmente, algún convenio colectivo prevé expresamente que si se impusiese alguna sanción a la empresa por incumplimiento de la Ley 28/2005, la misma será repercutida al trabajador incumplidor con independencia del ejercicio del poder disciplinario⁵⁷.

Como se deriva de lo señalado hasta aquí, actualmente existen convenios colectivos cuya regulación incumple lo previsto en la Ley 28/2005, que deberían modificarse lo antes posible; convenios perfectamente adaptados a la citada Ley y que incluso la citan; y convenios cuya regulación –aunque no mencionen dicha norma- resulta acertada, al adaptarse a lo previsto en ella. No obstante, cabe realizar tres reflexiones en este ámbito:

a) Resultaría muy recomendable que las partes negociadoras de los convenios colectivos estuvieran más atentas a la redacción de este tipo de cláusulas con el objetivo de evitar posibles incorrecciones y confusiones, que ya existen, tal y como hemos visto.

b) Salvo en dos convenios⁵⁸, no se regula un aspecto que puede llegar a ser polémico: la posibilidad de fumar o no en los espacios al aire libre de la empresa, por cuanto, como hemos visto, el art. 7.a) de la Ley 28/2005 prohíbe fumar

⁵¹ CC de TCI Cortés XXI, SAU (BOE 10-6-2009), CC de Carlson Wagonlit España SLU (BOE 12-7-2010).

⁵² I CC de Swiftair SA y su personal de tierra (BOE 11-3-2009).

⁵³ V CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE 1-4-2008).

⁵⁴ IV CC de Sistema a domicilio SD 2000 SL (BOE 12-11-2009).

⁵⁵ CC de Fernando Buil, SAU (BOE 2-2-2010).

⁵⁶ CC de The Disney Store Spain SL (BOE 19-8-2010).

⁵⁷ III CC de Algeco Construcciones Modulares, SAU (BOE 18-4-2009).

⁵⁸ III CC de Algeco Construcciones Modulares SAU (BOE 18-4-2009), donde se afirma que “únicamente se excepcionan de la prohibición anterior los espacios al aire libre”. También CC de la empresa Verdifresh SL (BOE 20-12-2007).

en los centros de trabajo salvo en dichos espacios y la letra s) del mismo precepto, tal y como han ratificado los propios Tribunales, permite al empresario prohibir fumar también en dichos espacios. Consideramos conveniente aclarar este aspecto, e incluso negociarlo colectivamente, a los efectos de prevenir errores e incluso reclamaciones judiciales.

Y, c) sigue presente en el contenido de las cláusulas convencionales la perspectiva de seguridad laboral, esto es, la prohibición de fumar se sigue vinculando, en bastantes convenios, exclusivamente al hecho de que tal hábito en el lugar de trabajo supone un riesgo para la seguridad del propio trabajador, otros trabajadores, terceros, y/o la propia empresa. Con ello entramos, pues, en la tercera cuestión antes planteada.

En efecto, respecto a la perspectiva que subyace actualmente en la regulación convencional, cabe distinguir varios grupos de convenios colectivos:

1) Convenios colectivos que se refieren expresamente a la Ley 28/2005, de lo que se deduce que recogen su visión y, en consecuencia, no se plantea la cuestión de fumar como un elemento de seguridad en el trabajo sino como una materia de salud laboral⁵⁹. Algunos convenios hablan incluso, con especial contundencia, de los derechos del no fumador y del fumador pasivo⁶⁰.

2) Convenios que se refieren expresamente a la Ley 28/2005, pero que agravan la falta cuando se fuma en zonas donde existe riesgo para la seguridad⁶¹, con lo que, a nuestro entender, se incorporan e interrelacionan ambas visiones –salud y seguridad laborales–.

3) Convenios que no citan la Ley 28/2005 y que agravan la falta cuando pueda ocasionarse un riesgo en materia de prevención de riesgos⁶².

⁵⁹ I CC laboral de los servicios generales de tierra de la empresa Spanair SA (BOE 11-1-2007), IV CC de Euroservice Asistencia Técnica SA (BOE 24-7-2007), CC de Centro de Estudios CEAC SL (BOE 4-3-2008), II CC de técnicos de mantenimiento de aeronaves de Spanair SA (BOE 20-5-2008), I CC de Iberdrola Inmobiliaria SAU (BOE 4-3-2009), III CC de Algeco Construcciones Modulares SAU (BOE 18-4-2009), I CC de Alstom Transporte SA (BOE 4-4-2009), CC de Refrescos Envasados del Sur SA (BOE 24-4-2009), CC de Unión de Detallistas Españoles SCoop. (BOE 31-8-2009), CC estatal de elaboradores de productos cocinados para su venta a domicilio (BOE 15-2-2010), III CC de Iberdrola Ingeniería y Construcción SAU (BOE 5-7-2010).

⁶⁰ CC de Formación y Ediciones SLU (BOE 14-10-2010).

⁶¹ CC de Compañía Española de Petróleos SA CEPSA (BOE 27-11-2008), CC de Petroquímica Española SA PETRESA (BOE 28-11-2008), III CC de Repsol YPF SA (BOE 12-8-2009), VIII CC de Repsol Petróleo, SA (BOE 23-10-2009), VII CC de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA (BOE 1-12-2009).

⁶² CC de Cannon Hygiene SA (BOE 16-4-2008), IV CTC Ingeniería Dedicada SA (BOE 15-9-2008), I CC de Geserv SL (BOE 16-9-2008), I CC de Acciona Airport Services SA (BOE 21-11-2008), I CC del grupo de empresas Swissport-menzies (BOE 3-2-2009), CC de Mantelnor Outsourcing SL (BOE 31-8-2009), CC del Grupo Dhul, SL (BOE 6-10-2009), CC de EasyJet Handling Spain (BOE 19-12-2009), CC de Máquinas Automáticas de Restauración SL (BOE 29-5-2010), XXIII CC de Bridgestone Hispania SA (BOE 28-7-2010), XV CC de Bridgestone Hispania SA (Delegaciones comerciales) (BOE 25-8-2010).

4) Convenios que siguen exclusivamente vinculados con la lógica de la seguridad en el trabajo⁶³.

5) Convenios colectivos que no citan la Ley 28/2005 pero que recogen sólo una perspectiva de salud laboral⁶⁴.

Y, 6) convenios que no adoptan una posición expresa, limitándose, sin fijar la razón, a prohibir fumar⁶⁵.

De ello se deriva que, en los convenios colectivos actuales, se siguen mezclando las dos lógicas existentes en el marco laboral en torno a la prohibición de fumar: la lógica de seguridad en el trabajo –previa a la Ley 28/2005⁶⁶- y la relacionada

⁶³ CC estatal de estaciones de servicio (BOE 26-3-2007), II CC de Multiprensa y Más SL (BOE 20-4-2007), CC nacional de mataderos de aves y conejos (BOE 6-7-2007), VII CC de Estructura Grupo de Estudios Económicos SA (BOE 21-8-2007), CC básico estatal para las industrias cárnicas (BOE 18-3-2008), CC de La Voz de Galicia SA (BOE 16-9-2008), CC de Cargill España SA (BOE 17-12-2008), CC de Vega Mayor SL (BOE 18-12-2008), II de Swiftair SA y su personal de tierra (BOE 11-3-2009), I CC de Servicios Logísticos de Combustibles de Aviación SL (BOE 10-7-2009), III CC de Numil Nutrición SRL (BOE 29-5-2010), III CC de Nutricia SRL (BOE 2-6-2010), VI de BP Oil España SAU (BOE 6-8-2010), CC de ámbito estatal para la fabricación de conservas vegetales (BOE 14-9-2010).

⁶⁴ I CC de Cableuropa SAU y Tenaria SA (Grupo ONO) (BOE 3-4-2010), VII CC La Vanguardia Ediciones SL (BOE 22-7-2009).

⁶⁵ III CC de Telefónica Servicios Audiovisuales SAU (BOE 3-2-2007), VIII CC de Noroto SA (BOE 23-2-2007), CC de Centro Farmacéutico SL (BOE 18-6-2007), I CC del personal técnico de mantenimiento de Swiftair SA (BOE 21-6-2007), IV CC de Plus Supermercados SA (BOE 23-8-2007), XV CC de la industria química (BOE 29-8-2007), CC de Euro Depot España SA (BOE 23-10-2007), CC de la empresa Verdifresh SL (BOE 20-12-2007), CC para la empresa Stock Uno grupo de servicios (BOE 16-1-2008), CC estatal de pastas, papel y cartón (BOE 30-1-2008), I CC de la empresa Acumula (BOE 21-2-2008), V CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (BOE 1-4-2008), VII CC de Antena 3 Televisión SA (BOE 19-5-2008), VII CC de Telefónica Servicios de Música SAU (BOE 15-7-2008), II CC del Grupo Sogecable (BOE 4-8-2008), VI CC de Supermercados Sabeco SA (BOE 18-11-2008), I CC de la Fundación Tripartita para la formación en el empleo (BOE 9-12-2008), CC para la industria de granjas avícolas y otros animales (BOE 16-12-2008), CC estatal de industria lácteas y sus derivados (BOE 22-1-2009), CC para las industrias de turrónes y mazapanes (BOE 22-1-2009), CC de TCI Cortés XXI SAU (BOE 10-6-2009), CC de Equitación y Caza SA (BOE 10-7-2009), CC de José Sánchez Peñate SA (BOE 1-8-2009), CC de la industria azucarera (BOE 23-9-2009), CC de Martínez Oriente SA (BOE 13-10-2009), CC de TecnoCom España Solutions SL (BOE 5-11-2009), IV CC del sector del corcho (BOE 10-11-2009), IV CC de Sistema a domicilio SD 2000 SL (BOE 12-11-2009), CC de Fernando Buil SAU (BOE 2-2-2010), CC de Mercadona SA (BOE 10-3-2010), CC de Mahou SA (BOE 19-3-2010), CC de Pirelli Neumáticos SA (BOE 19-3-2010), V CC de Patentes Talgo SL (BOE 1-4-2010), CC para la industria de alimentos compuestos para animales (BOE 23-4-2010), XXIV CC de Agfa Gevaert SAU (BOE 1-7-2010), CC de Praxair España SL (BOE 5-7-2010), CC estatal de transporte de enfermos y accidentados en ambulancias (BOE 5-7-2010), CC de Carlson Wagonlit España SLU (BOE 12-7-2010), IV CC de Tiendas de Conveniencia (BOE 23-7-2010), CC estatal de perfumería y afines (BOE 14-9-2010), CC de The Disney Store Spain SL (BOE 19-8-2010), I CC de Alquimia Soluciones Ambientales SL (BOE 26-8-2010), CC de Yemas de Santa Teresa SA (BOE 14-10-2010), CC de Agencia Efe SA (BOE 15-10-2010), CC de Gallina Blanca SA (BOE 10-11-2010).

⁶⁶ Al respecto vid Del Rey Guanter, S (Dir.), “El tabaco...”, ob.cit. p. 84 y ss.

con la salud laboral –promocionada expresamente por la Ley 28/2005, aunque ya estaba presente en alguna norma anterior-, considerándose, cuando confluyen ambas en el mismo convenio, más grave la infracción de la primera que la de la segunda. A nuestro entender, y sin olvidar el riesgo para la seguridad –de efectos más rápidos (pensemos, por ejemplo, en una actividad con riesgo de incendio o explosión)-, sería recomendable que los convenios colectivos incorporaran también expresamente la otra lógica –la de salud laboral- otorgándole, además, a su vulneración la misma calificación desde la vertiente sancionadora. Ambas lógicas deben estar ya presentes y al mismo nivel en los convenios colectivos.

Por otra parte, cabe señalar que entre las dudas que planteó la aprobación de la Ley 28/2005 se encontraba su posible influencia en el marco de la ordenación del tiempo de trabajo y, en concreto, de los descansos. Esto es, se planteó la cuestión –también resuelta a nivel judicial, como veremos más adelante- de cómo incidiría dicha Ley en el uso del descanso “para bocadillo” regulado en el ET y si, en su caso, debería establecerse un tiempo de descanso adicional dedicado a salir a fumar. En aquel momento se pensó que sería la negociación colectiva la que resolvería estos temas, por lo que resulta muy ejemplificador constatar que no ha sido así, ya que sólo tres de los convenios colectivos consultados abordan este tema: uno considera sancionable abandonar el trabajo durante un espacio de tiempo breve para fumar⁶⁷, otro se limita a afirmar que los fumadores deberán fumar fuera del horario laboral o en los períodos de descanso⁶⁸, y el último señala que la pausa para el desayuno, de 30 minutos, puede ser dividida en tres períodos para los trabajadores que quieran utilizarla para fumar⁶⁹. No se han previsto, pues, períodos de descanso adicionales para los fumadores sino un uso alternativo –y delimitado- del tiempo de descanso ya previsto legalmente. En definitiva, este dato nos muestra que este tipo de situaciones se han resuelto internamente en las empresas sin trasladarse a la negociación colectiva.

Finalmente, como adelantábamos páginas atrás, son muy escasos los convenios colectivos que abordan la cuestión del tabaquismo desde una perspectiva positiva, refiriéndose, de diferente manera, a la implantación de programas y ayudas para la deshabituación tabáquica. En este sentido, se manifiesta que se buscarán vías de colaboración con la Administración Pública para obtener programas y ayudas para la deshabituación⁷⁰, que la empresa fomentará y apoyará los programas de reeducación en la salud para dejar de fumar⁷¹, y que se financiarán –sin sobrepasar el 80% del coste- tratamientos para los empleados que deseen dejar de fumar, dentro de aquellas opciones que merezcan garantía

⁶⁷ CC de Frit Ravich SL (BOE 5-9-2009).

⁶⁸ CC de Formación y Ediciones SLU (BOE 14-10-2010).

⁶⁹ I CC de Activa Mutua 2008 (BOE 5-10-2008).

⁷⁰ VII CC de La Vanguardia Ediciones SL (BOE 22-7-2009).

⁷¹ I CC de Cableuropa SAU y Tenaria SA (Grupo ONO) (BOE 3-4-2010).

técnica, y esta financiación se abonará sólo una vez y sin condicionarla al éxito del tratamiento⁷². A nuestro entender, aun cuando la lógica de la Ley 28/2005 es la protección de los no fumadores resultaría recomendable que las empresas –dentro de su acción social y de su política de prevención de riesgos laborales– arbitrasen mecanismos para ayudar a sus trabajadores fumadores a dejar de serlo. Ya adelantamos páginas atrás nuestra opinión sobre que la protección de los fumadores constituye todavía una asignatura pendiente de la propia Ley 28/2005, que no resuelve la Ley 42/2010. Quizás supondría un incentivo para las empresas en este campo pensar que, junto a la ventaja de contribuir a la mejor salud de sus trabajadores, también se obtienen otros beneficios: un menor índice de absentismo laboral, menores problemas a la hora de gestionar el tiempo de trabajo en la empresa y una mayor productividad.

2.2. La posición de los Tribunales

Los Tribunales se han pronunciado en los últimos años⁷³ en diversas ocasiones sobre el asunto que nos ocupa y no sólo en litigios vinculados con la sanción o despido de un trabajador que ha fumado durante la jornada de trabajo, sino resolviendo también, como adelantábamos páginas atrás, algunos de los interrogantes planteados por la propia aprobación de la Ley 28/2005.

No obstante, el mayor número de sentencias se sitúa precisamente en el marco del despido disciplinario, donde se constata el mantenimiento de una posición vinculada especialmente con la seguridad en el trabajo, en la misma línea de lo que ocurre, como hemos visto, en parte de la reciente negociación colectiva.

De este modo, los Tribunales consideran procedente la sanción o el despido cuando el incumplimiento del trabajador de la prohibición de fumar ha supuesto un riesgo para su propia seguridad, la de sus compañeros o la de la empresa, bastando, además, sólo un incumplimiento por parte del trabajador. Es el supuesto de trabajadores que utilizan productos químicos en su trabajo⁷⁴, que se esconden para fumar en el “cuarto de la pintura” de su empresa causando un pequeño incendio⁷⁵, de pintores que fuman mientras desempeñan su traba-

⁷² CC de 3M España SA (BOE 1-7-2010).

⁷³ Hemos analizado las sentencias publicadas a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley 28/2005.

⁷⁴ STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2006 (Jur 2007/110084), donde se manifiesta: “... se trata de una conducta del trabajador, claramente transgresora por flagrante desobediencia a unas órdenes de la empresa que no se duda tomó dentro de sus atribuciones, y a la vista de la naturaleza inflamable de los productos utilizados en el trabajo... con el consiguiente riesgo, en caso de fumar cerca, para la seguridad del infractor, de sus compañeros y de la empresa en general”.

⁷⁵ STSJ de Canarias de 29 de noviembre de 2006 (AS 2007/521), donde se afirma: “... aunque el demandante no tuvo intención de provocar un incendio, sin embargo con su conducta sí puso en peligro tanto su persona como la del resto de los compañeros, desobedeciendo la prohibición de fumar en el trabajo y lo que es más, provocó ese peligro ante el material existente en la empresa”.

jo⁷⁶, de trabajadores de una gasolinera que fuman en el puesto de venta y cobro y facilitan que los clientes fumen⁷⁷, o de trabajadores de una empresa de puertas que fuman mientras trabajan⁷⁸. También cabe situar aquí el supuesto de un preso que es cesado en su trabajo por fumar reiteradamente en un taller de carpintería⁷⁹. En este ámbito, los Tribunales no exigen siquiera un aviso previo al trabajador, resultando suficiente la existencia de carteles informativos adecuados⁸⁰.

En cambio, cuando ese incumplimiento no viene acompañado del correspondiente riesgo para la seguridad laboral, centrándose exclusivamente en la salud laboral, los Tribunales exigen, para calificar el despido como procedente, la concurrencia de habitualidad o reiteración en la conducta, que haya sido advertido el trabajador previamente (aunque existan carteles en la empresa que prohíban fumar), que se trate de un incumplimiento grave e injustificado, que no haya existido tolerancia empresarial o bien que dicha conducta venga acompañada del incumplimiento de otro tipo de instrucción empresarial (se aplican, en definitiva, los criterios judiciales elaborados, con carácter general, en torno a la desobediencia como causa de despido)⁸¹. E, incluso, en algún caso, se aclara expresamente que no se sanciona a la trabajadora por fumar sino por incumplir las órdenes o instrucciones dictadas por la empresa en el uso regular de sus funciones directivas⁸². Siguiendo tales pautas, se ha declarado como improcedente el despido de un trabajador que fumaba e ingería bebidas alcohólicas e incitaba a sus compañeros a hacerlo⁸³, el de una dependienta que fumaba en horario de atención al público⁸⁴, o el de un trabajador que bebía y fumaba durante el trabajo⁸⁵. Por el contrario, se ha considerado procedente el

⁷⁶ STSJ del País Vasco de 27 de febrero de 2007 (Jur 2007/132487), que señala: "... el trabajador, conocedor de la prohibición de fumar en el centro de trabajo donde desarrollaba sus tareas, desobedeció la orden, poniendo en peligro de explosión o incendio las instalaciones, con el consiguiente riesgo personal y para los demás trabajadores. No existe razón alguna que justifique o reduzca la responsabilidad derivada de tal conducta...".

⁷⁷ STSJ de Cantabria de 14 de junio de 2007 (Jur 2007/286047).

⁷⁸ STSJ de Castilla-La Mancha de 27 de septiembre de 2007 (Jur 2008/14574).

⁷⁹ STSJ de Andalucía/Sevilla de 20 de marzo de 2007 (AS 2007/2380).

⁸⁰ STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2006 (Jur 2007/110084).

⁸¹ Así se manifiesta, con claridad, en la STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de octubre de 2006 (AS 2006/3404).

⁸² STSJ de Madrid de 3 de julio de 2006 (Jur 2006/287593).

⁸³ STSJ de Madrid de 24 de enero de 2006 (Jur 2006/98491), donde se afirma: "... si bien la empresa imparte instrucciones de higiene en el trabajo, que publica en el tablón de anuncios, y, concretamente prohíbe fumar y beber en el trabajo, tales prohibiciones son genéricas, sin que haya acreditado que en ningún momento requirió al trabajador para que dejara de beber o fumar en el trabajo, pese a que tal conducta, según consta probado, era habitual, lo que demuestra, ciertamente, que ha existido una tolerancia, no habiéndose reprendido al actor, ni dado órdenes concretas de cese de las conductas proscritas, por lo que en fin, no puede ahora la empresa despedirle sorpresivamente, sin una previa advertencia o llamada de atención...".

⁸⁴ STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de octubre de 2006 (AS 2006/3404).

⁸⁵ STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de marzo de 2009 (Jur 2009/261372).

despido de una trabajadora que, de forma reiterada y pese a las advertencias de la empresa, se desplazaba a fumar a los servicios de otra planta distinta y, además, se enfrentó a una de sus jefas⁸⁶ o el de un trabajador que ya había sido sancionado varias veces por el mismo motivo⁸⁷. Y se ha calificado como procedente una sanción de suspensión de empleo y sueldo de un trabajador al que se le advirtió reiteradamente de la prohibición de fumar y que, en una clara provocación, entró en la nave industrial fumando⁸⁸ y la de un trabajador que se fumó un cigarrillo en el interior de los servicios de la empresa⁸⁹.

En todos los casos, la base legal sobre la que fundamentan las empresas el despido en estos supuestos es especialmente el art. 54.2.b) del ET, aunque también se recurre a la letra d) de dicho precepto.

Visto lo anterior, cabe preguntarse si la posición judicial, muy ligada, como hemos afirmado, a la idea de la protección de la seguridad en el trabajo, dando menos trascendencia a la protección de la salud laboral, resulta equívoca y, en consecuencia, si también un solo incumplimiento de la prohibición de fumar en el centro de trabajo sin riesgo para la seguridad debería ser causa suficiente para un despido disciplinario. A nuestro entender, teniendo presente la gradualidad y proporcionalidad que debe regir la aplicación de la máxima sanción disciplinaria, tal conclusión resultaría excesiva y, por consiguiente, la reiteración en la conducta, tal y como prevé algún convenio colectivo, resulta necesaria para proceder al despido del trabajador en ese caso.

Por otra parte, y como hemos venido señalando, los Tribunales han solucionado interrogantes abiertos por la propia aprobación de la Ley 28/2005. En este ámbito cabe citar varias cuestiones: ¿teniendo en cuenta el importante cambio incorporado por la citada Ley podría defenderse la existencia de condiciones más beneficiosas?, ¿qué ocurre con los trabajadores fumadores en los casos en que la empresa prohíbe salir en los tiempos de descanso para el bocadillo? ¿o qué hacer cuando la empresa prohíbe fumar en los espacios al aire libre? Vayamos por partes.

La duda sobre la posible existencia de una condición más beneficiosa se plantea precisamente en la STSJ de Madrid de 18 de octubre de 2006⁹⁰, donde la empresa venía permitiendo, antes de la entrada en vigor de la Ley 28/2005, a los trabajadores fumadores utilizar unas cabinas habilitadas dentro de las instalaciones de la empresa durante un tiempo máximo de 15 minutos (con posibilidad de fraccionarlos) a lo largo de la jornada de trabajo, con carác-

⁸⁶ SSTSJ de Madrid de 3 de julio de 2006 (Jur 2006/287593), de la Comunidad Valenciana de 8 de febrero de 2007 (AS 2007/1414).

⁸⁷ STSJ de Madrid de 15 de enero de 2010 (Jur 2010/106372).

⁸⁸ STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de febrero de 2007 (AS 2007/1414).

⁸⁹ STSJ de Extremadura de 5 de junio de 2006 (AS 2006/2778).

⁹⁰ Jur 2007/70011.

ter no recuperable y al margen del tiempo para el bocadillo. Lógicamente, la citada Ley supuso la desaparición de las citadas cabinas y los trabajadores reclamaban, como condición más beneficiosa, el mantenimiento del permiso para fumar, ya en los espacios al aire libre. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid descarta la existencia de la citada condición más beneficiosa, afirmándose, además, que si a efectos polémicos se aceptara su existencia la pretensión planteada desbordaría los términos de su supuesto reconocimiento ya que se intentaba extender a toda la plantilla una práctica que sólo se daba en los talleres de carpintería y, además, de ser estimada, crearía un evidente agravio comparativo con los trabajadores no fumadores. A nuestro entender, para descartar la posible existencia de una condición más beneficiosa en torno a estos temas basta recordar que la prohibición total de fumar en los centros de trabajo sólo fue establecida a partir de la Ley 28/2005, y que se trata de una norma legal imperativa y, en consecuencia, de obligado cumplimiento.

Mayor problemática judicial, aunque previsible como afirmábamos páginas atrás, ha comportado la referencia del art. 7.a) de la Ley 28/2005 a que se prohíbe fumar en los centros de trabajo, “salvo en los espacios al aire libre”. En este punto se han planteado dos cuestiones: ¿puede una empresa prohibir fumar en tales espacios cuando lo permitía antes del 2 de enero de 2006?, y, si prohíbe fumar en los espacios libres ¿puede impedir a los trabajadores fumadores salir de la empresa para fumar en el descanso para bocadillo?

La primera cuestión se resuelve en la STSJ de Cantabria de 5 de diciembre de 2006⁹¹, donde se alcanzan conclusiones que resultan de gran interés: a) el art. 7.a) de la Ley 28/2005 impone una prohibición total de fumar en el centro de trabajo, con la consiguiente imposibilidad de habilitar espacios de ningún tipo para los trabajadores fumadores, salvo en los patios interiores del recinto que se hallen al aire libre; b) también está prohibido fumar “en cualquier otro lugar en el que, por mandato de esta Ley o de otra norma o por decisión de su titular” así se decida –apartado s) del precepto citado–, esto es, además de las prohibiciones legales y reglamentarias que se puedan acordar, el empresario en su cualidad de titular del centro de trabajo, puede prohibir que se fume en el interior del recinto, incluidos los espacios que se hallen al aire libre, sin que tal facultad, al emanar de una norma básica del Estado se halle coartada por la circunstancia de que, antes de su entrada en vigor, los trabajadores de la plantilla vinieran haciendo uso de aquellos patios interiores para fumar con la autorización y consentimiento del empresario; y, c) que la posibilidad de establecer espacios habilitados para fumar en los espacios al aire libre es, en todo caso, una facultad del empresario, y cabe también que la materia se regule por la vía de la negociación colectiva o por acuerdo de empresa. En definitiva, para los Tri-

⁹¹ AS 2006/3395.

bunales, cualquier empresario tiene la facultad de prohibir, de forma unilateral, fumar en los espacios al aire libre de su empresa, posición que compartimos y que se mantiene vigente tras la Ley 42/2010; lo que no impide, lógicamente, negociar colectivamente dicha cuestión. Es más esa unilateralidad empresarial se impone incluso en los casos en que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 28/2005, estas cuestiones hubieran sido objeto de negociación colectiva. Y tampoco cabe olvidar que uno de los motivos que precisamente pueden llevar a un empresario a prohibir fumar en los espacios al aire libre es la difícil gestión del tiempo a utilizar por los trabajadores en el desplazamiento hacia y desde el espacio al aire libre y en la permanencia en el mismo.

No obstante, la validez de lo anterior no supone que todos los problemas se resuelvan, ya que, a nuestro entender, una prohibición como la anterior debe ir acompañada de la posibilidad de que los trabajadores fumadores puedan utilizar –no podemos olvidar que estamos ante un hábito social permitido– el descanso para el bocadillo para salir fuera de las instalaciones de la empresa y fumar, salvo situaciones excepcionales objetivamente justificadas. Ésta es precisamente la cuestión resuelta en las sentencias de los TSJ de Cataluña de 5 de junio de 2007⁹² y de Navarra de 14 de enero de 2008⁹³, donde los trabajadores fumadores impugnan la decisión empresarial de no permitir salir de las instalaciones de la empresa durante el tiempo para el bocadillo, ya que, al haberse prohibido fumar en los espacios al aire libre, ello les impide fumar durante toda la jornada laboral. Las empresas alegaban razones de seguridad al estar ubicada en un polígono industrial con mucho tráfico de vehículos, de control horario y de acceso a las instalaciones y razones jurídicas relacionadas con la finalidad del descanso.

Ambas sentencias dan la razón a los trabajadores, criterio que compartimos, sobre la base de argumentos como los siguientes:

1º) Si el descanso para el bocadillo no se considera tiempo de trabajo efectivo, se trata de un período en el que el empresario no puede ejercer las facultades de dirección y control previstas en el art. 20 del ET ni tampoco adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales; y, en consecuencia, el trabajador no está sujeto a ninguna de las obligaciones que como tal le impone la legislación laboral y tiene, en principio, libertad para invertir dicho tiempo de descanso, que no necesariamente ha de ser para tomarse un bocadillo, del modo que estime conveniente, no existiendo disposición legal alguna que le prohíba abandonar las instalaciones de la empresa, disponiendo durante este período de libertad de movimiento, amparada por el derecho a la libertad individual que reconoce a toda persona el art. 17.1 de la Constitución⁹⁴.

⁹² AS 2007/2706.

⁹³ AS 2008/816.

⁹⁴ STSJ de Cataluña de 5 de junio de 2007 (AS 2007/2706).

2º) Como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional, el conjunto de derechos y obligaciones recíprocas derivadas del contrato de trabajo no implica la privación para el trabajador de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano, pero puede condicionar su ejercicio, pero solo en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva, y en este caso no se prueba la existencia de superiores derechos o intereses empresariales que justifiquen una restricción del derecho a la libertad individual del trabajador⁹⁵.

3º) En efecto, no parece que existan razones de peso desde el punto de vista organizativo para la prohibición ni que pueda ocasionar graves problemas de organización el que algunos trabajadores salgan durante un corto período de tiempo del recinto físico de la empresa. Tampoco parece relevante el riesgo relacionado con el tráfico, en todo caso no es mayor que el puede correr cualquier persona que camina por la calle o cualquier otro espacio público y al cual están expuestos los propios trabajadores de la empresa cuando se desplazan desde su domicilio al trabajo o cuando se desplazan por las propias dependencias de la empresa⁹⁶.

4º) El deber de velar por la salud de los trabajadores, por muy encomiables que sean los planes que se ofrezcan a los trabajadores para que dejen el hábito de fumar, no puede ir más allá de las obligaciones establecidas por la Ley 28/2005, que no establece una prohibición absoluta de fumar, sino solo en los lugares que en dicha Ley se indican⁹⁷.

5º) El que en términos coloquiales se hable de tiempo o pausa para el bocadillo no significa que el trabajador no pueda hacer otra cosa que descansar o tomarse un bocadillo y la empresa no tiene derecho a controlar lo que hace durante el tiempo de descanso, que no es tiempo de trabajo y que no le es retribuido⁹⁸.

6º) Es cierto que se trata de una práctica, la de fumar, que por normativa se trata poco a poco de erradicar. En efecto, la conciencia y sensibilización

⁹⁵ SSTSJ de Cataluña de 5 de junio de 2007 (AS 2007/2706) y de Navarra de 14 de enero de 2008 (AS 2008/816), donde se afirma: "... se trata de decir, pues, si en este caso la medida empresarial denunciada puede calificarse de adecuada y proporcionada en relación con los derechos en juego: el del empresario a su libertad empresarial y el del trabajador a su libertad individual... debe tenerse en cuenta que el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto a la libertad e intimidad del trabajador pues ciertamente puede entenderse que pertenece al ámbito estricto de la vida privada e íntima de la persona, en el presente caso del trabajador demandante, el acto de fumar y ello como expresión de la libertad individual, derecho que debe ser armonizado con las obligaciones laborales dimanantes de la normativa vigente en la materia...".

⁹⁶ STSJ de Cataluña de 5 de junio de 2007 (AS 2007/2706).

⁹⁷ STSJ de Cataluña de 5 de junio de 2007 (AS 2007/2706).

⁹⁸ STSJ de Cataluña de 5 de junio de 2007 (AS 2007/2706). También STSJ de Navarra de 14 de enero de 2008 (AS 2008/816).

social sobre este particular parece notable, y su aplicación normativa y práctica tienden a la adopción de una serie de medidas que desde diferentes ámbitos faciliten de forma paulatina su desaparición, pero también es cierto que dicho objetivo no puede pretenderse a través exclusivamente del imperativo legal o, en el ámbito laboral, mediante decisiones empresariales absolutas limitando o restringiendo el ejercicio individual de aquel derecho cuando el mismo se está ejerciendo sin menoscabo de los intereses empresariales y reservando el necesario equilibrio entre los derechos y obligaciones de ambas partes⁹⁹; y,

7º) a falta de otras alternativas facilitadas por la empresa, el ejercicio del derecho solicitado en los tiempos de descanso y fuera del recinto laboral se manifiesta como razonable y no abusivo, solución que aparece como la más generalizada en numerosos centros de trabajo, contando siempre la empresa claro está con las oportunas medidas de control para corregir posibles abusos en su ejercicio¹⁰⁰.

Se han resuelto, pues, y, a nuestro entender, de forma acertada, los principales problemas de aplicación de la Ley 28/2005, defendiéndose la prevalencia del derecho a la salud de los trabajadores no fumadores pero también buscando una alternativa viable para los trabajadores fumadores a los efectos de poder ejercitar un hábito que, como venimos afirmando, está socialmente permitido aunque resulte nocivo.

Y, por último, en este ámbito cabe destacar, en relación con el impacto que la Ley 28/2005 ha tenido hasta el momento en el marco judicial, que son pocas las sentencias que citan expresamente dicha Ley¹⁰¹.

3. LAS REFORMAS INCORPORADAS POR LA LEY 42/2010, DE 30 DE DICIEMBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY 28/2005

Desde la perspectiva laboral, la Ley 42/2010, deja la mayoría de las cosas tal y como estaban pero también introduce algunas novedades, como apuntábamos anteriormente, que han comportado –ya no desde una vertiente laboral sino exclusivamente de resultados económicos– una importante polémica en los últimos meses.

En primer lugar, cabe destacar que no se modifica la prohibición de fumar en los centros de trabajo públicos y privados, salvo en los espacios al aire libre, así como en centros y dependencias de las Administraciones Públicas y entida-

⁹⁹ STSJ de Navarra de 14 de enero de 2008 (AS 2008/816).

¹⁰⁰ STSJ de Navarra de 14 de enero de 2008 (AS 2008/816).

¹⁰¹ SSTSJ de Extremadura de 5 de junio de 2006 (AS 2006/2778), Madrid de 3 de julio de 2006 (Jur 2006/287593), de Cantabria de 5 de diciembre de 2006 (AS 2006/3395), de Cataluña de 5 de junio de 2007 (AS 2007/2706), de Navarra de 14 de enero de 2008 (AS 2008/816), de la Comunidad Valenciana de 10 de marzo de 2009 (Jur 2009/261372) y de Madrid de 15 de enero de 2010 (Jur 2010/106372).

des de Derecho Público¹⁰². En este punto, cabe recordar que, tal y como han ratificado los Tribunales, el titular del centro o dependencia puede prohibir fumar también en los espacios al aire libre. A lo que cabe añadir que tales espacios al aire libre son aquellos que efectivamente lo están, sin que puedan considerarse como tales una ventana, un patio interior, un balcón, un pasillo exterior, etc. Cabe tener presente, no obstante, que en sectores como la construcción puede producirse el tránsito del espacio al aire libre a un espacio cerrado a medida que avancen las obras, lo que puede dar lugar a ciertos problemas¹⁰³. En fin, en este ámbito también nos reafirmamos en la conveniencia de que los convenios colectivos regulen expresamente y aclaren -como hemos visto, muchas veces no lo hacen- si está permitido fumar en los correspondientes espacios al aire libre.

Sin embargo, la Ley 42/2010 no ha resuelto alguna duda surgida con la redacción inicial de 2005, como es el propio concepto de “centro de trabajo” aplicable a estos efectos. En torno a esta cuestión cabe afirmar que dicho concepto no puede identificarse con la definición recogida en el art. 1.5 del ET -demasiado restrictiva- sino que la prohibición de fumar debe extenderse -por su propia finalidad- a todos los “lugares de trabajo”, concepto que incluiría no sólo aquellos espacios en los que se trabaja efectivamente sino también aquellos en que se produce la presencia de personas por motivo de su trabajo (vestuarios, cafeterías y restaurantes, aseos, instalaciones deportivas, áreas de descanso, etc.) así como los lugares de paso o de tránsito (entradas, pasillos, patios, etc.). Ello implica también que, desde la perspectiva temporal, en todos esos espacios la prohibición de fumar abarca las 24 horas diarias y los 365 días del año. Y ello con independencia de que el titular del lugar de trabajo sea un empleador público o privado. Y también se considera lugar de trabajo, a pesar de ser un espacio privado protegido por el derecho a la intimidad y la inviolabilidad, el domicilio en el caso de los empleados de hogar, durante el tiempo en que se hallen prestando sus servicios (ámbito en el que, no obstante, existirán evidentes problemas de control del cumplimiento de la prohibición de fumar pero donde también garantizarse la salud del trabajador).

A lo que cabe añadir que dicha prohibición de fumar se matiza en el caso de los trabajadores autónomos o los profesionales que sólo cuando entren en contacto con otras personas (socios, colaboradores, clientes, otros trabajadores, etc.) les será de aplicación¹⁰⁴.

En fin, en este marco también cabe destacar que ni la Ley 28/2005 ni la Ley 42/2010 entran a regular una cuestión que puede ser problemática: la po-

¹⁰² Art. 7.a) y b) de la Ley 28/2005, modificada por la Ley 42/2010.

¹⁰³ Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, ob.cit. p. 860.

¹⁰⁴ García Murcia, J., “La legislación...”, ob.cit. pág. 4. También Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, ob.cit. p. 857.

sibilidad de que un empresario prohíba a sus trabajadores fumar en la entrada o lugar de acceso al centro de trabajo, por cuanto aquél puede estar interesado, por cuestiones de imagen, en no tener de forma más o menos continua a un grupo de trabajadores fumando en dicho lugar. En este caso, si dicho espacio es de titularidad pública –como lo será en muchos casos- el empresario no puede disponer sobre la utilización del mismo; cuestión distinta es que su titularidad sea privada o compartida¹⁰⁵. No obstante, como veremos más adelante, la Ley 42/2010 sí prohíbe –con la voluntad de evitar que los jóvenes entren tempranamente en el tabaquismo- fumar en los accesos inmediatos y aceras circundantes de los centros docentes y formativos.

Y tampoco se resuelve expresamente el caso de aquellos lugares comunes en edificios compartidos que quedan fuera del centro de trabajo como corredores, escaleras, aseos compartidos, etc., respecto a los cuales el empresario no tiene poder de disposición pleno por pertenecer total o parcialmente a un tercero. Este supuesto o bien puede ser que sea susceptible de incluirse en alguno de los apartados del art. 7 de la Ley 28/2005 –como el apartado n) respecto a espacios de uso público de reducido tamaño- o bien que el titular ajeno o los cotitulares utilicen la facultad del apartado s) del art. 7 para prohibir fumar en dichos lugares. Asimismo, debe tenerse presente que en tales espacios será fácil que exista transmisión del humo a los centros de trabajo y, en consecuencia, la prohibición debería fijarse¹⁰⁶.

Respecto al alcance material de la prohibición, ésta sigue centrada en la actividad de fumar, por lo que no están incluidos otros productos del tabaco tales como los destinados a ser inhalados, chupados o masticados en tanto que al no producir humo no suponen un riesgo para personas distintas de quien los consume. No obstante, ello es muestra de que el tabaquismo pasivo se combate en la Ley con una mayor determinación prohibitiva que el tabaquismo activo, ya que no hay menos evidencia científica sobre los efectos negativos que para la salud de sus consumidores tienen esos otros productos del tabaco¹⁰⁷. Asimismo, sólo se prohíbe fumar tabaco, no viéndose afectados por esta prohibición los cigarrillos de hierbas ni tampoco los cigarrillos electrónicos.

Asimismo, desde la perspectiva subjetiva, la prohibición afecta a todo tipo de trabajador presente en el lugar de trabajo, con relación laboral común o especial o bien con una relación de carácter civil o mercantil –trabajador autónomo, miembro del consejo de administración, altos directivos, trades...-, a los clientes, suministradores y proveedores, a los trabajadores cedidos por una ETT y a los trabajadores de subcontratas.

En segundo lugar, y como novedad, en los centros, servicios o establecimientos sanitarios se prohíbe fumar tanto en los espacios cerrados como en

¹⁰⁵ Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, ob.cit. p. 861.

¹⁰⁶ Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, ob.cit. p. 862.

¹⁰⁷ Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, ob.cit. p. 855.

los espacios al aire libre o cubiertos en sus recintos¹⁰⁸. Por tanto, a diferencia de la redacción inicial de la Ley 28/2005, en estos momentos no es posible fumar en ningún lugar dentro de un centro sanitario, lo que supone que no sólo los visitantes o terceros ajenos al hospital sino también el propio personal del hospital tendrá que salir del recinto sanitario para fumar; circunstancia que puede plantear problemas de ordenación del tiempo de trabajo (gestión de los descansos en los casos, por ejemplo, en que se necesite hacer un recorrido largo para salir del recinto) e incluso de imagen empresarial si, por ejemplo, el centro sanitario está situado en una zona céntrica de la ciudad (por la propia función de defensa de la salud atribuida socialmente al personal sanitario). También en algunos casos puede plantear problemas la delimitación física del propio recinto sanitario.

No obstante, la Ley 42/2010 amplía el alcance de la situación especial creada inicialmente para el caso de los establecimientos psiquiátricos, refiriéndose a los de media y larga estancia y sólo para los pacientes –no incluyéndose, por tanto, a los trabajadores, familiares o visitantes¹⁰⁹–, señalando que se les permite fumar en las zonas exteriores de sus edificios al aire libre, o en una sala cerrada habilitada al efecto, que habrá de estar debida y visiblemente señalizada y contar con ventilación independiente o con otros dispositivos para la eliminación de humos. Cabe pensar que, a dicha sala (que según la redacción de la Ley parece obligatoria), accederá el personal del centro –no para fumar como hemos señalado, sino para acompañar a un paciente, para verlo, ir a recogerlo...–, y si bien la sala contará con ventilación, dicho personal quedará expuesto al humo del tabaco, rompiéndose con ello la lógica protectora de la Ley que sí se garantiza, como veremos más adelante, en el caso de los trabajadores de hoteles u hostales. El fundamento de esta situación especial se hallaría en la situación médica particular de los pacientes ingresados en este tipo de centros y también puede ser que esa misma situación particular justifique que, en determinados casos, los trabajadores del centro puedan verse expuestos, como veíamos antes, al humo del tabaco, pero no podemos olvidar tampoco que con ello se está poniendo en peligro su salud. Y, en fin, también cabe señalar que esta excepción no se aplica en el caso de los centros de corta estancia y, a diferencia de lo previsto en la redacción inicial de la Ley 28/2005, no se exige ya que se determine, por criterio médico, qué pacientes pueden fumar, por lo que cabe entender que pueden hacerlo todos aquellos que lo deseen.

También se han introducido modificaciones (restricciones) en el caso de los centros docentes y formativos¹¹⁰, donde ahora se distingue en función del tipo de estudios impartidos (y de la edad de los propios estudiantes), esto es, se diferencia

¹⁰⁸ Art. 7.c) de la Ley 28/2005, modificada por la Ley 42/2010.

¹⁰⁹ DA 7ª de la Ley 28/2005, modificada por la Ley 42/2010.

¹¹⁰ Art. 7.d) de la Ley 28/2005, modificada por la Ley 42/2010.

entre los centros universitarios y los dedicados exclusivamente a la formación de adultos y el resto de los centros docentes y formativos. En los últimos está prohibido fumar tanto en los espacios cerrados como en los espacios al aire libre (se pretende evitar que los jóvenes y menores se inicien tempranamente en el tabaquismo) y en los primeros sólo se permite fumar en los espacios al aire libre, siempre que no se trate de acceso inmediatos a los edificios o aceras circundantes. Aquí cabe hacer dos consideraciones: a) en el caso de los centros de formación de adultos esa habilitación para fumar en espacios al aire libre sólo es aplicable si se dedican exclusivamente a dicha formación, por tanto, si incorporan formación dirigida a otros colectivos de edad entrarán en el marco de la prohibición absoluta de fumar; y, b) en los centros universitarios y de formación de adultos se prohíbe fumar en los accesos inmediatos a los edificios y aceras circundantes, cuya delimitación no siempre será fácil (¿qué distancia deberá guardar un trabajador para poder fumar respecto a un “acceso inmediato” (¿y qué es un acceso inmediato?)? ¿hasta dónde llega una acera circundante?). A lo que cabe añadir que no se prohíbe expresamente fumar en tales lugares cuando se trata de un centro de educación no universitaria, lo que lleva a preguntarse si podría, por tanto, fumar el personal del centro (o cualquier otra persona) en la acera circundante del mismo o en los accesos inmediatos al centro. Por coherencia interna de lo dispuesto en el propio art. 7.d) de la Ley 28/2005 la respuesta sería, a nuestro entender, negativa, aun cuando su redacción debería haber sido más clara.

En tercer lugar, se mantiene, en los mismos términos anteriores, la prohibición de fumar en determinados espacios, así¹¹¹: en las instalaciones deportivas y lugares donde se desarrollen espectáculos públicos, siempre que no sean al aire libre; en las zonas destinadas a la atención directa al público; en los centros comerciales, incluyendo grandes superficies y galerías (incluyendo los bares, restaurantes y demás establecimientos de hostelería y restauración situados en su interior), salvo en los espacios al aire libre; en los centros culturales, salas de lectura, exposición, bibliotecas, conferencias y museos; en las áreas o establecimientos donde se elaboren, transformen, preparen, degusten o vendan alimentos, y en las estaciones de servicio y similares. En estos casos, los trabajadores –al igual que el resto de los visitantes, usuarios, etc.- sólo podrán fumar en los espacios al aire libre, salvo, nuevamente, que el titular del centro o instalación lo prohíba. En el supuesto de las estaciones de servicio tampoco se podrá fumar al aire libre, por razones de seguridad evidentes, salvo en zonas expresamente delimitadas, si existen. Tampoco se puede fumar en los ascensores y elevadores así como en las cabinas telefónicas, recintos de los cajeros automáticos y otros espacios cerrados de uso público de reducido tamaño¹¹².

¹¹¹ Art. 7.e), f), g), j), l) y r) de la Ley 28/2005, modificada por la Ley 42/2010.

¹¹² Art. 7.m) y n) de la Ley 28/2005, modificada por la Ley 42/2010. Se entiende por espacio de uso público de reducido tamaño aquel que no ocupe una extensión superior a 5 metros cuadrados.

Por otra parte, se han introducido cambios –nuevamente de carácter restrictivo- en el ámbito de los transportes, previéndose la prohibición de fumar en las estaciones de autobuses, salvo en los espacios que se encuentren al aire libre, vehículos o medios de transporte colectivo urbano e interurbano, vehículos de transporte de empresa, taxis, ambulancias, funiculares y teleféricos, en todos los espacios del transporte suburbano (vagones, andenes, pasillos, escaleras, estaciones, etc.) salvo en los espacios que se encuentren por completo al aire libre, en las estaciones, puertos y medios de transporte ferroviario y marítimo salvo en los espacios al aire libre, y en los aeropuertos, salvo en los espacios que se encuentren al aire libre, aeronaves con origen y destino en territorio nacional y en todos los vuelos de compañías aéreas españolas, incluidos aquellos compartidos con vuelos de compañías extranjeras¹¹³. Con ello se excluye la posibilidad, admitida en la redacción inicial de la Ley 28/2005, de habilitar zonas para fumadores en los aeropuertos, estaciones de autobuses y de transporte marítimo y ferroviario. Actualmente, en todos esos ámbitos sólo está permitido fumar –salvo disposición expresa en contrario-, tanto por parte de los trabajadores como de los usuarios y terceros en los espacios al aire libre.

En relación con el caso concreto de los vehículos de empresa, cabe incluir en los mismos tanto los que transportan personas como mercancías o productos y aquellos que sirven para que los trabajadores desarrollen su trabajo (representantes de comercio, instaladores...), no siendo determinante que dichos vehículos sean utilizados por uno o varios trabajadores, de forma simultánea o sucesiva. Se excluye, no obstante, el vehículo que una empresa entrega a un trabajador como salario en especie para su uso privado, ya que, aunque dicho vehículo es propiedad de la empresa prevalecería su carácter de retribución sobre el de medio de transporte de empresa. Asimismo, la prohibición se extendería al caso en que el trabajador puede hacer uso de un vehículo de empresa fuera del horario laboral. En fin, en el caso del trabajador autónomo la prohibición se aplicaría cuando vaya acompañado en su vehículo por sus propios trabajadores o bien por trabajadores de la empresa para la que presta servicios¹¹⁴.

En cuarto lugar, ahora se prohíbe totalmente fumar en los centros de atención social y centros de ocio o esparcimiento¹¹⁵, salvo en los espacios al aire libre, con dos cambios: ya no tiene relevancia la edad de sus usuarios –la redacción inicial de la Ley 28/2005, distinguía entre menores y mayores de 18 años- y se excluye la posibilidad de habilitar zonas para fumadores.

No obstante y tal y como hemos señalado, el principal cambio se da en el sector de la hostelería y afines, al extenderse la prohibición total de fumar a

¹¹³ Art. 7.ñ), o), p) y q) de la Ley 28/2005, modificada por la Ley 42/2010.

¹¹⁴ Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, *ob.cit.* p. 860.

¹¹⁵ Art. 7.h) e i) de la Ley 28/2005, modificada por la Ley 42/2010.

las salas de fiesta, establecimientos de juego o de uso público en general¹¹⁶, salvo en los espacios al aire libre; hoteles, hostales y establecimientos análogos, salvo, nuevamente, en los espacios al aire libre; bares, restaurantes y demás establecimientos de restauración cerrados; y salas de teatro, cine y otros espectáculos que se realizan en espacios cerrados¹¹⁷. Con la única excepción –muy matizada– de los hoteles, hostales y establecimientos análogos, en todos esos lugares está prohibido fumar, salvo en los espacios al aire libre, dándose por fin, como señalábamos al principio, el mismo trato protector a los trabajadores contratados en dichos sectores y a los contratados en el resto de sectores productivos.

También cabe destacar que la hostelería es el único ámbito en el que la Ley 42/2010 ha definido el concepto de “espacio al aire libre”, considerando como tal todo espacio no cubierto o todo espacio que estando cubierto esté rodeado lateralmente por un máximo de dos paredes, muros o paramentos; definición que podemos considerar no restrictiva ya que incorpora en dicho concepto los espacios parcialmente cerrados –es posible fumar, por tanto, en un bar que tenga un espacio cubierto y cerrado por dos paredes, muros o paramentos y en el mismo prestarán servicios trabajadores–. Esta definición plantea, no obstante, varios problemas: 1º) al referirse expresamente la Ley a la hostelería cabe preguntarse si están incluidas en esta definición las salas de teatro y cine o los establecimientos de juego, no identificados directamente –ni siquiera en los convenios colectivos¹¹⁸– con el sector de la hostelería, a nuestro entender la respuesta sería negativa; 2º) pueden plantearse problemas aplicativos y de control del cumplimiento de esta medida (es fácil ver bares que han instalado carpas exteriores rodeadas por tres paredes y no por dos, a lo que cabe añadir cómo garantizar, por la propia ubicación de este espacio cubierto, que exista una ventilación suficiente y no se acumule dentro el humo del tabaco <la existencia de ventilación se presupone aunque puede no darse siempre o resultar inútil transcurrido cierto tiempo>); 3º) al ser el único caso en que se define el concepto de espacio al aire libre, cabe plantearse si esa definición es trasladable al resto de supuestos donde, como hemos visto, se hace referencia a dicho espacio y, de ser así, se suavizaría en cierta medida la rigurosidad de la Ley. A nuestro entender, esa definición no puede extenderse a otros ámbitos por dos razones principalmente: el carácter restrictivo de la posibilidad de fumar que subyace en la Ley 42/2010, más marcado incluso, como hemos afirmado, que en la re-

¹¹⁶ La Ley define los espacios de uso público como “lugares accesibles al público en general o lugares de uso colectivo, con independencia de su titularidad pública o privada”, art. 2.1.e), incorporado por la Ley 42/2010.

¹¹⁷ Art. 7.k), t), u) y v) de la Ley 28/2005, modificada por la Ley 42/2010.

¹¹⁸ Por ejemplo, convenio colectivo de la industria de hostelería y turismo de Cataluña (DOGC 30-10-2008).

dación inicial de la Ley 28/2005, y el hecho de que esa definición se vincula expresamente “al ámbito de la hostelería”, por lo que no resulta trasladable a otros ámbitos; y, 4º) cabe tener presente que algunas normas autonómicas, basándose en la redacción inicial de la Ley 28/2005, recogen definiciones propias del concepto de espacio al aire libre, con lo que se amplían las posibilidades de confusión en torno a esta importante cuestión. Así, cabe citar, por ejemplo, el art. 10 del Decreto 53/2006, de 21 de abril, de la Comunidad Valenciana¹¹⁹, el art. 8 del Decreto 54/2006, de 24 de agosto, de Castilla y León¹²⁰ o el art. 8 del Decreto 54/2006, de 15 de septiembre, de La Rioja. Partiendo de todo ello, se echa en falta una mayor concreción del concepto de espacio al aire libre en todos los supuestos en que la Ley se refiere a él. A nuestro entender y dada la finalidad perseguida por la Ley, en caso de duda debería resolverse a favor de la prohibición de fumar.

Una regulación excepcional se prevé, como señalábamos, en el caso de los hoteles, hostales y establecimientos análogos¹²¹ donde se pueden reservar hasta un 30% de habitaciones fijas para huéspedes fumadores, siempre que se cumplan cuatro requisitos: a) estar en áreas separadas del resto de las habitaciones y con ventilación independiente o con otros dispositivos para la eliminación de humos; b) estar señalizadas con carteles permanentes; c) que el cliente sea informado previamente del tipo de habitación que se pone a su disposición; y, d) que los trabajadores no puedan acceder a las mismas mientras se encuentra algún cliente en su interior, salvo casos de emergencia. Desde la perspectiva laboral esto supone que los trabajadores del hotel u hostel –todos, cualquiera que sea su ocupación- no pueden acceder a una habitación de fumadores mientras esté el cliente en ella –deberán arbitrarse mecanismos para garantizar ese conocimiento-, lo que implicará, por ejemplo, que la comida del servicio de habitaciones se dejará siempre en la puerta de la habitación y no podrá retirarse estando presente el cliente. Nuevamente, se trata de una medida que pretende proteger la salud de los trabajadores y de la que deberá informarse adecuadamente para evitar inconvenientes.

En quinto lugar, la Ley recoge como supuesto particular –justificado por la situación en que se encuentran los afectados, en régimen de internamiento- el

¹¹⁹ Se entiende como espacios al aire libre “todos aquellos que no tienen la consideración de local, incluyendo espacios cercados o vallados con cubierta móvil o practicable siempre que se encuentre abierta y que no se encuentren dentro de locales cerrados”.

¹²⁰ “A efectos de la aplicación del presente Decreto, se considerarán espacios al aire libre, todos aquellos que no puedan ser calificados de local, entendiéndose como tal cualquier sitio, lugar o zona que reúna las dos condiciones siguientes: a) Que esté cercado o cerrado. b) Que esté cubierto o techado. 2. Asimismo, tendrán la consideración de espacios al aire libre los que estén cercados y tengan cubierta móvil o practicable al aire libre, siempre que la misma permanezca abierta”.

¹²¹ Art. 8 de la Ley 28/2005, modificada por la Ley 42/2010.

de los internos en establecimientos penitenciarios¹²², a los que se permite fumar en las zonas exteriores de sus edificios al aire libre, o en las salas cerradas habilitadas al efecto, que deberán estar debida y visiblemente señalizadas y contar con ventilación independiente o con otros dispositivos para la eliminación de humos. En este caso la Ley parte incluso de una obligación y, en consecuencia, todos los centros penitenciarios deberán contar con dichas salas habilitadas. Cabe traer aquí la reflexión realizada al tratar de los centros psiquiátricos respecto a la posible exposición al humo del tabaco del personal del centro penitenciario, poniendo en riesgo su salud. Deberían, en ambos casos, arbitrase los mecanismos internos de organización del trabajo necesarios para minimizar al máximo ese riesgo.

Por otra parte, como tercer y último supuesto particular –y el único incorporado como novedad por la Ley 42/2010- se sitúa el caso de los centros residenciales –públicos y privados- de mayores o personas con discapacidad¹²³, donde los residentes –no los trabajadores, familiares y visitantes- podrán fumar en una zona habilitada específica para fumadores, visiblemente señalizada y que debe contar con ventilación independiente o con otros dispositivos para la eliminación de humos, no pudiendo extenderse el permiso de fumar a las habitaciones ni al resto de las zonas comunes de dichos centros. Se trata de una posibilidad a la que pueden acogerse o no este tipo de centros, y cuyo fundamento parece ser la existencia de una mayor permisividad a que los colectivos implicados –personas con discapacidad y personas mayores- fumen dentro de un espacio cerrado; fundamento que puede resultar discutible desde una perspectiva objetiva aunque probablemente esté relacionado con la voluntad de evitar riesgos mayores (incendios...) y con los propios factores de edad y discapacidad. Esta excepción no se extiende a los centros de día, al referirse la Ley exclusivamente a los centros residenciales. Nuevamente cabe trasladar aquí la reflexión realizada en los casos de los centros psiquiátricos y penitenciarios respecto a la situación en la que queda el personal que presta servicios en estos centros así como sobre la necesidad de arbitrar los instrumentos necesarios para minimizar el riesgo laboral existente para su salud, tanto desde la perspectiva de la legislación sanitaria como de prevención de riesgos laborales; resultando de aplicación, desde esta última perspectiva, entre otros, el RD 486/1997, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud en los lugares de trabajo, cuyo anexo III establece las condiciones medioambientales y de ventilación de los espacios con humo. Por tanto, el trabajador tendrá derecho a una protección eficaz frente al riesgo proveniente del humo del tabaco (que incluirá el derecho a la información pertinente y a la vigilancia periódica de la salud).

¹²² Disposición adicional 6ª de la Ley 28/2005, modificada por la Ley 42/2010.

¹²³ Nueva disposición 10ª de la Ley 28/2005.

Asimismo, cabe plantearse –si la exposición al humo de tabaco es continuada– que el trabajador podría solicitar un cambio en las condiciones de trabajo (especialmente si trata de un trabajador con riesgo especial) e incluso extinguir la relación laboral¹²⁴ –sin derecho a indemnización-. En fin, el empleador deberá informar al futuro trabajador de las condiciones del lugar de trabajo.

Un apunte recordatorio final y conjunto: los trabajadores que prestan servicios en los centros penitenciarios, psiquiátricos y residenciales son los únicos que, actualmente, pueden verse expuestos al humo del tabaco en horario laboral, debiéndose estar especialmente atentos al cumplimiento de la obligación de vigilancia de la salud prevista en la normativa de prevención de riesgos laborales. Y en este punto –y respecto sólo del personal de los centros residenciales, en cuanto novedad incorporada por la Ley 42/2010- cabría distinguir entre trabajadores contratados ex novo y los que ya están en plantilla. Los primeros deberán estar perfectamente formados e informados de los riesgos inherentes a su puesto de trabajo, incluida la probable exposición al humo del tabaco. Y a los segundos se les debería ofrecer la posibilidad de readecuar su puesto de trabajo para no prestar servicios en las salas de fumadores, sin que ello impida, en su caso, la extinción del contrato por causas objetivas. Asimismo, debería excluirse –conforme a lo dispuesto en los artículos 26 y 27 de la LPRL- la presencia en dichas salas de trabajadoras embarazadas y trabajadores menores de 18 años.

Y también cabe destacar, como elemento común a los centros citados, que no se han concretado adecuadamente los requisitos que debe cumplir la sala habilitada para fumadores en dichos centros, limitándose la Ley a señalar que deberá estar debida y visiblemente señalizada (en los términos previstos por la normativa autonómica) y contar con ventilación independiente o con otros dispositivos para la eliminación de humos (se pretende evitar que el humo acumulado en dicha sala pueda contaminar el resto de zonas, al utilizar sistemas de ventilación comunes que, a pesar de todos los esfuerzos de mantenimiento y renovación posibles, pueden dar lugar en la práctica a una contaminación por humo del resto de las zonas); exigencia que implicará un coste económico añadido para el titular del centro. A nuestro entender, las citadas indicaciones resultan insuficientes si recordamos la importante polémica que, en su momento, suscitó el artículo 8 de la Ley 28/2005¹²⁵.

Como elemento común a los distintos supuestos, en la nueva redacción de la disposición adicional 2ª de la Ley 28/2005, se fija que en los centros o dependencias en los que existe prohibición legal de fumar deberán colocarse en su entrada, en lugar visible, carteles que anuncien la prohibición del con-

¹²⁴ García Murcia, J., “La legislación...”, ob.cit. pág. 5.

¹²⁵ Al respecto, Del Rey Guanter, S., “El tabaco...”, ob.cit. p. 39 y ss.

sumo de tabaco y los lugares, en los que, en su caso, se encuentran las zonas habilitadas para fumar. Estos carteles estarán redactados en castellano y en la lengua cooficial con las exigencias requeridas por las normas autonómicas correspondientes.

En sexto lugar, cabe referirse a los clubes privados de fumadores, legalmente constituidos como tales (se trata de una entidad con personalidad jurídica y carece de ánimo de lucro)¹²⁶, en cuyo interior obviamente puede fumarse, pero donde no sólo se prohíbe la entrada a menores de edad sino también a los trabajadores –sólo pueden estar presentes en los mismos personas socias-. Cabe tener presente, por tanto, que aunque algunos de estos clubes están anejos a otro local, los trabajadores del otro local no pueden acceder al recinto del club (por ejemplo, para servir bebidas...). También se prohíbe expresamente que, entre sus actividades u objeto social, se encuentre la comercialización o compraventa de cualesquiera bienes o productos consumibles. Por el contrario, tal y como ha aclarado el Ministerio de Sanidad, no están excluidos de la prohibición de fumar los espacios cerrados de otros clubes, asociaciones, sociedades civiles, culturales, recreativas, deportivas, gastronómicas o de otro tipo.

También cabe destacar que, como hemos venido afirmando, resulta muy escasa la atención que tanto la Ley 28/2005 como la Ley 42/2010 dedican a la protección de los fumadores, limitándose el art. 12 a referirse parcamente a los programas de deshabituación tabáquica en términos, además, bastantes genéricos, al señalar que las Administraciones Públicas competentes promoverán el desarrollo de programas sanitarios para la deshabituación tabáquica en la red asistencial sanitaria, en especial en la atención primaria. Asimismo, se promoverán los programas de promoción del abandono del consumo de tabaco en instituciones docentes, centros sanitarios, centros de trabajo y entornos deportivos y de ocio. Se fomentará, asimismo, la creación de unidades de deshabituación tabáquica en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud que también definirá los grupos prioritarios que resulten más vulnerables. Como novedad principal de la Ley 42/2010 en este ámbito, se manifiesta, nuevamente con términos poco concretos, que el acceso a tratamientos de deshabituación tabáquica, cuya eficacia y coste-efectividad haya sido avalada por la evidencia científica, se potenciará y promoverá en el seno del citado Consejo Interterritorial, valorando, en su caso, su incorporación a la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud¹²⁷. Cabe hacer hincapié en que este último pequeño avance es una posibilidad, no una realidad u obligación inmediata y que, por tanto, esa incorporación a la cartera de servicios

¹²⁶ Disposición adicional 9ª de la Ley 28/2005, modificada por la Ley 42/2010.

¹²⁷ En el art. 13, sobre la adopción de medidas, la Ley 42/2010 ha incorporado una referencia a que se introducirán contenidos orientados a la prevención y a la concienciación contra el tabaquismo en los planes formativos del profesorado.

puede demorarse en el tiempo, más en tiempos de crisis como los actuales. Como ya hemos manifestado páginas atrás, a nuestro entender, la protección sanitaria del fumador sigue siendo una asignatura pendiente en nuestro país, que debería afrontarse con las mayores garantías lo antes posible.

En séptimo lugar y como reflejo de la dual lógica de fondo presente en este ámbito (seguridad en el trabajo y salud laboral), en la nueva redacción de la disposición adicional 7ª de la Ley 28/2005 se manifiesta que lo señalado en dicha Ley se entiende sin perjuicio de las demás limitaciones y prohibiciones al consumo del tabaco, contenidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales, cuya vigilancia y control corresponde a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. De este modo, el hecho de que el tabaquismo pasivo sea considerado, tal y como hace la citada Ley 28/2005, como un riesgo indiscutible para la salud de los trabajadores, hace que el mismo sea calificado como jurídicamente relevante a los efectos de lo dispuesto, en su conjunto, en la normativa sobre prevención de riesgos laborales¹²⁸.

Por otra parte, al tratarse de Leyes de contenido sanitario, no se regulan las cuestiones vinculadas con la ordenación del tiempo de trabajo, algunos de cuyos aspectos, como hemos visto, ya han sido resueltos por los Tribunales. Por tanto, la posible regulación de descansos para fumar puede recogerse en los convenios colectivos –opción que, como vimos, ha sido muy escasamente asumida por la reciente negociación colectiva, aun cuando, a nuestro entender, resulta la vía más acertada-, o en el contrato de trabajo o bien provenir de la práctica o voluntad empresarial o del correspondiente código de conducta. Y lógicamente, a falta de previsión, resulta de aplicación el poder de dirección empresarial y, en consecuencia, puede prohibirse la interrupción de la prestación de servicios por este motivo. Asimismo, y al tratarse –no podemos olvidarlo- de una regulación legal, resultan inaplicables los pactos o acuerdos –individuales o colectivos- que la contradigan o desconozcan.

En octavo lugar, la Ley 42/2010 ha adaptado las infracciones a los nuevos parámetros más restrictivos, calificando como infracciones leves fumar en los lugares en que exista prohibición o fuera de las zonas habilitadas al efecto así como no informar en la entrada de los establecimientos de la prohibición de fumar o no cumplir el resto de las obligaciones formales previstas legalmente¹²⁹; y se considera infracción grave habilitar zonas para fumar en establecimientos y lugares donde no esté permitida su habilitación y permitir fumar en los luga-

¹²⁸ Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, ob.cit. p. 847-848; y “El tabaco...”, ob.cit. p. 81 y ss.

¹²⁹ Al respecto, Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, ob.cit. p. 117 y ss. Nueva redacción del art. 19.2.a) y d) de la Ley 28/2005.

res en los que existe prohibición de hacerlo¹³⁰. Salvo en el primer caso en que el sujeto responsable de la infracción es quien comete el hecho –el propio trabajador–, en el resto el responsable es el titular o encargado del establecimiento correspondiente, ya se trate de un centro de trabajo o de un establecimiento de hostelería o de cualquier otro tipo¹³¹. Ello supone que si un trabajador incumple la prohibición de fumar en el centro de trabajo incurrirá en una infracción administrativa leve que sancionará la autoridad sanitaria autonómica¹³² (con toda la problemática aplicativa que ello implica) y, a la vez, cometerá una falta laboral que podrá sancionar el empresario en el ejercicio de su poder disciplinario por incumplimiento de lo dispuesto en la Ley 28/2005 e, incluso, por transgresión de la buena fe contractual¹³³ o desobediencia. Asimismo, el empresario que permita fumar en un centro de trabajo incurre en una infracción grave de carácter administrativo que sancionará la correspondiente autoridad sanitaria. En este punto cabe recordar la dificultad de interpretar aquí el concepto “permitir”, por cuanto la frontera entre lo que sea permisividad y simple imposibilidad material de ejercer control no siempre será fácil de establecer. En todo caso, tal y como ha establecido la doctrina, existe una serie de pautas que la empresa puede seguir a la hora de limitar las posibilidades de que su conducta sea calificable como permisiva. Así, el establecimiento de unas instrucciones claras prohibitivas y un recordatorio regular de las mismas, la aplicación congruente de una política disciplinaria en caso de infracción, la aplicación de una política de tolerancia cero respecto a las posibles infracciones por todos los sujetos que puedan estar en el centro de trabajo, y no sólo de los trabajadores de la empresa, etc. (factores que ayudarían a mitigar e incluso excluir la responsabilidad del empresario)¹³⁴. A lo que cabe añadir que también puede resultar responsable de la infracción –de forma derivada– el empleado encargado del centro, lo que nos llevaría a la posible responsabilidad administrativa del directivo que está a cargo del centro de trabajo, que sería aquél que tuviera jurídicamente una mayor delegación de facultades ordenadoras respecto a las distintas actividades y personas ubicadas en el mismo¹³⁵. Cabe recordar, asimismo, que los órganos de la empresa

¹³⁰ Nueva redacción del art. 19.3.a) y b) de la Ley 28/2005. Por su parte, la nueva redacción del art. 20.1 prevé que las infracciones leves se sancionarán con multa de 30 a 600 euros, salvo la consistente en fumar en lugares prohibidos prevista en el art. 19.2.a), que será sancionada con multa de hasta 30 euros si la conducta infractora se realiza de forma aislada; las graves, con multa desde 601 euros hasta 10.000 euros, y las muy graves, desde 10.001 euros hasta 600.000 euros.

¹³¹ Art. 21 de la Ley 28/2005.

¹³² Art. 22 de la Ley 28/2005, salvo sanciones que superen el marco supraautonómico o internacional en que intervendrá la Administración General del Estado.

¹³³ Cabe recordar que el art. 20.6 de la Ley 28/2005 declara que la exigencia de responsabilidades administrativas será compatible con las civiles o de otro orden que pudieran concurrir.

¹³⁴ Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, ob.cit. p. 866-867.

¹³⁵ Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, ob.cit. p. 867.

encargados de la prevención de riesgos laborales deberán estar atentos al cumplimiento de la prohibición de fumar, tomando, en su caso, las medidas oportunas.

En fin, y desde una perspectiva más global, sigue presente el problema de cómo controlar el cumplimiento de lo dispuesto en la Ley, dado su alcance generalizado –mayor desde la entrada en vigor de la Ley 42/2010- y la indefinición de aquélla a la hora de concretar la forma y periodicidad de dicho control¹³⁶. Control en el que, según el ámbito, no sólo se verá implicada la autoridad sanitaria competente para sancionar sino también los propios titulares de los establecimientos y centros y las fuerzas y cuerpos de seguridad –en el caso de incumplimiento en el sector de la hostelería, por ejemplo-. Asimismo, cabe recordar que cualquier persona o grupo que considere que se está incumpliendo la prohibición de fumar en un centro de trabajo –trabajadores, clientes, sindicatos, representantes de los trabajadores, trabajadores subcontratados...- pueden ejercer una acción administrativa o judicial de reclamación.

A lo que cabe añadir que, tal y como recuerda la DF 1ª.2 de la Ley 28/2005 –también modificada por la Ley 42/2010-, corresponde a las Comunidades Autónomas aprobar las normas de desarrollo y ejecución de la misma; mandato que, como es conocido, no ha sido fácil de cumplir de una forma pacífica respecto del texto inicial, por cuanto ante la posible extralimitación, el Ministerio de Sanidad interpuso recursos contra los Decretos autonómicos de La Rioja, Castilla y León, Comunidad Valenciana y Madrid.

Finalmente, cabe destacar que, aunque no abundaremos en ello, ni la Ley 28/2005 ni la Ley 42/2010 entran en una cuestión: la posibilidad de que un empresario excluya la contratación de fumadores, fundamentándose en cuestiones como la posible afectación de tal hábito al rendimiento laboral, un previsible más alto índice de absentismo laboral (basado, por ejemplo, en la probabilidad más elevada de contraer determinados tipos de enfermedades, bajas médicas más largas...), mayor complejidad y coste en la gestión del tiempo de trabajo o la posibilidad de que se causen incendios¹³⁷. En este ámbito puede afirmarse que, al tratarse de un hábito social aceptado y de carácter privado –situado

¹³⁶ Como señala Menéndez, aun tratándose de una competencia autonómica, deberían haberse concretado algunos aspectos como cuándo tienen que hacerse las inspecciones, la existencia de un plan de inspección o sólo a instancia de parte, la posible creación de un cuerpo específico de inspectores, etc., en “Europa...”, *ob.cit.* p. 7.

¹³⁷ Al respecto, Del Rey Guanter, S., “El tabaco...”, *ob.cit.* p. 173 y ss; y Sala Franco, T. y Pedrajas Moreno, A., “Aspectos laborales de la ley antitabaco”, Tirant lo Blanch, 2006, p. 94 y ss. En Canadá, el coste anual por empleado fumador, con respecto a un empleado no fumador equivalente, se estima en 2.565 dólares canadienses (dólares de 1995). Además, se ha calculado que las pérdidas para los empleadores escoceses por una menor productividad, mayores niveles de absentismo y daños por incendios accidentales debidos al tabaquismo eran entre el 0,51 y el 0,77% del PIB en 1997. En Irlanda, esas pérdidas se estimaban entre el 1,1 y el 1,7% del PIB en 2000, en Libro Verde hacia una Europa sin humo de tabaco: opciones políticas a escala de la UE, 2007, punto 2.

en el margen de la intimidad personal aunque también se ejerza en público-, el empresario no puede excluir la contratación de un trabajador por su condición de fumador ni preguntar en la correspondiente fase de selección sobre dicha condición, salvo, quizás, cuando el ideario interno de la empresa justificase objetivamente tal exclusión, situación que va a poder darse en casos muy excepcionales. Lo que un empresario sí podría exigir expresamente a un trabajador es que se comprometa a no fumar durante el tiempo de trabajo, fundamentándose para ello no sólo en lo previsto en dichas leyes sino también en la normativa de prevención de riesgos laborales y en el ejercicio del poder de dirección empresarial¹³⁸. Y tampoco las leyes citadas abordan otro tema -tratado en algún convenio colectivo como vimos páginas atrás-, consistente en el ejercicio del hábito de fumar vistiendo el uniforme de la empresa. Prohibición vinculada, en este caso, con la idea de imagen empresarial y que puede resultar justificada en función del tipo de actividad empresarial desarrollada (la venta de productos dirigida, por ejemplo, al público infantil). Ambas cuestiones siguen pendientes y no están exentas de dificultad, al verse involucrados derechos fundamentales de los trabajadores.

4. REFLEXIONES FINALES

La reforma de la Ley 28/2005 llevada a cabo por la Ley 42/2010 implica, desde una perspectiva general, un paso más en la protección de los no fumadores, hecho que también se traduce en el marco laboral y señaladamente en el caso de los trabajadores del sector de la hostelería, que quedan ya definitivamente equiparados en su protección al resto de los trabajadores. No obstante, ello no impide afirmar que la normativa sigue planteando dudas no resueltas tales como la compleja definición del concepto “espacio al aire libre”, la ordenación del tiempo de trabajo, la interconexión entre la norma estatal y la normativa autonómica, o la forma de controlar el propio cumplimiento de la Ley. Lo que sí parece haberse asumido, y resulta positivo, es el hecho de que nos encontramos ante una cuestión de salud laboral que debe respetarse y cumplirse –los conflictos judiciales han sido muy escasos-, aunque, desde una perspectiva no tan positiva, la negociación colectiva se ha mantenido bastante al margen en esta materia, pudiéndose afirmar que la influencia que la Ley 28/2005 ha ejercido sobre la misma ha sido, hasta el momento, muy limitada. A nuestro entender, la negociación colectiva debería asumir un papel más activo en este ámbito tanto desde la perspectiva de la ordenación del tiempo de trabajo como en la delimitación de determinados aspectos de la aplicación de la prohibición de fumar. También se echa en falta –desde la perspectiva legal y convencional- una mayor protección del trabajador fumador.

¹³⁸ García Murcia, J., “La legislación...”, ob.cit. pág. 6. También, Del Rey Guanter, S., “La prohibición...”, ob.cit. p. 849 y ss.

LA REFORMA DE LA LEY SOBRE DERECHOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA EN LAS EMPRESAS Y GRUPOS DE DIMENSIÓN COMUNITARIA ¿UN IMPULSO PARA LOS COMITÉS DE EMPRESA EUROPEOS?

RAFAEL GÓMEZ GORDILLO

Prof. Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO

Palabras Clave: Derecho comunitario, Directiva sobre comité de empresa europeo

La Directiva 2009/38/CE, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria deroga la Directiva 94/45/CE. En el plazo previsto para ello, la Ley 10/2011, de 19 de mayo, procede a su transposición al ordenamiento español, mediante la modificación de la Ley 10/1997. La gran cantidad de preceptos afectados por la reforma, la novedosa introducción de un concepto de información y la reforma del concepto de consulta, la delimitación de la naturaleza transnacional de los temas a tratar, la obligación de establecer mecanismos de articulación con los sistemas nacionales de información y consulta y la introducción de obligaciones de información a los trabajadores y a los agentes sociales europeos pueden suscitar valoraciones optimistas respecto del avance de los derechos de información y consulta transnacional. Un análisis más detallado de la norma y de la pluralidad de fórmulas de retrasar o impedir su aplicación material conduce a distinta conclusión.

ABSTRACT

Key Words: Community Law, European Works Council

The transposition or implementation of the Directive 2009/38/EC on the establishment of a European Works Council or a procedure in Community-scale undertakings and Community-scale groups of undertakings for the purposes of informing and consulting employees, in Spain, by Law 10/2010, is the main object of this article.

A transposition can be judged critically because, despite community contributions on delimitation of the rights to information and consultation, allowing an additional time dilation. And even his real enforcement.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. CONCEPTOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA
 - 2.1. El nuevo concepto de información
 - 2.2. Otras obligaciones de información
 - 2.2.1. Información precisa para el inicio de las negociaciones
 - 2.2.2. Información a los agentes sociales europeos
 - 2.2.3. Información a los trabajadores y deber de confidencialidad
 - 2.3. La reforma del concepto de consulta
 - 2.4. La transnacionalidad de las materias
3. LA APLICABILIDAD DE LA DIRECTIVA. LOS ACUERDOS EXENTOS
 - 3.1. Los efectos de la reforma sobre los acuerdos exentos
 - 3.2. La obligación de adaptación de los acuerdos vigentes
 - 3.3. Tipología de acuerdos de aplicación y régimen jurídico aplicable

1. INTRODUCCIÓN

La Directiva 2009/38/CE del Parlamento y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria¹ (en adelante Directiva CEE), deroga y refunde la Directiva 94/45/CE², con anterioridad modificada por ampliación de su ámbito de aplicación en dos ocasiones³. La adopción de un nuevo texto pretende la consecución de un objetivo fundamental que se acompaña de otros de carácter instrumental. La reforma persigue, en primer lugar y de manera señalada, dar efectividad a los derechos de información y consulta transnacional de los trabajadores⁴. La invocación al efecto útil de la normativa comunitaria se reitera en diversos pasajes de la exposición de motivos de la norma reformadora, lo que de alguna forma supone el reconocimiento de los limitados efectos alcanzados en la aplicación de la Directiva en su versión original.

La decisión de acometer la fijación de los derechos de información y consulta transnacional por vía autónoma, obviando la determinación de unos de-

¹ DOUE L 122 de 16 de mayo de 2009. Sobre su contenido reformador, vid. Gómez Gordillo, R.: “La reforma de la Directiva sobre el Comité de Empresa Europeo. Nueva apuesta por la fijación convencional de derechos de información y consulta en empresas y grupos de dimensión comunitaria”, *Relaciones Laborales*, núm. 13, 2010, pp. 71 a 99.

² Sobre la misma y su transposición en España, vid. Gómez Gordillo, R.: “El Comité de Empresa Europeo”, CES, Madrid, 2003.

³ Directiva 94/45/CE (DO L 254 de 30/09/1994), Directiva 97/74/CE (DO L 10 de 16/01/1998) y Directiva 2006/109/CE (DO L 363 de 20/12/2006), derogadas con efectos 6 de junio de 2011, por aplicación de lo dispuesto en el art. 17 de la Directiva 2009/38/CE.

⁴ Considerando 7 de la Exposición de Motivos de la Directiva CEE.

rechos mínimos, a modo de suelo sobre el que adaptar mediante acuerdos el contenido de aquéllos a los requerimientos de cada empresa o grupo, dejando en manos de las partes aspectos tan decisivos como la iniciativa negociadora, la configuración del propio sistema y el contenido material de los derechos de información y consulta, resultaba una apuesta arriesgada que únicamente hubiera alcanzado un éxito notable con la decidida colaboración de los agentes sociales y, dado la complejidad del sistema, con el convencimiento por parte empresarial de la bondad de estos procedimientos para la mejora competitiva de la empresa o, en términos comunitarios, para el adecuado acompañamiento del cambio. No parece que con carácter general ésta haya sido la posición de las empresas europeas a la vista del limitado protagonismo ejercido por los primeros órganos de representación de los trabajadores de ámbito comunitario, después de casi veinte años de experiencia negociadora en la materia.

Junto a los argumentos anteriores, la posibilidad de eludir la aplicación de la norma mediante los llamados acuerdos de anticipación se ha revelado como una apuesta de política normativa escasamente eficaz. Si bien es cierto que en una primera fase, durante el plazo de dos años que permitía a las partes alcanzar acuerdos al margen de las disposiciones de la Directiva, se concertaron un número importante de acuerdos, superado dicho período la tasa de creación de comités de empresa europeos se mantiene a la baja. Estos datos negativos adquieren una relevancia superior cuando se analiza el contenido de los acuerdos vigentes. Según ha sido acreditado, un alto número de éstos no garantizan el ejercicio efectivo de los derechos de información y consulta; en tales casos, los comités de empresa europeos corren el riesgo de ser percibidos como instancias representativas de escasa utilidad. Así parece haber sido puesto de manifiesto por distintos estudios⁵, que cuestionan la eficacia del sistema normativo puesto en marcha por la Directiva para garantizar que los trabajadores son informados y consultados eficazmente⁶.

La convicción de las instituciones comunitarias de la necesidad de modificar la Directiva, para favorecer la consolidación de los comités de empresa europeos como elemento central en la europeización de las relaciones laborales,

⁵ Entre otros, vid. Kluge, N. y Stollt, M.: "The European Company – Prospects for Worker Board-level Participation in Enlarged EU", SDA-ETUI-REHS, 2006; Stirling, J. y Tully, B.: "Power, process and Practice: Communications in European Works Councils", *European Journal of Industrial Relations*, Vol. 10, nº 1, Sage, London; Gómez Gordillo, R.: "La reforma de la Directiva sobre el Comité de Empresa Europeo ...", *op. cit.*, pp. 74 a 79.

⁶ Particularmente ilustrativos considero los dictámenes del CESE, entre otros: Dictamen del Consejo Económico y Social Europeo: Los comités de empresa europeos: un nuevo papel para promover la integración europea, 13 de septiembre de 2006 y Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación concreta de la Directiva sobre la constitución de un Comité de Empresa Europeo (94/45/CE) y sobre los aspectos que en su caso deberían de ser revisados, de 24 de septiembre de 2003 (DOUE de 14/01/2004).

ha permitido la conclusión del proceso de reforma⁷. El interés por establecer derechos de información y consulta a nivel transnacional debe conectarse con las tesis que defienden que la capacidad de las empresas para adaptarse a los cambios crece cuando los trabajadores participan en la toma de las decisiones que les afectan⁸. Pero las posibilidades de avanzar en la consecución de dicho objetivo se ha visto lastrada por la oposición empresarial, que sin duda ha limitado el impacto del impulso reformador y, sobre todo, ha conseguido mantener los principios de política normativa que inspiraron la adopción de la Directiva, y los umbrales cuantitativos que determinan su ámbito de aplicación.

De esta manera, la reforma se ha concentrado en aspectos necesarios pero insuficientes. Incrementar el número de comités de empresa europeos, reducir la inseguridad jurídica provocada por la ambigüedad de algunas definiciones, mejorar la articulación de los instrumentos legislativos comunitarios en materia de información y consulta constituyen objetivos de interés, que en el mejor de los casos contribuirán a incrementar la eficacia de la norma, pero resultan remedios inadecuados para satisfacer las necesidades de información y consulta de las representaciones de los trabajadores en el presente contexto económico y, por tanto, difícilmente útiles para mejorar la competitividad de las empresas europeas. Es por ello que no podemos coincidir con el legislador cuando califica la reforma operada como sustancial⁹. De manera resumida, las modificaciones se circunscriben a introducir un concepto de información, hasta ahora inexistente, modificar el concepto de consulta, ensayar una definición de información y consulta transnacional y adaptar algunos aspectos de las normas subsidiarias. Al margen permanecen algunas otras cuestiones que habían sido objeto de exigencia sindical, como la posibilidad de reducir el umbral de personal a 500 trabajadores y el establecimiento de un registro de los acuerdos de aplicación¹⁰. El nuevo texto modifica la mayoría de los artículos de la norma comunitaria, pues únicamente permanecen con la misma

⁷ Sobre el proceso de discusión y aprobación de la Directiva: Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el estado de aplicación de la Directiva relativa a la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria (Directiva del Consejo 94/45/CE de 22 de septiembre de 1994), de 4 de abril de 2000, COM (2000) 188 final; Informe final del Parlamento Europeo A5-0282/2001, de 17 de julio de 2001, sobre el informe de la Comisión sobre el estado de aplicación de la Directiva del Consejo 94/45/CE – Comisión de Empleo y Asuntos Sociales; Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la constitución de un comité de empresa europeo o de un procedimiento de información y consulta a los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria (Refundición), de 2 de julio de 2008, COM (2008) 419 final.

⁸ Considerandos 10 *in fine* y 14 *in fine* de la Directiva CEE.

⁹ Considerando 1 de la Directiva CEE.

¹⁰ Apartado 22 de la Propuesta de Directiva sobre la constitución ...

redacción contenida en el originario dos solitarios preceptos¹¹, pero no altera el carácter procedimental de la Directiva, que hoy como ayer se limita a promover la celebración de acuerdos transnacionales, sin reconocer derechos de representación transnacional mínimos a los trabajadores de empresas y grupos de dimensión comunitaria.

La Ley 10/2011¹² (en adelante LIC), modifica el contenido de la Ley 10/97, ajustando su articulado a las nuevas previsiones contenidas en la Directiva CEE. Más allá de cual fuese la voluntad del legislador español, el carácter imperativo de la mayoría de los aspectos sometidos a reforma, determina la imposibilidad de separarse del modelo comunitario de información y consulta. Por ello, la reforma de la LIC tampoco contribuye a mejorar de manera determinante los derechos de información y consulta en empresas y grupos de dimensión comunitaria cuya sede se encuentre en nuestro país. El nuevo texto no propone modificación alguna respecto a la técnica jurídica empleada, circunstancia que da continuidad a la mayoría de los problemas puestos de manifiesto en la aplicación del anterior. La creación del comité de empresa europeo y la fijación de sus competencias siguen en manos de la autonomía colectiva, sin que se haya considerado la oportunidad de establecer unos mínimos de derecho necesario. Por otra parte, y este aspecto creo que puede ser decisivo para valorar el efecto útil de la norma, la LIC no obliga a renegociar los acuerdos firmados hasta la fecha para adaptarlos al nuevo régimen jurídico, afirmación que resulta igualmente aplicable tanto en el caso de los acuerdos de anticipación, como respecto a los acuerdos adoptados en aplicación del art. 12 LIC. De esta manera, el marco normativo de los comités de empresa europeos adquiere una mayor complejidad, estableciéndose una trilogía de regímenes jurídicos que por su complejidad serán estudiados en apartados posteriores. Baste en este momento con afirmar que tan amplia tipología de acuerdos minimiza el efecto útil de la reforma, cuya virtualidad práctica no será posible analizar durante los próximos años por la presumible ausencia de aplicación efectiva.

2. CONCEPTOS DE INFORMACIÓN Y CONSULTA

La reforma aborda la delimitación conceptual de los dos derechos en torno a los cuales debe girar la actividad de los comités de empresa europeos, adoptando un inexistente hasta la fecha concepto de información y ajustando la

¹¹ Apartado 33 de la Propuesta de Directiva sobre la constitución...

¹² Ley 10/2011, de 19 de mayo, por la que se modifica la Ley 10/97, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de dimensión comunitaria (BOE de 20 de mayo)

definición previa de consulta. En ambos casos, el objetivo común es realizar un esfuerzo armonizador en busca de un concepto comunitario de información y consulta, generalizable al conjunto de disposiciones que disciplinan la materia y que han sido objeto de sucesiva normación, a diferentes niveles, durante la primera década del siglo presente. *A priori*, puede que éste sea el objetivo que más posibilidades tiene de materialización una vez haya finalizado el proceso de transposición. La consecución de una homogeneidad suficiente respecto a los derechos y obligaciones que para empresarios y trabajadores supone la puesta en marcha de procesos de información y consulta en el conjunto de la UE puede suponer un importante avance que quizás no haya sido suficientemente valorado, ante la menor concreción normativa respecto a las materias que deben ser tratadas en dichos procesos.

2.1. El nuevo concepto de información

A pesar de que la acción normativa en la materia desde su origen se marcó como objetivo la mejora de los derechos de información y consulta en las empresas y grupos de dimensión comunitaria, inicialmente no se estimó preciso establecer un concepto normativo de información, sin lugar a dudas porque se estimaba que el contenido del derecho era fácilmente deducible del conjunto de la regulación y de la realidad de las relaciones laborales¹³. La experiencia parece que ha puesto de manifiesto la conveniencia de regular la materia; así se hizo en las normas comunitarias sobre información y consulta que siguieron la estela de la Directiva CEE, esto es la Directiva marco¹⁴ (art. 2.f) y la Directiva SE¹⁵ (art. 2.i), previsiones que puntualmente fueron incluidas en los arts. 64.1 ET y 2.j de la Ley 31/2006, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas¹⁶. Con la reforma de la Directiva

¹³ *European Commission: "Report Group of Experts Implementation of Recast Directive 2009/38/EC on European Works Councils"* diciembre, 2010, p. 16

¹⁴ Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2002 por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea (DOCE L 80 de 23 de marzo de 2002); sobre su transposición al ordenamiento español, vid. Gómez Abelleira, F.: "Una nueva modificación de la legislación laboral para trasponer Derecho comunitario: La Ley 38/2007 y las Directivas 2002/14/CE, sobre información y consulta de los trabajadores y 2002/74/CE sobre su protección en caso de insolvencia empresarial". *Relaciones Laborales*, núm. 7, 2008.

¹⁵ Directiva 2001/86/CE del Consejo, de 8 de octubre de 2001, por la que se complementa el Estatuto de la Sociedad Europea en lo que respecta a la implicación de los trabajadores (DOCE L 294 de 10 de noviembre de 2001), sobre la misma y su transposición en España, vid. Gómez Gordillo, R.: "La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea en el ordenamiento laboral español", *Temas Laborales*, núm. 90, 2007.

¹⁶ Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades y cooperativas europeas (BOE de 19 de octubre)

CEE, el legislador comunitario completa el círculo, como le había sido reclamado desde distintas instancias¹⁷.

La Exposición de motivos de la Directiva CEE estima preciso definir y articular el concepto de información y consulta, en coherencia con el resto de normas comunitarias, con el triple objetivo de reforzar la efectividad del nivel transnacional de diálogo, permitir una articulación adecuada entre los niveles nacional y transnacional, y garantizar la seguridad jurídica necesaria en la aplicación de la norma¹⁸. De esta manera, el art. 2.1.f contempla una definición extensa del término que incluye los elementos fundamentales contenidos en la Directiva marco y en la Directiva SE, lo que considero un avance sobre la situación precedente, en el sentido de alcanzar la unidad normativa respecto al concepto de información a los trabajadores en la UE. Dicha definición ha sido incorporada literalmente en el nuevo art. 3.1.7º de la LIC, concepto que puede asimilarse sin demasiadas complicaciones al contenido en los apartados 1 y 6 del art. 64 ET, aunque quizás en este caso hubiera sido preferible una reformulación del precepto estatutario, cuya dimensión actual resulta en mi opinión excesiva.

Unificados los conceptos de información en las empresas y grupos de dimensión comunitaria a nivel local y comunitario, debe procederse a discutir sobre el contenido de este derecho. La definición del concepto de información a los trabajadores no supone quiebra alguna de la técnica reguladora original que vertebra el entramado legal y convencional previsto en la Directiva CEE y completado por las normas de transposición. La LIC ofrece una delimitación descriptiva que deja en manos de los negociadores aspectos esenciales en la configuración del derecho de información a los trabajadores en las empresas de dimensión comunitaria. El nuevo texto no establece la obligación de informar periódicamente sobre una serie de materias predeterminadas¹⁹, siguiendo un criterio contrario al contenido en los apartados 2, 4 y 5 del art. 64 ET. La LIC, mediante una serie de criterios generales, se limita a establecer qué debe entenderse por información transnacional, dotando de una notable independencia el derecho de información con respecto al derecho de consulta. No puede obviarse en este caso que para el legislador español la definición de información tiene carácter imperativo puesto que, como el resto de los contenidos del art. 2

¹⁷ La CES había solicitado la modificación de la Directiva CEE en este sentido: “También recomienda una actualización de la Directiva 94/45/CE sobre comités de empresa europeos para mantener su coherencia con las normas fijadas en la Directiva 2002/14/CE, más avanzada en determinados aspectos.” Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social de la Unión Europea y al Comité de las Regiones relativa al estudio sobre la aplicación de la Directiva 2002/14/CE en la UE, de 17 de marzo de 2008 (COM 2008 246 final) p. 9

¹⁸ Considerando 21 Directiva CEE.

¹⁹ Gómez Gordillo, R.: “La implicación de los trabajadores en la Sociedad Europea...”, op. cit., p. 44.

de la Directiva CEE, de no incluirse de forma literal en el conjunto de normas de transposición pondría en riesgo la viabilidad del conjunto del sistema de información y consulta transnacional²⁰. La inclusión de un listado de materias no previsto en la Directiva podría haber sido interpretado como una limitación del derecho a la negociación colectiva reconocido a la comisión negociadora.

Todo ello permite que tras la reforma la autonomía colectiva mantenga un amplio margen de libertad para concretar los procedimientos y el contenido de la información transnacional, aunque a partir de ahora los negociadores deberán ser también respetuosos con el concepto legal, pudiendo entenderse que en caso contrario los acuerdos no darían cumplimiento a las obligaciones impuestas por la Directiva CEE y, por tanto, podrían ser considerados contrarios a las normas comunitaria y nacional. En otras palabras, aunque ni la Directiva CEE ni la LIC establecen un procedimiento de información transnacional de aplicación imperativa, e incluso permite a la autonomía colectiva considerar innecesario su establecimiento en las empresas de dimensión comunitaria, no permite la adopción de nuevos acuerdos al margen del concepto previsto en el nuevo art. 3.1.7º LIC. No en vano, el nuevo apartado 1.bis del art. 1 LIC exige que los acuerdos definan la forma en que debe suministrarse para garantizar que los trabajadores reciben la información precisa para permitir la toma eficaz de decisiones en la empresa. Distinto es el razonamiento respecto de los acuerdos de anticipación, aunque como en esta materia la discusión afecta también al derecho de consulta y al resto de definiciones, postergamos esta discusión al apartado tercero.

Dicho lo anterior, procede recordar la tradicional doctrina que afirma que el derecho a la información de los trabajadores nos enfrenta a tres realidades: un derecho de crédito respecto del empresario y una libertad para los representantes que se muestra en un doble sentido, ascendente y descendente²¹. Desde una perspectiva subjetiva, corresponde al empresario la carga de informar a los representantes de los trabajadores; en el supuesto de empresas o grupos de dimensión comunitaria, el crédito de estos debe satisfacerlo la dirección central de la empresa, cuya determinación debe realizarse conforme establece el art. 3.1.6º LIC, uno de los pocos preceptos que ha permanecido inalterado. La dirección central de la empresa es el órgano empresarial competente, en atención a la especialidad del ámbito transnacional de la información, para

²⁰ Sobre la aplicabilidad de los concepto de información y consulta, vid. *European Commission: "Report Group of Experts Implementation of Recast Directive 2009/38/EC on European Works Councils"* diciembre, 2010, pp. 13 a 17. Para una reflexión sobre la adecuación de este tipo de mandatos incluidos en directivas, vid. Gómez Gordillo, R.: "El comité de empresa europeo...", pp. 106 ss. y 151 ss.

²¹ Monereo Pérez, J.L.: "Los derechos de información de los representantes de los trabajadores" Civitas, Madrid, 1992, p. 100.

suministrar a los representantes de los trabajadores la información sobre los aspectos incluidos en el acuerdo, y será también la dirección central la responsable en caso de incumplimiento²². Desde mi punto de vista, dicha instancia de dirección es también la idónea para asumir la carga de informar, pues ningún otro órgano de dirección se encuentra en mejores condiciones para transmitir los datos relativos al conjunto de la empresa o del grupo de dimensión comunitaria²³. Como excepción a las anteriores afirmaciones, el art. 10.1 LIC mantiene la posibilidad de constituir varios comités de empresa europeos a nivel de grupo, en supuestos de grupos múltiples; cuando así sea, la responsabilidad para suministrar la información requerida recae sobre cada una de las direcciones de los grupos de empresas que establezcan comité de empresa europeo propio. Por otra parte, entre las disposiciones subsidiarias para la constitución de un comité de empresa europeo, el art. 18.3 LIC prevé el derecho del comité a reunirse con la dirección central de la empresa o “con cualquier otro nivel de dirección de la empresa o del grupo más adecuado y con competencia para adoptar decisiones propias” en supuestos excepcionales, como cuando se produzcan traslados de empresas, cierres de centros de trabajo o empresas o despidos colectivos. Téngase en cuenta que en esta ocasión, el legislador se preocupa de especificar que el órgano de dirección debe ser competente para adoptar las decisiones objeto de consulta, nuevamente con el objetivo de asegurar el efecto útil del proceso de información y consulta.

La determinación de los representantes de los trabajadores, como acreedores de las obligaciones empresariales de información, tampoco ha sido objeto de modificación, salvo la recomendación relativa al equilibrio en la representación de actividades, categorías y sexos (art. 12.1 LIC), por lo que se mantienen las dudas expresadas en otros trabajos²⁴. Baste en este apartado recordar que las disposiciones subsidiarias prevén también la participación de los representantes de las empresas o centros de trabajo directamente afectados por las circunstancias o decisiones a tratar en las reuniones del comité restringido con la dirección central (art. 19.2 LIC).

Por lo que se refiere al contenido del derecho, aunque para su actualización es preciso que se materialice un proceso de negociación, si el objetivo final de la norma reformada es que los representantes de los trabajadores tengan un elevado y actualizado conocimiento de la situación de la empresa, los acuer-

²² Como excepción y sólo con respecto a la información precisa para iniciar la negociación, el art. 6.2 LIC considera responsable también a las direcciones locales, pero sobre esta materia volveremos más adelante.

²³ Sobre la materia, vid. Gómez Gordillo, R.: “El comité de empresa europeo...”, op. cit., pp. 193 a 200.

²⁴ En este sentido, vid. Gómez Gordillo, R.: “El comité de empresa europeo...”, op. cit., pp. 203 a 207 y 327 a 330.

dos deben asegurar que el empresario suministra a los representantes de los trabajadores un conjunto de datos mínimos que permitan a estos alcanzarlo, facilitándoles el tiempo necesario para estudiar la información y para ponerla en común y, en su caso, para realizar las preguntas que tengan a bien con el objetivo de aclarar las dudas que el análisis de la información recibida pudiera suscitar²⁵. Se trata de un concepto que limita el carácter instrumental de la información con relación a la posibilidad de abrir un proceso de consulta posterior²⁶, pues los representantes de los trabajadores tienen derecho a permanecer informados y a compartir la información sobre la marcha de la empresa independientemente de que se den o no los supuestos que habilitan para la apertura de un procedimiento de consulta, conforme deben establecer los acuerdos de aplicación. Por otra parte, los acuerdos deben garantizar también que los representantes de los trabajadores poseen los medios suficientes para cumplir con las obligaciones derivadas de su cargo, entre las que deben entenderse incluidas las relacionadas con el suministro de información a los trabajadores de la empresa (art. 29.1 LIC).

Adicionalmente, los acuerdos de aplicación deben asegurar la presencia de tres elementos, contenidos en la definición de información (art. 3.1.7º LIC): la información debe ser útil a los representantes de los trabajadores y, por ello, debe ser suministrada a tiempo, y su forma y contenido deben satisfacer las necesidades de información de sus destinatarios. Es claro que la acumulación de conceptos jurídicos indeterminados en esta materia dificulta la aplicación de la norma, dejando en manos del buen juicio del intérprete la diferenciación, caso por caso, del alcance del mandato normativo. Tratándose de una obligación de resultado, a los acuerdos cabría exigirles únicamente que establecieran las condiciones objetivas para que el fin exigido por la norma no quedase *a priori* descartado; esto es, no sería fiel a las previsiones de la norma un acuerdo que previese condiciones que a juicio del intérprete no satisficieran mínimamente las necesidades de información de los representantes de los trabajadores. En sentido positivo, la norma exige a los acuerdos de aplicación que garanticen, a través de una ajustada concreción de estos tres elementos, que los representantes de los trabajadores tienen la posibilidad de realizar una evaluación pormenorizada del posible impacto que la situación empresarial que dibujan los datos suministrados puede producir sobre la marcha de la empresa y, particularmente, sobre la evolución de las relaciones laborales en

²⁵ Nótese que el nuevo art. 6.3 LIC exige que incluso en el caso en que el acuerdo decida establecer un procedimiento de información y consulta, debe permitir a los representantes reunirse para cambiar impresiones sobre la información recibida; cabe pensar que este derecho es también reconocido a los miembros del comité de empresa europeo, aunque nada diga la norma.

²⁶ Gómez Gordillo, R.: “La implicación de los trabajadores...”, op. cit. p. 47; Gómez Gordillo, R.: “El comité...”, op. cit., p. 80.

dicho ámbito. Veamos pues qué incidencia pueden tener estos tres elementos en el plano aplicativo.

El respeto a la norma exige que los acuerdos de aplicación garanticen que la información se produce con la suficiente antelación; es éste un elemento central que debe conectarse con el objetivo final de la norma: la anticipación de las estrategias empresariales a los cambios que se producen en el sistema económico y productivo. La norma pretende que la intervención de los representantes de los trabajadores se produzca cuando las decisiones organizativas no han sido tomadas por la dirección de la empresa y las existen opciones reales de influir en la estrategia diseñada por ésta. No cabe duda que la información a la representación de los trabajadores debe llegar después de que ésta haya sido suficientemente contrastada por los órganos de dirección de la empresa, pero realizadas las comprobaciones precisas, existen escasos argumentos para retrasar la entrega y ninguno para que, como sucede en numerosas ocasiones, los representantes de los trabajadores conozcan dicha información a través de los medios de comunicación. Es cierto que para ello sería preciso generar un clima de confianza adecuado entre la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores, pues la filtración de determinados datos puede tener una influencia negativa sobre la evolución de los acontecimientos; asegurado esto, no cabe justificar demoras en el proceso de información, pues las garantías precisas de confidencialidad deben exigirse a través de protocolos de actuación que garanticen el cumplimiento de los deberes de sigilo de los representantes de los trabajadores. Con todo, en mi opinión, el momento adecuado debe ser el momento posible, es decir, el momento en que los órganos directivos de la empresa disponen de la información correspondiente. Desde otro punto de vista, los acuerdos de aplicación podrían resolver la materia estableciendo entregas periódicas de determinados informes, de forma que los datos fueran suministrados trimestral, semestral o anualmente, como por otra parte resulta práctica habitual por aplicación de lo dispuesto en los apartados 2, 3 y 4 del art. 64 ET a nivel local en nuestras empresas. Si la aplicación de estos preceptos no ha causado problemas relevantes en las empresas y centros de trabajo en nuestro país, no cabe pensar que pueda provocarlos si el ámbito de la información se eleva al conjunto de la empresa o del grupo a nivel comunitario. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la elaboración de este tipo de informes es práctica habitual en la mayoría de las empresas y grupos, que realizan actualizaciones de resultados y previsiones con similar frecuencia. De esta manera, la representación de los trabajadores se encontraría en la mejor de las situaciones para desarrollar el papel que la norma le encomienda, tras adquirir un conocimiento siempre actualizado de la situación real de la empresa.

Como es conocido, la mayoría de los acuerdos de aplicación en sintonía con el modelo subsidiario de comité de empresa europeo previsto en el Anexo

de la Directiva (punto 1.2), prevén la realización de una solitaria reunión anual, mecanismo que se aleja notablemente de la tesis aquí mantenida. La cuestión central es si con la información recibida anualmente los representantes de los trabajadores pueden cumplir con el papel que les asigna la norma o, por el contrario, el cumplimiento de esta norma es meramente formal. Parece que existen datos suficientes para responder negativamente a esta cuestión. La crisis que atravesamos permite comprobar sin mayores esfuerzos de investigación que los datos sobre la evolución de la economía precisan de una actualización constante y, por tanto, es atinado colegir que los datos anuales sobre la marcha de la empresa y su evolución mantienen a los representantes de los trabajadores en un estado de ignorancia relativa que, en la práctica, les incapacita para participar en la adopción de las decisiones empresariales de anticipación a los cambios y, por consiguiente, los acuerdos de aplicación basados en el modelo subsidiario difícilmente resultan útiles para la consecución de los objetivos establecidos en la norma.

La forma y el contenido de la información condicionan de manera no menos notable la utilidad del entramado normativo y convencional previsto en la norma. Los aspectos relacionados con las materias objeto de información o la estructura de ésta, el idioma o el soporte en los que se suministra deben servir igualmente al cumplimiento de los fines de la norma; por ello, todo acuerdo que reconozca a los representantes de los trabajadores derechos de información que, por carencias en sus contenidos o por inadecuación de la forma en que hayan sido entregados, permitan prever que los representantes permanecerán al margen de la situación real de la empresa constituyen violaciones de las previsiones legales, en la medida en que obstaculizan la eficaz toma de decisiones en la empresa. El intérprete nuevamente debe detenerse a considerar, caso por caso, cuándo la forma y el contenido de la información previstos en los acuerdos son adecuados a los objetivos marcados por el legislador, en qué casos la información que la dirección de la empresa se obliga a suministrar permite a los representantes de los trabajadores adquirir el conocimiento preciso para proceder a la evaluación de los efectos que las tendencias que señalan los datos obtenidos pueden provocar sobre las relaciones laborales en el seno de la empresa o del grupo de empresa. En segundo lugar, cuando la información recibida imponga la apertura de un procedimiento de consultas, esta información debe servir de base documental para la representación de los trabajadores y, por ello, deberá contener los elementos que permitan a sus miembros participar en dicho proceso con las suficientes garantías de éxito.

En este sentido, los acuerdos de aplicación deben incluir la posibilidad de que los representantes de los trabajadores soliciten aclaraciones o ampliaciones de la información recibida, pues en caso contrario se estaría limitando de forma grave el ejercicio de la libertad de información en sentido ascendente. Por

otra parte, la posibilidad de que los representantes de los trabajadores puedan adquirir un nivel de información adecuado debe ponerse en relación con los aspectos relacionados con la formación (art. 28.4 LIC), particularmente en materia económica y eventualmente en el conocimiento de la lengua, aspectos sobre los que volveremos con posterioridad.

Aunque como se ha dicho más arriba, la determinación de los temas sobre los que la empresa debe informar y, en su caso, consultar forma parte de las materias que deben ser negociadas (art. 12.1.d LIC), el legislador nos ha facilitado un listado de materias sobre las que el comité de empresa europeo debe ser informado cuando, concurriendo alguno de los supuestos previstos en el art. 15 LIC, deban aplicarse las normas subsidiarias que, como en otros aspectos, puede ser considerado como modelo estándar.

El art. 18 LIC obliga a la dirección central de la empresa a adjuntar a la convocatoria de la reunión anual un informe sobre la evolución y perspectivas de la empresa, y refiere que en la reunión deben analizarse cuestiones relacionadas con la estructura, la situación económica y financiera, la evolución probable de las actividades, la producción y las ventas de la empresa, aunque se hace especial referencia a los temas directamente relacionados con el empleo, las inversiones, los cambios de la organización, los nuevos métodos de trabajo o de producción, traslados de producción, fusiones, reducción de empleo y despidos colectivos. Desde mi punto de vista, las grandes materias incluidas en el listado deben funcionar como referencia mínima, aunque no desconozco que se trata de una normativa de carácter subsidiario. La cuestión se reduce a considerar si es posible afirmar que los representantes de los trabajadores conocen la situación de la empresa con menos información que la enumerada en las normas subsidiarias. La información a la que hace referencia el precepto comentado tiene un carácter básico, de forma que si los miembros del comité de empresa europeo no tuvieran acceso al menos a dichos datos, difícilmente podrían hacerse una idea de la situación real de la empresa.

2.2. Otras obligaciones de información

Aunque el objetivo de la regulación sobre los comités de empresa europeos es mejorar la participación de los trabajadores en el proceso de toma de decisiones en la empresa, dotando a sus representantes de la información necesaria para participar en los procesos de consulta sobre la oportunidad y el contenido de estas decisiones y, por tanto, los derechos de información que regula la norma tienen que ver con la situación y perspectivas de la empresa y tienen como destinatario a los representantes de los trabajadores, la complejidad del sistema comunitario de información y consulta implica el reconocimiento de específicos derechos de información con distintos contenidos o destinatarios.

2.2.1. Información precisa para el inicio de las negociaciones

La apuesta del legislador comunitario por la vía convencional para establecer los derechos transnacionales de información y consulta determina que las principales obligaciones impuestas a las empresas y grupos estén relacionadas con el deber de negociar de buena fe²⁷. Entre otras obligaciones, la dirección central debe facilitar los medios necesarios para la celebración del proceso de negociación (art. 6.1 LIC) y, con carácter previo, suministrar a los interesados la información precisa para el inicio de las negociaciones (art. 6.2 LIC). Se trata de una obligación ya establecida en la versión original, cuyo incumplimiento es tipificado como infracción grave (art. 9.1 LISOS). A pesar de ello, el hecho de que la mayoría de los litigios en torno a la aplicación de la Directiva CEE hayan tenido como objeto la delimitación o el incumplimiento de estas obligaciones ha impulsado la reforma de este aspecto (art. 4.4 Directiva CEE)²⁸.

En concreto, la reforma se limita a recordar que la responsabilidad de facilitar los datos relativos a la estructura de la empresa o del grupo y su plantilla corresponde de forma mancomunada a “la dirección de toda empresa incluida en el grupo de empresas”. La modificación tiene por objeto evitar que las distintas direcciones locales, nacionales o comunitarias aleguen desconocimiento o falta de información y, con ello, eludan la obligación de informar e impidan u obstaculicen el inicio de las negociaciones. Por ello, quizás la redacción del precepto hubiera podido mejorarse adjudicando la obligación, sin más, a cualquier dirección de un centro de trabajo, empresa o grupo que fuera requerida a tal efecto por los representantes de los trabajadores. A pesar de ello, entiendo que la finalidad del precepto queda suficientemente clara y, por tanto, en principio solicitada dicha información, las direcciones locales deben hacer todo lo posible por facilitar los datos requeridos. Pudiera suceder que la empresa o el grupo no cumplieran con los requisitos exigidos por la norma y, por tanto, quedasen al margen de su aplicación. En tal caso, surge la duda sobre si una empresa o grupo no vinculada por la LIC por ausencia de condiciones materiales debe informar de esta realidad a los trabajadores o sus representantes, quienes aguardan estos datos para proceder al inicio del proceso de negociación. La vinculación de nuestra tradición laboral a la empresa o al centro de trabajo dificulta extender el mandato del art. 64 ET a estructuras más complejas como la que representa el grupo de empresas, con lo que en principio no es posible plantear una respuesta general. Por otra parte, téngase en cuenta que los trabajadores en España y sus representantes pueden solicitar dicha infor-

²⁷ Sobre estas obligaciones, Gómez Gordillo, R.: “El comité de empresa europeo”, op. cit., pp. 213 a 231.

²⁸ C-62/99 Bofrost, C-440/00 Küne & Nagel y C-349/01 ADS Anker GMBH. Sobre esta cuestión, vid. *European Commission: “Report Group of Experts Implementation of Recast ...”* diciembre, 2010, pp. 25 a 27.

mación a empresas o grupos con dirección central en otros Estados miembros y, por tanto, tendría que estudiarse caso por caso la legislación aplicable. Todo ello, complica de manera importante la labor del intérprete. En principio, los trabajadores o sus representantes pueden dirigirse a la dirección local o a la dirección central, que en caso de cumplir las condiciones materiales de aplicación de la normativa quedan obligados a responder. En caso contrario, será la legislación nacional, a partir de las previsiones contenidas en la Directiva marco sobre información y consulta, la que determinará las obligaciones de la empresa o el grupo.

Por otra parte, los legitimados para solicitar y recibir la información son, en aplicación del nuevo art. 6.2 LIC, “las partes interesadas”, colectivo que debe ser identificado a partir del estudio de la función que cumple el precepto. Si bien es cierto que el interés por la celebración del procedimiento de información y consulta puede extenderse a un número casi ilimitado de sujetos e instituciones (trabajadores, empresarios, agentes sociales estatales y comunitarios e instituciones gubernamentales estatales y comunitarias), la interpretación sistemática de la norma nos permite limitar dicho interés a los sujetos legitimados para iniciar el procedimiento de negociación, conforme establece el art. 7.1 LIC. Es cierto que la dirección central de la empresa queda igualmente legitimada para instar la iniciación de las negociaciones (art. 7.3 LIC), pero es obvio que en este caso no es precisa solicitud de información alguna. Si esto es así, las partes interesadas han de ser cien trabajadores, o sus representantes, que pertenezcan, por lo menos, a dos centros de trabajo o empresas de la empresa o el grupo situados en Estados miembros diferentes²⁹.

Por último, la instrumentalidad de la información requerida en este caso respecto de la determinación de si una empresa o un grupo tiene o no dimensión comunitaria, limita el contenido de la obligación empresarial que, como dice la propia, norma debe referirse a la estructura de la empresa o del grupo y su plantilla. En este aspecto, la redacción del apartado 2 del art. 6 LIC es algo rebuscada, siguiendo al pie de la letra la poca afortunada traducción de la norma comunitaria (art. 4.4 Directiva CEE). La “información indispensable para la apertura de las negociaciones” es sin duda la relativa al cumplimiento de los requisitos de aplicación de la norma, esto es la identificación de los centros de trabajo y empresas que forman la empresa o el grupo y el volumen de empleo en territorio comunitario. Dicho lo anterior, surgen algunas dudas sobre el contenido concreto de esta información, pues cabría plantearse si el inicio de las negociaciones requiere conocer aspectos tales como los datos relativos a la dirección de cada uno de estos centros de trabajo o empresas, si el número de trabajadores debe facilitarse por centros de trabajo, si debe hacerse referencia a la tipología contractual

²⁹ Sobre las dificultades interpretativas de estas previsiones, vid. Gómez Gordillo, R.: “El comité de empresa europeo”, op. cit., pp. 231 a 240

o si, para facilitar la comunicación entre las representaciones de los trabajadores, debe facilitarse también información relativa a éstas.

2.2.2. Información a los agentes sociales europeos

La sindicalización del proceso de negociación previsto en la Directiva CEE ha sido un debate bastante silenciado durante el proceso de adopción de la norma originaria y, sin lugar a dudas, de su reforma. La legitimación para el inicio de las negociaciones reconocida a la dirección de la empresa, sin mayores formalidades, o un colectivo de trabajadores sin vinculación sindical y a sus representantes constituye una vía abierta para la celebración de acuerdos sin el conveniente aval sindical. Todo ello ha contribuido a la existencia de acuerdos de escasa utilidad real, cuya vigencia legitima formalmente a las empresas y grupos para permanecer al margen de las obligaciones de información y consulta previstas en la norma. Las organizaciones sindicales europeas intentaron limitar los efectos de su exclusión formal ocupando la posición reservada a los expertos (antiguo art. 5.4 Directiva CEE), aunque la puesta en práctica de dicha posibilidad parece haber sufrido severas limitaciones por parte empresarial, lo que habría determinado la modificación del precepto. En concreto, la nueva redacción pretende aclarar algunos aspectos relacionados con la legitimación para solicitar la presencia de expertos, la posibilidad de que estas personas puedan ser a su vez representantes sindicales europeos y la posibilidad de que en su labor de asesoramiento acompañen a los miembros de la comisión negociadora en las reuniones con la dirección central. Como puede comprobarse, las modificaciones introducidas en el art. 5.4 Directiva CEE, no parecen tener un carácter sustancial, en la medida en que estas matizaciones podrían perfectamente desprenderse del precepto modificado. Si en su redacción original, la norma permitía a la comisión negociadora ser “asistida por expertos de su elección”, cabe interpretar que correspondía a los representantes de los trabajadores la facultad de determinar si precisaban o no de esta asistencia, que podían elegir como asesores a cualesquiera personas independientemente de su vinculación sindical, y que podrían hacerse acompañar de estos asesores en las reuniones con la dirección central. El interés por modificar la norma en este sentido se debe sin duda a las experiencias negativas previas, reflejo de la intención empresarial de alejar a las representaciones sindicales europeas del proceso de negociación. A partir de la reforma, si los miembros de la comisión negociadora lo estiman conveniente, los representantes sindicales podrán asistir a las reuniones, “con carácter consultivo” (art. 11.3 LIC)³⁰; otra cosa

³⁰ Quizás hubiera sido más conveniente hacer uso de una fórmula más habitual en nuestro derecho, como la típica “con voz pero sin voto”, que define con mayor claridad la función de estos asesores. No siendo así, cabe plantearse si los asesores pueden o no tomar la palabra en las reuniones.

será la determinación de la responsabilidad en el pago de los costes que dicho asesoramiento pudiera generar, pues continua envuelto en la duda si los gastos causados por los expertos quedan cubiertos por la obligación general de “establecer las condiciones y medios necesarios” (art. 6.1 LIC) que con respecto a la constitución del comité de empresa europeo incumbe a la dirección central.

Junto a esta modificación, se introduce una nueva obligación de información cuyos destinatarios son las “organizaciones europeas de trabajadores y empresarios competentes”, quienes deberán conocer del comienzo de las negociaciones y de la composición de la comisión negociadora (art. 9.4 LIC). Nuevamente, el establecimiento de este deber de negociación permite la implicación de las organizaciones empresariales y sindicales europeas en el proceso de negociación, cuyo desarrollo y conclusión podrán monitorizar y, en su caso, apoyar. Con ello, se exige un nivel de publicidad superior al existente hasta la fecha, lo que dificulta la celebración de acuerdos discretos, gestados en el interior de la empresa y del grupo, que normalmente tienen como objetivo eludir o limitar la aplicación de las normas. Ciertamente que en nuestro país, la exigencia de publicación oficial permitía el conocimiento general del contenido de estos acuerdos, no es ésta ni mucho menos la realidad en otros Estados miembros. Cabe esperar que a partir de ahora sea más fácil conocer el grado de cumplimiento material de la Directiva CEE. Para ello es preciso que la comunicación se realice, tal como establece la norma, una vez constituida la comisión negociadora y antes del inicio de las negociaciones (art. 9.4 LIC).

La obligación de informar corresponde, entiendo de manera mancomunada, a la dirección central y a la comisión negociadora. Quizás hubiera sido más seguro, desde el punto de vista jurídico, asignar dicha responsabilidad de forma solidaria, de forma que el incumplimiento de una de las partes no impidiese a la otra realizar la comunicación exigida. Se ha llegado a plantear la posibilidad de que la dirección de la empresa informase a las organizaciones empresariales y la representación de los trabajadores a los sindicatos, pero esta posibilidad no parece que sea fiel al dictado de la norma³¹. Más problemas puede plantear la determinación de las organizaciones que deben recibir esta comunicación o, dicho de otra manera, quiénes son las organizaciones competentes en cada caso. En este caso, parece que existe un consenso suficiente en que se trataría de las organizaciones que participan en el proceso de diálogo social por aplicación de lo previsto en el art. 154 del Tratado, que incluye a 66 organizaciones empresariales y 20 sindicales³². La intención de huir de todo procedimiento burocrático ha llevado a algunos a plantear que el cumplimiento

³¹ Por su parte, el Grupo de expertos defiende que debe ser la dirección central la que asuma esa obligación, vid. *European Commission: “Report Group of Experts Implementation ...”* p. 30

³² Ésta es al menos la opinión del Grupo de Expertos *European Commission: “Report Group of Experts Implementation ...”* p. 30

de la obligación puede realizarse incluso vía correo electrónico, lo que desde el punto de vista jurídico resulta escasamente riguroso. En este sentido, entiendo que un mínimo de formalidad permitiría la comunicación mediante medios electrónicos, eso sí, exigiendo la correspondiente firma digital.

2.2.3. Información a los trabajadores y deber de confidencialidad

Junto al derecho a ser informado, en las condiciones previstas en la Directiva CEE y en los acuerdos de aplicación, los representantes comunitarios de los trabajadores asumen la obligación de informar a sus representados en nuestro país a través de los representantes de las empresas o centros de trabajo ubicados en España o incluso directamente en ausencia de éstos (nuevo art. 29.2 LIC). La introducción de esta obligación pretende poner coto a cualquier tipo de práctica corporativa, de ocultación de información relevante, particularmente las que pueden tener por objeto limitar los derechos de información de los trabajadores de los centros de trabajo o empresas filiales³³.

Tanto el derecho a la información como el deber a la información de los representantes transnacionales de los trabajadores quedan limitados, *ratione materiae*, por el derecho a guardar secreto, sobre cuestiones que pudieran obstaculizar gravemente el funcionamiento o causar perjuicios a las empresas, y por el deber de confidencialidad previstos en el art. 22 LIC. No habiendo sido modificado su contenido, nos remitimos a lo dicho en anteriores trabajos³⁴. Reitérese aquí la crítica al legislador español por no haber hecho uso de la facultad que le permitía someter a autorización administrativa o judicial el ejercicio del derecho al secreto (art. 8.2 Directiva CEE). Por el contrario, el legislador español ha decidido mantener inmodificada la regulación precedente que se concreta en una dispensa al empresario de informar sobre secretos industriales, financieros o comerciales (art. 22.1 LIC), y en considerar infracción grave el abuso de esta facultad (art. 9.2.c LISOS), mientras el art. 38.5 LIC obliga a tramitar mediante el proceso de conflictos colectivos los litigios sobre la materia.

Lo que no ha sido objeto de tratamiento por el legislador español es la consideración de la posibilidad de que los representantes comunitarios de los trabajadores incumplan con su deber de informar a los niveles nacionales de

³³ “Paralelamente a las distintas etapas de desarrollo, los comités de empresa europeos se distribuyen a menudo según el tipo de funcionamiento (Lecher): algunos resultan ser una extensión de estructuras nacionales de representación del país que tiene la sede central, con lo que suponen una fuente de información adicional de uso nacional; otros están bajo la guía de los representantes del país dominante, por lo que el aspecto transnacional es perceptible, pero está poco desarrollado; otros han desarrollado una auténtica identidad colectiva supranacional, con igualdad entre sus miembros y adopción de posiciones comunes” apartado 2.3.6. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación concreta...

³⁴ Sobre la materia, vid. Gómez Gordillo, R: “El comité de empresa europeo...” op. cit., pp. 320 a 324.

representación. Téngase en cuenta que la LISOS considera responsables de las infracciones en materia de información y consulta a los titulares de los centros de trabajo y empresas situados en territorio español, pero no hace referencia alguna a los miembros de los comités de empresa europeos de las empresas o grupos con dirección central en España. En caso de que se considere a un comité de empresa europeo responsable por el incumplimiento de sus nuevas obligaciones de información, cabría plantearse la competencia de las autoridades laborales españolas para sancionar a sus miembros, teniendo en cuenta que a dicho órgano pertenecen representantes vinculados por relaciones de trabajo regidas por ordenamientos jurídicos diversos. Por otra parte, en estos supuestos los trabajadores o los representantes de los trabajadores en un determinado Estado miembro deberán acceder a las instancias administrativas o judiciales de otro. Razones de coste y oportunidad obran en contra de la materialización de esta posibilidad, por más que el art. 11 Directiva CEE resuelva el problema con el trámite general de encomendar a los Estados miembros velar por la observancia de la obligaciones previstas en la norma, mandato que debiera ser cumplido tanto si los sujetos responsables del cumplimiento pertenecen a la representación laboral como cuando quien debe cumplir con la obligación es la dirección de la empresa o del grupo.

2.3. La reforma del concepto de consulta

La Directiva CEE ofrecía un concepto de consulta similar al aun vigente contenido en el art. 2.g) de la Directiva Marco. El legislador prefiguraba un modelo de consulta abierto a las tradiciones del conjunto de los Estados miembros que debía concretarse mediante la negociación empresa por empresa, eludiendo definir el alcance y contenidos del derecho de consulta. La amplitud con la que la Directiva CEE delimitaba el concepto de consulta permitía a los acuerdos de aplicación adoptar mecanismos de muy desigual intensidad. El interés por desarrollar culturas participativas en la empresa transnacional y la adopción de la Directiva SE, en la que se incluye un concepto de consulta más cerrado, han contribuido decisivamente a superar los obstáculos que impedían la modificación del concepto en la Directiva CEE³⁵.

La modificación no altera la estructura del derecho de los representantes de los trabajadores a la consulta, que muestra elementos comunes con los distintos mecanismos y expresiones de negociación colectiva: empresario y representación social plantean propuestas diversas en busca de una posición común que permita alcanzar un acuerdo sobre materias laborales. Sin embargo, lo que caracteriza al procedimiento de consulta es el mantenimiento de las prerrogativas empresariales sobre la decisión final, por ello el reconocimiento

³⁵ Considerando 21 de la Directiva CEE.

del derecho a la consulta se realiza, “sin perjuicio de las responsabilidades de la dirección” (art. 3.1.7º bis LIC). Frente a la bilateralidad de la negociación colectiva, la consulta es un proceso que mantiene intacto el poder de dirección del empresario, quien desde un punto de vista formal adoptará unilateralmente las decisiones que estime más oportunas para el éxito de su actividad económica; por ello, el dictamen elaborado por la representación de los trabajadores no tiene carácter vinculante y una hipotética posición negativa incluida en éste no produce efectos suspensivos de la decisión empresarial, pues dicha representación no posee derecho de veto sobre las decisiones empresariales.

Tampoco la reforma afecta a los sujetos que han de participar en el proceso de consultas. La consulta debe producirse entre los miembros del comité de empresa europeo y la dirección central de la empresa, conforme al carácter transnacional de las materias objeto de discusión. Pero el art. 1.g) Directiva CEE también prevé que la consulta se produzca con “cualquier otro nivel de dirección más apropiado”, excepción que debe conectarse con el objetivo de la consulta, que la opinión de la representación de la empresa pueda ser tenida en cuenta por quien tiene la responsabilidad y la competencia para decidir. El respeto al mandato normativo exige que la consulta se produzca al mismo nivel en que se toman las decisiones pues únicamente en este caso es posible entablar un diálogo constructivo que permita adoptar posiciones comunes; en caso contrario, si la representación de la dirección que participa en el proceso de consulta no tiene competencias para adoptar las decisiones que se someten a discusión, dicho proceso carece de efecto útil y contradice el objetivo central de la Directiva CEE (arts. 1.1 bis y 2.3 LIC). Por último, y puesto que las disposiciones subsidiarias así lo prevén (art. 19.2 LIC), cuando la empresa se encuentre ante las decisiones que puedan afectar considerablemente los intereses de los trabajadores, la información y la consulta puede llevarse a cabo con una representación menos numerosa: el comité restringido ampliado, compuesto por los miembros del comité restringido y los miembros del comité de empresa europeo de las empresas o centros de trabajo afectados. Nada dice en cambio la norma sobre la posibilidad o la obligación de consultar a los trabajadores sobre el contenido de las medidas propuestas.

Con respecto a los aspectos objetivos, la nueva definición (art. 3.1.7 bis), resulta muy similar a la contenida en los apartados 1 y 6 del art. 64 ET, opción que considero una avance en el sentido correcto en el proceso de unificación del concepto comunitario de consulta, aunque quizás hubiese sido técnicamente más adecuado establecer una definición única. En primer lugar, se introducen los elementos temporales, morfológicos y teleológicos a los que ya hicimos referencia al estudiar el concepto de información, motivo por el cual considero innecesario reiterar los argumentos allí vertidos. Ahora bien, aunque los elementos son similares el objetivo perseguido lógicamente difiere: si en

el caso de la información se pretende asegurar que la representación transnacional de los trabajadores toma conciencia de la situación de la empresa y su posible evolución, en el caso de la consulta se pretende que los representantes de los trabajadores transmitan a la dirección central su opinión sobre las medidas propuestas y que esta opinión pueda ser tenida en cuenta en la decisión final, de manera que las medidas adoptadas gocen de un determinado nivel de consenso. En otras palabras, el proceso de consulta debe realizarse en un momento hábil para que la dirección de la empresa pueda alterar, o al menos matizar, su posición inicial, a partir de los argumentos ofrecidos por la representación transnacional de los trabajadores, lo que significa que dicho proceso debe abrirse con la antelación suficiente para que los representantes estudien la información recibida y adopten una posición de partida que, tras el oportuno proceso de discusión con la dirección de la empresa, permita elaborar una posición común al respecto de las decisiones a adoptar.

En consonancia con lo anterior, la consulta debe tener contenido real, es decir, ambas partes deben actuar con la diligencia precisa, en palabras del legislador “colaborarán entres sí de buena fe”, respetando sus respectivas obligaciones (art. 1.2 LIC). Las partes pueden exigirse la realización diligente de todas y cada una de las tareas que deben conducir a la consecución del objetivo marcado por la norma, “que se garantice su efectividad y se permita una toma de decisiones eficaz de la empresa” (art. 1.1 bis LIC).

Alguna pista nos ofrece el legislador con relación al desarrollo del proceso de consulta que, según puede deducirse de la definición normativa, debe constar al menos de tres fases. En primer lugar, la dirección central de la empresa o, en su caso, la dirección competente para adoptar la decisión que se somete a consulta, debe suministrar a la representación de los trabajadores, comité de empresa europeo o comité restringido ampliado, la información relativa a las medidas que desea poner en marcha. Ha de suponerse que dicha información debe incluir tanto las motivaciones que justifican la propuesta empresarial, como el detalle de las medidas de ejecución de la propuesta. Por tanto, la representación de los trabajadores debe conocer las razones de orden organizativo, técnico, productivo o, en su caso, económicas que aconsejan adoptar las medidas propuestas. Junto a ello, el comité de empresa europeo debe ser informado sobre el tipo de medidas a adoptar, los efectos que pueden producir sobre las relaciones laborales y las personas que trabajan en la empresa. Una vez recibida la información anterior, los representantes de los trabajadores deben elaborar una posición común o dictamen sobre la propuesta presentada, que puede incluir modificaciones, propuestas alternativas o incluso aclaraciones sobre la información recibida. Por último, la dirección central tomará una decisión unilateral sobre el contenido de su propuesta, integrando en la medida de lo posible las consideraciones realizadas por la representación de los tra-

bajadores, sin perjuicio de las prerrogativas empresariales. Téngase en cuenta además que la Dirección central de la empresa debe responder motivadamente al dictamen elaborado por el comité de empresa europeo (art. 18.2 *in fine* LIC). Aunque se trata de un precepto de aplicación subsidiaria, no cabe descartar que todo proceso de consulta deba incluir también esta posibilidad, pues es claro que la negativa empresarial a aceptar todas o alguna de las consideraciones realizadas por el comité, de no ser motivada, cierra en falso el proceso de consultas y limita la eficacia de éste.

Pero si el objetivo de la norma es favorecer la competitividad de las empresas europeas mediante la anticipación al cambio, el proceso de consulta no debe suponer una demora innecesaria en la adopción de decisiones, por ello a todos conviene que sea completado “en un plazo razonable” (art. 3.1.7 bis). La LIC no establece plazos concretos para la realización del procedimiento de consulta, dejando también esta materia a la discrecionalidad de los acuerdos de aplicación, aunque las disposiciones subsidiarias conceden un plazo máximo de 7 días a la representación de los trabajadores para emitir un dictamen (art. 18.3 LIC). Es evidente, sin embargo, que estos acuerdos deben garantizar que la consulta se desarrolle durante el tiempo mínimo requerido en atención a la eficacia del proceso, garantizando tanto los derechos de participación de los trabajadores, como la adopción de las decisiones empresariales que correspondan en el momento más oportuno; para ello, ambas representaciones deben participar en el proceso “con espíritu de cooperación”, referencia que, como se ha dicho más arriba, rechaza todo tipo de comportamientos obstruccionistas contrarios al principio de buena fe. Los acuerdos de aplicación también deben reflejar este espíritu, absteniéndose de introducir prácticas dilatorias contrarias a la eficacia del proceso exigida en la norma.

Dicho lo anterior, cabe nuevamente preguntarse sobre la validez de acuerdos que no garanticen que el proceso de consulta se desarrolle de manera adecuada. La respuesta ha de ser negativa, la LIC debe ser cumplida materialmente, los acuerdos de aplicación deben servir como soporte para que los representantes de los trabajadores sean eficazmente consultados sobre decisiones que pueden afectar sus intereses de manera notable; aquellos acuerdos que establezcan procedimientos de consulta que no garanticen esta posibilidad, ya sea por eludir alguna de las fases del proceso, por obstaculizar el desarrollo adecuado de las tareas previstas en cada caso, por establecer plazos demasiado cortos o dilatorios o por razones de similar naturaleza, no satisfacen los mínimos establecidos por la norma comunitaria, impidiendo de hecho la consecución de los objetivos planteados en la misma.

2.4. La transnacionalidad de las materias

Entre las novedades más acusadas que presenta el nuevo texto, el art. 2.3. LIC limita las competencias del comité de empresa europeo, conforme a su naturaleza de órgano de dimensión comunitaria, a cuestiones de carácter transnacional, definiendo como tales “las cuestiones que afectan al conjunto de la empresa o grupo de empresas de dimensión comunitaria o al menos a dos empresas o establecimientos de la empresa o del grupo situados en dos Estados miembros diferentes” (art. 3.1.10 LIC). Aunque la inclusión de la delimitación del término en el art. 1.4 Directiva CEE es novedosa, la referencia al carácter transnacional de la información ya aparecía, y ha permanecido inmodificado tras la reforma, en el art. 6.3 in fine, donde el legislador advertía que en los casos en que las partes decidieran constituir un procedimiento de información y consulta, la información debía tener carácter transnacional y afectar considerablemente los intereses de los trabajadores³⁶; adicionalmente, las disposiciones subsidiarias (punto 1.a Anexo Directiva CEE) contenían similar definición, con lo cual la novedad se reduce a incluir como disposición obligatoria lo que hasta la fecha constituía una disposición aplicable a falta de acuerdo.

La definición de transnacionalidad debe conectarse con otra novedad, la inclusión entre el contenido necesario de los acuerdos de aplicación de mecanismos de articulación entre los órganos nacionales de representación y el comité de empresa europeo (art. 12.1.d LIC) y con las previsiones sobre articulación normativa del art. 31 LIC. Con todo ello, el legislador pretende garantizar que la información y la consulta se producen en el nivel pertinente y evitar que se produzcan duplicidades con los procesos iniciados a nivel nacional. Para ello se exige a los negociadores que articulen los mecanismos de información y consulta en los ámbitos nacional y comunitario, dando un amplio margen de libertad a las partes para determinar qué, cómo y cuándo corresponde a cada uno de los ámbitos de información y consulta implicados. A pesar de lo dicho, la norma establece también una serie de criterios que cumplen una función orientadora, y una disposición de aplicación subsidiaria que tiene por objeto resolver los problemas que pudieran derivarse de la falta de diligencia de los negociadores en el cumplimiento de esta obligación (art. 31.3 LIC).

A pesar de los esfuerzos realizados por los legisladores, los acuerdos sobre articulación corren el riesgo de quedar inéditos. En principio, el planteamiento normativo parece de una lógica intachable: las cuestiones locales deben tratarse en el ámbito local, mediante los mecanismos de información y consulta establecidos a partir de lo previsto en la Directiva Marco, en la Directiva sobre despidos colectivos o en la Directiva sobre transmisión de empresas (art. 12.4

³⁶ Sobre esta referencia, vid. Gómez Gordillo, R.: “El comité de empresa europeo”, op. cit. pp. 309 y 310.

Directiva CEE)³⁷; por su parte, las materias transnacionales deben tratarse en el ámbito comunitario, mediante los procedimientos acordados en virtud de la Directiva CEE (art. 6.1). De esta forma, cada ámbito de decisión, conforme a sus competencias, desarrolla la función encomendada, dando protagonismo tanto a los sistemas nacionales de información y consulta como a los sistemas transnacionales. Desde un punto de vista aplicativo, la cuestión reviste mayor dificultad, la operación de descifrar cuándo una determinada materia tiene carácter nacional o transnacional no resulta sencilla. La cuestión ha sido objeto de litigio, particularmente ante decisiones que, afectando formalmente sólo a las empresas o centros de trabajo ubicados en un Estado miembro, por su gravedad o carácter estratégico tienen repercusiones materiales en el conjunto de la empresa o grupo³⁸. La Directiva SE, en su ámbito, resolvió la cuestión atendiendo a la naturaleza transnacional o nacional del órgano que asume las competencias para adoptar la decisión objeto de consulta (art. 2.i). Si tenemos en cuenta que en el caso de las empresas y grupos de dimensión comunitaria las cuestiones competenciales son menos evidentes y, en cualquier caso, si se presume que en los ámbitos empresariales una cosa es qué órgano tiene la competencia formal para adoptar la decisión y otra cosa es qué órgano la adopta materialmente, quizás resulte preferible la definición contenida en la Directiva CEE.

Más allá de la dificultad que entraña la determinación de la extensión de los efectos de una decisión (efectos sobre el volumen de empleo, las condiciones de trabajo; efectos presentes, futuros), la interpretación del precepto provoca algunas dudas. Como se ha dicho, son competencia del comité las cuestiones que afecten al conjunto de la empresa o del grupo, expresión que debe interpretarse siguiendo las pautas ofrecidas en la Exposición de motivos de las normas comunitaria y española³⁹. Según se nos dice, la naturaleza transnacional de una medida depende de dos factores: el alcance de sus efectos potenciales y el nivel de dirección y representación que implica. Ambos elementos, aunque uno de carácter objetivo y otro de carácter subjetivo, muestran una misma realidad, la relevancia de la cuestión para el conjunto de la empresa o del grupo de empresas; en el primer caso esa relevancia se manifiesta por

³⁷ En este sentido, no se entiende muy bien qué ha sucedido con la disp. adic. segunda de la LIC, que hace referencia a estas situaciones y que sin haber sido expresamente derogada, parece haber sido desplazada por la vigente disp. adic. única.

³⁸ “La noción de transnacionalidad de las cuestiones abordadas por el comité europeo suele ser objeto de debates concretos, sobre todo en el caso de decisiones que, de hecho, afectan solo a un país pero que, en la práctica, tienen repercusiones estratégicas que rebasan el nivel meramente nacional” Apartado 2.3.9 Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación concreta de la Directiva sobre la constitución de un Comité de Empresa Europeo (94/45/CE) y sobre los aspectos...

³⁹ Considerando 16 Directiva CEE y Exposición de motivos LIC.

los efectos que puede producir, en el segundo la importancia de la medida se verifica por el órgano que adopta la decisión. En todo caso, el comité de empresa europeo debe ocuparse de todas aquellas cuestiones que potencialmente puedan afectar de manera relevante las condiciones de trabajo en la empresa o grupo, aunque sólo se vean afectados directamente los trabajadores de un solo país. Es decir, si los efectos son importantes para las relaciones de trabajo en una empresa o en un centro de trabajo ubicados en un Estado miembro, aunque directamente no haya trabajadores de otros Estados miembros afectados y por ello debiera considerarse una cuestión meramente nacional, el comité de empresa europeo resulta competente. Por último, el legislador también estima que quedan dentro de las cuestiones transnacionales los procesos de transferencia de la producción realizados entre Estados miembros. Es evidente que dicha cuestión, tanto por su relevancia para los trabajadores afectados, como por afectar a más de un Estado miembro, debe formar parte de las competencias del comité de empresa europeo y, por tanto, ser objeto de información y consulta. Ahora bien, cabe preguntarse si el traslado de producción a un tercer Estado, no miembro de la UE, sería una cuestión de naturaleza nacional. Desde mi punto de vista la respuesta debe ser necesariamente positiva, los efectos de cualquier proceso de deslocalización de la producción producen importantes efectos en las relaciones de trabajo de los centros de trabajo o empresas afectados, independientemente de que dicho proceso se produzca o no en el interior de los límites territoriales de la UE.

Quizás porque el legislador sospecha que la reforma no ha solucionado de manera definitiva el problema, en una nueva manifestación del principio de subsidiariedad, se ha optado por dejar en manos de los acuerdos de aplicación la competencia para articular, adecuando a las especiales circunstancias de cada empresa o grupo de dimensión comunitaria, la actuación de los comités de empresa europeos y de los órganos nacionales de representación de los trabajadores en materia de información y consulta. En tales casos, los acuerdos deben respetar la naturaleza nacional o transnacional de las cuestiones sometidas a información y consulta, y a los derechos de información y consulta reconocidos a los representantes nacionales por las normas o prácticas aplicables (art. 31 LIC). En esta ocasión, el legislador español, siguiendo al pie de la letra las disposiciones comunitarias (art. 12 Directiva CEE), no ha eliminado las principales dudas que se cernían sobre la aplicabilidad del mandato normativo. De un lado, es evidente que los acuerdos de aplicación de la LIC no pueden limitar las competencias de los órganos nacionales de representación de los trabajadores conforme a lo dispuesto en cada caso por las normas de transposición de la Directiva Marco, la Directiva sobre despidos colectivos y la Directiva sobre transmisión de empresas. De alguna forma la acción de articular parte de la base de que todos y cada uno de los niveles se mantienen

y, por otra parte, la norma expresamente rechaza esta posibilidad (art. 31.2 LIC). Si es posible, sin embargo, que alguna de las competencias atribuidas a las representaciones nacionales vía negociación colectiva pueda perder sentido por resultar redundante una vez cerrado el acuerdo de constitución del comité de empresa europeo. Pero en tales supuestos, la supresión de las competencias de los órganos nacionales deberá vehicularse mediante los procedimientos de modificación de acuerdos colectivos previstos en los ordenamientos laborales nacionales, pues el acuerdo de constitución del comité de empresa europeo no posee efecto derogatorio alguno. Poco o nada contribuye a aclarar la interpretación de este apartado, la disposición prevista en el siguiente, en aplicación de la cual, a falta de previsiones sobre articulación en los acuerdos de aplicación, ante decisiones que puedan provocar cambios de importancia en la organización o en los contratos de trabajo, el proceso de información y consulta deberá realizarse en ambos niveles (art. 31.3 LIC).

Rescapitulando sobre cuanto se ha dicho hasta aquí sobre la posibilidad de articular funcionalmente los procesos de información y consulta, en mi opinión cabe plantearse cuatro escenarios distintos. En ausencia de acuerdo de articulación, la adopción de decisiones de relevancia para los intereses de los trabajadores, independientemente de la extensión transnacional de sus efectos, debe someterse a un doble procedimiento, transnacional y nacional, de información y consulta. Por el contrario, en ausencia de acuerdo de articulación, las decisiones de menor relevancia para los intereses de los trabajadores no serán informadas y consultadas a nivel transnacional, la posibilidad de que el procedimiento de información y consulta se produzca a nivel nacional dependerá de la normativa o práctica aplicable. En caso de que exista acuerdo de articulación, podrá determinarse qué decisiones deben ser informadas y consultadas en el procedimiento transnacional, sin que quepa limitar por esta vía el ámbito de aplicación objetivo de las normas nacionales en la materia. Por último, en mi opinión, tampoco sería respetuoso con la Directiva CEE un acuerdo de articulación que renunciase a tratar cuestiones de clara relevancia transnacional y, por supuesto, aquellas que afecten al menos a dos empresas o centros de trabajo o del grupo situados en dos Estados miembros diferentes, por contravenir lo señalado en el art. 1.3 y 4. Por ello, el protagonismo de los acuerdos de articulación en la concreción de las medidas que deberán ser consultadas e informadas a nivel transnacional se reduce a determinar qué tipo de medidas deben considerarse transnacionales por afectar al conjunto de la empresa. Fuera de este supuesto, intuyo que resta escaso margen de disposición a los acuerdos, salvo plantearse una hipotética articulación temporal entre los mecanismos nacionales y comunitarios de información y consulta. Aunque el legislador parece obviar esta posibilidad, los acuerdos pueden establecer mecanismos de articulación cronológica, estableciendo en qué momento debe iniciarse el proceso de información y consultas a nivel transnacional y,

si los procesos de información y consultas nacionales deben producirse antes, después o contemporáneamente al anterior. La Exposición de motivos hace referencia a esta posibilidad, aunque el texto articulado de la norma nada recoge. En principio, el orden cronológico más acorde con la naturaleza de estos procesos sería el que colocase en primer término el proceso de información y consulta ante el comité de empresa europeo y, una vez finalizado éste, debieran iniciarse los procesos ante las representaciones de los trabajadores en cada Estado miembro. En segundo lugar, los acuerdos podrían establecer los plazos en que dichos procesos deben realizarse, partiendo eso sí de la regulación que en algunos supuestos establecen las normas nacionales.

3. LA APLICABILIDAD DE LA DIRECTIVA. LOS ACUERDOS EXENTOS

El estudio de la aplicabilidad de la Directiva CEE, el mantenimiento temporal o definitivo del régimen jurídico previsto en la Directiva originaria o la vigencia de acuerdos firmados al margen de las dos nos ofrece una visión panorámica de las, en mi opinión, escasas posibilidades aplicativas de la reforma y de la pobre técnica normativa de que ha hecho uso en esta ocasión el legislador comunitario, arrastrando con ello a los legisladores nacionales. Una de las curiosidades que en su momento ofreció la Directiva CEE, y que sin duda tuvo un protagonismo central en el proceso de construcción de los consensos necesarios para la adopción de la norma, fue el reconocimiento de la vigencia de los acuerdos alcanzados antes de que finalizase el proceso de transposición⁴⁰. El art. 13 de la norma contenía una oscura previsión, que declaraba a las empresas en que se hubiesen concluido no sujetas a las obligaciones impuestas por la norma, estableciendo una suerte de limitación de su ámbito de aplicación que se justificaba en una supuesta voluntad promocional. Desde mi punto de vista, la voluntad de escapar a las obligaciones normativas, en no pocas ocasiones, ocultaba el deseo de eludir todo tipo de procesos de información y consulta transnacional. La puerta abierta por el legislador facilitó a muchas empresas el cumplimiento formal con los deberes de información y consulta transnacional, sin garantizar la eficacia de los correspondientes derechos de los trabajadores.

Ya en su momento, resultó controvertido el alcance de la excepción aplicativa establecida en el mismo, en particular, se discutía sobre si los acuerdos de anticipación quedaban o no absolutamente al margen de las disposiciones de la Directiva o si, por el contrario, dichos acuerdos debían asegurar unos

⁴⁰ Para una crítica del contenido del art. 13, Gómez Gordillo, R.: “El Comité de Empresa Europeo”, op. cit, pp. 339 y ss.

derechos mínimos de información y consulta transnacional⁴¹. La desafortunada redacción del precepto, que se interpretó como una exención completa de lo establecido en la norma, incentivó la negociación y firma de acuerdos escasamente respetuosos con los objetivos materiales de ésta. La experiencia adquirida hacía suponer que con la reforma de la Directiva CEE, dicha posibilidad quedaría vedada y, para evitar la continuidad de este tipo de acuerdos, se establecería algún tipo de obligación que impusiera la revisión de los acuerdos vigentes, con el objetivo de adecuar su contenido a las nuevas exigencias. En contra de tales previsiones, tras la reforma, dichos acuerdos pueden ser renovados y, adicionalmente, se incrementan las vías de exención, pues las nuevas reglas tampoco serían aplicables a los acuerdos concluidos o revisados antes de la finalización del plazo de transposición. Parece que en esta materia, la Comisión ha contado con la conformidad de los agentes sociales⁴², pero resulta obvio que en esta ocasión el respeto a la voluntad de las partes obra en contra de la eficacia de los derechos de información y consulta; si lo que se pretendía era evitar un proceso de renegociación en masa, podría haberse aceptado la continuidad de los acuerdos hasta su finalización, estableciendo un plazo máximo. A la vista de la redacción final de la norma, cabe preguntarse sobre la oportunidad, adecuación e interés de la reforma; si el legislador no se encuentra convencido de la necesidad y urgencia de aplicar las nuevas reglas, hubiera sido mejor sin duda que no hubiese abordado la reforma, si lo que desea es incentivar la negociación conforme a las nuevas reglas, los aspectos no aplicables debieran haber sido individualizados expresamente⁴³.

3.1. Los efectos de la reforma sobre los acuerdos exentos

Más allá de las opiniones, más o menos atinadas, que se puedan ofrecer en torno a la compatibilidad de la consecución de los objetivos de la norma y la ampliación de vías elusivas de su aplicación, el art. 14 Directiva CEE y la disp. adic. única LIC nos ofrecen un problema exegético grave, que amenaza con severidad la seguridad jurídica en torno a los derechos de información y consulta transnacionales. Cuando se exime del cumplimiento de las obligaciones contenidas en sendas normas a estas empresas o grupos, ¿qué se quiere decir exactamente? Como veremos en el apartado posterior, la exención no afecta a la obligación de adaptación del comité en los casos en que se produzcan modificaciones relevantes (art. 32 LIC), pero qué sucede con el resto de previsiones introducidas tras la reforma. La interpretación más radical de la norma sería la

⁴¹ En este sentido, Gómez Gordillo, R.: “El Comité de Empresa Europeo”, op. cit, pp. 341 y ss.

⁴² Comisión Europea: “Report Group of Experts Implementation of Recast ...” pp. 51 a 56.

⁴³ Gómez Gordillo, R.: “La reforma de la Directiva sobre el Comité de Empresa Europeo ...”, op. cit., p. 99.

que defiende que, salvo lo dispuesto en el art. 32, las empresas con acuerdos exentos quedan al margen de su ámbito de aplicación, de forma temporal o indefinida. Esta tesis, más allá de que retrasaría de forma notable la aplicación efectiva de los tímidos avances que hemos comentado hasta aquí, puede provocar importantes problemas en empresas y grupos de dimensión comunitaria cuya dirección central se encuentre en otros Estados miembros. La reflexión tiene que ver fundamentalmente con las garantías que la norma española exige a los acuerdos exentos celebrados en empresas y grupos con dirección en nuestro país: depósito, registro y publicación oficial (art. 13.2 LIC) y representatividad de los representantes de los trabajadores (letra a disp. adic. única LIC), pero estas garantías no están presentes en todas las normas de transposición. Como se ha dicho anteriormente, se corre el riesgo de perpetuar la escasa eficacia aplicativa de la Directiva CEE y, con ello, el flagrante incumplimiento de los derechos transnacionales de información y consulta de los trabajadores.

Desde otro punto de vista más general, la viabilidad del conjunto del sistema normativo puesto en funcionamiento por el legislador exige la aplicación uniforme de los principios generales, los objetivos, las definiciones y los conceptos previstos en la Sección Primera de la Directiva (arts. 1 a 3), tanto en su versión original como en la reformada. Cómo es posible entender que nociones como la dimensión comunitaria de la empresa y del grupo, la definición de empresa que ejerce el control, la determinación de la plantilla mínima o la definición de comité de empresa europeo no afectan a estas empresas. Por otra parte, cabe discutir si estas previsiones pueden ser consideradas técnicamente como obligaciones de las empresas o grupos y, por tanto, si la exclusión se circunscribe únicamente a los preceptos que incluyan mandatos de esta naturaleza, el resto de los preceptos deben aplicarse al conjunto de los acuerdos⁴⁴. Claro que esta segunda interpretación nos obliga a determinar, caso por caso, qué preceptos incluyen obligaciones para la empresa, operación que reviste gran complejidad. A modo de ejemplo, ¿los nuevos conceptos de información y consulta transnacional establecen obligaciones adicionales para la empresa? o simplemente constituyen referencias conceptuales que delimitan el ámbito de aplicación de la norma. Similares cuestionamientos deberían realizarse sobre otros aspectos como la exigencia de coordinación, la nueva distribución de los puestos en la comisión negociadora, la presencia de expertos o la obligación de información a los agentes sociales europeos.

El limitado avance que según hemos comentado en los apartados anteriores se produce con la modificación de estas materias, dificulta entender que existan operadores interesados en mantener la vigencia parcial de la redacción anterior. Podría defenderse que los únicos aspectos no aplicables, las obliga-

⁴⁴ Comisión Europea: "Report Group of Experts Implementation of Recast ..." pp. 13 y ss.

ciones sustanciales impuestas al empresario, fuesen las relacionadas con la obligación de iniciar o reiniciar el proceso de negociación de los acuerdos y, en su caso, el contenido necesario de éstos. Cualquiera que haya sido la intención del legislador comunitario, la acumulación de argumentos contrarios a la exclusión total de los acuerdos exentos, sobre la base del efecto útil de la norma, cuenta con una dificultad que considero compleja de salvar, la rotundidad con que el legislador español ha interpretado el precepto, tras entender que se trata de una exclusión del ámbito de aplicación de la norma en su conjunto⁴⁵.

3.2. La obligación de adaptación de los acuerdos

El art. 12.1.c LIC considera contenido necesario de los acuerdos de aplicación la determinación de los efectos que sobre la composición del comité deriven de las modificaciones en la estructura de la empresa o grupo. Parece que dicha previsión no ha sido adecuadamente recibida en los acuerdos de aplicación y, cabe pensar que en menor medida, en los acuerdos de anticipación⁴⁶. Esta realidad y los procesos de concentración de empresas a los que hemos asistido con asiduidad en los últimos años, pueden haber generado problemas en un buen número de comités, en los que a falta de previsión en esta materia o el conflicto entre las existentes, impide el desarrollo normal de sus funciones. Cuando se den estas circunstancias, originadas por modificaciones significativas en la estructura de la empresa, debe abrirse un nuevo proceso de negociación que, al igual que el previsto en el art. 7 LIC, debe iniciarse a instancia de parte. En otras palabras, la obligación de renegociar los acuerdos nace cuando se verifican tres requisitos: cambios relevantes en la estructura de la empresa o del grupo, ausencia o conflicto entre previsiones sobre la materia en el o los acuerdos de aplicación y solicitud de inicio de las negociaciones por parte de la dirección, los trabajadores o sus representantes.

El nuevo procedimiento de negociación presenta únicamente dos especialidades: de un lado, la composición de la comisión negociadora, a los miembros elegidos o designados conforme a lo previsto en el art. 9 LIC les acompañarán no menos de tres miembros del comité o comités preexistentes (art. 32.2 LIC); en segundo lugar, durante el periodo de negociación, el comité o los comités preexistentes, seguirán funcionando conforme se acuerde entre éstos y la dirección central de la empresa (art. 32.3 LIC).

La principal dificultad en esta materia es la que supone la identificación del carácter “significativo”, en palabras de la Directiva, o “relevante”, según la letra de la LIC, de las modificaciones en la estructura de la empresa. La Exposi-

⁴⁵ Exposición de motivos LIC

⁴⁶ Comisión Europea: “Report Group of Experts Implementation of Recast ...” pp. 48.

ción de motivos de la Directiva CEE⁴⁷ hace referencia a procesos de fusión, adquisición o escisión, aunque debe entenderse que se trata de una enumeración ejemplificativa. La referencia al elemento estructural induce a pensar que los supuestos de adaptación únicamente han de tener lugar cuando se produzcan este tipo de operaciones mercantiles, aunque en mi opinión el precepto admite interpretaciones más amplias. Cabe plantarse dos cuestiones interpretativas: ¿Es posible que se produzcan modificaciones significativas al margen de estos procesos de cambio de titularidad? En segundo lugar, ¿todos los supuestos de fusiones, adquisiciones o escisiones deben ser considerados modificaciones significativas? De una parte, el incremento del número de centros de trabajo de la empresa o del número de empresas del grupo en un determinado país puede producirse sin que sea preciso acudir a las figuras enumeradas más arriba; cuando estas situaciones adquieren un grado de relevancia notable frente al conjunto de la empresa o del grupo, parece razonable interpretar que se habría producido una modificación significativa de carácter estructural. A la misma conclusión debe llegarse si lo que se produce es un importante incremento del volumen de empleo. En sentido contrario, determinados procesos de fusión, adquisición o escisión cuando no produzcan efectos significativos desde el punto de vista cuantitativo, en la medida en que los efectos que pudiera producir no tengan naturaleza estructural, difícilmente podrá justificarse la conveniencia de proceder a la revisión del acuerdo. Por otra parte, cuando se produzca el crecimiento de la empresa o el grupo mediante la instalación de centros de trabajo o empresas en nuevos países miembros, independientemente de la fórmula mercantil empleada y del peso cuantitativo sobre el conjunto, parece también preciso acudir a la revisión del acuerdo.

La segunda condición muestra la continuidad en el objetivo de privilegiar la autonomía colectiva frente a la norma heterónoma, seña de identidad de la Directiva CEE que se mantiene tras la reforma⁴⁸. Se trata de una nueva manifestación del principio de subsidiariedad, en su vertiente horizontal, que puede evitar la puesta en marcha del proceso de renegociación. Si las partes lo han previsto, la adaptación deberá producirse conforme a las reglas establecidas por vía convencional. La cuestión interpretativa central en este apartado sería determinar el contenido necesario de las disposiciones preexistentes a que hace referencia el precepto. En concreto, si cualquier tipo de previsión sobre adaptación de los acuerdos por cambios estructurales permitiría eludir la obligación de renegociar los acuerdos. Nuevamente, la invocación del efecto útil de la norma nos induce a pensar que únicamente aquellas previsiones que efectivamente permitan adecuar la composición del comité de empresa europeo o, en

⁴⁷ Considerando 40 Directiva CEE

⁴⁸ Sobre la caracterización jurídica y las relaciones entre planos normativos en la Directiva, vid. Gómez Gordillo, R.: "El Comité de Empresa Europeo", op. cit., pp. 93 a 150.

su caso, del procedimiento de información y consulta a la nueva estructura de la empresa servirán para satisfacer la superación de este requisito. En caso contrario, aquellos acuerdos que impidan u obstaculicen la adaptación a la nueva situación o, permitiendo ésta, no consigan dicho objetivo material, debe considerarse que incumplen esta condición y, por lo tanto, deberán ser renegociados conforme al procedimiento establecido en el art. 5 de la Directiva reformada. En el mismo sentido, si la nueva estructura de la empresa engloba a empresas o centros de trabajo afectados anteriormente por distintos acuerdos, y la aplicación de estos genera conflictos de aplicación, la cuestión deberá igualmente ser resuelta mediante la apertura de un nuevo procedimiento de negociación.

Por último, la tercera condición exigida por el art. 32 LIC puede considerarse innecesaria, pues la invocación del procedimiento previsto en el art. LIC hubiera sido dato suficiente para dar por incorporada dicha exigencia. Por supuesto, en este caso como en el resto, la negociación debe producirse a instancia de parte, bien a voluntad de la dirección de la empresa o bien a petición de cien trabajadores pertenecientes a empresas o centros de trabajo situados en al menos dos estados miembros, solicitud que podrá ser presentada también por sus representantes⁴⁹.

3.3. Tipología de acuerdos de aplicación y régimen jurídico aplicable

La aplicación conjunta del art. 32 y la disp. adic. única LIC hace nacer una pluralidad de acuerdos cuyas características diferenciadoras únicas son la fecha en que han sido acordados y el cumplimiento o no de la invitación a la renegociación prevista en el art. 32. La pertenencia a un tipo u otro de acuerdo conforme a esta clasificación determina la aplicación de un régimen jurídico diferente, con las matizaciones que han sido realizadas en el apartado 3.1. De manera simplificada, esta clasificación de acuerdos incluiría cinco tipos diversos, afectados de manera distinta por la normativa sobre comités de empresa europeos⁵⁰.

En primer lugar, los acuerdos de anticipación, aquéllos celebrados antes del 22 de septiembre de 1996, de conformidad con lo establecido en el art. 13 de la Directiva originaria. Estos acuerdos gozarán de esta excepción aplicativa hasta el 5 de junio de 2011. A partir de dicha fecha, si se producen de manera acumulativa las tres condiciones de renegociación comentadas en el apartado anterior, las empresas o grupos afectados quedarán bajo el marco aplicativo general previsto en la Directiva CEE. En caso de que alguno de estos requisitos no se materializasen, las empresas y grupos podrán continuar informando y

⁴⁹ Sobre la legitimación para iniciar las negociaciones, vid. “El Comité de Empresa Europeo”, op. cit., pp. 231 a 240.

⁵⁰ Comisión Europea: “Report Group of Experts Implementation of Recast ...” p. 57.

consultando a los trabajadores conforme a los acuerdos vigentes, que continuarán rigiendo la información y la consulta transnacional hasta su conclusión o renegociación. En otras palabras, los acuerdos formalizados antes de la entrada en vigor de la Directiva originaria podrán seguir vigentes, siempre que las empresas y grupos no modifiquen sustancialmente su estructura e incluso, en este último caso, si el comité de empresa europeo ha sido adaptado a la nueva situación en aplicación del procedimiento previsto en dicho acuerdo.

En segundo lugar, los acuerdos de aplicación de la Directiva originaria, no revisados, es decir, los acuerdos alcanzados en cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 6 de la Directiva originaria, que no han sido revisados antes de la entrada en vigor de la Directiva reformada. En concreto, se trataría de los acuerdos firmados o revisados con posterioridad al 22 de septiembre de 1996, siempre y cuando no hayan sido revisados durante el período previsto en el art. 14.1.b, esto es en el plazo de dos años abierto el 5 de junio de 2009. Dicho acuerdos se rigen de pleno por las previsiones contenidas en la Directiva originaria hasta la entrada en vigor de la nueva Directiva, momento en el cual debe iniciarse la renegociación de un nuevo acuerdo a partir de lo previsto en el art. 5 de la Directiva revisada. Tal conclusión se desprende de la literalidad del contenido del apartado 1.c de la disp. adic. única LIC, interpretado en sentido contrario, y de la reflexión contenida en el Considerando 41 de la Exposición de motivos de la Directiva reformada, también en este caso interpretada en similar sentido. Ahora bien, esta renegociación únicamente se producirá, como en el resto de los casos, a petición de los trabajadores y sus representantes, en la forma prevista en el apartado 1 de dicho precepto; o, en su caso, a voluntad de la dirección de la empresa. Dicho lo anterior cabe nuevamente plantearse algunas dudas. En primer lugar, qué sucedería en los supuestos en que no se produzca el inicio de las negociaciones por inacción de los sujetos legitimados. Podría plantearse que, en ausencia de un nuevo acuerdo, el acuerdo originario debe considerarse prorrogado por tácita reconducción, solución que parece la más ajustada a derecho. Más difícil parece justificar la aplicación de las disposiciones subsidiarias, pues la aplicación de las mismas debe considerarse excepcional y, por tanto, únicamente debe admitirse cuando se cumpla alguna de las circunstancias previstas en dicho precepto, entre las que no puede citarse la analizada. En segundo lugar, debe cuestionarse si la vigencia de un acuerdo de aplicación puede concluir con un acuerdo de los previstos en el art. 10.2 LIC, esto es, acuerdos de renuncia a iniciar las negociaciones o de finalización de las ya iniciadas. Como dice el propio precepto, en tales casos no se aplicarían las disposiciones subsidiarias. De esta forma, cabría la posibilidad de que la reforma de la Directiva determinase la desaparición de alguno de los comités de empresa europeos existentes, pues en este caso no parece haberse previsto

ningún principio de conservación de los derechos adquiridos⁵¹. En el mismo sentido, parece que nada obsta que la comisión negociadora decida sustituir el comité de empresa europeo, por uno o varios procedimientos de información y consulta, en aplicación de lo dispuesto en el art. 10.1 LIC. En tercer lugar, si se producen bloqueos en la negociación, y una vez que se cumplan los plazos en cada caso previstos en el art. 15 LIC, se procederá a la imposición del modelo subsidiario de comité de empresa europeo contenido en el Capítulo II LIC.

En tercer lugar, los acuerdos de aplicación de la Directiva originaria, revisados, esto es, los acuerdos alcanzados en cumplimiento del procedimiento previsto en el art. 6 de la Directiva originaria, con la diferencia de que en este caso sí se ha producido un nuevo proceso de negociación que ha finalizado con acuerdo, antes de la entrada en vigor de la Directiva reformada. En concreto, se trataría de los acuerdos firmados o revisados con posterioridad al 22 de septiembre de 1996, que han sido revisados durante el período previsto en el art. 14.1.b, esto es en el plazo de dos años abierto el 5 de junio de 2009 y recientemente finalizado. Como el propio legislador comunitario nos aclara en el Considerando 41 de la Exposición de motivos, no existe una obligación general de renegociar todos los acuerdos, pues por aplicación de la excepción prevista en dicho precepto, se establece una ventana de la que podrán hacer uso los negociadores para iniciar y concluir negociaciones en aplicación de la Directiva originaria y, por tanto, escapando de las nuevas reglas incluidas tras la reforma⁵². Esta excepción puede ser extendida en el tiempo de manera indefinida, pues como prevé el apartado 2 de la disp. adic. única LIC, una vez finalizada la vigencia de estos acuerdos, las partes pueden acordar su prórroga o revisión. Únicamente cuando estas posibilidades no se concreten, serán de aplicación las nuevas reglas. Es por ello que la Directiva reformada advierte a los Estados miembros que deberán mantener la vigencia de las normas de transposición de la Directiva originaria en relación a estos acuerdos (art. 14.1 *in fine*), previsión que no ha sido adecuadamente transpuesta en la LIC, lo que no implica que estos acuerdos deban someterse a régimen jurídico distinto. La literalidad de la disp. adic. LIC concede el mismo tratamiento a estos acuerdos y a los acuerdos de anticipación, lo que constituye un error grave, como hemos dicho las empresas con acuerdos de anticipación no se someten a las obligaciones previstas en la Directiva originaria, mientras que estos acuerdos no se someten a la Directiva reformada.

⁵¹ Sobre la aplicación del denominado principio “ante-después” en la Directiva SE, vid. Gómez Gordillo, R.: “La implicación de los trabajadores ...”, *Temas Laborales*, nú. 90/2007, pp. 52 y ss

⁵² Así ha sido denominada como *windows of opportunities*, por el grupo de expertos para la transposición de la Directiva, Comisión Europea: “Report Group of Experts Implementation of Recast ...”, pp. 53 y ss.

En cuarto lugar, los nuevos acuerdos de aplicación de la Directiva originaria. Con esta denominación hago referencia a los acuerdos celebrados durante el período de dos años previsto más arriba mencionado, en empresas y grupos que carecían de acuerdo previo. Dichos acuerdos, siguen el mismo régimen jurídico que los acuerdos celebrados antes de la reforma, esto es, quedan sometidos a las previsiones contenidas en la norma originaria, siéndoles igualmente aplicables las normas de transposición que, a estos efectos, permanecen vigentes (art. 14.1.b Directiva CEE). La apertura de este período excepcional, que permite a las empresas y a los representantes de los trabajadores renegociar conforme a las reglas de la Directiva originaria, ha sido justificada en el interés por favorecer la autonomía de las partes, a quienes se supone con mayor conocimiento de las necesidades de la empresa. Se recuerda para ello el éxito obtenido por los acuerdos de anticipación, para justificar la necesidad de establecer una oportunidad de exclusión similar, y a la postre de similar duración, en la norma reformada. Más arriba ya me pronuncié claramente en contra del contenido del art. 13 de la Directiva originaria⁵³; desde mi punto de vista, la necesidad de proceder a una reforma de la norma en buena medida se debe a las posibilidades de elusión del contenido de ésta, entre las que la excepción discutida no resulta una vía menor. Pero si inadecuado técnicamente e inoportuno materialmente me parece la posibilidad de mantener por tiempo indefinido la vigencia de los acuerdos de anticipación, calificativos menos favorables me sugiere la posibilidad de extender la vigencia de los acuerdos de aplicación de la Directiva originaria. Si en el primer caso se pretendía proteger la autonomía colectiva, en el segundo caso, en la medida que los acuerdos se producen por la aplicación de un procedimiento legal, no cabe invocar en puridad la protección del criterio de las partes. Es cierto que se trata en todo caso de un procedimiento de negociación colectiva, pero también lo es el previsto en la Directiva reformada, sin recibir la protección de la misma norma. ¿De qué se preserva a los negociadores entonces? Es evidente a mi juicio que la excepción analizada tiene como objetivo único retrasar la aplicación de la reforma y, en algunos supuestos, impedir que ésta se produzca de manera indefinida.

En último lugar, los acuerdos de aplicación de la Directiva reformada, los acuerdos alcanzados en aplicación del procedimiento previsto en el Capítulo I LIC, esto es los nuevos acuerdos de aplicación celebrados una vez concluido el proceso de transposición de la Directiva CEE. Únicamente a dichos acuerdos, los formalizados a partir del 6 de junio de 2011, les será completamente aplicable el régimen jurídico previsto en la nueva norma, el nuevo marco jurídico de los comités de empresa europeos. La cuestión central según he mantenido hasta aquí, y seguramente para ello será preciso esperar a que se pronuncien

⁵³ Gómez Gordillo, R.: “El Comité de Empresa Europeo”, op. cit, pp. 339 y ss.

los correspondientes Tribunales, es delimitar con precisión qué materias quedan al margen de la excepción prevista en el art. 14 de la norma o, desde el punto de vista contrario, qué materias no serían aplicables a los comités de empresa europeos creados a partir de acuerdos celebrados antes de dicha fecha. La cuestión no resulta baladí si tenemos en cuenta que este grupo con toda probabilidad constituirá la mayoría de órganos de información y consulta transnacional durante bastante tiempo, y en tanto eso sea así, tendremos un complejo entramado normativo, el compuesto por la Directiva reformada y las correspondientes normas nacionales de transposición, que resultará parcialmente inaplicable al modelo tipo. Cuestión que no puede por menos que considerarse paradójica.

EL TRABAJADOR ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE EN EL DERECHO ALEMÁN: EL CUASITRABAJADOR

M^a TERESA VELASCO PORTERO

*Profesora Acreditada (Contratada Doctora) de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social*
INSA-ETEA. Universidad de Córdoba

MARTIN FRÖHLICH

Dr. en Derecho, Abogado. Colonia

EXTRACTO

**Palabras Clave: Derecho alemán, trabajador autónomo
economicamente dependiente**

El Derecho Laboral alemán fue uno de los primeros en ocuparse de un tipo de trabajadores, los autónomos económicamente dependientes, que el desarrollo social y económico ha hecho que tengan una presencia cada vez más importante en el mercado de trabajo. Ya su Ley de Convenios Colectivos de 1974 se refería a estos sujetos (a los que llama cuasitrabajadores) para otorgarles el derecho a la negociación colectiva y a afiliarse a sindicatos, abriendo un camino que después siguieron otras leyes de contenido laboral.

A pesar de ello, y de ser uno de los modelos que el legislador español tuvo presentes para regular la figura en nuestro país, la figura no ha sido objeto de sistematización legislativa. El cuasitrabajador es definido por la jurisprudencia alemana, que exige la concurrencia de una serie de requisitos para entender que se trata de esta figura. Siendo trabajadores autónomos, con un contrato de obra o servicio con su empresario, les son de aplicación algunas de las normas laborales, extendiéndoles así de manera excepcional parte de la protección que se otorga al trabajador subordinado: sometimiento a los tribunales laborales, derecho a vacaciones anuales retribuidas, protección en materia de prevención de riesgos laborales, derecho a permisos de formación, los mencionados derechos colectivos y participación en el seguro de pensiones.

ABSTRACT

**Key Words: German Law, self-employed economically
dependent**

German labour law was among the first to discuss a type of workers, self-employed economically dependent, that social development has made that have an ever more important role in the labour market. Their Collective Agreements Act of 1974 related to these subjects (whom calls "cuasi"-workers / *Arbeitnehmerähnliche person*) to grant the right to collective bargaining and joining unions, opening a path that later followed by other labour laws.

Nevertheless, the figure has never been the target of a legal systematization, having had to be the case of Industrial Tribunals in charge of defining its profile and scope. This last aspect is the main object of this work.

INDICE

1. INTRODUCCIÓN: EL DEBATE SOBRE EL TRABAJO AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE EN EL CONTEXTO DE LA UNIÓN EUROPEA
2. CUESTIONES PREVIAS: EL DERECHO LABORAL ALEMÁN Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN
3. EL CONCEPTO DE CUASITRAabajADOR EN DERECHO ALEMÁN
4. PROTECCIÓN DEL CUASITRAabajADOR
 - 4.1. Forma del contrato
 - 4.2. Derechos colectivos
 - 4.3. Jurisdicción
 - 4.4. Vacaciones
 - 4.5. Permisos
 - 4.6. Prevención de riesgos laborales
 - 4.7. Seguridad Social
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN: EL DEBATE SOBRE EL TRABAJO AUTÓNOMO ECONÓMICAMENTE DEPENDIENTE EN EL CONTEXTO DE LA UNIÓN EUROPEA

El Derecho del Trabajo es, entre otras cosas, el Derecho de un tipo muy concreto de actividad esforzada: el trabajo subordinado y asalariado; la consideración de una actividad como laboral conlleva inmediatamente la aplicación de una gran cantidad de normas protectoras del prestador de servicios y su inclusión en el sistema de Seguridad Social. Sin embargo, la labor de delimitación de los confines de la figura del trabajador asalariado y por ende la de los confines del Derecho del Trabajo es una tarea difícil: la realidad nos muestra un gran abanico de fórmulas de prestación de servicios, y algunas de ellas son tan peculiares que unas veces se ubican dentro del campo de aplicación del Derecho Laboral y otras fuera de él (las llamadas “zonas grises”¹). Esta dificultad se ha intensificado en las últimas décadas, en las que el que podríamos llamar “trabajo subordinado típico” ha dejado de ocupar una posición hegemónica en el mercado de empleo debido a la utilización de nuevas formas de organización del trabajo y la aparición de novedosas actividades empresariales².

Por otra parte, la tradicional dicotomía entre trabajador subordinado (parte débil del contrato y necesitado de la protección otorgada por el Derecho del Trabajo)

¹ Martín Valverde, A., „Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001“ *RMTAS*, nº 38, 2002, p. 30. Vid. Gutiérrez-Solar Calvo, B. y Lahera Forteza, J. “Ámbito y fuentes de regulación del trabajo autónomo”, en Cruz Villalón, J. y Valdés Dal-Ré, F. (Dir.), *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, La Ley, Madrid, 2008, p. 79.

² Sobre las razones que han llevado al declive del esquema tradicional de regulación social y económica del empleo basado en el trabajo por cuenta ajena, vid. Valdés Alonso, A., “El concepto de trabajador autónomo económicamente dependiente”, en Cruz Villalón, J. y Valdés Dal-Ré, F. (Dir.), *El Estatuto del Trabajo Autónomo*, op. cit., pp. 197 y ss.

y trabajador autónomo (que celebra contratos *inter pares*) tampoco se sostiene en el mundo actual³. Cada vez es más frecuente la existencia de prestadores de servicios que tienen autonomía organizativa pero que, a pesar de ello, se encuentran en una situación de dependencia con respecto al receptor que les hace merecedores de una protección especial por parte del ordenamiento. Son los llamados “trabajadores financieramente dependientes”, “trabajadores económicamente dependientes”, “trabajadores parasubordinados” o “trabajadores en condiciones similares a los trabajadores por cuenta ajena”. El crecimiento de este tipo de relaciones ha dado lugar a un debate que cuestiona la rigidez de las categorías jurídicas frente a la cambiante realidad del mundo de la empresa y las relaciones económicas y laborales, que no es exclusivo de nuestro país⁴. De hecho, varios países de nuestro entorno se habían ido ocupando de manera aislada de la figura, adoptando diversas soluciones al respecto. Ya en el año 2002 el Parlamento Europeo instó a la Comisión a realizar un estudio detallado y a celebrar una audiencia pública conjuntamente con el Parlamento sobre los trabajadores económicamente dependientes. Para ello, la Comisión encargó al prof. Aldalberto Perulli la realización de un informe sobre el tema, que proporcionase un panorama detallado y exhaustivo de la situación jurídica, social y económica relativa al trabajo económicamente dependiente (o parasubordinación) en los Estados miembros. El estudio, denominado Informe Perulli, fue hecho público por el Parlamento Europeo en el año 2003⁵ y en él se ponían de manifiesto varias cuestiones:

1. En aquel momento (año 2002), todos los sistemas laborales europeos seguían un sistema binario que contemplaba dos categorías diferentes: por un lado el trabajo subordinado o por cuenta ajena regulado por el Derecho Laboral y por otro el trabajo autónomo regulado por el Derecho comercial y Derecho contractual en general.

2. La distinción entre lo que se considera trabajo autónomo y lo que se considera trabajo subordinado se producía con arreglo a dos modelos: o bien siguiendo un modelo legislativo (con definición legal del concepto de trabajo autónomo y de trabajo subordinado) o bien atendiendo a un modelo judicial (según el cual, la definición de cada concepto la realizan los tribunales, indicando la jurisprudencia una serie de indicios o criterios para determinar si se trata de una u otra figura). En algunos países solo se usaba uno u otro modelo, aunque en la mayoría de los casos se utilizaban de manera combinada.

3. A pesar de constatarse la existencia real de “zonas grises” del derecho laboral, y de trabajadores organizativamente independientes pero económica-

³ Vid. Cruz Villalón, J. „El trabajo autónomo: nuevas realidades, nuevos retos“, *TL*, 81/2005.

⁴ Vid. Calvo Gallego, J. „Los trabajadores económicamente dependientes: una primera aproximación“, *TL* 81/2005.

⁵ Publicado por el Parlamento Europeo, Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, en www.europarl.europa.eu/hearings/20030619/empl/study_es.pdf

mente dependientes, ningún país había superado el sistema binario para pasar a un sistema que incluyese una tercera categoría entre el trabajador autónomo y el dependiente. A pesar de ello, el informe reconoce que algunos países sí que tenían reconocido jurídicamente el concepto del trabajo jurídicamente dependiente, normalmente de manera abierta y poco definida, sin tener categoría propia sino más bien como un tipo de trabajador autónomo al que se le venían aplicando algunas reglas especiales. Esos países eran, en el momento de elaborarse el informe, tan solo tres: Italia, Alemania y Reino Unido. Respecto a España se decía que estaba entre el grupo de países en los cuales ni existía tal concepto jurídico ni tampoco era un tema que estuviese en el debate político.

La situación en España ha cambiado significativamente, ya que muy pronto la cuestión de los trabajadores económicamente dependientes pasó a tener presencia en la agenda política y legislativa, dentro del debate general sobre la modernización de la regulación del trabajo autónomo. De hecho, la ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo⁶ le dedica todo un capítulo (el Capítulo III del Título II), reconociendo en su Preámbulo que con la regulación de la figura pretende dar cobertura legal a una realidad social con una presencia importante y en fulgurante crecimiento (un 33% entre los años 2001 y 2004). Dicho preámbulo declara la intención del legislador de eliminar las zonas grises entre trabajador autónomo, trabajador económicamente dependiente y trabajador subordinado. Para ello da una definición de trabajador económicamente dependiente (TRADE) muy restrictiva, regulando a continuación una serie de garantías para dichos trabajadores (dada su situación de dependencia económica), sin perjuicio de reconocer que la norma general en las relaciones entre el TRADE y su cliente es el principio de autonomía de la voluntad⁷.

De esta manera, España se encuentra hoy día entre el grupo de países que tienen un concepto jurídico de TRADE, y que además se haya definido legalmente. A pesar de que la ley habla de delimitar las tres “categorías” de trabajadores (autónomos, TRADE y subordinados), consideramos que realmente nuestro ordenamiento sigue estableciendo un modelo binario, y que el TRADE es un tipo de trabajador autónomo. Prueba de ello es su regulación dentro del Estatuto del Trabajo Autónomo⁸.

⁶ El texto de la ley, con abundantes e ilustrativas notas a pie que incorporan el texto de la normativa relacionada con el tema, en Cruz Villalón, J, *Estatuto del Trabajo Autónomo*, 3ª edición, Madrid, Tecnos, 2011.

⁷ Preámbulo III de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo.

⁸ En el mismo sentido de considerar al TRADE un tipo de autónomo, Soriano Cortés, D. “Tutela judicial y soluciones extrajudiciales”, en Cruz Villalón y Valdés Dal-Ré, (Dir.), op.cit., p. 295, si bien es verdad que la misma autora habla en la p. 294 de que son “una especie de tertium genus”. El prof. Álvarez del Cuervo habla de se trata de unos autónomos que han sido asimilados de manera parcial y muy limitada al régimen de los trabajadores dependientes (“El régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente”, en Cruz Villalón y Valdés Dal-Ré, op.cit., p. 240)

El concepto y régimen jurídico del TRADE que recoge la ley 20/2007 tiene muy en cuenta, lógicamente, las experiencias de los países de nuestro entorno y, de manera muy especial, el modelo italiano del *lavoro parasubordinato* y el modelo alemán de los *Arbeitnehmerähnliche person* (cuasitabajadores). Son modelos distintos, puesto que mientras en el caso italiano el concepto está determinado por la noción de dependencia jurídica del sujeto, en el caso alemán la base se pone en la dependencia económica; a la luz de esta experiencia, nuestro legislador siguió una conceptualización que podemos llamar híbrida, que tiene presentes ambos elementos⁹.

En cuanto a la protección otorgada a los TRADE, también se tuvieron en cuenta ambos modelos, que además presentan puntos en común.

En el presente trabajo nos detendremos en la exposición de la regulación de la figura en Alemania, que verdaderamente fue pionera en ocuparse de la situación jurídica de este tipo tan particular de trabajadores autónomos.

2. CUESTIONES PREVIAS: EL DERECHO LABORAL ALEMÁN Y SU ÁMBITO DE APLICACIÓN

Antes de entrar en el análisis de la figura, hay que tener en cuenta varios elementos característicos del Derecho laboral alemán, que condicionan la comprensión de su régimen jurídico.

1) En primer lugar, el ordenamiento laboral alemán no está codificado. No hay ninguna norma semejante al Estatuto de los Trabajadores español, sino que existen distintas normas que regulan las grandes instituciones de Derecho laboral (como es el *Kündigungsschutzgesetz* – ley de protección contra el despido- o el *Betriebsverfassungsgesetz* – ley de organización de la empresa, o el *Teilzeit und Befristungsgesetz* – ley sobre trabajo a tiempo parcial y contratos de trabajo a plazo-). Cada ley define su ámbito de aplicación. Además, muchas de las reglas básicas aplicables al contrato de trabajo se encuentran en el *Bürgerliches Gesetzbuch* (el Código Civil).

2) En segundo lugar, hay que recordar que la jurisprudencia asume un importante papel en la elaboración de muchos de los principios de Derecho del Trabajo, en particular la jurisprudencia del Tribunal Federal de Trabajo-*Bundesarbeitsgericht*,- y el Tribunal Federal Constitucional – *Bundesverfassungsgericht*-.

3) Como tercera peculiaridad, hay que reseñar la importante separación que existe entre el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social (Derecho Social), mucho más drástica que en España.

⁹ Valdés Alonso, A., op. cit., p. 205.

Por otra parte, también hay que señalar que el ordenamiento laboral alemán, como los restantes ordenamientos europeos, tan solo reconoce dos grandes categorías de trabajadores: los trabajadores por cuenta ajena y los autónomos. No existe un *tertium genus*. Los trabajadores que nos ocupan, los económicamente dependientes, se configuran como un subgénero dentro de los autónomos a los que se les extiende parte de la protección de los subordinados.

La figura básica, naturalmente, es la del trabajador subordinado, de cuya concreción depende que se aplique o no el Derecho del Trabajo. A pesar de ello, el ordenamiento laboral alemán no contiene ninguna definición legal de trabajador. El legislador no se ha atrevido a elaborar una definición general, limitándose a establecer si en determinadas áreas especiales de la periferia se aplica el Derecho del Trabajo o no.

Por tanto, han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han elaborado el concepto, definiendo al trabajador como “persona que presta servicios para otra basándose en un contrato privado”.¹⁰ Es necesario que el empresario tenga un poder de dirección en relación con el trabajador.¹¹ Como se ve, es una definición muy poco consistente, que obliga a los tribunales a evaluar con distintos criterios si en cada caso existe o no la subordinación, el sometimiento al poder de dirección.

Para la jurisprudencia el elemento decisivo es la dependencia personal: un sujeto es “trabajador” cuando depende personalmente de su ordenante. Ahora bien, ¿cuándo podemos considerar que existe dicha dependencia personal? Para determinarlo, los Tribunales utilizan un argumento a la inversa: parten de que el § 84 *Handelsgeszbuch* (el Código de Comercio) establece que una persona es independiente si puede organizar el contenido de su actividad y puede determinar su horario y su jornada. Siendo esto así, habrá que considerar como “dependientes” a aquellos sujetos que no pueden organizar su actividad de manera independiente ni tampoco pueden determinar su horario y su jornada: este es el núcleo de la definición de trabajador.¹² La jurisprudencia estima la existencia de dependencia personal si el sujeto que presta sus servicios lo hace integrado en el ámbito de organización de otro y por eso se somete a un poder de dirección que fija su horario, su jornada, el lugar donde se presta el servicio y la función que realiza.¹³

Por poner un ejemplo de los planteamientos que se hacen los Tribunales en este sentido, podemos hablar de lo que ocurre en el sector de los medios de comunicación. En este sector, y particularmente en radio y televisión, además de los empleados tradicionales, hay un gran número de lo que se denominan

¹⁰ BAG 15.3.1978, AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26.

¹¹ BAG 14.2.1974 Ap BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 12.

¹² Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 50.

¹³ BAG 30. 11. 1994 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 74.

“colaboradores libres”. Para determinar si tienen la condición de trabajador, los tribunales revisan si los colaboradores se incluyen en los planes organizativos de la radio o de la televisión sin que este implique libertad de acción propia. Si es así, se trata de un trabajador y no de un “colaborador libre”, ya que se integra en la organización de la empresa.

El método utilizado por la jurisprudencia para diferenciar la actividad de los autónomos de la de los trabajadores es muy casuístico, puesto que hay que analizar las distintas circunstancias que concurren en cada caso y la intensidad con que se presentan. Esto tiene la ventaja de la flexibilidad y la continua adaptación a las modificaciones de la realidad, pero también tiene el inconveniente de que es muy difícil predecir el resultado de antemano.

3. EL CONCEPTO DE CUASITRAabajADOR EN DERECHO ALEMÁN

Pues bien, desde esta división básica entre autónomos y dependientes, el Derecho alemán considera que determinados trabajadores autónomos, por su situación de dependencia económica (que no organizativa) del empresario, deben tener una protección especial. De esta manera, algunas normas típicamente laborales extienden su protección a ciertos autónomos, los llamados cuasitabajadores (*Arbeitnehmerähnliche person*); a pesar de que este conjunto de normas no aportan siempre una única y exacta delimitación de este colectivo y por tanto no tenemos definición legal, la jurisprudencia utiliza básicamente la descripción efectuada por el § 12^a de la Ley de convenios colectivos, la *Tarifvertragsgesetz*,¹⁴ que fue la primera ley laboral que, ya en 1974, estableció provisiones específicas para este tipo de trabajadores autónomos.

Los elementos identificativos del cuasitabajador son, por tanto los siguientes:

- 1) Tiene que existir un contrato de servicio o de obra.
 - 2) Aunque no tienen dependencia personal del empresario, sí que tienen una dependencia económica: están ocupados principalmente por una empresa o grupo de empresas, o reciben de una sola empresa o grupo de empresas más de la mitad de los ingresos de su actividad profesional.
 - 3) Tienen una necesidad de protección social que es similar a la requerida por un trabajador por cuenta ajena.
 - 4) Realizan su actividad de manera personal.
 - 5) No cuentan con la colaboración de trabajadores subordinados¹⁵.
- Estas características han sido concretadas por doctrina y jurisprudencia.

¹⁴ Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 110.

¹⁵ Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 110.

1) Tienen contrato de obra o servicio: Es decir, no son unos “falsos autónomos”, a los que fraudulentamente se les ha encuadrado en un tipo de contrato distinto al que les corresponde por naturaleza. Son trabajadores dotados de autonomía, que no encajan en el concepto de trabajador dependiente que hemos descrito anteriormente. En general, un cuasitrabajador se distingue de un trabajador por la falta de la dependencia personal. Los cuasitrabajadores no se integran en una organización ajena y nadie les regula el tiempo de trabajo.¹⁶

2) Dependencia económica: Una persona independiente desde el punto de vista organizativo es un cuasitrabajador si depende económicamente solo de un ordenante. Su existencia económica resulta del salario de ese ordenante.¹⁷ Por eso no es dependiente en cuanto a la organización del trabajo, pero sí en cuanto a la economía.¹⁸ La dependencia económica no supone necesariamente la exclusividad, ya que se puede ser económicamente dependiente aún trabajando para varios empresarios, siempre que se reciba de una sola persona más de la mitad de los ingresos totales (considerando que es la misma persona tanto una empresa como un grupo de empresas) .

3) Necesidad de protección: La necesidad de protección social del sujeto es similar a la de un trabajador.¹⁹ El problema es determinar cuándo existe esa necesidad de protección, ya que dependerá de las circunstancias del caso concreto.²⁰ No se cumple este requisito, por ejemplo, si la persona tiene otros salarios que aseguren su subsistencia ni tampoco si tiene oportunidades similares.²¹ La necesidad de protección social está a su vez relacionada con la dependencia económica, puesto que se entiende que el sujeto necesita dicha protección si su dependencia es del mismo grado que la de una relación laboral.²² Es decir, que el cuasitrabajador tiene que ser “como un trabajador” en cuanto a la dependencia económica y la necesidad de protección social.²³

Por otra parte, esta noción de cuasitrabajador no es modificable ni a nivel individual ni a nivel colectivo. Las partes de un convenio no pueden negociar qué hay que entender por dependencia a estos efectos. Sólo se aplica la normativa correspondiente al cuasitrabajador cuando existe esa necesidad de protección según criterios jurisprudenciales.²⁴

Veamos algunos ejemplos extraídos de sentencias:

¹⁶ BAG 15.11.2005 AP BGB § 611 Arbeitnehmerähnlichkeit Nr. 12

¹⁷ BAG 11. 4. 1997 AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 30.

¹⁸ Erfurter Kommentar, § 12 TVG Rn. 4.

¹⁹ BAG 15.11.2005 AP BGB § 611 Arbeitnehmerähnlichkeit Nr. 12, Erfurter Kommentar, § 12 TVG Rn. 4.

²⁰ BAG 15. 4. 1993 AP ArbGG 1979 § 5 Nr. 12.

²¹ Erfurter Kommentar, § 611 BGB Rn. 111.

²² Erfurter Kommentar, § 12a TVG Rn. 5.

²³ BAG 2. 10. 1990 AP TVG § 12a Nr. 1; 15. 3. 1978 AP BGB § 611 Abhängigkeit Nr. 26

²⁴ Erfurter Kommentar, § 12a TVG Rn. 5.

1. El primero de ellos es el resuelto por el Tribunal Federal de Trabajo en sentencia de 2 de octubre de 1990 (BAG 2.10.1990, NZA 1991, 239)

El demandante, que solicitaba que se le reconociera la condición de cuasitrabajador, tenía un “contrato libre” con la Radiotelevisión estatal del Norte de Alemania (NDR), para controlar si los sujetos obligados pagaban el impuesto para la televisión. Desarrollaba su actividad en las casas situadas en el Norte del país, y su remuneración dependía del número de sujetos investigados que no pagaban sus impuestos.

En concreto, había obtenido por esta actividad unos ingresos anuales de aproximadamente 70.000 euros. Además, disfrutaba de una pensión estatal de unos 500 euros y una pensión privada de unos 800 euros.

En este supuesto, el Tribunal Federal entendió que no era un cuasitrabajador: la mencionada sentencia señala que una persona no tiene la misma necesidad de protección social que un trabajador si puede ganar tanto dinero con su actividad y, además, tiene otras fuentes importantes de ingresos, como son las pensiones privadas y estatales.

2. El segundo de ellos fue resuelto por el LAG Berlin, en sentencia de 6 de mayo de 203.

En esta ocasión se trataba de una señora que realizó la sustitución de un Agente de “Call-Center” con un contrato de “trabajo libre” por dos meses. Durante este tiempo, la señora solo trabajó para el “Call-Center”, en el puesto del Agente y sometida a un control de presencia.

Pues bien, en este caso el tribunal resolvió que se cumplían los requisitos para considerar que se trataba de un cuasitrabajador, atendiendo a los hechos de que la señora era económicamente dependiente del Call Center, y a que su situación necesitaba la misma protección social que un trabajador. El Tribunal consideró que concurría el doble requisito de dependencia personal y social, puesto que su situación no era comparable a la de un trabajador que realiza un trabajo similar pero de manera libre, realizando su prestación en casa, en el momento y de la manera que le parece oportuno.

3. El tercer caso que vamos a comentar fue resuelto por el Tribunal Federal en sentencia del 15 de noviembre de 2005,

El demandante había trabajado como vigilante de noche en una clínica privada. En el acuerdo que firmaron para concertar la prestación de servicios las partes hicieron constar que no se trataba de un contrato de trabajo.

El sueldo pactado era de 70 euros por noche y, además, la empresa se comprometía a pagar las cuotas de la seguridad social del demandante. El horario durante el cual tenía que realizar la vigilancia era de 19.30 de la tarde a 7.30 de la mañana siguiente. En general, las demás personas que realizaban estas funciones eran estudiantes de medicina o bien profesionales no facultativos. La planificación del trabajo, indicando cuándo trabajaba cada uno de los vi-

gilantes, era hecha por ellos mismos. En concreto, el demandante trabajó, por regla general, los fines de semana. Durante el año 2002 había trabajado entre 11 y 18 veces por mes, sumando un total de horas al mes entre 120 y 216.

En este caso, el tribunal consideró que se trataba de un supuesto de cuasitrabajador. La decisión se basó en la concurrencia de diversos elementos: por una parte, se trataba de una persona económicamente dependiente, ya que era su única fuente de ingresos; con tantos días al mes trabajando tantas horas de forma continuada no es posible trabajar para otro empresario. Además, se tuvo en cuenta que el vigilante no realizó su trabajo como podría hacerlo una empresa, sino como un trabajador.

Y, para completar el tipo, concurría también el requisito de la necesidad de protección social como un trabajador, ya que el sueldo de 71.60 euros por noche que percibía no permite que un sujeto sea independiente.

4. PROTECCIÓN DEL CUASITRAabajADOR

Como hemos dicho en el ordenamiento laboral alemán los cuasitabajadores (*Arbeitnehmerähnliche person*), como tipo especial dentro de los trabajadores autónomos, tienen reconocidos algunos de los derechos que la normativa laboral otorga a los trabajadores por cuenta ajena.

Hay que destacar que no se trata de una asimilación plena a los trabajadores subordinados, y por tanto no se les aplica en general el derecho del trabajo²⁵. Esto tiene como consecuencia, por ejemplo, que no estén dentro del ámbito de aplicación del *Kündigungsschutzgesetz* (ley de protección contra el despido). Es decir, que el casi-trabajador no tiene protección especial en este sentido, de manera que el empresario puede extinguir su contrato de arrendamiento de obra o servicios en los términos pactados en el propio contrato, siendo de aplicación la normativa general del Código Civil. Esta es una diferencia muy importante con el régimen jurídico establecido para los TRADE en España, ya que la ley 20/2007 (en adelante LETA) contiene una regulación específica de las causas de extinción del contrato del TRADE que, en lo referente a la extinción unilateral del contrato, rompe la pauta general de los arrendamientos de servicios y figuras afines, estableciendo regímenes jurídicos diferenciados en función de si la extinción unilateral se produce a iniciativa del cliente o del TRADE. Para el caso de que la extinción se produzca a iniciativa del cliente (lo que podríamos llamar “despido” del TRADE), la LETA exige que concurra una “causa justificada”, aunque guarda silencio sobre lo que ha de entenderse por tal (salvo en su art. 16.3 en que se refiere a un supuesto puntual). Si no

²⁵ BAG 8. 5. 2007 AP BGB § 611 Arbeitnehmerähnlichkeit Nr. 15

existe tal causa, la LETA establece que el TRADE tendrá derecho a indemnización por daños y perjuicios²⁶. Nada de esto está previsto en el ordenamiento alemán, donde el cuasitrabajador tiene a estos efectos la misma protección que el resto de los autónomos.

Lo que ocurre es que algunas normas de las que forman el Derecho del Trabajo alemán (recordemos que no hay Código Laboral) los incluyen dentro de su ámbito de aplicación. Pero su protección general, al no ser trabajadores, es la establecida en el Derecho Civil para los contratos de obra o servicio, que es el que tienen suscrito con su empresario.

4.1. Forma del contrato

En cuanto a la forma de su contrato, a diferencia de la atención que le dedica nuestra ley 20/2007 para el caso del TRADE²⁷, en Alemania no se exige ningún requisito especial. Los contratos entre los empresarios y los casi-trabajadores son en general contratos estándar que se utilizan muchas veces. Por este motivo les son de aplicación las normas sobre cláusulas estándar, que están recogidas en los §§ 305 ss del Código Civil.²⁸ Según § 307 BGB las cláusulas estándar tienen que ser razonables y adecuadas. Si no es así, la cláusula se considera inválida. Salvo esta precisión, en lo demás se aplica la normativa general del tipo de contrato, es decir, o bien un contrato de arrendamiento de servicios (§§ 611 ss BGB), o bien un contrato de arrendamiento de obra (§§ 631 ss BGB).

4.2. Derechos colectivos

Es uno de los temas en los que la legislación alemana tiene en cuenta a los cuasitrabajadores. De hecho, esto es así desde hace varias décadas, lo que determina ese carácter pionero del Derecho alemán en la protección de este tipo de trabajadores: la primera referencia legal a estos sujetos fue efectuada en el año 1974 por el § 12 a de la TVG, ley de convenios colectivos, que señala que sus preceptos son también de aplicación a los *Arbeitnehmerähnliche Personen*.

En virtud de esta previsión, los cuasitrabajadores tienen el derecho de afiliación a los sindicatos. También tienen derecho a la negociación colectiva, de forma tal que los sindicatos que cuenten con este tipo de afiliados pueden

²⁶ Sobre la protección del TRADE ante la extinción del contrato, vid. Alvarez del Cuvillo, A., op. cit., p.250 y ss; Rubio de Medina, M.D., *El Estatuto del Trabajador Autónomo y su Reglamento*, Bosch, 2009, pp. 74 y ss. De la misma autora, “Los TRADE (trabajadores autónomos dependientes)”, *NJBosch*, febrero 2008, p. 5 y ss.

²⁷ Vid. Alvarez del Cuvillo, A., op. cit., p. 281 y ss; Rubio de Medina, M.D., *El Estatuto del Trabajador Autónomo...*, op.cit. pp. 57 y ss. De la misma autora, “Los TRADE (trabajadores autónomos dependientes)”, op.cit., p. 3.

²⁸ Erfurter Kommentar, § 611 Rn. 113.

negociar convenios colectivos en los que se regulen las condiciones del trabajo para los casi-trabajadores. Para ello, tienen que cumplirse los requisitos exigidos con carácter general para la negociación colectiva²⁹.

No son los únicos derechos colectivos de los que disfrutaban, ya que también tienen un derecho a la huelga con las limitaciones generales.³⁰

A pesar de llevar tanto tiempo implementado, lo cierto es que la aplicación práctica de este derecho a la negociación colectiva no ha tenido demasiados frutos. Como convenios más significativos, podemos mencionar los convenios colectivos para los colaboradores de la radio y la televisión públicas, así como algunos convenios colectivos de empresa que protegen el teletrabajo. En ellos se regulan no solo las condiciones de trabajo, sino también algunos derechos sindicales, como los derechos de información en la empresa.

4.3. Jurisdicción

En materia de jurisdicción también existe una remisión a la normativa laboral. Según § 5 II *Arbeitsgerichtsgesetz* (ley sobre la jurisdicción laboral) la jurisdicción social es la competente para conocer de los conflictos jurídicos entre casi-trabajador y empresario, en relación con su contrato por obra o servicio. En esto el ordenamiento alemán sigue la misma pauta del italiano, y ambos coinciden con la solución adoptada en España por la LETA.

4.4. Vacaciones

Las vacaciones de los cuasitabajadores también tienen una regulación de carácter laboral. Según § 2 *Bundesurlaubsgesetz* (Ley federal sobre vacaciones) los casi-trabajadores tienen un derecho a disfrutar de vacaciones retribuidas en las mismas condiciones que los trabajadores. Comparándolo con la situación del TRADE en España, nuestra LETA ha sido menos generosa que la ley alemana, puesto que en nuestro país los TRADE tienen derecho a un periodo de descanso anual de 18 días hábiles, pero no son retribuidos por el cliente³¹.

4.5. Permisos

Los cuasitabajadores tienen el mismo derecho a obtener permisos para su formación profesional en los mismos términos que los trabajadores subordinados. Así lo establece el § 2 *Aus- und Weiterbildungsgesetz* NRW. En esto el ordenamiento alemán es mucho más parco que la regulación efectuada en el

²⁹ Erfurter Kommentar, § 12a TVG Rn. 10.

³⁰ Erfurter Kommentar, § 12a TVG Rn. 10.

³¹ Alvarez del Cuvillo, A. , op. Cit. P. 268.

TRADE, que recoge un amplio abanico de supuestos en los que el TRADE tiene derecho a la “interrupción justificada de la prestación”, que presenta muchas similitudes con el previsto para los trabajadores subordinados³².

4.6. Prevención de riesgos laborales

También en materia de prevención se produce la asimilación con los trabajadores por cuenta ajena. El § 2 II Nr. 3 del *Arbeitsschutzgesetz* (ley sobre la seguridad del trabajo) establece que los cuasi-trabajadores serán tratados como trabajadores en lo que respecta a esta ley. Se trata de una ley que regula las medidas de prevención y seguridad que los empresarios deben aplicar en sus centros de trabajo.

4.7. Seguridad Social

En cuanto a la protección otorgada por el Derecho Social, que como hemos dicho en Alemania está estrictamente separado del Derecho del Trabajo, hay señalar que el § 2 Nr. 9 del Código Social VI (SGB) establece que los cuasitrabajadores tienen obligación de contribuir al seguro de pensiones, siempre que se cumplan dos requisitos:

- a) que no ocupen regularmente trabajadores y
- b) que operen de forma permanente y de manera esencial solo para un empresario.

La contribución del cuasitrabajador al seguro de pensiones debe ser proporcional a sus ingresos, sin que haya diferencias con los trabajadores por cuenta ajena. Esta asimilación se justifica por el hecho de que si cumplen los dos requisitos mencionados, estos sujetos merecen la misma protección que los trabajadores subordinados.

Sin embargo, la participación en la seguridad social se limita a este único aspecto, es decir, al seguro de pensiones. En el resto de la cobertura de seguridad social los casi-trabajadores no participan.

La regla general es que solo los trabajadores dependientes están obligatoriamente incluidos en el sistema de seguridad social, y que las personas que trabajan de manera autónoma son libres en su aseguramiento. Ya que los trabajadores económicamente dependientes son personas que trabajan de forma autónoma y la ley no introduce expresamente la asimilación, no existe una protección especial para ellos³³.

³² Alvarez del Cuervo, A. op. Cit. P. 262 y ss.

³³ Sobre la protección social de los cuasitrabajadores en Alemania, vid. Martínez Girón, J y Arufe Varela, A, “Los contrastes, entre España y Alemania, de la protección de Seguridad Social de los trabajadores autónomos económicamente dependientes”, *AL*, nº 6/2009.

5. CONCLUSIONES

El ordenamiento jurídico alemán fue uno de los pioneros en Europa en regular la figura de los trabajadores que, siendo independientes organizativamente del empresario, se encuentran en una situación de dependencia económica. Por ello ha sido uno de los modelos que, junto al italiano, tuvo presente el legislador español al regular el concepto y régimen jurídico del TRADE dentro del Estatuto del Trabajo Autónomo.

El Derecho alemán es básicamente binario, de manera que solo reconoce dos grandes categorías de trabajadores, el subordinado (al que se le aplican las leyes laborales) y el autónomo, regulado por las reglas civiles y mercantiles. A pesar de ello, determinadas normas laborales extienden su aplicación a los llamados “cuasitrabajadores”, otorgándoles una protección especial.

No existe una definición legal uniforme del cuasitrabajador, por lo que ha sido la jurisprudencia la encargada de delimitar sus perfiles. Básicamente, se trata de sujetos que tienen un contrato de servicio o de obra y que, aunque no tienen dependencia personal del empresario, sí que tienen una dependencia económica por estar ocupados principalmente por una empresa o grupo de empresas, o por recibir de una sola empresa o grupo de empresas más de la mitad de los ingresos de su actividad profesional. Además, tienen una necesidad de protección social que es similar a la requerida por un trabajador por cuenta ajena, realizan su actividad de manera personal y no cuentan con la colaboración de trabajadores subordinados.

Pues bien, a estos sujetos, pese a que no se les asimila a los trabajadores, se les extiende la aplicación de algunas normas laborales. De esta manera, tienen derecho a afiliarse a sindicatos, a la negociación colectiva y a la huelga; la jurisdicción competente para la resolución de sus conflictos de trabajo con el cliente es la laboral, tienen derecho a vacaciones retribuidas y permiso para la formación, las obligaciones del empresario en materia de prevención de riesgos laborales también se extienden a ellos y tienen cierta protección en materia de Seguridad Social.

Aunque, como hemos dicho, fue una regulación pionera que por ello tuvo influencia en la regulación española, no ha ido avanzando a lo largo del tiempo, ni ha desembocado en una sistematización de la figura. Por otra parte, la doctrina alemana no le ha prestado toda la atención que debiera a la situación de este colectivo, quizás por su escasa incidencia práctica ya que el trabajo autónomo representa en Alemania solo el 11% del total, muy por debajo tanto de España como de la media europea.

Sin embargo, su crecimiento constante quizás lleve a un replanteamiento de la situación y un avance en la protección de este grupo de trabajadores.

Mercado de Trabajo

A VUELTAS CON LA PRODUCTIVIDAD INFORME DE COYUNTURA SOBRE EL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA Y ANDALUCÍA (SEGUNDO TRIMESTRE DE 2011*)

SANTOS M. RUESGA BENITO
Catedrático de Economía Aplicada
Universidad Autónoma de Madrid

JOSÉ LUIS MARTÍN NAVARRO
Catedrático E.U. de Economía Aplicada
Universidad de Sevilla

LAURA PÉREZ ORTIZ
Profesora asociada de Economía Aplicada
Universidad Autónoma de Madrid

EXTRACTO

Palabras Clave: Informe económico, productividad

En los últimos trimestres, el crecimiento económico de la economía española se está ralentizando. Las razones de esta evolución son múltiples y complejas, pero una de las más evidentes es el efecto de las decisiones de política económica del gobierno tomadas en mayo de 2010. El crecimiento económico es necesario para crear empleo que constituye uno de los principales objetivos de la economía española. En el presente artículo se lleva a cabo un análisis de la evolución del mercado de trabajo en España y Andalucía en el segundo trimestre de 2011. Siguiendo una estructura tradicional, primero se presenta la oferta de trabajo, luego la demanda y finalmente la evolución del desempleo. Hay un último epígrafe dedicado a exponer temas de condiciones de trabajo relacionados con los salarios y los costes laborales. Esta misma estructura se aplica al análisis del mercado de trabajo en Andalucía.

ABSTRACT

Key Words: Economic Report, productivity

Economic growth in Spain in the last terms is getting more and more slowly. The reasons for this evolution are many and complex, but one of the most evident is the change in economic policy of the Government that took place in May 2010. Economic growth is necessary to create employment and this is the most important goals of the Spanish economy at the moment. This paper presents an analysis of the evolution of the Spanish and the Andalusian labour market in the second quarter of 2011. According to the traditional structure, first we analyse the supply side of labour market, then we turn to the labour demand and finally we study the evolution of unemployment. A final section is devoted to the labour conditions related to wages and labour costs. We follow the same structure to analyse the labour market in Andalusia.

* El informe ha de considerarse cerrado con los datos disponibles a 31 de julio de 2011.

ÍNDICE

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL
2. LA OFERTA DE TRABAJO
3. LA DEMANDA DE TRABAJO
4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO
5. CONDICIONES DE TRABAJO
6. EL MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

1. LA ECONOMÍA ESPAÑOLA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

El ritmo de crecimiento de la economía española no termina de despegar. Los efectos del cambio en la política económica del gobierno se están observando ahora, un año después. El recorte de gasto que supuso el decreto del 20 de mayo de 2010, claramente palpable en la inflexión en la evolución del PIB interanual en el segundo trimestre de ese año, está provocando una merma de la capacidad de la economía española para recuperar niveles de crecimiento que serían necesarios, entre otras cosas, para crear empleo.

Las cifras se reflejan no sólo en la evolución de la inversión, que se sigue reduciendo trimestre tras trimestre, sino en el consumo: desde el aumento que en ese segundo trimestre de 2010 se recogió en las cuentas nacionales, la desaceleración ha sido la pauta, hasta una nueva recaída un año después, en este segundo trimestre de 2011.

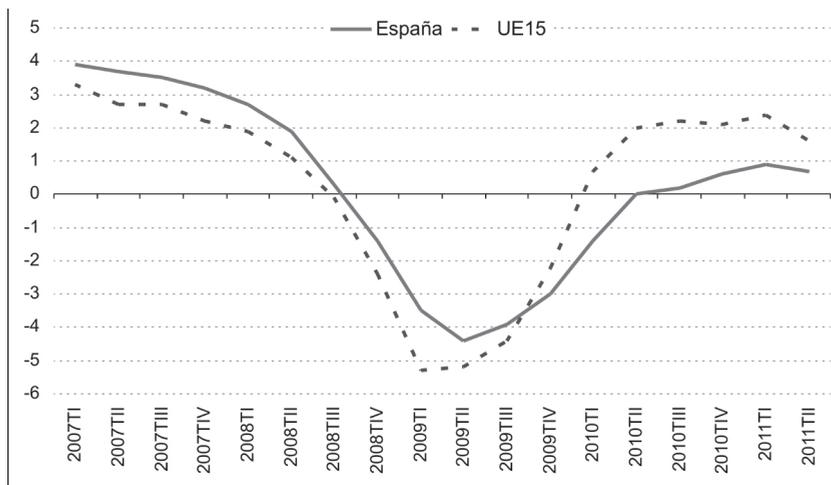
Cuadro macroeconómico, por el lado de la demanda y de la oferta, tasas de variación interanual

		1T-2010	2T-2010	3T-2010	4T-2010	1T-2011	2T-2011
DEMANDA	Gasto en consumo final	-0,5	1,5	0,9	0,9	1,2	-0,4
	Formación bruta de capital fijo	-10,5	-6,7	-6,7	-6,1	-6,0	-6,7
	Exportaciones	9,4	11,9	9,4	10,5	12,1	8,4
	Importaciones	2,0	9,6	5,0	5,3	6,3	-1,7
	PIBpm	-1,4	0,0	0,2	0,6	0,9	0,7
OFERTA	Agricultura, ganadería y pesca	-1,2	-2,1	-2,2	0,3	0,2	-0,1
	Energía	0,1	0,6	4,6	6,6	3,4	0,9
	Industria	-2,0	2,5	1,7	1,4	4,1	3,2
	Construcción	-6,4	-6,5	-6,6	-5,8	-5,4	-4,1
	Servicios	-0,6	0,4	0,8	1,1	1,3	1,2
	Impuestos netos sobre productos	-1,0	1,7	0,8	1,0	-0,4	-1,1

Fuente: Elaboración propia a partir de *Contabilidad Nacional Trimestral de España*, INE.

Si no hay inversión y no hay consumo (ni de productos nacionales ni de los importados), la partida de las exportaciones es la que está sosteniendo la actividad económica: en este último año la evolución de las exportaciones ha sido más favorable que la de las importaciones, de ahí que se haya recortado el enorme déficit con el exterior. Pero en este segundo trimestre de 2011, al compás del estancamiento en la recuperación de las principales economías europeas, los principales destinatarios de nuestras exportaciones, se observa un nuevo freno al crecimiento de estas ventas al exterior.

Evolución del PIB en España y la Unión Europea-15, tasas de variación interanual



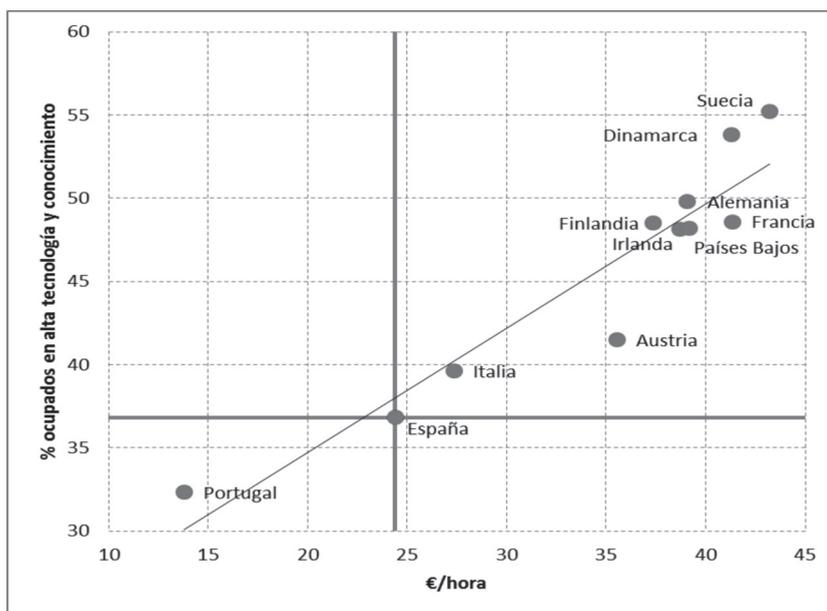
Fuente: Elaboración propia a partir de National Accounts, Eurostat y Contabilidad Nacional Trimestral de España, INE.

Por el lado de la oferta, la economía basada en la construcción y los servicios no parece que pueda recuperarse: la construcción sigue detrayendo su aportación al PIB (y con el recorte de gasto público, previsiblemente seguirá en esta dirección) y los servicios (especialmente el turismo) no son capaces de impulsar lo suficiente a la economía. La industria disminuye su crecimiento al tiempo que se reduce también el de las exportaciones. Y en este contexto, por tanto, la recaudación de impuestos es menor que hace un año.

Para ser competitivos hay que producir más cantidad con menos esfuerzo, ya sea de capital o de trabajo. Tradicionalmente, la productividad se mide en términos laborales, ya sea por empleado o por hora de trabajo. Si hacemos una comparación de la productividad/hora (es decir, cuántos euros se logran por cada hora de trabajo) y lo comparamos con el porcentaje de trabajadores ocupados en las ramas de alta y media alta tecnología en el sector manufacturero y en las ramas intensivas en el uso de conocimiento en el sector servicios, la

relación es clara. Cuanto mayor es el porcentaje de ocupados en este tipo de sectores, mayor es la productividad por hora.

Productividad por hora y ocupados en sectores industriales de alta y media-alta tecnología y sectores de servicios intensivos en conocimiento, países de la Unión Europea de los 15



Fuente: Elaboración propia a partir de National Accounts y Science, technology and innovation Database, Eurostat.

En aquellos países donde hay un mayor peso de trabajadores en sectores productivos de este tipo, el resultado, claramente, refleja unos mayores niveles de productividad. Existirán otras fórmulas para alcanzar mejoras en la productividad y competitividad de la economía, pero sin aumentar el peso de sectores que aporten mayor valor añadido, será difícil. La estructura productiva de España no debería seguir basándose sobre todo en las ramas intensivas en factor trabajo, que efectivamente recuperan o crean empleo más rápidamente que el resto, pero ni aportan un elevado valor añadido (puesto que la productividad es menor) ni son capaces de crear empleo estable y de calidad, pues al igual que crece rápidamente el empleo en estas ramas cuando la coyuntura es favorable, al cambiar las tornas, también lo destruyen más rápidamente que el resto de sectores.

Las políticas que pueden favorecer una reconstrucción de la economía estarán encaminadas a estimular la actividad económica en sectores más productivos. Sin embargo, recortar el déficit público a través de la reducción del gasto público no favorece ni la recuperación económica ni la creación de empleo.

Simplemente, ajusta las cuentas del Estado a los límites establecidos en los pactos europeos.

Pero si los pactos viran hacia unas exigencias de política económica que no son competencia comunitaria, sino de los Estados Miembros (aunque se pretenda una mayor coordinación de las mismas) y que no pueden resultar igual de efectivas en economías con ritmos tan diversos, la recuperación seguirá aún lejana. Los compromisos adquiridos por España en el Pacto por el Euro Plus, adoptado por los países de la Unión Económica y Monetaria y algunos miembros de la UE-27 (aprobado en marzo, en el marco de la nueva gobernanza económica de la UE), no tratan de mejorar la actividad económica en una senda de mejora de la productividad y competitividad, sino de afianzar las reglas de cumplimiento de los compromisos fiscales.

Hasta el momento, ninguno de los compromisos adquiridos ha permitido reforzar la competitividad española y mejorar la situación económica (véase el Programa Nacional de Reformas 2011¹), y la anunciada reforma de la Constitución Española, con la introducción de un artículo que comprometa la estabilidad presupuestaria con la incorporación de una regla de gasto, tampoco camina en la dirección que nuestra economía requiere.

Esto se plasma en las revisiones que los organismos internacionales (más allá de las agencias de calificación y el comportamiento de los mercados financieros) están realizando sobre las previsiones de crecimiento: el deseo, más que la perspectiva, de que el PIB real crezca en 2011 al 1,3 por ciento, tal y como señalaba el gobierno en el citado PNR, ha sido rebajado hasta el 0,8 por ciento (Comisión Europea, Fondo Monetario Internacional y OCDE) y, previsiblemente, en los avances de otoño se rebaje de nuevo.

Con este panorama, si no se hace política económica orientada a la recuperación de la actividad y el empleo, a estimular la demanda, en definitiva, difícilmente se podrán cumplir los objetivos de estabilidad presupuestaria: sin crecimiento no habrá reducción de gastos que compense las disminuciones de ingresos.

2. LA OFERTA DE TRABAJO

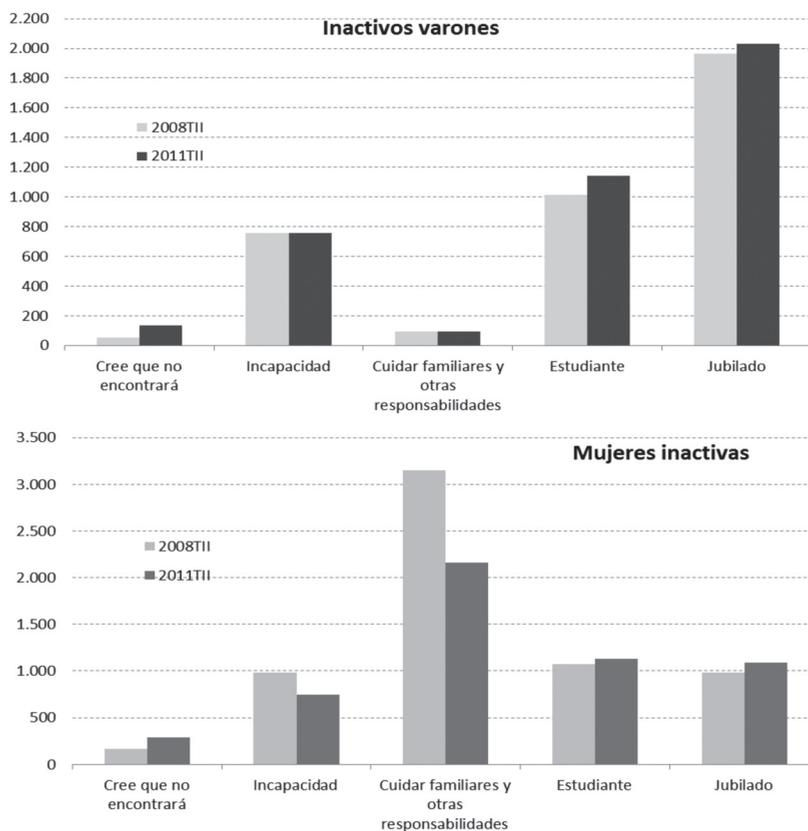
En el mercado laboral, la población activa continúa prácticamente estancada: desde que se iniciara el periodo recesivo, en el otoño de 2008, el crecimiento interanual del número de activos ha ido reduciéndose desde el 3 por ciento hasta prácticamente desaparecer, con apenas un aumento del 0,1 en este segundo trimestre de 2011 respecto al mismo periodo de hace un año.

¹ Disponible en la página del Ministerio de Trabajo e Inmigración, (http://www.mtin.es/es/sec_trabajo/debes_saber/pnr/programanacionalreformas2011espana.pdf).

La diferencia por géneros sigue siendo acusada, pues aquí el sentido es el opuesto: mientras la población activa femenina crece un 2,1 por ciento, los activos masculinos se reducen en un 1,5 por ciento, respecto al año anterior. En la comparación trimestral, hay 93.900 mujeres más dispuestas a trabajar; en cambio, hay 19.000 hombres menos en esa situación.

Son los más jóvenes (los menores de 25 años) y los de más edad (los mayores de 55) los que presentan un mayor dinamismo respecto al segundo trimestre del año 2010: la caída de los jóvenes activos es del 7,2 por ciento, mientras entre los mayores de 55 años, el aumento es del 4,4 por ciento. Trimestre tras trimestre parece confirmarse que en esta etapa recesiva está primando el efecto desánimo entre los jóvenes y pesa más el efecto del trabajador adicional, sobre todo en el caso de las mujeres de mayor edad.

Evolución del número de inactivos según género y motivo de no buscar empleo, 2T-2008-2T-2011 (miles de personas)

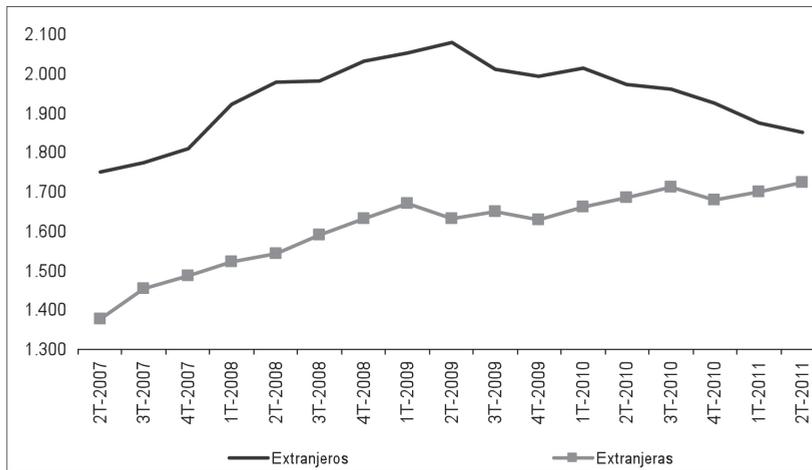


Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Encuesta de Población Activa, INE.

Esto se puede comprobar con la evolución de la inactividad según la causa principal de la misma. En el caso de los varones, estar cursando estudios es el motivo alegado que más ha aumentado desde el segundo trimestre de 2008 (un 12,8 por ciento, lo que supone 130.000 personas más dedicadas en exclusiva a los estudios, concentrados, en su mayoría entre los menores de 25 años). En el caso de las féminas, no es el colectivo estudiantil el que más ha aumentado, pero también ha crecido un 5,5 por ciento en el periodo.

A ello hay que añadir también la salida del colectivo de inmigrantes, ante la falta de dinamismo de la economía española, buscando empleo en otros países o volviendo a su lugar de origen: la caída de la construcción ha hecho que el total de hombres activos de nacionalidad extranjera se haya reducido en un 6,5 por ciento desde el segundo trimestre de 2008. Sólo en el último año, este grupo se ha reducido un 6,1 por ciento, frente a la caída del 0,7 por ciento en el mismo periodo entre los hombres activos nacionales.

Evolución del número de activos extranjeros según género, 2007-2011 (miles de personas)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Encuesta de Población Activa, INE.

Son las mujeres, en general, las que se incorporan al mercado de trabajo ante la pérdida de empleo de los varones del hogar: ha disminuido un 31,6 por ciento el número de mujeres que no buscaban un empleo por estar al cuidado de familiares dependientes (niños y mayores) o ejercer otras responsabilidades familiares, lo que supone una incorporación de casi un millón de mujeres (996.100) al mercado laboral.

Así, el dinamismo de la población activa femenina es lo que mantiene en valores positivos la evolución total de la oferta de trabajo: hay 211.300 muje-

res más en activo que hace un año, de las cuales, más del 80 por ciento son de nacionalidad española.

Esto sitúa las tasas de actividad de las mujeres en el 53,14 por ciento, creciendo a un menor ritmo, pero siempre creciendo. Mientras la tasa de actividad de los hombres se mantiene en el 67,4 por ciento, al igual que el trimestre anterior, y casi un punto por debajo de la que se recogía hace un año. La tasa de actividad conjunta, en el 60,1 por ciento, apenas se ha modificado durante el último año.

3. LA DEMANDA DE TRABAJO

A pesar de que el segundo trimestre del año suele ser un trimestre de creación de puestos de trabajo, la debilidad de la actividad económica no consigue generar empleo. El número de ocupados ha aumentado en apenas 151.300 respecto al primer trimestre del año, pero supone una reducción del 0,9 por ciento en términos anuales.

La mayor generación de empleo se concentra en el sector hostelero, por un cúmulo de circunstancias que van más allá de los datos meramente estacionales, pues la convulsa situación que se vivió en Egipto, Libia y otros países del norte de África, destinos turísticos tradicionales, permitió que aumentara la llegada de turistas al territorio español. En el sector de la hostelería hay 120.100 ocupados más que a comienzos de año, lo que supone además un incremento del 2,6 por ciento en la comparación con el año anterior.

En las ramas donde, por el contrario, se han destruido puestos de trabajo respecto al primer trimestre de 2011, destacan la agricultura (con una caída del 5,4 por ciento, lo que equivale a 42.000 trabajadores menos), de nuevo la construcción (con una reducción del número de ocupados del 4,3 por ciento, es decir, de 63.800 trabajadores) y el transporte y almacenamiento (que recoge una disminución del 2,7 por ciento, 24.300 ocupados menos).

En definitiva, los ocupados en sectores industriales de alta y media alta tecnología, así como en las ramas de servicios intensivos en conocimiento², siguen aumentando, lentamente, eso sí: en un año, ha crecido su número en un 1,4 por ciento, mientras se reduce el de ocupados en el resto de ramas en un 2,4 por ciento. En una perspectiva más amplia, desde el segundo trimestre de 2008 se han destruido 2.245.400 puestos de trabajo entre las ramas de menor uso tecnológico y del conocimiento, y se han creado 123.300 empleos de alta y media tecnología.

² Esta clasificación de las ramas económicas según el uso tecnológico y del conocimiento, donde se incluye tanto la industria como los servicios, se puede encontrar en Eurostat (http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_SDDS/Annexes/htec_esms_an3.pdf).

Estos datos parecen apuntar hacia la necesidad de intensificar las actividades en aquellas ramas que usan de forma más intensiva la tecnología y el conocimiento, pues parece demostrarse que son las que tienen capacidad de creación de empleo y sufren de manera menos acusada los embates de las crisis económicas.

Considerando las diferencias por género, el número de ocupados varones aumenta en apenas 7.800 en el último trimestre, aunque en términos interanuales hay 267.100 ocupados menos, en buena medida, asociado una vez más a la destrucción de empleo en el sector de la construcción, ya que en el último año hay 227.300 hombres ocupados menos sólo en este sector.

En el caso de las mujeres, el aumento es mayor respecto al primer trimestre del año (con 143.500 más), gracias sobre todo, al aumento de mujeres ocupadas en la hostelería y el comercio. En el último año, el crecimiento es del 1,1 por ciento, lo que equivale a 93.300 mujeres ocupadas más, debido en buena medida al aumento de puestos de trabajo en las mismas ramas, además del de actividades sanitarias.

La evolución por grupos de edad nos muestra que son los más jóvenes (menores de 25 años) los que menos oportunidades están teniendo de acceder al mercado de trabajo: es el único grupo que pierde ocupados frente al trimestre anterior (un 0,7 por ciento), todos ellos, varones. Los jóvenes que han perdido el puesto de trabajo en este trimestre proceden de la industria manufacturera (7.600), de la construcción (7.500) y de la agricultura (7.000), básicamente, aunque aumenta el número de jóvenes en el sector de la hostelería (en 9.700).

Sí aumenta, en cambio, el número de mujeres jóvenes, aunque sólo 3.900, básicamente gracias al aumento de las jóvenes ocupadas en la rama de comercio (13.100 más) y la hostelería (11.500), aunque cae el número de ocupadas como empleadas de hogar (en 8.300) en este tramo de edad.

Las ocupadas mayores de 50 años son las únicas que han aumentado en número desde el segundo trimestre de 2008, pues hay casi 300.000 más, debido esencialmente al aumento de mujeres ocupadas de estas edades en las actividades sanitarias, en la Administración Pública y en el sector educativo.

Número de ocupados según sexo y grupos de edad, por ramas de actividad, 2º trimestre de 2011, miles de personas

	Menores de 25 años			25-50 años			Mayores de 50 años		
	2T-2011	Dif. trim.	Dif. anual	2T-2011	Dif. trim.	Dif. anual	2T-2011	Dif. trim.	Dif. anual
HOMBRES									
A. Agricultura	31,9	-7,0	-7,1	349,2	-19,7	-9,0	163,8	-6,9	-18,1
B. Ind. extractiva	1,1	0,9	0,0	29,3	-0,2	-4,0	9,2	-0,8	1,7
C. Ind. manufacturera	76,9	-7,6	-18,9	1.227,7	18,0	-11,1	443,3	15,7	5,5
D. Energía eléctrica	2,8	0,0	-0,2	42,2	3,0	1,7	21,1	0,6	0,2
E. Actividades gestión residuos	2,4	-1,5	-2,6	73,6	6,1	6,0	31,5	0,2	5,3
F. Construcción	67,0	-7,5	-38,0	987,1	-32,8	-134,9	275,5	-9,7	-54,4
G. Comercio	107,3	-3,6	-5,7	986,1	-12,5	-18,7	365,8	3,1	23,8
H. Transporte	18,4	1,8	-13,5	499,3	-22,7	-16,6	193,0	-6,4	0,1
I. Hostelería	64,0	9,7	-7,6	433,7	24,7	-2,1	151,6	26,0	15,0
J. Información y comunicación	23,0	3,3	5,5	287,8	9,8	1,4	40,1	2,4	0,6
K. Act. financieras y seguros	3,0	0,3	-4,9	169,4	-7,3	-14,0	68,1	4,5	-2,1
L. Act. inmobiliarias	0,3	-0,6	-0,3	27,3	-0,8	-1,3	18,0	-0,4	3,3
M. Act. prof., científ. y técnicas	11,0	0,8	-4,8	317,4	2,5	-13,3	95,1	-3,1	-0,3
N. Act. administrativas	25,4	1,4	-1,4	291,4	13,0	19,4	78,3	-14,0	-4,7
O. Admón. Pública y defensa	33,2	-5,7	-5,8	538,4	8,8	7,7	260,2	-8,6	23,5
P. Educación	12,6	-1,8	-5,1	256,1	-2,3	3,9	141,4	0,2	0,0
Q. Act. sanitarias y serv. sociales	10,7	3,4	-5,0	187,2	1,3	2,8	117,4	7,7	6,2
R. Act. Artísticas y entretenimiento	21,2	0,8	0,4	129,7	12,0	4,0	47,3	-3,3	7,9
S. Otros servicios	8,8	1,6	1,4	87,9	3,3	4,7	36,2	0,5	6,4
T. Activ. Hogares	3,6	-1,0	-2,6	41,3	3,9	6,7	20,4	2,4	-4,9
U. Act. organiz. y org. extraterrit.	0,7	0,7	0,7	2,0	1,2	0,1	0,1	0,1	0,1
TOTAL	525,2	-11,7	-115,6	6.964,3	9,1	-166,8	2.577,3	10,4	15,3
MUJERES									
A. Agricultura	9,5	-2,9	-5,0	117,5	-6,7	-1,8	69,3	1,3	4,1
B. Ind. extractiva	0,0	0,0	0,0	2,5	0,5	1,0	0,6	-0,1	-0,6
C. Ind. manufacturera	23,8	-3,0	-7,6	441,9	0,6	-16,2	110,5	0,3	-5,9
D. Energía eléctrica	1,2	0,3	1,0	12,4	-1,2	-2,2	2,4	0,2	1,1
E. Actividades gestión residuos	0,1	0,0	-0,3	17,9	5,0	5,1	3,4	0,0	0,0
F. Construcción	4,3	-1,6	-1,3	79,5	-10,6	-33,6	16,9	-1,5	-7,2
G. Comercio	139,8	13,1	5,8	1.051,5	18,9	6,0	282,2	2,8	49,1
H. Transporte	6,5	-0,2	-2,5	125,5	1,8	3,4	35,9	1,4	6,7
I. Hostelería	89,4	11,5	1,1	541,8	33,5	24,9	155,1	14,6	4,6
J. Información y comunicación	8,6	-2,1	-6,7	143,8	7,4	21,0	11,8	-3,7	-0,7
K. Act. financieras y seguros	8,5	0,4	0,8	174,2	2,9	-3,7	37,3	3,5	5,6
L. Act. inmobiliarias	2,6	-0,4	1,2	34,8	6,1	7,2	13,8	-1,8	3,3
M. Act. prof., científ. y técnicas	17,8	-0,6	-2,1	333,8	-2,5	-12,3	50,4	-0,6	1,9
N. Act. administrativas	17,4	-5,6	-6,8	363,9	4,8	-0,2	143,0	10,4	25,4
O. Admón. Pública y defensa	11,3	-2,4	-5,7	406,7	6,7	21,4	192,2	7,9	21,3
P. Educación	29,6	1,4	-4,5	540,9	0,3	-11,3	218,4	-2,9	5,1
Q. Act. sanitarias y serv. sociales	58,2	2,2	2,6	716,6	1,4	43,1	323,8	10,1	26,7
R. Act. Artísticas y entretenimiento	14,6	-2,7	-6,9	81,8	-4,9	-11,5	25,0	-3,5	-5,5
S. Otros servicios	27,3	4,6	-2,4	180,8	8,5	-19,1	40,0	1,2	-8,5
T. Activ. Hogares	40,0	-8,3	-9,5	435,8	3,1	-29,9	188,5	25,7	23,4
U. Act. organiz. y org. extraterrit.	0,0	0,0	0,0	1,2	-0,7	0,7	0,6	-0,1	0,6
TOTAL	510,5	3,9	-48,6	5.804,9	74,9	-8,0	1.920,8	64,7	149,9

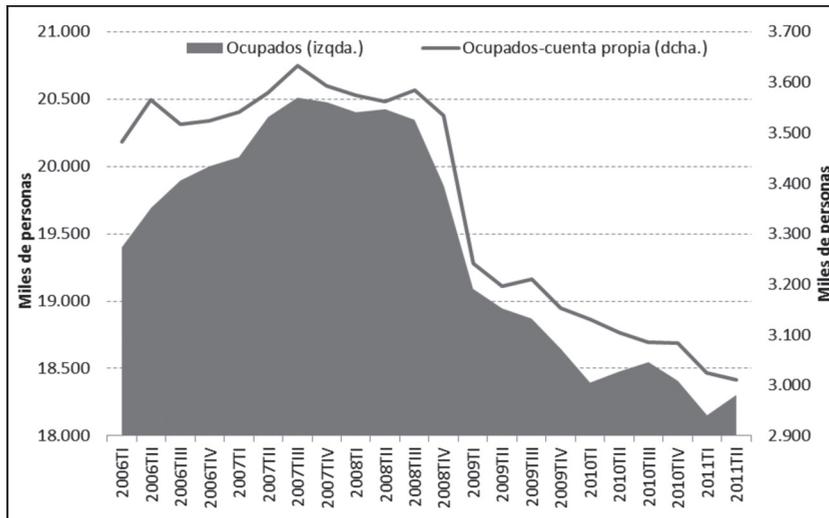
Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa (INE).

En este trimestre, el único colectivo donde se reduce el número de ocupados es entre los hombres extranjeros (hay 18.300 menos que el trimestre anterior y 91.000 menos que hace un año). Donde más ha aumentado la ocupación es entre las mujeres españolas (con 119.600 más que en el primer trimestre de 2011 y 117.100 más que hace un año).

Desde que se iniciara la crisis, el ritmo de destrucción de empleo ha sido superior entre los ocupados por cuenta propia que entre los asalariados. Entre el segundo trimestre de 2008 y el segundo trimestre de 2011, se han perdido 433.600 empleos por cuenta propia, lo que supone una caída del 17,7 por ciento. En el mismo periodo, la reducción del número de asalariados es muy superior en términos absolutos, con una pérdida de 1.560.300 empleos por cuenta ajena, pero en términos relativos, la disminución es del 9,3 por ciento.

Esto hace que la proporción de ocupados por cuenta propia se sitúe en la tasa más baja, el 16,4 por ciento del total de ocupados.

Evolución del número de ocupados y ocupados por cuenta propia



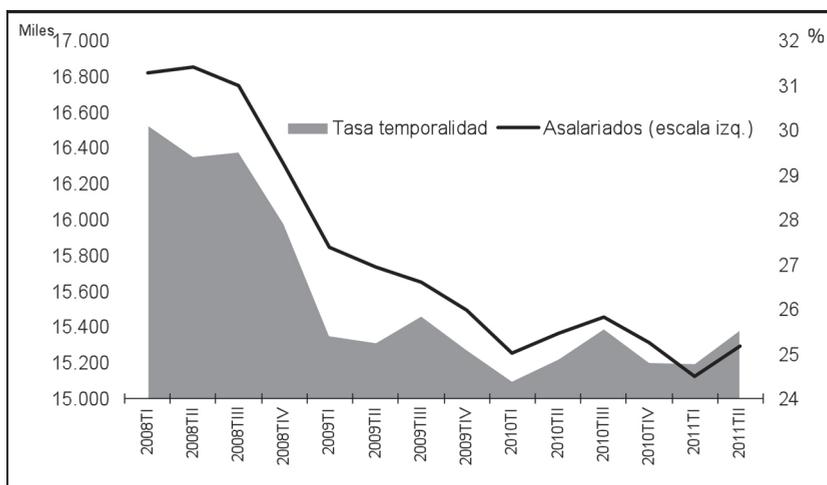
Fuente: Elaboración propia a partir de Encuesta de Población Activa, INE.

Por otra parte, la caída de la tasa de temporalidad estuvo provocada por la disminución del empleo en los primeros trimestres de la crisis: la reducción de casi 5 puntos porcentuales en dos trimestres confirma que la inicial destrucción de empleo se concentró especialmente en estos trabajadores, así como en los ocupados por cuenta propia. Pero también ha sucedido que la ligera creación de empleo en los dos trimestres centrales del año 2010 y el leve aumento recogido en este segundo trimestre de 2011, han venido acompañados de repuntes

en la tasa de temporalidad. El empleo temporal es el que hace del mercado laboral español un mercado extremadamente flexible, con una adaptación de la cantidad de mano de obra al ciclo económico casi inmediata.

Esta elevada flexibilidad externa se produce por la alta concentración de trabajadores ocupados en sectores intensivos en mano de obra y menos intensivos en el uso de tecnología y conocimiento, que requiere de una mayor cualificación y especialización, lo que a su vez hace que sean trabajadores más difícilmente sustituibles. De ahí que las únicas ramas donde ha crecido el empleo en esta etapa recesiva hayan sido las de mayor tecnología y uso del conocimiento. Que además, es donde las tasas de temporalidad son inferiores. Es probable que la flexibilidad utilizada, necesaria para adaptarse a las situaciones económicas cambiantes, haya sido de carácter interno (flexibilidad funcional, salarial o numérica) más que externo en estas ramas.

Evolución del número de asalariados y tasa de temporalidad



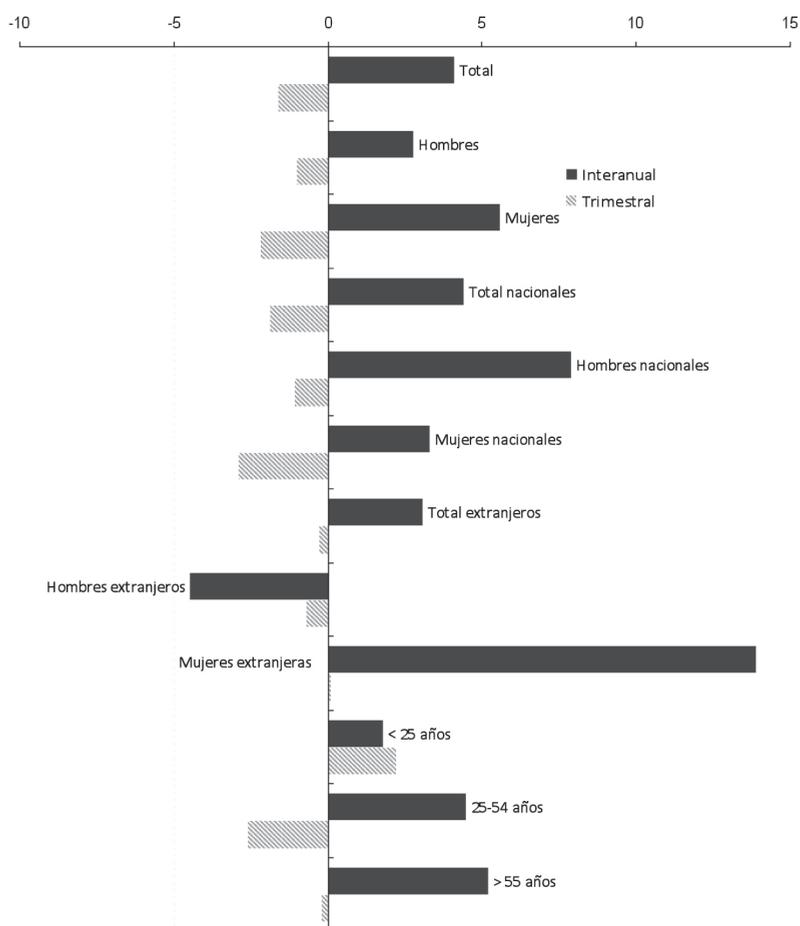
Fuente: Elaboración propia a partir de Encuesta de Población Activa, INE.

Las tasas de ocupación reflejan la paralización del mercado de trabajo, pues la tasa de ocupación de los jóvenes está en el nivel más bajo registrado: tan sólo el 24,3 por ciento de los jóvenes menores de 25 años se encuentra ocupado. Y del 1.035.800 de jóvenes ocupados, sólo el 7,8 por ciento tiene un trabajo por cuenta propia (cuando en términos generales, este porcentaje se alza hasta el 16,4 por ciento de los ocupados). Del resto, de los 953.900 asalariados menores de 25 años, el 60,7 por ciento tiene un contrato de carácter temporal, tasa muy superior a la temporalidad del conjunto de la población, que en este trimestre es del 25,5 por ciento.

4. LA DINÁMICA DEL DESEMPLEO

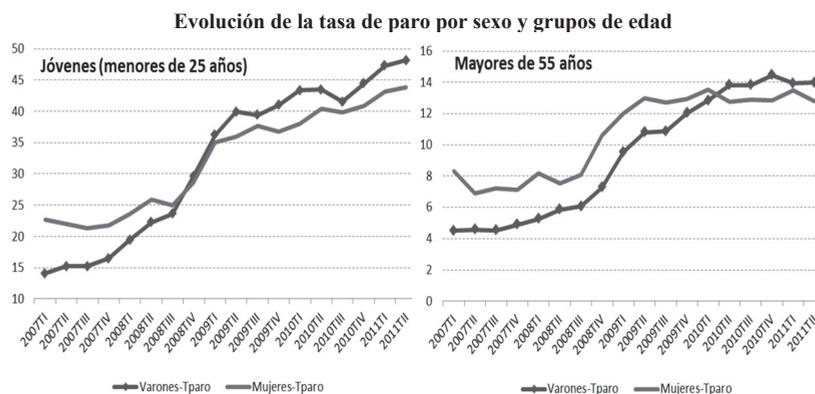
El número de desempleados ha descendido en 76.500 personas respecto al primer trimestre del año 2011, aunque en la comparación anual se observa un incremento de casi 190.000 desempleados. Al hilo de los datos de creación de empleo, la mayor parte de la reducción del desempleo se produce entre las mujeres (con casi 50.000 paradas menos que en el trimestre anterior). En términos interanuales, no obstante, es superior el aumento del número de mujeres desempleadas frente al de los hombres (118.100 frente a 70.100, respectivamente).

Tasas de variación del desempleo por grupos socio-demográficos, 2º trimestre de 2011 (en porcentaje)



Fuente: Elaboración propia a partir de datos de la Encuesta de Población Activa, INE.

Estos datos sitúan a la tasa de paro en el 20,9 por ciento, siendo la masculina del 20,6 por ciento de la población activa y la femenina, del 21,3 por ciento. Cifras que, en el caso de los jóvenes se disparan hasta el 46,1 por ciento



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Encuesta de Población Activa, INE.

Sin embargo, para evitar las distorsiones que provoca la baja actividad entre los jóvenes (en su mayoría, debido a los estudios o por el efecto desánimo), otra forma de medir el desempleo juvenil es relacionando el número de desempleados menores de 25 años con la población total de esa edad, en lugar de con la población activa. En este caso, la ratio de desempleo de los jóvenes respecto al total de la población juvenil se sitúa, en el segundo trimestre de 2011, en el 20,8 por ciento, similar a la tasa de paro del conjunto de la población (dividiendo en este caso por la población activa).

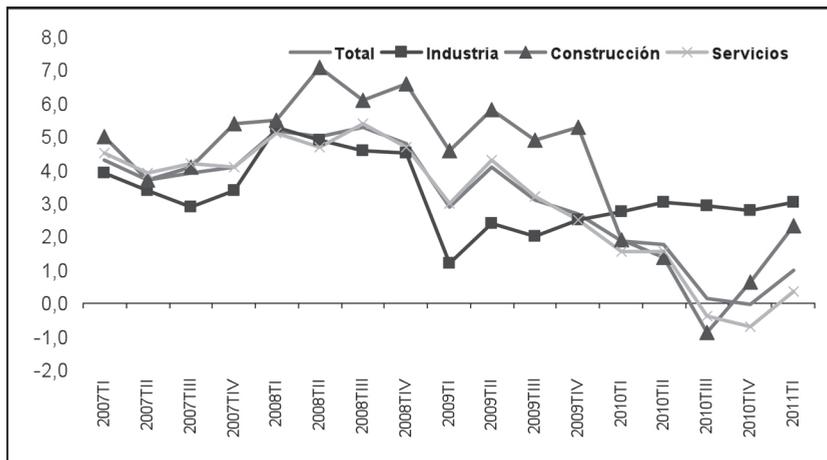
5. CONDICIONES DE TRABAJO

La evolución económica y del empleo tiene uno de sus puntos clave en la evolución de la competitividad. Y para medir tal competitividad son esenciales los costes laborales unitarios. Pero no sólo su evolución, como habitualmente se considera, sino también el nivel del que parten.

En España, la productividad ha tenido un marcado carácter anticíclico debido al mayor peso de sectores intensivos en el uso de factor trabajo, con menores aportaciones al valor añadido bruto y que en las diferentes fases del ciclo económico se ajustan a través del volumen de empleo (la denominada flexibilidad externa). Y esto es lo que de nuevo, en esta ocasión, ha sucedido, recogándose un incremento inicial de la productividad, al mismo tiempo que caían el empleo (más aceleradamente) y la actividad económica.

Tras el crecimiento inicial de los costes laborales, especialmente en el sector de la construcción, debido en buena medida al efecto composición³, desde el comienzo de 2009 la evolución muestra una moderación de los costes e incluso una reducción en la segunda mitad del año 2010, cuando la política económica del gobierno viró hacia un fuerte ajuste del déficit público, concentrado especialmente en el recorte de gastos públicos de forma generalizada⁴.

Costes salariales por trabajador y mes según sectores, (variación interanual)



Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta Trimestral de Coste Laboral, INE.

Atendiendo a los componentes de los costes laborales, el mayor peso lo suponen los costes salariales, aunque con ligeras diferencias según los sectores: en el sector de la construcción, por ejemplo, la partida salarial significa el 68 por ciento del total del coste que el factor trabajo conlleva para el empresario. En el sector servicios, por el contrario, los salarios comprenden el 73,9 por ciento del total del coste laboral.

³ Ya se ha visto que el primer empleo destruido fue el de cuenta propia y el temporal, con unos costes inferiores, de forma que los empleos que se mantienen tienen un coste relativo superior, lo que hace que, proporcionalmente, el coste medio se eleve.

⁴ Véase el análisis que sobre este cambio de política económica ya se apuntaba en el número 106/2010 de *Temas Laborales*: Ruesga Benito, S.; Martín Navarro, J.L. y Pérez Ortiz, L. “¿Recuperación o espejismo?” Informe de Coyuntura sobre el mercado de trabajo en España y Andalucía (segundo trimestre de 2010)”, pp. 175-202.

Componentes del coste laboral por trabajador y mes, 1^{er} trimestre de 2011

	Total		Industria		Construcción		Servicios	
	€	%	€	%	€	%	€	%
COSTE TOTAL	2.486,61	100,0	2.790,77	100,0	2.526,25	100,0	2.419,70	100,0
Sueldos y salarios	1.819,63	73,2	2.031,26	72,8	1.718,29	68,0	1.787,06	73,9
- Coste salarial ordinario	1.621,98	65,2	1.790,12	64,1	1.585,01	62,7	1.591,38	65,8
- Coste salarial pagos extraordinarios	163,32	6,6	192,37	6,9	108,82	4,3	163,25	6,7
- Coste salarial pagos atrasados	34,33	1,4	48,77	1,7	24,46	1,0	32,43	1,3
Percepciones no salariales	114,53	4,6	124,14	4,4	192,21	7,6	104,13	4,3
- Pagos por Incapacidad Temporal	16,63	0,7	15,69	0,6	9,84	0,4	17,56	0,7
- Pagos por desempleo parcial	0,33	0,0	1,40	0,1	0,02	0,0	0,14	0,0
- Otras percepciones sociales directas	4,38	0,2	6,00	0,2	0,86	0,0	4,43	0,2
- Otras percepciones no salariales	45,26	1,8	38,76	1,4	112,50	4,5	39,31	1,6
- Indemnizaciones por despido	47,93	1,9	62,29	2,2	68,99	2,7	42,69	1,8
Cotizaciones obligatorias	571,48	23,0	662,03	23,7	631,72	25,0	546,31	22,6
- Contingencias comunes	412,25	16,6	462,22	16,6	408,57	16,2	402,36	16,6
- Cotiz. desempleo, FOGASA y form. prof.	115,88	4,7	140,33	5,0	128,34	5,1	109,49	4,5
- Otras cotizaciones sociales obligatorias	43,35	1,7	59,48	2,1	94,81	3,8	34,46	1,4
Subvenciones y deducciones	19,03	0,8	26,67	1,0	15,97	0,6	17,79	0,7

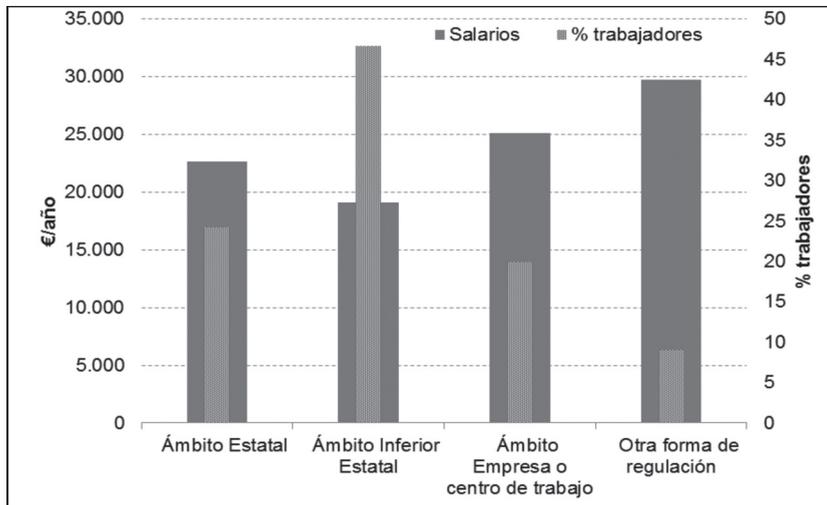
Fuente: Elaboración propia a partir de la *Encuesta Trimestral de Coste Laboral*, INE.

La reforma de la negociación colectiva (de la que aún no se pueden contemplar los efectos, entre otras cosas, debido al bloqueo de convenios colectivos firmados en años anteriores) no deja traslucir cómo puede mejorarse la competitividad si no es únicamente con reducciones salariales. La idea de que son los convenios colectivos de ámbito empresarial los que mejor se adaptan a las circunstancias económicas del entorno más inmediato, y por tanto recogen las moderaciones salariales necesarias para afrontar una crisis de la envergadura de la actual, está imponiéndose a la realidad española.

Es verdad que en estos convenios se pactan menores incrementos salariales que en los de ámbito superior. Pero también es cierto que parten de niveles salariales superiores a los que se observan en el resto de convenios. Y también es cierto que afectan a un menor número de trabajadores. Puede que en este tipo de convenios se adapten mejor las circunstancias de la empresa al entorno más inmediato, pero tratar de competir con rebajas salariales no facilita la recuperación económica del conjunto de la economía.

Son los ámbitos inferiores (los de empresa o centro de trabajo), junto a la parte de trabajadores que ven ordenadas sus relaciones laborales de forma, básicamente, individual (fuera del convenio colectivo) los que parten de niveles salariales más elevados, aunque representan a la menor proporción de trabajadores incluidos en la muestra de la Encuesta Anual de Costes Laborales, del Instituto Nacional de Estadística. Sin embargo, la mayor proporción de trabajadores (casi el 50 por ciento en 2010, concretamente el 46,73 por ciento, que afectan al 66,74 por ciento de los centros de trabajo) percibe de media un sueldo muy por debajo de la media (19.121,86 € al año, frente a 21.698,22 €). Y estos trabajadores están cubiertos por convenios de ámbito inferior al estatal, tales como los de carácter autonómico, provincial o comarcal

Salarios por trabajador y año y proporción de trabajadores, según forma de regulación laboral, 2010



Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta Anual de Coste Laboral, INE.

En el año 2010, según los datos de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, el incremento salarial pactado en los convenios de ámbito superior a la empresa fue del 1,5 por ciento, mientras en los convenios de ámbito empresarial se situó en el 1,3 por ciento. Pero, al partir de niveles superiores, aunque el aumento sea menor, el nivel salarial final sigue estando por encima, incluso con mayor diferencia: se amplía esta diferencia entre los salarios percibidos por trabajadores afectados por convenios colectivos de ámbito empresarial y los trabajadores cubiertos por convenio de ámbito superior.

Teniendo en cuenta los datos por ramas de actividad, siete de ellas concentran al 73 por ciento de los asalariados, en 2010. De las relacionadas con los servicios, dos de ellas son intensivas en factor trabajo (comercio y hostelería)

y tienen salarios inferiores a la media y con pérdidas de poder adquisitivo superiores al conjunto de los asalariados (en el caso de la hostelería). Del resto de las principales ramas de servicios (Administración Pública, educación y actividades sanitarias), con un uso intensivo del conocimiento, sólo la educación tiene salarios inferiores al conjunto de ramas. Y en todas ellas, ha habido reducción salarial real superior a la del conjunto.

La construcción, que engloba a casi el 9 por ciento de los asalariados, tiene también salarios anuales inferiores a la media, y en el caso de la industria manufacturera (que ocupa a casi un 15 por ciento de los asalariados), la dispersión es más amplia. Las ramas con mayor componente tecnológico, tienen salarios superiores (por ejemplo, la industria de productos farmacéuticos o la fabricación de productos informáticos), aunque ocupan a una menor proporción de asalariados. Mientras el grueso de las actividades de la industria manufacturera (la industria alimentaria, con un 17 por ciento de los ocupados en la industria, y la de fabricación de productos metálicos, con un 10 por ciento), tienen salarios inferiores o similares a los del conjunto de la economía.

Número de asalariados y salarios medios por ramas de actividad, miles de personas y €/año

	2009				2010			
	Asalariados	Sueldos y salarios	% var. nominal	% var. real (nominal-IPC)	Asalariados	Sueldos y salarios	% var. nominal	% var. real (nominal-IPC)
B. Ind. extractiva	42,88	26.921,82	1,0	0,2	43,13	29.430,88	9,3	6,3
C. Ind. manufacturera	2.215,30	23.914,26	1,6	0,8	2.102,03	24.594,58	2,8	-0,2
D. Energía eléctrica	77,03	51.152,75	4,2	3,4	75,93	52.202,80	2,1	-0,9
E. Actividades gestión residuos	125,38	23.072,31	4,4	3,6	110,95	23.100,28	0,1	-2,9
F. Construcción	1.445,80	21.503,97	5,2	4,4	1.230,93	21.663,33	0,7	-2,3
G. Comercio	2.199,23	19.321,96	6,5	5,7	2.153,65	19.515,00	1,0	-2,0
H. Transporte	754,20	22.771,18	2,6	1,8	737,40	22.785,94	0,1	-2,9
I. Hostelería	1.079,10	13.850,10	0,4	-0,4	1.041,05	13.657,19	-1,4	-4,4
J. Información y comunicación	453,95	31.755,54	2,7	1,9	445,30	32.378,72	2,0	-1,0
K. Act. financieras y seguros	440,08	42.383,64	0,2	-0,6	425,93	43.733,06	3,2	0,2
L. Act. inmobiliarias	53,55	19.569,28	-2,3	-3,1	49,75	20.978,43	7,2	4,2
M. Act. prof., científ. y técnicas	561,23	25.952,04	3,0	2,2	559,90	25.867,39	-0,3	-3,3
N. Act. administrativas	829,30	15.245,60	-1,2	-2,0	825,78	14.958,74	-1,9	-4,9
O. Admón. Pública y defensa	1.367,33	27.164,89	2,8	2,0	1.406,28	27.133,04	-0,1	-3,1
P. Educación	1.110,95	21.166,87	3,9	3,1	1.133,85	21.060,20	-0,5	-3,5
Q. Act. sanitarias y serv. sociales	1.250,68	25.922,33	3,6	2,8	1.284,65	25.965,42	0,2	-2,8
R. Act. Artísticas y entretenimiento	254,50	16.693,64	0,2	-0,6	272,00	16.436,35	-1,5	-4,5
S. Otros servicios	270,40	15.501,32	2,9	2,1	254,08	16.005,65	3,3	0,3
TOTAL	14.530,85	22.329,33	3,2	2,4	14.152,55	22.540,83	0,9	-2,1
IPC (interanual en diciembre)		0,8				3,0		

Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Población Activa y de la Encuesta Anual de Costes Laborales, Instituto Nacional de Estadística.

El aumento salarial del conjunto de ramas de actividad, en el año 2010, fue del 0,9 por ciento, respecto al año anterior. Teniendo en cuenta que la inflación a final de año se situó en el 3 por ciento, el resultado real fue una pérdida de poder adquisitivo, del 2,1 por ciento. Como la inflación a final de año fue superior a la considerada como referencia en los convenios colectivos, en caso de tener firmada una cláusula de garantía salarial, se evitaría esa pérdida de poder adquisitivo. Pero sólo el 49,7 por ciento de los trabajadores estaban cubiertos por una cláusula de este tipo.

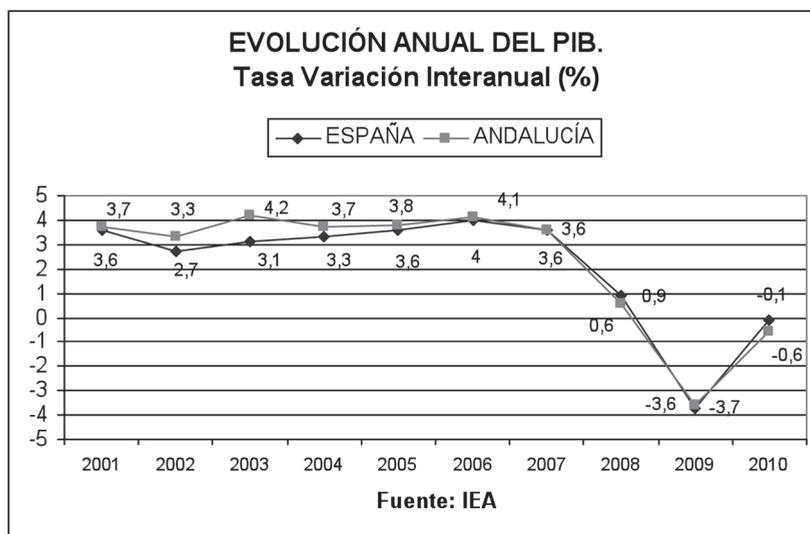
En definitiva, si la recuperación económica depende de la evolución de la demanda interna, el consumo privado difícilmente podrá recuperarse partiendo de la pérdida de empleos y de la disminución del poder adquisitivo de los trabajadores.

6. MERCADO DE TRABAJO EN ANDALUCÍA

La evolución de la economía española a lo largo del segundo trimestre de 2011 muestra signos de ralentizar su crecimiento como se ha señalado al comienzo de este artículo. En Andalucía, la economía se mueve en sintonía con el conjunto nacional. Las estimaciones de las tasas de crecimiento económico de la economía andaluza desde el primer trimestre de 2010, son cercanas a la media nacional pero algo menores, en torno a algo más de medio punto. En concreto, el primer trimestre de 2011 el crecimiento interanual del PIB en Andalucía se estimó por el Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía en el 0,2%, mientras que para el conjunto nacional el crecimiento estimado fue del 0,8%. En el moderado crecimiento de la economía andaluza ha jugado un papel positivo esencial el sector exterior y en concreto las exportaciones de bienes y servicios, frente a un comportamiento muy insatisfactorio de la demanda interna.

Estos datos no son de extrañar, ya que precisamente la ralentización del crecimiento económico es uno de los principales factores de la crisis económica actual. Esta recaída de la actividad económica está llevando a algunos analistas a señalar una próxima ralentización de la economía española y europea en su conjunto, que contrasta con la pujanza de las economías emergentes no occidentales.

Es especialmente significativa la caída de la actividad económica en España y Andalucía a partir del estallido de la crisis económica. Si se considera las tasas de variación interanual del PIB de España y Andalucía se observa una importante correlación entre ambas tasas, y puede marcar el contexto en el que se ha desarrollado el crecimiento económico en la primera década del siglo.

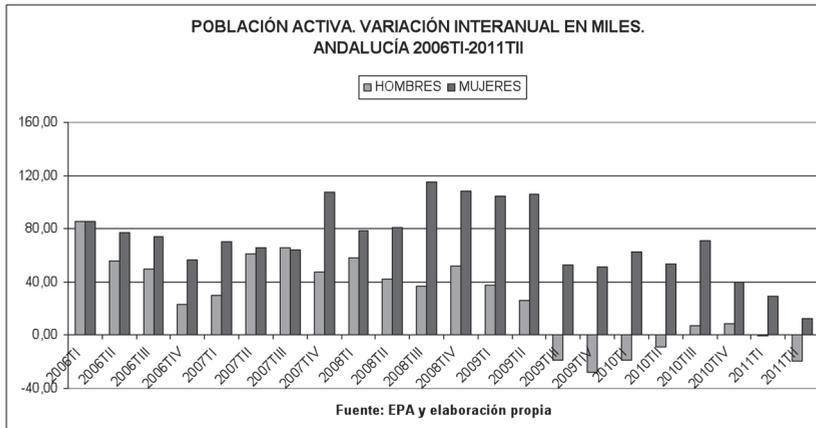


La falta de dinamismo económico se traduce en la dificultad de que el débil crecimiento económico se traduzca en la creación de empleo y en la subsiguiente reducción del desempleo. Éste es precisamente el principal problema que preocupa a la sociedad española, tal y como lo reflejan diversas encuestas realizadas por el CIS. Según los datos proporcionados por la EPA en el segundo trimestre de 2011 en Andalucía, el número de personas laboralmente activas se situó en 3.967.700 personas de las que 2.788.900 eran ocupadas y 1.178.900 desempleadas. El número de desempleados se redujo en 8.700 personas con respecto al trimestre anterior, pero aumentó en 74.800 respecto al mismo trimestre del año anterior. Esto supone que la tasa de paro en Andalucía se mantuvo en el 29,7% al igual que en primer trimestre del año. La EPA estima que el número de hogares con todos sus miembros activos en paro fue de 372.400, lo que significa un aumento de 4.500 respecto al trimestre anterior. A continuación, exponemos con algo más de detenimiento la evolución de las principales variables laborales en Andalucía.

OFERTA DE TRABAJO

La oferta de trabajo en Andalucía se ha estabilizado en términos agregados desde 2009 en torno a una cifra cercana a los cuatro millones de personas, si bien, esta cifra se ha superado únicamente en el primer trimestre de este año. El estancamiento del conjunto de la población activa en Andalucía es el resultado de una evolución diferenciada entre el conjunto de los varones y de las mujeres. A partir de mitad de 2009, la población activa masculina está disminuyendo, mientras que la población activa femenina sigue creciendo, aunque en unas cantidades muy inferiores a las de antes de esa fecha, y con incrementos interanuales

cada vez más reducidos desde el año 2010. Ésta parece ser una de las principales características de lo que podría señalarse como la segunda fase de la crisis del mercado laboral: la ralentización en el crecimiento de la oferta de trabajo, lo que generaría una estabilización en la cantidad de trabajo que se ofrece en el mercado laboral andaluz. Las causas de esta evolución son variadas y complejas. Ya se ha señalado en anteriores trabajos algunas de estas causas. De todas ellas, se podrían destacar, en primer lugar, la retirada de varones del mercado de trabajo, fundamentalmente causada por la pérdida de empleo, la jubilación o prejubilación y, de forma simétrica, la activación de la oferta de trabajo femenina que va tomando cada vez más presencia en el mercado laboral andaluz. El papel de la emigración parece ya declinar como causa del crecimiento de la oferta de trabajo en Andalucía a medida que la crisis económica se prolonga en nuestro país.

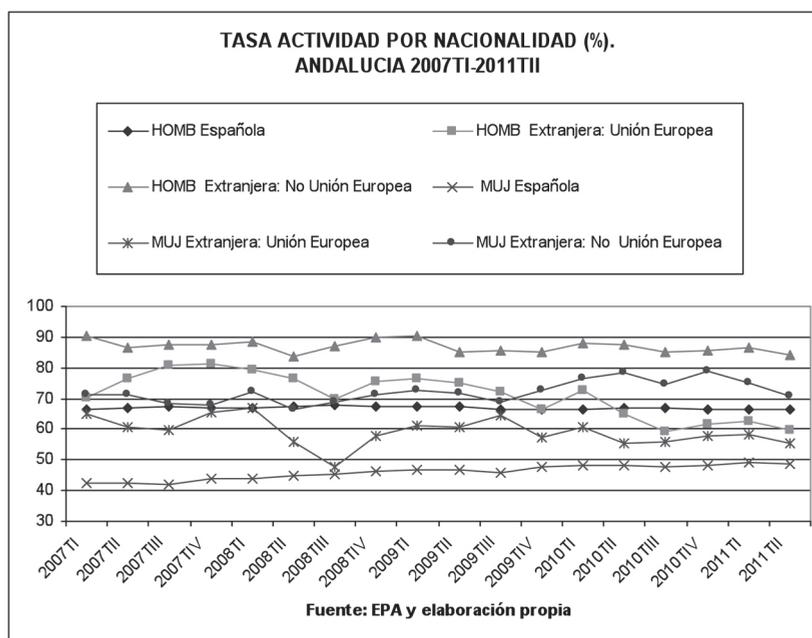


Si nos centramos en lo ocurrido concretamente en el segundo trimestre de 2011, el número de personas activas se ha reducido en este trimestre, perdiendo la cota de los cuatro millones situándose, y situándose en 3.967.700 personas de las que 1.732.600 eran mujeres y 2.235.100 hombres. En este segundo trimestre, en relación al trimestre anterior, la reducción de población activa se concentró mayoritariamente entre la población femenina (-19.900) y entre la población de nacionalidad extranjera (-17.700). Con respecto al mismo trimestre del año 2010, la población activa disminuyó en 6.500 personas como suma de un aumento de la población activa femenina (12.600) y reducción de la población activa masculina (-19.100).

En este trimestre, la población activa se ha reducido tanto entre españoles como extranjeros. El número de personas activas de nacionalidad extranjera ha disminuido este trimestre en 17.700 personas (mayoritariamente mujeres cuyo número se redujo en 11.600), y en 15.900 nacionales (de las que 8.300 eran mujeres).

Con respecto al mismo trimestre del año anterior, el comportamiento de ambos colectivos es diverso: mientras aumenta la población activa de nacionalidad española en 14.000 personas, la de nacionalidad extranjera disminuye en 20.400,

Como consecuencia de esta evolución de la población activa, la tasa de actividad global de Andalucía para mayores de 16 años se situó en el 58,51%, (menor que la nacional que es de 60,12%) lo que significa una reducción de 52 centésimas con respecto al trimestre anterior y de 31 centésimas respecto al mismo trimestre del año 2010. La tasa de actividad media de los hombres en Andalucía en el segundo trimestre de 2011 se situó en el 67,09% (67,44% para el conjunto España) y para la población femenina en el 50,22% (53,14% en España). La tasa de actividad de los hombres en Andalucía sigue estable en torno al 67% mientras que la tasa de actividad de las mujeres en Andalucía se mantiene por encima del 50% por tercer trimestre consecutivo. Estas tasas medias de actividad guardan importantes diferencias si se segmenta la población atendiendo a variables de sexo y nacionalidad separando los grupos de nacionalidad de la U.E. y de otros países. Atendiendo a esta clasificación se observan comportamientos diferenciados entre el que destaca el crecimiento de la participación en el mercado de trabajo de las mujeres de nacionalidad española. Los trabajadores de nacionalidad extranjera de países que no son de la U.E., (que incluyen fundamentalmente a personas procedentes de países americanos y africanos) son los que tienen tasas de actividad más altas, tanto los hombres como las mujeres. Las tasas de actividad de las personas de países de la U.E. tienden a disminuir a medida que se prolonga la crisis, tanto para hombres como para mujeres.

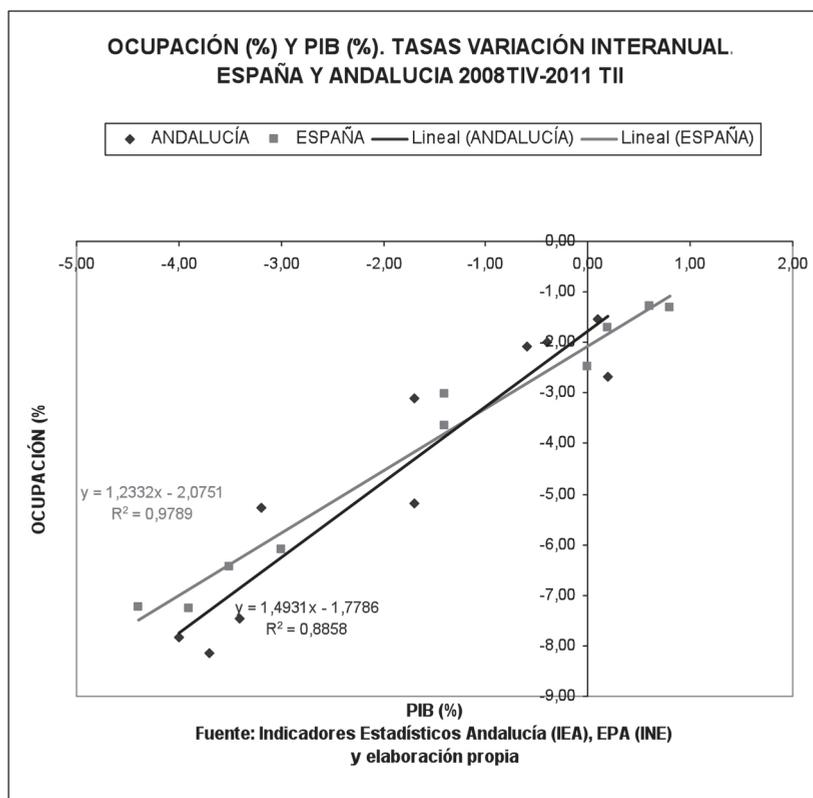


El nivel educativo es uno de los elementos más importantes a la hora de explicar la participación en el mercado laboral de las personas. La teoría del capital humano analiza los efectos de la educación sobre el comportamiento laboral de las personas. A pesar de los restrictivos supuestos a partir de los que se desarrolla el modelo sus predicciones pueden encontrarse contrastados por la evidencia empírica. Si observamos las tasas de actividad de los diversos grupos de población según el nivel educativo en Andalucía en los últimos trimestres, se observan algunos hechos interesantes. En primer lugar, llama la atención que las tasas de actividad aumentan en general con el nivel educativo. Además es de interés adivinar algunos efectos de la crisis en el comportamiento de los diversos grupos educativos. La tasa de actividad de las personas analfabetas, siendo baja, aumenta significativamente (tanto para los hombres como para las mujeres), entre el segundo trimestre de 2007 y de 2011. Para el grupo de educación primaria, si bien disminuye la tasa de actividad de los hombres, aumenta el de las mujeres. El grupo de educación secundaria, presenta un perfil más bien estable, lo mismo ocurre con el grupo de educación superior, aunque con un comportamiento algo más errático. En todos los grupos educativos señalados, las tasas de actividad de los hombres son mayores que de las mujeres. Sin embargo, en el grupo educativo más elevado, el de doctorado, la tasa de actividad más alta corresponden a las mujeres.

TASA ACTIVIDAD (%) SEGÚN NIVEL FORMACIÓN. ANDALUCÍA						
Nivel de formación alcanzado	2007 TII		2009 TII		2011 TII	
	HOMB	MUJ	HOMB	MUJ	HOMB	MUJ
Total	68,12	44,48	68,56	48,87	67,09	50,22
Analfabetos	10,72	4,53	15,67	7,34	17,88	7,03
Educación primaria	48,81	20,90	47,45	23,60	44,45	24,98
Educación secundaria primera etapa y formación e inserción laboral correspondiente	78,71	50,14	79,78	55,38	78,86	56,49
Educación secundaria segunda etapa y formación e inserción laboral correspondiente	74,92	60,36	75,22	63,50	73,21	63,62
Formación e inserción laboral con título de secundaria (2ª etapa)	100,00	75,00	100,00	62,50	83,33	-
Educación superior, excepto doctorado	82,41	75,76	83,13	78,22	80,49	77,18
Doctorado	82,29	93,51	84,66	100,00	82,81	86,27
Fuente: EPA y elaboración propia						

DEMANDA DE TRABAJO

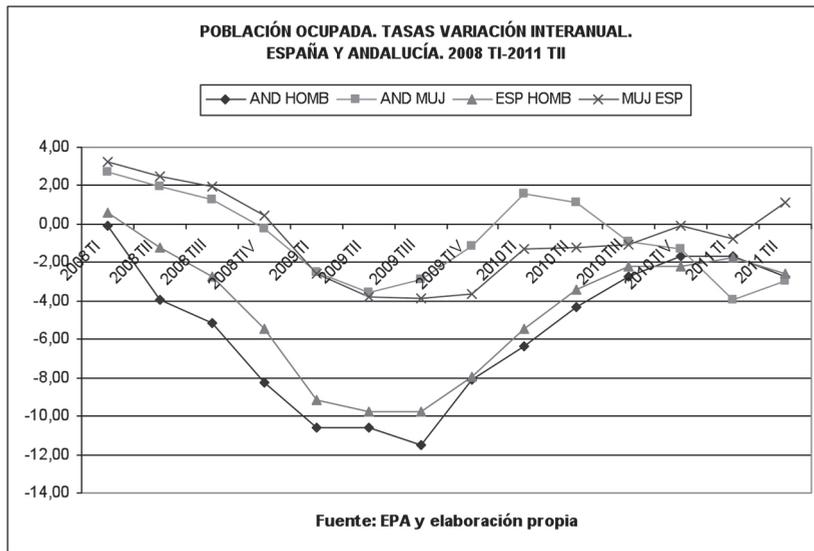
La destrucción de empleo sigue siendo la cuestión clave de la crisis económica, en especial en Andalucía. Dada la evolución de la actividad económica que hemos señalado en el epígrafe introductorio, la dinámica del empleo no es muy favorable. Grosso modo, la relación entre la actividad económica y la ocupación es directa. En los últimos trimestres, la evolución entre las tasas de variación interanual del PIB y de la Ocupación tanto en España como en Andalucía muestra esta relación directa con altos valores para los coeficientes R2 en ambos casos (0,9789 y 0,8856 respectivamente). Esta relación tan directa entre crecimiento económico y creación de empleo pone de manifiesto la necesidad de reactivación de la economía para crear empleo y reducir las altas tasas de paro que está soportando tanto España como Andalucía.



En lo que respecta a la ocupación en el segundo trimestre de 2011, el total de ocupados en Andalucía se situó en 2.788.900 personas, lo que significa una disminución de 24.900 efectivos respecto al trimestre anterior y de 81.300 res-

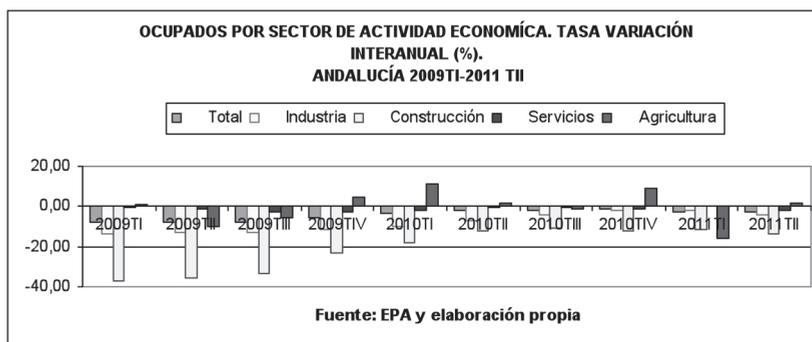
pecto al mismo trimestre de 2010. En este trimestre la caída del empleo afecta en términos intertrimestrales tanto a los hombres (15.900) como a las mujeres (8.000) y en términos interanuales (845.500 y 35.800 respectivamente). Atendiendo a la nacionalidad de los ocupados, en este segundo trimestre la pérdida de empleo entre las personas de nacionalidad extranjera es de 9.600 y de 15.300 entre los españoles.

De forma simétrica a la caída de la actividad económica, se ha producido la pérdida de empleo en Andalucía. Destaca el comportamiento diferenciado que está teniendo la ocupación de las mujeres con respecto a la de los hombres. La pérdida de empleo afecta de forma más aguda a los varones, tanto en España como en Andalucía, con tasas muy parecidas en ambos ámbitos geográficos. La incidencia de la crisis económica en el empleo de las mujeres también es significativo, si bien ha sido más suave. Es de destacar que a partir del primer trimestre de 2010, las tasas interanuales de variación de la ocupación de las mujeres andaluzas está cayendo, mostrando un comportamiento diferenciado respecto a la dinámica de la ocupación de las mujeres en el conjunto de España.



La evolución de la ocupación en los diferentes sectores productivos sigue una tendencia negativa, si exceptuamos el sector de la agricultura. El empleo en el sector de la construcción muestra tasas interanuales negativas en los últimos 10 trimestres considerados, si bien, las tasas se han mantenido en los últimos trimestres en valores en torno al -10%. Los sectores de la industria y los

servicios, también han moderado sus tasas de pérdidas de empleo si los últimos trimestres siguen mostrando valores negativos. Sólo la agricultura muestra algunos periodos de creación de empleo en términos interanuales, pero alternados con otros de pérdidas significativas debido a la estacionalidad de su actividad. En resumen, el total de la población ocupada en Andalucía presenta tasas de variación interanual negativas si bien se han moderado en el último año.



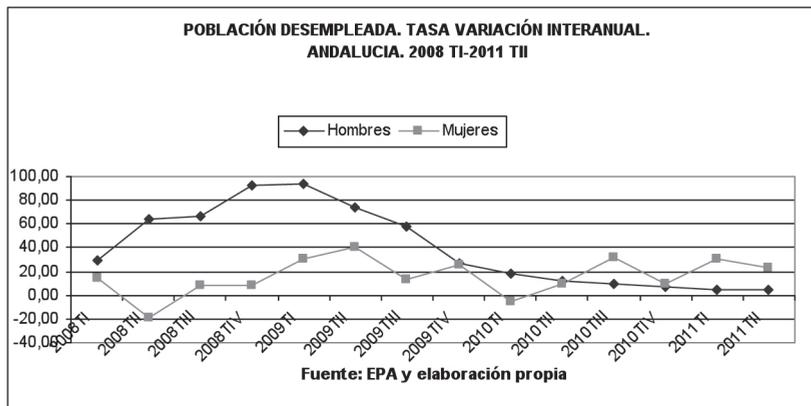
La caracterización del empleo a través de diversas tasas de ocupación es útil para comprender cómo se está comportando la ocupación en medio de la crisis económica. En primer lugar, es significativo que la alta tasa de salarización (porcentaje de asalariados respecto a ocupados) de las mujeres, y además casi idéntica en España y Andalucía. Respecto a la temporalidad, una de las variables más características del mercado de trabajo español, sigue teniendo valores muy elevados respecto a la media europea, siendo especialmente altas en Andalucía, entre 8 y 9 puntos superior a la media nacional. La tasa de trabajo a tiempo parcial afecta especialmente a las mujeres, en torno a 3 veces más que a los hombres. Estas tasas nos indican la mayor precarización de las condiciones de empleo de las mujeres. No obstante, el problema más grave de la economía andaluza no es la pérdida de empleo o la precarización del mismo, sino el desempleo.

ANDALUCÍA 2011 TI. TASAS DE OCUPACIÓN				
	Andalucía		España	
	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres
Tasa de salarización	79,90	87,74	80,02	87,87
Tasa de temporalidad	33,82	35,26	24,19	27,01
Tasa de trabajo a tiempo parcial	7,34	26,75	6,12	23,94

Fuente: EPA y elaboración propia

DESEMPLEO

El número total de personas desempleadas en Andalucía, según la Encuesta de Población Activa en el segundo trimestre de 2011, se situó en un total de 1.178.900, de los que 633.000 eran hombres y 545.900 mujeres. En el presente periodo, el desempleo disminuyó en 8.700 personas respecto al trimestre anterior (-0,73%), pero aumentó en 74.800 personas respecto al mismo trimestre del año anterior (6,78%). La dinámica del desempleo en Andalucía está adoptando un comportamiento diferenciado entre el grupo de hombres y de mujeres. A partir del año 2009, el total de desempleado varones ha seguido creciendo, pero a tasas interanuales cada vez más reducidas, mientras que el comportamiento del colectivo de las mujeres ha mantenido una tendencia más estable aunque con oscilaciones. Por ello, en los últimos trimestres el número de mujeres desempleadas sigue una tendencia creciente que lo hace converger con el grupo de los hombres en Andalucía.



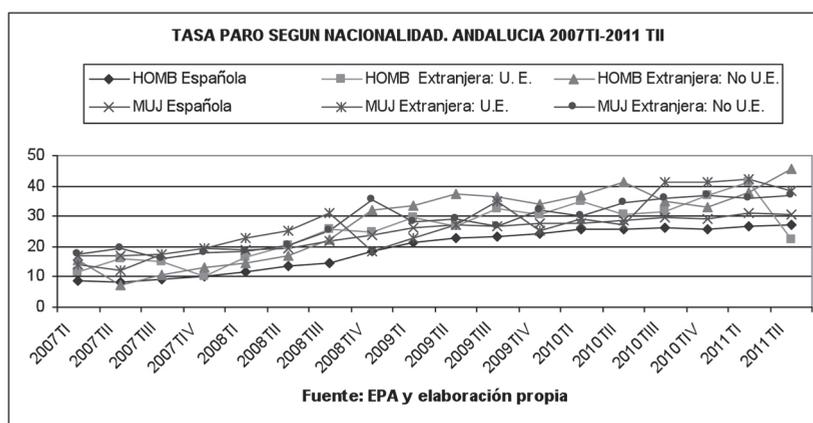
La tasa de paro en Andalucía se situó en segundo trimestre de 2011 en el 29,71% (1,93 puntos superior a la tasa estimada para el mismo trimestre del año anterior). La tasa de paro media de España en este mismo periodo es de 20,89%, aumentando 0,80 puntos respecto al mismo trimestre del año anterior.

Las tasas de paro de hombres y mujeres siguen siendo diferenciadas. La tasa de paro de los hombres en el trimestre considerado es del 28,32% (20,58% de media para toda España) mientras que la tasa de paro de las mujeres se estimó en el 31,51% (21,27% de media española).

La tasa de paro de la población de nacionalidad española en Andalucía es del 28,70% (18,89% en la media de España) mientras que la población de nacionalidad extranjera en Andalucía fue del 38,11% (31,87% en el conjunto de España).

Si consideramos los distintos grupos de trabajadores en función de la nacionalidad distinguiendo entre españoles, extranjeros de la U.E. y extranjeros

de países de fuera de la U.E. y además distinguimos entre hombres y mujeres podemos obtener seis grupos de población que presentan algunos comportamientos diferenciados. En primer lugar, se observa que el impacto de la crisis económica ha afectado a todos estos colectivos, pero con distinta incidencia. Los varones de nacionalidad española son los que tienen una tasa de paro más baja. Por el contrario, los trabajadores, tanto hombres como mujeres, de nacionalidad de países de fuera de la U.E. son los que tienen las tasas de paro más altas.



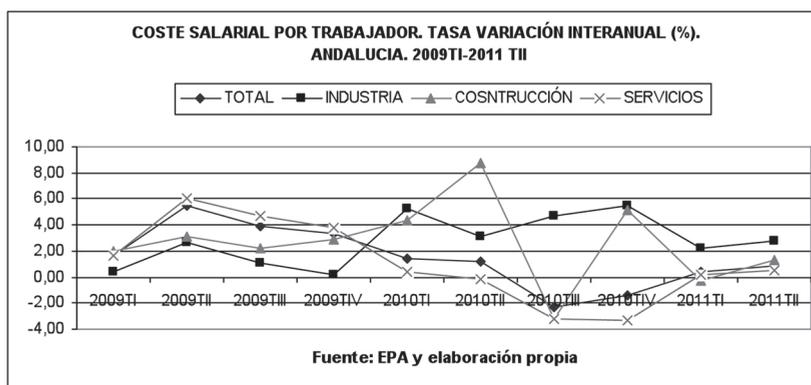
TASAS DE PARO (%) POR NIVEL DE FORMACIÓN ALCANZADO. ANDALUCÍA						
Nivel de formación alcanzado	2007TII		2009TII		2011TII	
	HOMB	MUJ	HOMB	MUJ	HOMB	MUJ
Total	6,1	10,49	17,62	18,31	20,58	21,27
Analfabetos	21,39	30,06	38,11	42,5	50,74	60,5
Educación primaria	8,13	14,48	24,97	26,17	32,02	29,28
Educación secundaria primera etapa y formación e inserción laboral correspondiente	6,85	14,18	22,38	25,54	25,13	27,96
Educación secundaria segunda etapa y formación e inserción laboral correspondiente	5,8	10,61	16,28	18,46	19,47	22,83
Formación e inserción laboral con título de secundaria (2ª etapa)	15,01	27,5	24,1	31,24	22,66	-
Educación superior, excepto doctorado	4,11	6,23	8,91	10,26	11,04	13,02
Doctorado	2,34	3,57	3,18	3	1,18	7,79

Fuente: EPA y elaboración propia

Anteriormente, consideramos la incidencia de la formación en la oferta de trabajo, consideremos ahora su incidencia en el paro. En general, la tasa de paro se reduce conforma aumenta el nivel educativo. Es evidente que la crisis económica afecta a todos los niveles educativos ya que en todos ellos aumenta la tasa de paro. Sin embargo, las tasas de paro varían para los distintos niveles educativos. A destacar los altos valores de la tasa de paro que se alcanza en los niveles educativos más bajos en especial el grupo de analfabetos y de educación primaria. También señalar que las tasas de paro más bajas se encuentran en los niveles educativos superiores, siendo entre dos y tres veces menores que las de los niveles educativos más bajos.

CONDICIONES LABORALES

Para concluir esta breve panorámica sobre el mercado de trabajo en Andalucía, y siguiendo la estructura de lo que se ha hecho para el análisis del mercado de trabajo en España, vamos a centrarnos en la cuestión de los costes salariales. En términos absolutos, y como viene siendo tradicional, los costes laborales totales por trabajador más altos corresponden al sector de la Industria y los más bajos al sector de los servicios. Si observamos la dinámica de las variaciones interanuales de los costes salariales, se observa una cierta moderación con respecto a periodos de antes de la crisis. En el último año, las tasas de variación interanual más altas corresponden al sector de la industria, observándose una clara tendencia decreciente en el sector de los servicios, que es el que ocupa mayor número de personas, el cuál presenta variaciones interanuales muy próximas a cero e incluso negativas en algunos periodos. Este indicador nos señala que la intensidad de ajuste laboral en la crisis en este sector ha sido, en términos generales, tanto en la variable cantidad, como en la de precios. Por otra parte, llama la atención la errática evolución de los costes salariales en la construcción que no permite señalar una tendencia clara en esta variable. La evolución de los costes laborales es especialmente importante en el terreno de las ganancias de competitividad que necesita la economía andaluza para hacer frente a la crisis económica.



Si se observa con algo más de detenimiento la estructura de costes laborales de la Economía andaluza referidos al primer trimestre de 2011 se pueden encontrar importantes diferencias entre los sectores productivos. El componente más importante de los costes laborales es el de los costes salariales con ciertas diferencias entre los sectores, en la construcción representa un 67,77% mientras que en los servicios es del 72,50%.

Componentes del coste laboral por trabajador y mes, Andalucía. 1er trimestre de 2011								
	Total		Industria		Construcción		Servicios	
	€	%	€	%	€	%	€	%
Coste total	2.293,87	100,00	2.532,81	100,00	2.433,35	100,00	2.242,61	100,00
Coste salarial total	1.650,88	71,97	1.824,36	72,03	1.649,20	67,77	1.625,95	72,50
Coste salarial ordinario	1.484,10	64,70	1.624,31	64,13	1.519,94	62,46	1.459,51	65,08
Otros costes	642,99	38,95	708,45	38,83	784,15	47,55	616,66	37,93
Coste por percepciones no salariales	121,53	5,30	111,71	4,41	188,23	7,74	114,99	5,13
Coste por cotizaciones obligatorias	537,66	23,44	617,96	24,40	608,03	24,99	517,63	23,08
Subvenciones y bonificaciones de la S.Social	16,20	0,71	21,22	0,84	12,10	0,50	15,96	0,71

Fuente: Encuesta Trimestral de Coste Laboral, INE y elaboración propia.

Los datos referidos a evolución del número de ocupados y de aumentos salariales indican que la evolución de la demanda interna no parece que pueda ser un elemento determinante de la recuperación económica, lo que está en sintonía con los datos recogidos en el epígrafe dedicado a la evolución de la actividad económica en Andalucía.

INDICADORES DE COYUNTURA LABORAL. Segundo Trimestre de 2011

	Unidad	Periodo	ESPAÑA			ANDALUCÍA		
			Dato	VA(*)	VB(*)	Dato	VA(*)	VB(*)
I. MERCADO DE TRABAJO								
Población activa	Miles	2º Trim. 11	23.136,7	0,3	0,1	3.967,7	-0,8	-0,2
Tasa de actividad	Porcentaje	2º Trim. 11	60,1	0,2	0,0	58,5	-0,5	-0,3
Hombres	67,4	0,0	0,9	67,1	-0,4	-0,8
Mujeres	53,1	0,5	1,0	50,2	-0,6	0,1
16-19 años	19,8	1,2	-3,1	21,2	0,7	-2,9
20-24 años	62,9	0,3	-1,4	61,8	-1,6	-2,8
25-54 años	86,2	0,3	0,5	82,5	-0,7	0,3
Más de 55 años	21,9	0,3	0,6	19,6	0,0	0,2
Ocupados	Miles	2º Trim. 11	18.303,0	0,8	-0,9	2.788,9	-0,9	-2,8
Agricultura	741,2	-5,4	-4,8	210,6	-13,8	2,0
Industria	2.577,7	1,5	-1,6	253,1	0,3	-3,8
Construcción	1.430,2	-4,3	-15,9	220,4	0,3	-13,6
Servicios	13.553,9	1,7	1,3	2.104,7	0,3	-1,9
Asalariados del sector público	..	2º Trim. 11	3.217,5	1,0	4,3	572,3	2,9	1,0
Asalariados temporales	..	2º Trim. 11	3.902,9	4,2	2,1	800,1	-0,1	-2,1
Parados encuestados	..	2º Trim. 11	4.833,7	-1,6	4,1	1.178,9	-0,7	6,8
Hombres	2.608,1	-1,0	2,8	633,0	0,3	4,4
Mujeres	2.225,6	-2,2	5,6	545,9	-1,9	9,8
Tasa de paro encuestado	Porcentaje	2º Trim. 11	20,9	-0,4	0,8	29,7	0,0	1,9
Hombres	20,6	-0,2	0,9	28,3	0,3	1,4
Mujeres	21,3	-0,7	0,7	31,5	-0,3	2,6
16-19 años	62,6	-2,5	0,3	64,6	-2,4	-3,9
20-24 años	42,5	1,2	5,4	53,8	4,1	7,0
25-54 años	19,4	-0,5	0,8	27,6	-0,3	2,0
Más de 55 años	13,5	-0,3	0,1	21,4	0,1	1,6
Parados de larga duración	48,3	1,7	5,9	46,9	2,2	6,2
Parados registrados	Miles	2º Trim. 11	4.193,6	-2,2	3,2	918,0	-5,2	5,3
II. CONDICIONES DE TRABAJO								
Salario mínimo	€/mes	2º Trim. 11	641,4	0,0	1,3	“	“	“
Coste laboral por trabajador	€/mes	1º Trim. 11	2.486,6	-5,9	0,8	2.293,9	-5,5	1,8
Industria	2.790,7	-8,1	1,3	2.532,8	-9,5	2,2
Construcción	2.526,3	-7,9	2,8	2.433,4	-6,1	0,4
Servicios	2.419,7	-5,0	0,6	2.242,6	-4,6	2,1
Jornada laboral efectiva	Horas/mes	1º Trim. 11	152,2	5,9	1,5	150,3	4,7	1,1
III. REGULACIÓN DE EMPLEO								
Expedientes	Total	Abril 11	1.603	-67,6	-57,5	110	-73,9	-60,6
	Trabajadores	..	27.971	-60,1	-58,7	1.441	-71,0	-57,1
	Extinción de empleo	..	6.288	-50,9	-51,4	497	-66,5	-51,7
	Suspensión de empleo	..	16.031	-59,2	-69,4	638	-72,4	-68,6
	Reducción de jornada	..	5.652	-68,8	124,6	306	-74,1	8,9
IV. CONFLICTOS LABORALES								
Huelgas	Total	Mayo 11	171,0	-19,7	-46,6	“	“	“
Participantes	Miles	..	19,3	-26,6	-91,6	0,2	-90,5	-59,6
Jornadas no trabajadas	82,3	-19,8	-75,8	0,8	-85,2	-58,6
V. PRINCIPALES INDICADORES ECONÓMICOS								
Crecimiento económico	Porcentaje	1º Trim. 11	0,7	-0,1	0,7	“	“	“
Balanza por cuenta corriente	Millardos €	Mayo. 11	-7,0	4,1	6,3	“	“	“
Inflación	Porcentaje	2º Trim. 11	3,2	-0,4	1,7	“	“	“
Tipo de interés (Euribor 12) meses)	Porcentaje	2º Trim. 11	2,2	0,2	0,9	“	“	“

(*) VA = Variación con respecto al trimestre anterior; VB = Variación con respecto a igual periodo del año anterior.

Comentarios de Jurisprudencia

DESIGNACIÓN DE DELEGADOS DE PREVENCIÓN EN LOS COMITÉS DE SEGURIDAD Y SALUD EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 19 de enero de 2011

MARÍA DEL JUNCO CACHERO*

SUPUESTO DE HECHO: el Comité de empresa del Servicio Andaluz de Salud, formuló demanda ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sobre conflicto colectivo, en la que terminaba suplicando se dicte sentencia por la que se declare nulo el procedimiento de designación de delegados de prevención para formar parte de Comité de Seguridad y Salud, constituido en el seno del Servicio Andaluz de Salud, al haberse llevado a cabo dicha designación sin la participación del Comité de empresa. Se estimó la demanda y se anuló el procedimiento de designación de los delegados de prevención. En recurso de casación interpuesto por la representación de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras de Andalucía, estimaba este Sindicato que las representaciones unitarias del personal laboral y del personal estatutario del Servicio Andaluz de Salud, son representaciones separadas. Fue desestimado en su integridad¹.

RESUMEN: La Sentencia que comentaremos deja claramente establecido que en el procedimiento de designación de los delegados de prevención del comité de seguridad y salud en el ámbito de la representación en la Administración Pública, deben intervenir, conjuntamente, tanto la representación unitaria del personal laboral al servicio de la Administración, como los órganos de representación del personal administrativo o estatutario, sin que cada uno de ellos pueda por separado, designar a los distintos delegados de prevención que deben formar parte del comité de seguridad y salud.

* T.E.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 de enero de 2011.

ÍNDICE

1. ¿QUIÉN DESIGNA A LOS DELEGADOS DE PREVENCIÓN?
2. COMPOSICIÓN DEL COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD: CRITERIOS

1. ¿QUIÉN DESIGNA A LOS DELEGADOS DE PREVENCIÓN?

El delegado de prevención se conceptúa en la LPRL² como un representante de los trabajadores dotado de “funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo”, art. 35.1. Con carácter general el delegado de prevención es un representante especializado³, individualizado frente a los que pudiéramos llamar representantes generales de los trabajadores.

El art. 34.3 de la LPRL prevé que el derecho de participación en el ámbito de las Administraciones Públicas⁴ habrá de adaptarse a las singularidades de este peculiar sector. Cuando en el indicado ámbito existan diferentes órganos de representación del personal, se deberá garantizar una actuación coordinada de todos ellos en materia de prevención y protección de la seguridad y la salud en el trabajo, posibilitando que la participación se realice de forma conjunta entre unos y otros, en el ámbito específico establecido al efecto.

Nos encontramos en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud, para el que en un principio parece que se establecen particularidades en la designación de los delegados de prevención⁵, aunque en realidad no es sino lo ya regulado en la LPRL. Así se dispone que “los Delegados de Prevención, de conformidad con lo establecido en el artículo 35.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, serán designados por los representantes del personal con presencia en los ámbitos de los órganos de representación del personal y entre los representantes legales del personal. Por lo tanto la designación de los delegados de prevención corresponderá a los representantes del personal en el ámbito respectivo de entre los funcionarios⁶ miembros de la correspondiente Junta de Personal, y de entre los trabajadores miembros del Comité de empresa o Delegado de personal.

² Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en adelante LPRL.

³ Montoya Melgar, A., Pizá Granados, J. y Alzaga Ruiz, I.: *Curso de Seguridad y Salud en el Trabajo*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid 2004. Pág. 301.

⁴ Real Decreto 1488/1998, de 10 de julio, de adaptación de la legislación de prevención de riesgos laborales a la Administración General del Estado.

⁵ Acuerdo de 6 de noviembre de 2001, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Acuerdo de la Mesa General de Negociación sobre derechos de participación en materia de prevención de riesgos laborales en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía.

⁶ Montoya Melgar, A., Pizá Granados, J. y Alzaga Ruiz, I.: *Curso de Seguridad.....op. cit.* Págs. 309 y 310.

En la Sentencia que comentamos se establece que en el Servicio Andaluz de Salud prestan servicios trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y trabajadores estatutarios⁷. Tras las últimas elecciones a representantes de los trabajadores en el ámbito de representación de los laborales, se constituyó un único comité de empresa de ámbito regional (que agrupa a la totalidad del territorio de esta comunidad Autónoma). De otro lado, en las distintas áreas hospitalarias de Andalucía se han constituido las correspondientes juntas de personal en representación del personal vinculado de manera estatutaria. En el Acuerdo –citado en la nota 6 a pie de página- se establece la existencia de un comité de seguridad y salud por cada área hospitalaria para el personal estatutario y laboral, pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud, siendo el número de delegados de prevención ajustado a la escala fijada en el art. 35 de la LPRL⁸ y su distribución se determinará por acuerdo de los órganos de representación. Con fecha 14 de enero de 2008 se alcanza un Acuerdo entre el Servicio Andaluz de Salud y los sindicatos integrantes de la mesa sectorial de sanidad sobre el proceso de designación de los delegados de prevención en el que las partes se comprometen a convocar a los órganos de representación a los fines de designar los delegados de prevención. Fruto de dicho Acuerdo, en las distintas áreas hospitalarias se convocaron juntas de personal para designar los delegados de prevención, a las cuales asistieron los representantes del personal estatutario. El comité de empresa, como órgano de representación de los trabajadores con contrato laboral, no intervino ni fue convocado a las juntas de personal de cada una de las áreas hospitalarias. El Servicio Andaluz de Salud, una vez recibió las comunicaciones de las juntas de personal, designó a los delegados de prevención contenidos en las distintas propuestas, constituyéndose el comité de seguridad y salud, para el cual como ha quedado reflejado no se contó con la representación de los trabajadores laborales.

Así pues, en el Servicio Andaluz de Salud prestan servicios trabajadores o empleados de régimen laboral y trabajadores o empleados de régimen estatutario. La representación unitaria o electa de los primeros corresponde a un único “comité de empresa de ámbito regional”⁹, mientras que para la representación unitaria o

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 de enero de 2011.

⁸ Art. 35 LPRL: “Los Delegados de Prevención serán designados por y entre los representantes del personal, en el ámbito de los órganos de representación previstos en las normas a que se refiere el artículo anterior, con arreglo a la siguiente escala: de 50 a 100 trabajadores: 2 Delegados de Prevención; de 101 a 500 trabajadores: 3 Delegados de Prevención; de 501 a 1000 trabajadores: 4 Delegados de Prevención; de 1001 a 2000 trabajadores: 5 Delegados de Prevención; de 2001 a 3000 trabajadores: 6 Delegados de Prevención; de 3001 a 4000 trabajadores: 7 Delegados de Prevención; de 4001 en adelante: 8 Delegados de Prevención. En las empresas de hasta 30 trabajadores el Delegado de Prevención será el Delegado de Personal. En las empresas de treinta y uno a cuarenta y nueve trabajadores habrá un Delegado de Prevención que será elegido por y entre los Delegados de Personal.....”.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 de enero de 2011.

electa del personal de régimen estatutario se han constituido “juntas de personal en las áreas hospitalarias”¹⁰. El art. 35.2 de la LPRL establece que “los delegados de prevención serán designados por y entre los representantes del personal, en el ámbito de los órganos de representación previstos”. A tenor de dicho precepto hay que especificar desde un primer momento qué órganos de representación previstos hay en el Servicio Andaluz de Salud, que son: el comité de empresa regional y la junta de personal por cada área hospitalaria. De ello se deduce que ambas representaciones tienen asignadas las funciones de representación del personal, por lo tanto, a ambas representaciones a tenor de lo establecido en el citado art. 35.2 de la LPRL, corresponde la designación de los delegados de prevención.

Si además a lo anterior unimos el art. 34.3.d) LPRL: “cuando en el indicado ámbito existan diferentes órganos de representación previstos en la Ley de Órganos de Representación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, estará integrado por los Delegados de Prevención designados en dicho ámbito, tanto para el personal con relación de carácter administrativo o estatutario como para el personal laboral, y por representantes de la Administración en número no superior al de Delegados. Ello no obstante, podrán constituirse Comités de Seguridad y Salud en otros ámbitos cuando las razones de la actividad y el tipo y frecuencia de los riesgos así lo aconsejen”. Y es justamente esto último lo previsto para la constitución del comité de seguridad y salud dentro del Servicio Andaluz de Salud. El Acuerdo –citado en la nota 6 a pie de página nº 6-, prevé la creación de un comité de seguridad y salud no único del Servicio Andaluz de Salud, sino uno por cada área hospitalaria que conforma nuestra Comunidad Autónoma.

La Sentencia es clara y concreta en su pronunciamiento al respecto: “para que se cumplan los preceptos legales, los puestos de delegados de prevención de los centros de trabajo del SAS previstos en la escala del art. 35.2 LPRL deben ser cubiertos en función de la plantilla de trabajadores del área hospitalaria y aglutinando los representantes de los trabajadores estatutarios y de los laborales”. La existencia de un único comité de seguridad y salud conlleva a que del “carácter único de este comité se deriva que se ha de constituir un solo organismo representativo para funcionarios y laborales, cuando los trabajadores o empleados de uno y otro grupo concurren en un mismo centro de trabajo”¹¹, circunstancia que acontece en las distintas áreas hospitalarias.

Por todo ello, no parece existir un razonamiento, al menos oportuno, en este recurso presentado por CC.OO. cuando alega que “el comité de empresa no ha sido convocado para la designación de los siete delegados de prevención que le corresponde designar por y entre sus componentes.....”¹², pues

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 de enero de 2011.

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 de enero de 2011.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 de enero de 2011.

tal como establece el Tribunal Supremo: “la propuesta de CC.OO refuerza la afirmación de la versión judicial de los hechos: si el comité de empresa, órgano colegiado, no ha sido convocado para designar los delegados de prevención del SAS es claro que no ha intervenido o participado en la designación de los mismos”. Participación en la designación que, como se ha dicho anteriormente, existe la obligación legal de cumplirse.

2. COMPOSICIÓN DEL COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD: CRITERIOS

El comité de seguridad y salud¹³ es el órgano paritario y colegiado de participación, cuya función es la consulta regular y periódica de la empresa en materia de prevención de riesgos. Se constituirá en todas las empresas o centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores. Al ser un órgano paritario, está formado por un número igual de representantes del empresario y de los trabajadores. Estos últimos – los representantes de los trabajadores- han de ser precisamente¹⁴ los delegados de prevención del centro o empresa. Art. 38.2 LPRL. Y es justamente en la adjudicación de quiénes serán los delegados de prevención que formen parte del comité de seguridad y salud, donde se plantea la problemática de los criterios de asignación como miembros de dicho comité.

En lo que respecta a los miembros que por parte de la empresa, o como representación de la empresa en el comité de seguridad y salud, no hay problema alguno, por lo que conviene, para no volver de nuevo sobre el tema, precisarlo ahora. El empresario cuenta con total libertad para designar¹⁵ los componentes de su parte, comenzando por la decisión sobre si él mismo (en el caso de que se trate de empresario persona física) formará parte o no del órgano colegiado, existiendo además la facultad de sustituir la persona o personas inicialmente designadas por otras distintas, al no estar estos representantes ligados por un mandato básico y anterior a su pertenencia al comité de seguridad y salud. En el caso que nos ocupa, la empresa o la representación de la empresa es la Administración, concretamente el Servicio Andaluz de Salud, y en ningún momento, tanto de la Sentencia que comentamos como de las anteriores que han dado lugar a la misma, aparece reflejado la correcta o no designación de los representantes de la Administración como causa de las demandas.

¹³ López Gandía, J. y Blasco Lahoz, F. J.: *Curso de Prevención de Riesgos Laborales*. Tirant lo blanch. Valencia 2005. Pág.203.

¹⁴ Montoya Melgar, A., Pizá Granados, J. y Alzaga Ruiz, I.: *Curso de Seguridad.....op. cit.* Pág. 307.

¹⁵ Ojeda Avilés, A., Alarcón Caracuel, M. R. y Rodríguez Ramos, M^a. J.: *La Prevención de Riesgos Laborales*. Aranzadi. Pamplona 1996. Pág. 275.

Sin embargo, y como apuntábamos al inicio de este epígrafe, es en la designación de los delegados de prevención que deben formar parte del comité de seguridad y salud, donde se encuentra una diversa problemática. Ésta abarca desde los sujetos que deben estar coordinados y juntos para designar a los delegados de prevención, hasta el criterio que debe seguirse para la elección de los mismos. Criterios que adelantamos, tales como el de la proporcionalidad de la representación, el de mayoría, el de la designación por separado de cada delegado de prevención, según sean representantes estatutarios o según sean representantes del personal laboral, en el caso de la Administración Pública, que es el que nos trae aquí, o incluso excepciones que pueden establecerse en la negociación colectiva.

Vayamos por partes. Como ya señalábamos al inicio de este comentario de Sentencia, el art. 35.2 de la LPRL establece que “los delegados de prevención serán designados por y entre los representantes del personal, en el ámbito de los órganos de representación previstos” y en el Acuerdo de 6 de noviembre de 2001 –reseñado en la nota 6 a pie de página- se acuerda establecer “un Comité de Seguridad y Salud por cada área hospitalaria para el personal estatutario y laboral no incluido en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo, pertenecientes al Servicio Andaluz de Salud. El número de Delegados de Prevención a designar en cada uno de los ámbitos de los Comités de Seguridad y Salud anteriormente determinados, se ajustará a la escala establecida en el artículo 35.2 de la LPRL, y su distribución se determinará¹⁶ por acuerdo de los órganos de representación”.

Es el “acuerdo de los órganos de representación” el punto de salida para adentrarnos en los diversos criterios que a lo largo del tiempo, doctrinal y judicial, se han barajado y se barajan, para la designación de los delegados de prevención.

En la Sentencia que comentamos¹⁷ alega la parte demandante que “el Acuerdo de 5 de octubre de 2001 de la “mesa general” de la Junta de Andalucía sobre participación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales, no obliga en ninguna de sus normas a una designación conjunta de los delegados de prevención por parte de las representaciones unitarias de los mismos. Así las cosas, el acuerdo de designación de delegados de prevención alcanzado en la “mesa de sanidad” sólo afecta al personal estatutario, y no al personal laboral, que pertenece a un ámbito de negociación claramente diferenciado. Es en este ámbito de negociación de los trabajadores de régimen laboral, concluye la argumentación del recurso, donde corresponde al comité de empresa la facultad de designación de los delegados de prevención, y en

¹⁶ La escala establecida en el art. 35.2 de la LPRL se recoge en la nota a pie de página nº 9 de este comentario de Sentencia.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 de enero de 2001.

este ámbito laboral CC.OO. en ningún momento ha impedido su ejercicio”. Y ante este alegato, de nuevo el Tribunal Supremo¹⁸ vuelve a ser concreto y claro, zanjando el tema sobre la posibilidad de que el criterio de designación de los delegados de prevención pueda ser justamente el de que cada una de las representaciones, la del personal estatutario y la del personal laboral, designen cada uno por su lado de entre sus miembros representantes, los delegados de prevención: “los órganos colegiados de representación específica en materia de seguridad y salud en el trabajo han de ser órganos “únicos” o conjuntos de los trabajadores de régimen laboral y del personal de régimen funcional o estatutario. Una representación conjunta de esta clase, integrada por todos los delegados de prevención, presupone la participación de los representantes unitarios de los trabajadores de régimen laboral en la designación de los delegados de prevención de los distintos centros. Pues bien, siendo fija la escala numérica mencionada (art. 35.2 LPRL), no cabe decir que el comité de empresa regional puede designar delegados de prevención adicionales a los designados por las juntas de personal. Su derecho de designación se ha de ejercitar conjuntamente con el de dichas juntas de personal, lo que no fue efectuado en el caso, y ha sido oportunamente corregido por la sentencia de instancia”.

Pues bien, tal como habíamos anunciado, no sólo en este criterio se ha amparado la designación de los diferentes delegados de prevención.

Los primeros años de aplicación¹⁹ de la LPRL dieron lugar a numerosos litigios en los que las minorías, que habían sido excluidas en la asignación, solicitaban la aplicación de la regla de la proporcionalidad, común en tantos otros casos en que se crean grupos dentro de la representación unitaria²⁰. Una primera doctrina judicial²¹ estimó esas pretensiones razonando en la línea de la jurisprudencia constitucional citada, pero el Tribunal Supremo ha aceptado el criterio de la mayoría, habiendo avalado posteriormente su actuación el Tribunal Constitucional al estimar que, en principio, constituye una materia de legalidad ordinaria y no comporta necesariamente la lesión del derecho de libertad sindical. No obstante, cuando existen pactos colectivos que prefieren el principio de la proporcionalidad al de la mayoría, deben respetarse²².

El razonamiento del Tribunal Supremo para alumbrar tal conclusión gira en torno a estas ideas:

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 de enero de 2001.

¹⁹ Sempere Navarro, A. V., García Blasco, J. González Labrada, M. y Cardenal Carro, M.: *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*. Civitas. Madrid 2001. Pág. 293 y ss.

²⁰ Entre otras, Sentencias del Tribunal Constitucional 184/1991, de 30 de septiembre, y 137/1991, de 20 de junio.

²¹ Por todas, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 16 de julio de 1997.

²² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 30 de mayo de 2000.

- El predominio del carácter técnico sobre el representativo en la actuación de estos delegados
- La validez de los antecedentes que se aplicaron en la anterior normativa.
- La ausencia de criterio legal explícito.
- La posibilidad de que acudan al comité otros sujetos no elegidos ni pertenecientes a la representación legal.
- La posibilidad de sistemas alternativos en la elección.

Parece oportuno para el supuesto que nos ocupa, destacar que tal como se señalaba, existe una ausencia de criterio legal explícito²³. Es un Acuerdo y no la LPRL, el que determina que cada comité de seguridad y salud estará constituido por los delegados de prevención que resulten designados en el ámbito correspondiente, sin que en ningún caso, el número mínimo de miembros pueda resultar inferior a cuatro ni exceder de ocho, y por igual número de representantes de la Administración. En ninguna parte de este Acuerdo aparece que el criterio de designación de los delegados de prevención de entre las dos representaciones del personal existentes en el Servicio Andaluz de Salud, tenga que seguirse el criterio de la proporcionalidad, ni el de la mayoría. Ante lo cual, y siguiendo la doctrina judicial más reciente y consolidada, parece descartable la proporcionalidad²⁴. Establece el Tribunal Supremo que “el nombramiento de los delegados de prevención se produce por y entre los representantes de los trabajadores, tratándose de una elección directa que no queda vinculada al principio de la proporcionalidad. Ciertamente ni el art. 34 ni el 35 LPRL, referentes a los derechos de participación relacionados con la prevención de riesgos y con la misión y funciones de los delegados de prevención, tratan el tema de la proporcionalidad en la designación de representantes de los trabajadores. Cuestión específica que tampoco aborda el art. 38 dedicado expresamente al Comité de Seguridad y Salud”. Salvo que por la vía del Convenio Colectivo, tal como establece el art. 35.4 de la LPRL, se establezcan otros sistemas de designación de los delegados de prevención, reiteradamente la doctrina judicial no ha optado por el criterio de la proporcionalidad en la representación.

Pero puede ocurrir que quizás la argumentación de la no aceptación del criterio de la proporcionalidad no sea por razones tan sólo como las establecidas de que no se lesiona el derecho de libertad sindical, o de que es más el

²³ Ballester Laguna, F.: Cuestiones de la legalidad y de la constitucionalidad implicadas en la designación de los delegados de prevención. *Revista de Derecho Social*, nº 18, 2002: “Así pues, la falta de concreción en la ley del criterio o criterios de designación de los delegados de prevención debe ser entendida como decidida voluntad legal de que sean los representantes unitarios quienes concreten tal extremo, no existiendo, por consiguiente, ninguna laguna legal al respecto que deba ser integrada. Cualquier criterio ajustado a derecho resultará, por tanto, válido”. Pág. 79.

²⁴ Por todas, Sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de marzo de 2009.

predominio del carácter técnico sobre el representativo. Quizás “los árboles no dejan ver el bosque”. El empeñamiento de pensar siempre en que la representación unitaria de los trabajadores, sean estatutarios o laborales, siempre está ocupada por sujetos pertenecientes a un sindicato, aunque es así en la mayoría de los casos, no es ese el espíritu ni el cuerpo de la norma. La representación unitaria no es una representación sindical, para que tenga siquiera que plantearse el tema de la proporcionalidad cuando aquélla tiene que designar de entre sus miembros a los delegados de prevención, es decir, que haya que designar a los delegados de prevención en base a la representación que el sindicato haya obtenido, olvidándose que el delegado de prevención no es un representante sindical; es un representante unitario, que representa a todos, independientemente de la afiliación sindical o no de los trabajadores. Por ello debieran designarse por otras causas que sí sean propias del cargo que va a ocupar: formación en prevención, conocimiento de los riesgos de primera mano, disposición a formarse en materia preventiva, etc.

Para los casos que deban designarse uno o más delegados de prevención de entre los componentes del órgano de representación unitaria, la oportuna decisión²⁵ debiera atender, con carácter prioritario, a la función especializada que ha de asumir el sujeto designado para acometerla y, en consecuencia a la capacitación de los delegados designados, que habría de prevalecer sobre criterios de estricto respeto a la correlación de fuerzas sindicales en el órgano de origen.

Finalmente, parece que los criterios para la designación de los delegados de prevención de entre la representación unitaria, con la Sentencia que se ha comentado, han dado un paso más de los hasta ahora recorridos –criterio de proporcionalidad, de mayoría, de excepciones en el Convenio Colectivo-, el de querer instaurar que en el caso de la Administración Pública cada una de las representaciones, la funcionarial o estatutaria y la laboral, designen de entre sus miembros representantes a los delegados de prevención. El Tribunal Supremo no ha permitido dicho criterio.

²⁵ Tudela Cambroner, G. y Valdeolivas García, Y.: *La Seguridad y la Salud Laboral en la Negociación Colectiva*. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Informes y Estudios Relaciones Laborales. Madrid 2009. Pág. 463.

**DOBLE ESCALA SALARIAL POR DECISIÓN
UNILATERAL DE LA EMPRESA CON EFECTOS
COLECTIVOS**

Sentencia del Tribunal Constitucional 36/2011, de 28 de marzo de 2011

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ*

SUPUESTO DE HECHO: Las demandantes de amparo, delegadas de personal del centro de trabajo de The British Council en Valencia, interpusieron demanda de conflicto colectivo frente a la empresa, interesando la equiparación de las condiciones salariales de todos los trabajadores del referido centro de trabajo. Desde el inicio de su actividad en España la empresa venía asignando a los trabajadores, de forma unilateral y en un acto de mera liberalidad, un salario muy superior al establecido en el convenio colectivo de enseñanza y formación no reglada. Estas retribuciones, que superan en alrededor de un 80 por 100 las establecidas en las tablas salariales del convenio aplicable (convenio estatal de sector de enseñanza y formación reglada), se adoptan siguiendo un sistema de remuneración tradicional británico, consistente en una escala de 13 niveles salariales, en los cuales se adscribía a los trabajadores en el momento de su contratación, ascendiendo posteriormente en la escala en función de los años trabajados. Dicho esquema retributivo se ha venido actualizando periódicamente mediante decisiones empresariales consultadas con los representantes de los trabajadores. En las nóminas de estos trabajadores la empresa abona el salario base en la cuantía establecida en el convenio colectivo, recogiendo el resto de la retribución abonada que supera la del convenio como «mejora voluntaria».

A partir de 1994 la empresa decidió aplicar a los trabajadores de nueva contratación un nuevo sistema retributivo consistente en abonar los salarios por horas efectivamente trabajadas, siendo su cuantía igualmente superior a la del convenio colectivo aplicable (hasta en un 68 por 100), manteniendo el antiguo sistema de escalas salariales para los trabajadores contratados con anterioridad a 1994. Desde ese mismo año, en el centro de Valencia la empresa decidió no contratar a nuevo personal docente fijo, recurriendo únicamente a contrataciones temporales por obra o servicio para cada curso escolar.

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

Ambos colectivos de personal docente realizaban las mismas funciones, ya que atendían a necesidades permanentes de la empresa, alternando entre sí las diversas actividades docentes. Esta realidad, base de las sucesivas renovaciones del personal temporal, motivó que se reclamase a la empresa el reconocimiento de dicho personal como fijo, lo que finalmente se logró en el centro de Valencia en el curso 2003-2004, tras la intervención de la Inspección de Trabajo. Sin embargo, en materia salarial se ha mantenido para estos trabajadores el sistema retributivo particular establecido con ocasión de su contratación, por lo que en la práctica se produce una situación de doble escala salarial. El litigio que da origen a esta Sentencia pretende acabar con este doble sistema de retribución, manteniendo el anteriormente existente como único.

RESUMEN: Planteada demanda de conflicto colectivo por las delegadas de personal de la empresa solicitando la equiparación salarial de todo el personal de la empresa por entender que la fecha de ingreso en la empresa no puede ser un criterio válido para aplicar tal desigualdad retributiva que, además se origina con la decisión de la empresa de hacer sólo contrataciones temporales y no indefinidas a partir de ese momento. Tanto la Sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de los de Valencia, de 28 de febrero de 2005, como la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 27 de septiembre de 2005, que resuelve el recurso de Suplicación interpuesto por las demandantes, desestiman la pretensión en base a que la fuente que origina la desigualdad retributiva o doble escala salarial es una decisión unilateral de la empresa tomada en el ejercicio de su autonomía de la voluntad, consistente en una retribución mucho más favorable que la recogida en el convenio colectivo aplicable e incorporada a los contratos de trabajo existentes hasta la fecha en que la empresa decide modificar el sistema retributivo y sus cuantías para los trabajadores de nuevo ingreso. Las citadas sentencias consideran, además, que no es aplicable es este caso el principio de igualdad que rige sólo para fuentes legales o convencionales.

Interpuesto recurso de amparo por las demandantes, al no ser admitido el recurso de casación por el Tribunal Supremo por falta de contradicción, es admitido y resuelto por la Sala Primera del Tribunal Constitucional, mediante la sentencia 36/2001, de 28 de marzo de 2011 (BOE 28 de abril), en la que ha sido ponente el Magistrado Don Javier Delgado Barrio. En el recurso sólo se somete a examen del Tribunal la violación del derecho a la igualdad y a la prohibición de discriminación por la situación de desigual retribución de los trabajadores en función de la fecha de entrada en la empresa que, además, se aplicaría a contratos temporales, por ser ésta la modalidad de contrato decidida por la empresa a partir de ese momento. La STC citada desestima el recurso de amparo acogiendo los mismos argumentos dados por el juzgador de instancia y por la Sala de Suplicación.

ÍNDICE:

1. LA DECISIÓN UNILATERAL DE LA EMPRESA DE EFECTOS COLECTIVOS COMO FUENTE DE LA DOBLE ESCALA SALARIAL
2. AUTONOMÍA INDIVIDUAL VERSUS AUTONOMÍA COLECTIVA. LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA DE EFECTOS COLECTIVOS EN MATERIA SALARIAL
3. DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA EN EL ÁMBITO DE LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL

1. LA DECISIÓN UNILATERAL DE LA EMPRESA DE EFECTOS COLECTIVOS COMO FUENTE DE LA DOBLE ESCALA SALARIAL

Siendo la doble escala salarial una materia que viene siendo objeto de numerosos pronunciamientos jurisprudenciales ordinarios y constitucionales, el caso que nos ocupa supone como novedad en sede constitucional un sistema de doble escala salarial cuyo origen parece ser una decisión unilateral de la empresa de efectos colectivos, adoptada en el ámbito de la autonomía de la voluntad individual. Hasta ahora los pronunciamientos habidos por el Tribunal Constitucional (TC) en la materia lo han sido respecto de situaciones en las que se producía la desigualdad salarial a través de convenio colectivo, existiendo a día hoy una doctrina con perfiles cada vez más claros y sólidos al respecto, sobre lo que volveremos más adelante. La misma sentencia comentada reconoce expresamente la especial trascendencia constitucional del asunto, en relación con el art. 50.1.b) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional que deriva de “la posibilidad que ofrece para completar y aclarar la doctrina constitucional relativa al contenido y alcance del derecho a la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales, en particular en materia de retribuciones, cuando, como en el presente caso, las diferencias retributivas cuestionadas no tienen su origen en un convenio colectivo, sino en una decisión unilateral del empresario, parece necesario comenzar por recordar las líneas fundamentales de la citada doctrina” (FJ 2).

Se plantea el TC como primera cuestión a analizar, a los efectos de realizar el control de constitucionalidad de la desigualdad retributiva en relación con el derecho a la igualdad consagrado en el art. 14 CE, si el origen de la desigualdad salarial es legal o convencional o el resultado de una decisión unilateral del empresario en el ámbito de su autonomía de la voluntad. Partiendo de los hechos declarado probados por la sentencia de instancia, inalterados por la sentencia que resuelve el recurso de suplicación frente a ésta, STSJ Valencia de 27 de septiembre de 2005, el TC toma como punto de partida de su análisis el de que la naturaleza jurídica de la mejora salarial y del posterior acuerdo celebrado entre la empresa y la representación unitaria sobre revisión de las cuantías, no son fruto de la negociación colectiva de las partes, sino que se trata de un nuevo sistema retributivo para los trabajadores de nueva contratación,

adoptado de forma unilateral por la empresa como acto de mera liberalidad.

La trascendencia de la naturaleza jurídica o la fuente u origen de la mejora salarial es un dato sustancial, ya que de la misma dependerá la posteriormente aplicación al supuesto de hecho del derecho a la igualdad del art. 14 CE o no, o sólo el principio de no discriminación. No tiene acogida, pues, en la sentencia la alegación de los demandantes de amparo de que dicho nuevo sistema retributivo tenía su origen en una pacto colectivo entre la empresa y los representantes de personal de la empresa, con efectos normativos, porque tal alegación no había sido mantenida ni acreditada, no ya en vía constitucional, sino en la propia vía judicial.

Con esta conclusión se da por zanjada la cuestión de la naturaleza jurídica de la mejora salarial o el tipo de fuente de la que proviene la misma. Sobre ello debemos hacer dos observaciones. La primera, que del relato de hechos de la sentencia de suplicación se derivan algunos datos que evidencian una cierta actividad de negociación colectiva entre las partes en relación con el sistema de retribución y sus revisiones anuales, basada sobre todo en un sistema de consultas y forma no escrita de lo decidido –salvo el último de mayo de 2004– desarrollándose así una mezcla de negociación informal con ciertos tintes de prácticas británicas de negociación colectiva. Pero la cuestión del origen convencional de esta mejora o simplemente otorgado por la empresa, no es una materia que debamos cuestionar aquí por no ser el objeto de análisis en la sentencia que comentamos¹.

La segunda observación, mucho más significativa que la anterior desde mi punto de vista, es la de que la sentencia objeto de comentario en ninguno de sus fundamentos se refiere a la calificación de la mejora salarial y la decisión de aplicar una doble escala salarial como una condición más beneficiosa de efectos colectivos, pese a considerar su origen en la autonomía de la voluntad. En efecto, para analizar el origen de la mejora y de la desigualdad retributiva, el alto Tribunal se basa en las palabras textuales de las sentencias del Juzgado de lo Social y del Tribunal Superior de Justicia de las que trae causa –acto de

¹ A favor de la consideración de pacto negociado, en un supuesto similar, se pronuncia la STSJ Cataluña, 16 de abril de 1998, según la cual *“la superior retribución de los trabajadores que ingresaron en la empresa con anterioridad a abril de 1995 no deriva de una decisión unilateral del empresario sino de la existencia de unos pactos para mejorar la remuneración salarial prevista en el convenio, y que como tales pactos deben ser considerados fruto de la negociación colectiva de igual naturaleza jurídica a estos efectos que lo acordado en convenio colectivo. Siendo por supuesto irrelevante que no se encuentren recogidos por escrito, pues lo cierto es que se vienen aplicando de forma inmemorial y con carácter general y colectivo para el conjunto de los trabajadores sin consideración alguna a sus concretas circunstancias personales, o particularidades del puesto de trabajo, lo que impide otorgar a esta situación la calificación de condición más beneficiosa «ad personam» a favor de todos y cada uno de los trabajadores afectados por la supuesta decisión unilateral del empresario que a modo de pura liberalidad reconociera una retribución superior a la del convenio”*.

mera liberalidad que fue adoptado de forma unilateral por la empresa-; y, una vez sentada esta premisa, el TC se refiere a la misma como “decisión de la empresa basada en su autonomía de la voluntad”. Se omite, pues, la utilización del calificativo de condición más beneficiosa, y su carácter colectivo, cuando en varias ocasiones se insiste en que los dos sistemas de retribución aplicados en la empresa –doble escala salarial pura, en función de la fecha de ingreso en la empresa- son más favorables o más beneficiosos para los trabajadores que el contemplado en el convenio colectivo de aplicación, porque la retribución es mucho más elevada en ambas escalas salariales.

Entiendo que ello puede deberse al hecho de evitar entrar en el análisis de una cuestión que podría haber dado como resultado la exigencia de aplicabilidad del canon de la igualdad en el supuesto enjuiciado, esto es, sobre si la condición más beneficiosa puede tener carácter colectivo o, por el contrario, permanece siempre en la esfera contractual individual aunque se aplique a la totalidad de los trabajadores.

Éste, en cambio, no es un debate novedoso, pues tanto en sede doctrinal como jurisprudencial aún sigue en discusión y, como decimos, la sentencia que se comenta no lo menciona, pese a que las alegaciones de las demandantes de amparo podrían haber dado pie, aunque sea de forma indirecta, a entrar en el mismo, pues una de los elementos de discusión es la naturaleza colectiva o no de la fuente que adopta la doble escala salarial. Tampoco es, por otra parte, totalmente criticable la asepsia con la que el TC aborda las cuestiones que se plantean en el recurso, dado que éste parte de la afirmación de existencia de acuerdo colectivo entre las partes –no se plantea como premisa del reproche realizado por las demandantes de amparo la existencia de una condición más beneficiosa que pudiera tener carácter colectivo-, en tanto que los razonamientos del Alto Tribunal niegan tal existencia de pacto colectivo y analiza la desigualdad retributiva en sede de la autonomía de la voluntad individual y el derecho a la igualdad y a la no discriminación del art. 14 CE.

En la sentencia comentada, se entremezclan los aspectos colectivos e individuales relativos al objeto de análisis. En efecto, como hemos dicho, el TC considera que estamos ante un fruto de la autonomía individual, consistente en una mejora que la empresa unilateralmente ha otorgado a los trabajadores sin pacto o convenio que se lo imponga, por lo que dado que depende de la voluntad de la empresa, no tiene carácter colectivo sino individual. Pero por otro lado, esta decisión de la empresa se aplica a un colectivo de trabajadores (que en un principio eran todos los de la empresa, y posteriormente todos los que estaban vinculados con la misma antes de una determinada fecha), y con ella se determinan dos colectivos de trabajadores claramente determinados: los contratados antes de una determinada fecha, a los que se les aplica un determinado sistema de determinación de salarios, y los contratados con posterioridad, a los

que se les aplica otro sistema. Esto resulta contradictorio en sus mismos términos, pero también es necesario para el TC en orden a la consecuencia jurídica que de ello se deduce: a las fuentes colectivas les es de aplicación el principio de igualdad, mientras que a las fuentes no colectivas no se le aplica ese principio de igualdad, sino el más laxo principio de prohibición de discriminación (principio que permite un trato desigual, siempre que ese trato desigual no se base en uno de los motivos típicamente prohibidos por la norma: en razón de raza, sexo, origen, etc).

No obstante, puesto que el alcance del juicio de igualdad y no discriminación está directamente relacionado con la procedencia de la desigualdad de trato, no siendo indiferente a tales efectos que aquélla provenga de la autonomía contractual o de los poderes organizativos del empresario, que la misma proceda de una norma legal o de un convenio colectivo de eficacia normativa², entiendo que es esto lo verdaderamente relevante en una situación como la enjuiciada, sobre todo en supuestos en los que la manifestación y aplicación concreta de la fuente individual en cuestión, pueda incidir en algunos aspectos propios de las fuentes colectivas. Por ello, seguidamente, abordamos algunas cuestiones sobre las relaciones entre ambos ámbitos de la autonomía, la individual y la colectiva, dentro del contexto del asunto enjuiciado.

2. AUTONOMÍA INDIVIDUAL *VERSUS* AUTONOMÍA COLECTIVA. LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA DE EFECTOS COLECTIVOS EN MATERIA SALARIAL

Tomando como punto de partida la premisa sentada por la sentencia que comentamos en relación con que la doble escala salarial en este caso proviene de la autonomía individual de la empresa, sería oportuno, no obstante, hacer una valoración en cuanto a su relación con la esfera colectiva, y si los efectos colectivos de la medida empresarial merecerían o no ser objeto de una exigencia de aplicación del principio de igualdad.

En el asunto enjuiciado, todo el personal docente y administrativo del centro se rige por el V Convenio Colectivo estatal de enseñanza y formación no reglada, con vigencia de enero de 2003 a diciembre de 2005 (publicado en el BOE de 13 de febrero de 2004); en dicho convenio se recogen como retribuciones salariales el salario base –por categorías profesionales- el complemento de antigüedad y otros complementos para categorías funcionales como la de director, subdirector y jefe de estudios. Es de aplicación en todo el territorio

² F. Ballester Laguna, “Condición más beneficiosa y principios de igualdad y no discriminación”, Aranzadi Social (presentación), 2002.

nacional a las empresas del sector y no permite que se negocie en ámbitos inferiores algunas materias, entre las que no se encuentra la retribución del personal³.

Desde el inicio de su actividad, la empresa viene aplicando, según las sentencias de las que trae origen la que comentamos, de forma unilateral y en un acto de mera liberalidad un salario muy superior al establecido en el convenio colectivo de aplicación (más de un 80% de lo establecido en éste) a través de la adopción de un sistema de remuneración tradicional británico basado en escalas salariales en las que los trabajadores iban ascendiendo en función de los años trabajados. Dichas escalas salariales se iban actualizando mediante decisiones empresariales consultadas con los representantes de los trabajadores de la empresa. A partir de 1994, y según la sentencia, por razones económicas de la empresa, ésta decide cambiar el sistema de retribución que hasta ese momento aplicaba, adoptando uno nuevo que sólo sería de aplicación a los trabajadores de nuevo ingreso que, además, sólo serían contratados temporales según decisión de la empresa. El nuevo sistema de retribución para los trabajadores de nuevo ingreso, fijaba también unas retribuciones salariales superiores a las del convenio colectivo pero inferiores a las de los trabajadores contratados con anterioridad a dicho año; ese nuevo sistema fija la retribución no por escalas salariales sino por horas trabajadas.

Si ambos sistemas de retribución en la empresa, no habían sido objeto de negociación colectiva y, por tanto, no se consideran acuerdos de empresa ni pactos colectivos, tal como afirma la sentencia objeto de análisis, sino fruto de la autonomía de la voluntad individual de la empresa, cabría plantearse si dicha calificación jurídica resulta suficiente por sí misma para la no aplicación del derecho fundamental en ciernes –derecho a la igualdad–, sin más cuestionamientos de la legitimidad del ámbito individual para afectar aspectos colectivos de las relaciones laborales o si, por el contrario, el asunto requiere averiguar si la decisión aún tomada individualmente por la empresa presenta aspectos colectivos que habrían de ser tenidos en cuenta para valorar la violación o no del derecho a la igualdad. En definitiva, si el derecho a la igualdad podría ser exigible cuando la empresa adopta reglas o condiciones laborales de forma unilateral y voluntariamente con vocación de generalidad, aplicables al conjunto de trabajadores, en cuanto miembros de un grupo genérico, incluso tomando como punto de partida el principio aceptado jurisprudencialmente de que la autonomía individual de la empresa pueda establecer mejores condicio-

³ Según el art. 1. del citado convenio: En los Convenios de ámbito inferior que pudieran negociarse a partir de la firma del presente Convenio, se excluirán expresamente de su negociación: periodo de prueba, clasificación de categorías profesionales, modalidades de contratación, excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de empresa, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica.

nes de trabajo que las derivadas de la ley o el convenio colectivo –no, en cambio, legitimada para crear unilateralmente condiciones de trabajo colectivas⁴–.

Avanzando, pues, en ese proceso de depuración de licitud y legitimidad de la decisión unilateral de la empresa para decidir mejoras de forma genérica condiciones de trabajo pactadas colectivamente, y en relación con el asunto objeto de la sentencia comentada, habría que concretar el tipo de actuación llevada a cabo por la empresa y si la misma se materializa como un acto de contratación individual en masa o, en caso negativo, en una condición más beneficiosa de efectos colectivos, para, con posterioridad, identificar la existencia o no de aspectos colectivos afectados.

La forma en cómo se produce en este caso la implantación de la doble escala salarial para los trabajadores de nuevo ingreso, no modificándose el sistema que regía para los que ya estaban contratados, hace que el supuesto se aleje de su consideración como “contratación individual en masa”, ya que no se trata de pactar un cambio de una condición de trabajo vigente, o de pactar en contrato individual una condición de trabajo nueva, en una relación contractual vigente, sino de modificar una condición de trabajo que se adoptó como decisión unilateral de la empresa, de aplicación sólo a los futuros contratos que se celebren, por lo que no se está modificando una condición de trabajo una relación laboral vigente. Si fuera así, la respuesta vendría dada por la aplicación de la doctrina constitucional sobre la ilicitud de la contratación individual en masa⁵, y por la necesidad de llevar a cabo tal cambio o modificación a través del procedimiento del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores⁶.

Como matización de lo anterior, no obstante, entiendo que la decisión inicial de aplicar un sistema retributivo a todos los trabajadores diferente al establecido en el convenio colectivo, sí podría considerarse tal contratación individual en masa porque no se trataría sólo de incrementar los salarios, sino de establecer un sistema salarial diferente, que tendría en cuenta la antigüedad del trabajador de modo diferente al establecido en el convenio colectivo, aun-

⁴ Vid. En este sentido la STC 107/2000 y 225/2010, en las que se niega esta posibilidad de crear condiciones de trabajo colectivas al ámbito individual por suponer un desconocimiento del derecho a la negociación colectiva.

⁵ STC 105/1992, “que zanjó la posibilidad de un uso «masivo» de la autonomía individual como mecanismo de sustitución de la negociación”, M. F. Fernández López, “Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones”, Revista de Trabajo y Bienestar Social, Temas Laborales, 76/2004, p. 168.

⁶ En este sentido se pronuncian las sentencias de TSJ C. Valenciana de 13 enero de 2009, JUR 2009\252855; TSJ Cataluña de 28 julio de 2007, AS 2007\904; y del mismo tribunal la sentencia de 16 de febrero de 2005, AS 2005\1320; TSJ País Vasco, de 1 octubre 2002. AS 2003\2188; TSJ Navarra de 1 de 31 diciembre. AS 2002\165; entre otras.

que suponga a su vez un incremento considerable de los salarios⁷; pero abordar aquí esa cuestión nos haría alejarnos del tema enjuiciado en la sentencia objeto de comentario.

Por tanto, descartando la posibilidad de que estemos ante una contratación individual en masa, la concreción jurídica de lo que la sentencia del Alto Tribunal denomina ‘autonomía de la voluntad individual de la empresa’ sería la de condición más beneficiosa de efectos colectivos. En este caso se cumplirían los requisitos jurisprudenciales para ser considerada como tal ya que al tratarse de una materia cuantificable se puede observar claramente el mayor beneficio para los trabajadores⁸, existiendo la voluntad empresarial de conceder la mejora⁹, aplicada durante años por igual a todos los trabajadores de la empresa, dicha condición laboral, en este caso el sistema retributivo y su cuantía, tiene su origen en la concesión unilateral y se incorpora, por la regularidad en su disfrute y la persistencia en el tiempo, al nexo contractual¹⁰.

Siendo así, esta manifestación de la autonomía individual permitiría a la empresa disponer de su otorgamiento o no a las nuevas contrataciones, que es lo que sucede en el caso enjuiciado a través de una modificación de las cuantías salariales para los trabajadores de nuevo ingreso, sin que a este ámbito individual de las relaciones laborales privadas, según la jurisprudencia ordinaria y constitucional, le sea de aplicación el principio de igualdad, aunque sí el de prohibición de discriminación.

Esta es la posición que mantiene el TC en la sentencia que comentamos, en la que se argumenta sobre la eficacia del principio de la autonomía de la voluntad y su subsistencia en el ámbito de las relaciones laborales, pese a estar fuertemente limitado. Es esa eficacia, según la sentencia, en relación con el

⁷ En este sentido, cabe recordar que la STC 107/2000 anula la contratación individual en masa llevada a cabo por la empresa, pero curiosamente deja vigente la ventaja jurídica que la misma conllevaba.

⁸ El tratamiento de favor para el trabajador o trabajadores afectados por la regulación contractual, entendida como ventaja jurídica es uno de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para considerar la existencia de condición más beneficiosa. En este sentido la STS 12 de enero de 1978, RJ 1978/ 123.

⁹ Según el TS ni es suficiente con que el beneficio se disfrute reiteradamente en el tiempo, ni es precisa esa nota de duración o permanencia para que exista la obligación; lo esencial radica en determinar si ha habido un acto de voluntad empresarial de obligarse para el futuro. Vid. Las SSTS de 18 de septiembre de 2001, RJ 2002, 590; 30 de mayo de 2001, RJ 2001, 5457; 19 de marzo de 2001, RJ 2001, 4104; 29 de marzo de 2000, RJ 2000, 3134; 25 de octubre de 1999, RJ 1999, 8402; 30 de diciembre de 1998, RJ 1999, 454; 27 de mayo de 1998, RJ 1998, 4933; 11 de marzo de 1998, RJ 1998, 2562; 31 de mayo de 1995, RJ 1995, 4012; 25 de enero de 1995, RJ 1995, 410; 21 de febrero de 1994, RJ 1994, 1216; 20 de diciembre de 1993, RJ 1993, 9974; entre otras.

¹⁰ Vid. entre otras, SSTS de 9 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 8029); STS de 8 de julio de 1996 (RJ 1996, 5761); STS de 17 de septiembre de 2004 (RJ 2004, 8276). Sobre los requisitos jurisprudenciales de la condición más beneficiosa, vid. T. Díaz Arnarte, “El debate en torno al origen legítimo de condiciones más beneficiosas”, *Aranzadi Social* 55/2009.

principio de igualdad en materia retributiva la que deja un margen en el que el acuerdo privado o la decisión unilateral del empresario, en ejercicio de sus poderes de organización de la empresa, puede libremente disponer la retribución del trabajador, respetando los mínimos legales o convencionales. En la medida, pues, en que la diferencia salarial no tenga un significado discriminatorio, por incidir en alguna de las causas prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los trabajadores, no puede considerarse como vulneradora del principio de igualdad¹¹

Pero con la aplicación de esta doctrina, sin más cuestionamientos, la sentencia obvia entrar en los posibles aspectos colectivos que se pueden derivar de una condición más beneficiosa de efectos colectivos. En efecto, la sentencia parte de que la condición de que estamos hablando es fruto de la autonomía de la voluntad de carácter individual, y aplica a su enjuiciamiento los parámetros propios de los contratos privados, también admisibles, con sus limitaciones, en el Derecho del Trabajo. Dado que, como contrato privado, no vulnera el convenio colectivo, porque lo mejora, las partes son libres de establecer su contenido y su alcance, siempre que no se produzca una discriminación (entendida ésta como un trato desigual basado en una causa prohibida expresamente por el ordenamiento jurídico).

Este argumento sería admisible si realmente se tratase de una condición más favorable establecida a favor de uno o unos pocos trabajadores concretos, caracterizados individualmente. Pero entiendo que no es el caso; la condición más favorable de la que hablamos es algo que afecta a todos los trabajadores de la empresa (en un momento anterior a la decisión de la empresa que establece la diferenciación), y que en consecuencia, cada uno de los trabajadores de la misma puede exigir su cumplimiento para sí mismo, argumentando que es una condición de trabajo aplicable a todos los trabajadores, es decir, colectiva.

Después del momento de la diferenciación (es decir, de la decisión de la empresa que produce la diferenciación) el asunto sigue siendo colectivo, puesto que existen dos grupos de trabajadores con condiciones de trabajo distintas entre sí, entre los grupos, pero no distintas entre los miembros de cada uno de los grupos. Es decir existen dos grupos indiferenciados o genéricos de trabajadores, identificables por su pertenencia a cada uno de los grupos; el aspecto colectivo del tema tratado aparece claramente.

Por añadidura, este aspecto colectivo es lo que convierte en adecuado el procedimiento seguido en la instancia (el de conflicto colectivo, no el de reclamaciones individuales o plurales), aceptado implícitamente por los órganos jurisdiccionales en tanto no se ha rechazado por inadecuación de procedimien-

¹¹ Con cita de otras SSTC 34/1984, de 9 de marzo, FJ 2; 2/1998, de 12 de enero, FJ 2; 74/1998, de 31 de marzo, FJ 2; 119/2002, de 20 de mayo, FJ 6, y 39/2003, de 27 de febrero, FJ 4.

to, pero al entrar en el fondo del asunto, éste se ve sólo desde el prisma de la autonomía individual y es analizada sólo con técnicas propias de la autonomía individual una situación que es realmente colectiva, y que debería ser analizada con técnicas propias de la autonomía colectiva. Lo aplicable al supuesto comentado no debería ser sólo la prohibición de discriminación, sino también el principio de igualdad.

No es una cuestión cerrada las interferencias que se producen entre las fuentes de la relación laboral, como puede ser la relación ley convenio colectivo o, como en la materia analizada aquí, entre la autonomía colectiva y la autonomía individual. Prueba de ello es la permanente judicialización de la materia, con amplia casuística. En particular, la relación entre negociación colectiva y condición más beneficiosa ha dado lugar a una cambiante jurisprudencia al respecto y, en lo que aquí interesa destacar, por lo que se refiere al carácter colectivo o no de las condiciones más beneficiosas de efectos colectivos¹², y es que son numerosos los interrogantes jurídicos que plantea esta materia; basta observar su ya complejo origen histórico y posterior evolución en los que no nos podemos detener aquí¹³.

El carácter colectivo o no de la condición más beneficiosa de efectos colectivos es algo todavía objeto de análisis doctrinal y jurisprudencial, que en un ejercicio de simplificación vendría a consistir en que admitir su carácter colectivo supondría situarnos en la esfera de la negociación colectiva lo que impediría un ámbito propio, por muy reducido que sea, a la fuente individual, pero a su vez negar la existencia de aspectos colectivos en las condiciones más beneficiosas supone o puede suponer que el ámbito individual sea un espacio de fijación o modificación de reglas colectivas, siempre que no impidan el desarrollo paralelo de la negociación colectiva, asumiendo así lo que no es competencia de este ámbito individual, pero por enmarcarse dentro del mismo incluso sus efectos colectivos quedan atrapados en él.

Pero más allá de la solución a esta compleja relación, que en su mayor parte habrá de ser casuística, entiendo que estando en juego la aplicación de los derechos fundamentales se debería evitar la tendencia a dar soluciones jurídicas únicas y cerradas y, lo que es peor, a mantenerlas congeladas, cuando se trata de interpretar situaciones fácticas cuyo desarrollo y evolución en la práctica caminan más deprisa que su sistematización jurídica.

La condición más beneficiosa, siendo el producto de una fuente individual y negándole en todo caso su carácter de fuente colectiva, no obstante puede

¹² Sobre la materia y la jurisprudencia del TS al respecto, véase el clarificador estudio elaborado por M. A. Falguera Baró, *La dobles escalas salariales en función de la fecha de ingreso del trabajador y el derecho a la igualdad*, Editorial Bomarzo, 2007, con cita en este punto de las SSTS de 18-09-2000, RJ 2000/7645; 23-09-2003, RJ 2003/8378; 28-04-2005, RJ 2005/5727; entre otras.

¹³ Al respecto, vid. la ilustrativa STS 30/12/1998, RJ 1999/454, que relata dicho origen y evolución.

tener consecuencias colectivas que habrán de ser examinadas en cada caso a la luz de los parámetros propios del ámbito colectivo y no individual. Un ejemplo de ello lo tenemos en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores cuando a las decisiones unilaterales de la empresa de efectos colectivos se le aplican criterios colectivos para su modificación. Esto es, una solución específica para una situación específica, sin necesidad de acudir a calificaciones abstractas y generales.

3. DERECHO A LA IGUALDAD Y A LA NO DISCRIMINACIÓN RETRIBUTIVA EN EL ÁMBITO DE LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL

La consecuencia de observar la autonomía individual de la voluntad en toda su extensión, y en todo caso, dentro de parámetros individuales, por más que en ocasiones se despliegue con unos efectos de generalidad, hace que en este caso el control de constitucionalidad de la medida empresarial no se pueda llevar a cabo por la aplicación de la doctrina constitucional -coincidente con la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo- de la no aplicación del principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE, “Dado que en el presente supuesto no nos encontramos en presencia de una diferencia de trato establecida por la Ley o por el producto normativo resultante del ejercicio de la autonomía colectiva, el análisis de la desigualdad salarial denunciada habrá de realizarse desde la prohibición de discriminación, en la medida en que quepa apreciar que tal desigualdad responde a alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o el Estatuto de los trabajadores o a un criterio de intrínseca inadmisibilidad constitucional análogo a la de los allí contemplados” (FJ 4).

Es en la sede del principio de prohibición de discriminación en el que la sentencia comentada examina si la medida empresarial es adoptada de forma discriminatoria, por algunas de las causas que recogidas en el art. 14 CE, o en el art. 17 del Estatuto de los Trabajadores, llegando a la conclusión de que no existe discriminación por ninguna de estas causas, ya que “una diferencia salarial basada en la fecha de contratación no puede considerarse incurso en alguna de las causas de discriminación prohibidas por la Constitución o por la ley. En efecto, ni se trata de una de las causas listadas en el art. 14 CE o en el art. 17 LET, ni constituye un factor de discriminación análogo a los expresamente contemplados en dichos preceptos, encuadrable en la cláusula genérica del art. 14 CE referida a «cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (FJ 5).

Este pronunciamiento constitucional no viene a significar un cambio o giro en la doctrina elaborada hasta ahora por el TC en materia de doble escala

salarial¹⁴, toda vez que dicha doctrina se viene desarrollando hasta ahora en situaciones de desigualdades salariales producidas en el ámbito de normas pactadas o convencionales, por lo que se podría afirmar que, más bien, la ahora analizada es continuista de dicha doctrina.

Pero, por otro lado, tampoco podemos extraer como conclusión que todo caso de doble escala salarial cuyo origen se encuentre en el ámbito de la autonomía de la voluntad individual, por mor de una condición más beneficiosa de efectos colectivos, la respuesta constitucional haya de ser la de no vinculación del principio de igualdad, aunque sí el de prohibición de discriminación. Y ello porque el recurso que resuelve la sentencia 36/2011 parte de la premisa, incorrecta según los autos, de que la doble escala salarial se establece en un pacto colectivo. De haberse probado tal alegación, sin duda el Alto Tribunal habría entrado a valorar el grado de cumplimiento del derecho a la igualdad en la adopción de la medida salarial diferenciadora, ya que “ni la autonomía colectiva puede, a través del producto normativo que de ella resulta, establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diversificadora debe poseer para resultar conforme al art. 14 CE, ni en ese juicio pueden marginarse las circunstancias concurrentes a las que hayan atendido los negociadores, siempre que resulten constitucionalmente admisibles”¹⁵.

¹⁴ Sobre dicha doctrina constitucional en materia de doble escala salarial, véase M. A. Falguera Baró, *La dobles escalas salariales en función de la fecha de ingreso del trabajador y el derecho a la igualdad*, Editorial Bomarzo, 2007; F. J. Gualda Alcalá, “Una aproximación a la reciente doctrina constitucional sobre la doble escala salarial”, *Revista de Derecho Social* 20/2002; J. Luján Alcaraz, “Dobles escalas salariales”, *Aranzadi Social* 11/2005; M. A. Luelmo Millán, “La doble escala salarial en la negociación colectiva”, *Aranzadi Social* 2005; entre otros.

¹⁵ STC 27/2004, de 4 de marzo, FJ 4.

SOBRE EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

Sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de marzo de 2011

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS
JUAN JOSÉ PLAZA ANGULO*

SUPUESTO DE HECHO: La actora presentó demanda contra el INSS, la TGSS y la empresa pública Hospital Costa del Sol, por la decisión de no concederle la prestación de riesgo durante la lactancia natural, que le fue denegada bajo la motivación de no existir razones técnicas u objetivas que puedan impedir un cambio de puesto o funciones compatibles. Desestimada la pretensión en la Sentencia de instancia y previo recurso de suplicación, en nueva Sentencia de 4 de marzo de 2010 (TSJA-Málaga), se estimará el derecho de la trabajadora.

Por el Juzgado de lo Social se declararon como hechos probados los siguientes: 1) que la actora trabaja como enfermera en el Hospital Costa del Sol en el Servicio de consultas externas; 2) el Hospital Costa del Sol manifiesta la no existencia de otro puesto de trabajo compatible con el estado de la actora; 3) por certificado Médico Evaluador de la Unidad Médica del EVI se afirma que las condiciones del puesto de trabajo, y de los riesgos específicos que se derivan del mismo, pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora o del hijo.

RESUMEN: El INSS interpone recurso de casación por unificación de doctrina alegando a efectos de contraste otra sentencia, del mismo Tribunal, Sala y Sede, pero de 26 de noviembre de 2009. El recurso será estimado por el Tribunal Supremo, con un razonamiento en el que argumenta que, si bien de forma genérica existen riesgos en los puestos de trabajo sanitarios como el de la demandante, sin embargo, en este caso concreto no se ha demostrado la existencia de riesgos específicos y relevantes en relación con la actividad de la trabajadora y su situación de lactancia natural, debidamente descritos, valorados y acreditados, en la forma que se desprende del artículo 26,1, en relación con el 16 LPRL, lo que impide a su vez conocer si realmente existen o no otros puestos exentos de riesgo para la lactante a efectos de su asignación y, eventualmente, agotadas las previsiones del artículo 26 LPRL, acordar la suspensión del contrato de trabajo en base a lo establecido por el art. 48,5 ET.

* Profesor TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y Profesor de Organización Empresarial, respectivamente

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. MARCO NORMATIVO DE LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL
3. REQUISITOS DE ACCESO A LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL
4. EN ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL Y LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

1. INTRODUCCIÓN

Las condiciones de trabajo en las que se desarrolla la prestación laboral de la mujer trabajadora siempre han merecido una especial atención para el Derecho del Trabajo. La razón de esta protección reside en que se entiende que determinadas actividades pueden presentar un riesgo específico en determinadas situaciones naturales de la mujer como el embarazo o la lactancia. El embarazo es un estado fisiológico de la mujer y no una enfermedad, por lo que la mayoría de las mujeres trabajan durante el embarazo y reanudan su actividad profesional durante el periodo de lactancia¹.

La constatación de los riesgos que de forma diferenciada afectan a la salud de la mujer respecto de los trabajadores ordinarios conlleva la protección específica que se brinda a aquélla por medio del tratamiento normativo aplicable ante las situaciones de riesgo durante el embarazo y de riesgo durante la lactancia, que es la situación que nos ocupa. Así, la trabajadora durante la situación de lactancia natural es especialmente sensible, situación en la que las condiciones de un puesto laboral que inicialmente no generaban riesgos, pasan a generarlos por cambio en las características fisiológicas de la trabajadora.

El reconocimiento explícito en la legislación española de la situación de riesgo especial durante el embarazo y el periodo de lactancia natural es de trascendental importancia y conlleva, además, en determinados supuestos el acceso a la prestación de riesgo durante lactancia natural. En los últimos años se produce un importante avance normativo a este respecto y la Ley orgánica 3/2007 modifica la naturaleza de la prestación económica en el caso de la suspensión del contrato por riesgo de embarazo o lactancia, reconociendo esta prestación como derivada de contingencia profesional. Teniendo en cuenta que hasta dicha norma la situación de riesgo durante la lactancia natural no llevaba aparejada una prestación económica del sistema de Seguridad Social.

Esta situación es definida como la condición en la que se encuentra la trabajadora durante el período de suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia natural, cuando debiendo cambiar de puesto de trabajo, por influir

¹ Rodríguez Ortiz, B. (2010): Características de la prestación por riesgo durante el embarazo y/o la lactancia en Madrid de 2000 a 2008. En, Medicina del Trabajo. Revista de la Asociación Española de Especialistas en Medicina del Trabajo. Vol. 18, nº1, abril 2009.

éste negativamente en su salud o en la del lactante, a otro compatible con su estado, dicho cambio no resulte posible o no pueda exigirse por motivos justificados.

La STS de 17 de marzo de 2011, rec. 1864/2010, trata sobre la situación de una trabajadora que estando en situación de lactancia natural solicita la prestación por riesgo durante lactancia natural ante la imposibilidad de cambiar de puesto de trabajo dentro de la empresa cuando existe una evaluación de riesgos que identifica una serie de potenciales riesgos para su salud y la de su hijo. Leída la sentencia y los fundamentos de derecho expuestos por el Tribunal, en este comentario abordamos el asunto desde un punto de vista concreto: la defensa del derecho a la protección de la salud de la propia trabajadora y de su hijo.

Para ello, comenzamos con exponer el actual marco normativo de la prestación por riesgo durante la lactancia natural para, posteriormente, centrarnos en los requisitos de acceso y demás características de esta prestación. Por último, y constituyendo nuestra defensa central, desarrollamos un apartado en el que exponemos nuestros razonamientos jurídicos sobre el derecho a la prestación de riesgo durante lactancia natural y el derecho a la protección de la salud de la trabajadora y de su hijo, como eje central que debiera prevalecer dentro del régimen jurídico de la prestación. Supone nuestro punto de vista una crítica a las imperfecciones del marco jurídico actual y a la parcial interpretación que la jurisprudencia del TS ha llevado a cabo a día de hoy.

2. MARCO NORMATIVO DE LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

El marco normativo de la prestación por riesgo durante la lactancia natural no es excesivamente amplio, aunque, como suele ser frecuente en multitud de aspectos del Derecho del Trabajo o del Derecho de la Seguridad Social, se encuentra dispersado por distintas normas.

Para comenzar nos dirigimos a los orígenes de la protección de la mujer embarazada. El origen de la protección de la salud de la mujer trabajadora embarazada en el Convenio núm. 3 de la OIT de 1919 sobre protección de la maternidad, revisado por el Convenio núm. 183 de 2000², en base a la necesidad de seguir promoviendo la seguridad y la salud de la madre y del niño y de

² El artículo 3 impone a todo Estado miembro, previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, adoptar las medidas necesarias para garantizar que no se obligue a las mujeres embarazadas o lactantes a desempeñar un trabajo que haya sido determinado por la autoridad competente como perjudicial para su salud o la de su hijo, o respecto del cual se haya establecido mediante evaluación que conlleve un riesgo significativo para la salud de la madre y del hijo.

brindar protección al embarazo, tratando de promover la elaboración por parte del legislador de una lista que, a priori, determine las actividades que generan riesgos para la mujer embarazada o en período de lactancia

Por otro lado, hemos de decir que la Constitución Española reconoce en su art. 15 como Derecho fundamental el derecho a la vida y a la integridad física y moral. Además, en su art. 43 dota de protección constitucional al derecho a la protección de la salud y encarga directamente a los poderes públicos, en su art. 40.2, que velen por la seguridad e higiene en el trabajo. Preceptos que han de servirnos para realizar una correcta interpretación de las normas referidas a la protección durante la lactancia natural.

Si atendemos a la normativa comunitaria, encontramos la Directiva 92/85/CEE, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia. Se trata de la principal norma europea relativa a la prevención de los riesgos por maternidad. Establece los criterios de referencia para promover la prevención y protección de la salud frente a los riesgos para la maternidad, así como una clara definición de las posibles situaciones en relación a la protección del embarazo y la lactancia. Igualmente incluye una relación no exhaustiva de los agentes, procedimientos y condiciones de trabajo de riesgo.

La Directiva 92/85/CEE, distingue tres situaciones relacionadas con la protección de la maternidad: trabajadora embarazada, trabajadora que ha dado a luz y trabajadora en período de lactancia. Dicha Directiva ha sido transpuesta a la normativa española mediante la normativa que apuntaremos a continuación.

Así, nos encontramos en primer lugar con la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL). En sus artículos 25 a 27 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, configuran lo que podemos describir como protección por razones subjetivas, es decir, aquellos supuestos en los que las situaciones personales específicas requieren una regulación complementaria. El art. 26 establece las obligaciones que debe cumplir el empresario para asegurar la protección de la maternidad en el centro de trabajo.

Por otro lado, la Ley 39/1999 para la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras y el, actualmente derogado, Real Decreto 1251/2001 por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo, concretan en el reconocimiento de una nueva prestación de la Seguridad Social: la incapacidad temporal derivada de riesgo durante el embarazo.

Por su parte, la Ley orgánica 3/2007 de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, da un paso más, modificando algunos aspectos de la prestación de riesgo durante el embarazo y creando la prestación de incapacidad tempo-

ral derivada de riesgo durante la lactancia natural. Así, reconoce expresamente esta última como causa de suspensión con derecho a prestación, incrementa el subsidio al 100% de la base reguladora de la Incapacidad Temporal por contingencias profesionales y elimina el periodo de carencia exigido para el acceso a la prestación, al considerar ambas situaciones contingencias profesionales.

La Ley de Igualdad establece asimismo, la nulidad en los casos de despido por causas objetivas y disciplinarias en los supuestos de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo y la lactancia natural. Esta Ley establece también el derecho al disfrute de vacaciones en fecha distinta a cuando se produzca el riesgo durante la lactancia natural, cuando coincida con el periodo de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa.

Tras la introducción realizada por la LO 3/2007, de Igualdad, el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, recoge la descripción de la situación en su art. 135 bis y la prestación económica en su art. 135 ter.

Por otro lado, el Real Decreto 298/2009 de 6 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, y el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, ha supuesto una redefinición de la prestación, fundamentalmente del riesgo durante la lactancia natural, concretando algunos aspectos que venían siendo necesarios para el completo desarrollo normativo de la prestación.

El RD 298/2009, de 6 de marzo, introduce modificaciones en relación con los riesgos, incorporando dos nuevos Anexos VII y VIII, y ampliando la lista no exhaustiva de riesgos publicada en la Directiva Europea. Por su parte, el RD 295/2009, de 6 de marzo, introduce modificaciones entre las que cabe destacar: la interrupción del embarazo como causa de extinción de la prestación, que no venía reflejada anteriormente, y la obligación de la trabajadora y de la empresa de comunicar a la entidad gestora cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del subsidio. Introduce, además, el reconocimiento del derecho a la prestación a partir de unas determinadas semanas de gestación, indicando a la interesada, si procede, la fecha a partir de la cual podrá reconocerse la prestación, teniendo en cuenta el certificado médico de riesgo, y la evolución del estado de gestación en relación con el riesgo específico.

Por último, cabe señalar que el Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, Texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (art. 13), establece que el incumplimiento de las normas específicas en

materia de protección de la seguridad y salud de las trabajadoras durante los periodos de embarazo y lactancia, está tipificado como infracción muy grave.

3. REQUISITOS DE ACCESO Y CARACTERÍSTICAS DE LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

Examinado el marco legal donde nos movemos, nos centramos en la prestación en sí y los condicionantes para su obtención.

Así pues, cuando en una empresa se evalúen los riesgos laborales, la misma comprenderá la determinación de la naturaleza, el grado y duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o lactancia natural, a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto o hijo, e cualquier actividad susceptible de sufrir un riesgo específico³.

La prestación por riesgo durante la lactancia natural encuentra su razón de ser como situación protegida en el período de suspensión del contrato de trabajo o de interrupción de la actividad de las trabajadoras en los supuestos en que, debiendo la trabajadora cambiar de puesto de trabajo, por la existencia de determinados riesgos que puedan influir negativamente en su salud o en la de su hijo, dicho cambio no resulte objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

Como se ha comentado en el apartado anterior, el art. 135 bis⁴ y 135 ter⁵ LGSS se encargan de regular esta prestación. El texto de estos artículos es bastante exiguo/reducido y utiliza la técnica legislativa de remisión para dar contenido a diversas cuestiones. Así pues, nos remiten directamente a la regulación de la prestación por riesgo durante el embarazo (art. 135 LGSS) y éste a su vez completa la información propia con el mandato de acatar lo estipulado en la regulación de la incapacidad temporal por contingencias profesionales (art. 128 y ss. LGSS).

³ Para ampliar, ver Álvarez Cortés, J. C. (dir.) (2008): Las prestaciones Económicas de la Seguridad Social. CEES. Salamanca.

⁴ Artículo 135 bis LGSS. "Situación protegida: A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el art. 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

⁵ Artículo 135 ter LGSS: "Prestación económica: La prestación económica por riesgo durante la lactancia natural se concederá a la mujer trabajadora en los términos y condiciones previstos en esta Ley para la prestación económica por riesgo durante el embarazo, y se extinguirá en el momento en que el hijo cumpla nueve meses, salvo que la beneficiaria se haya reincorporado con anterioridad a su puesto de trabajo anterior o a otro compatible con su situación.

En cualquier caso, podrán acceder a esta prestación las trabajadoras por cuenta ajena y las trabajadoras por cuenta propia que:

- Estén en situación de lactancia natural de un hijo menor de nueve meses.
- Estén afiliadas y dadas de alta en la Seguridad Social y, en el caso de las trabajadoras autónomas deberán estar al corriente del pago de las cuotas. No se exige periodo de carencia al tratarse de una prestación derivada de contingencias profesionales.
- Desempeñen un puesto de trabajo que pueda afectar negativamente a su salud y/o a la de su hijo.
- La existencia de riesgo durante la lactancia haya sido certificado por los servicios médicos de la entidad gestora o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.
- La empresa suspenda el contrato de trabajo por imposibilidad de adaptación o por la inexistencia de un puesto de trabajo exento de riesgo.

Es precisamente, en el modo en que han de cumplirse estos requisitos, es sobre lo que versa la STS de 17 de marzo de 2011 que nos ocupa. Concretamente se refiere a la necesidad de la existencia de una serie de riesgos concretos para el puesto en cuestión, no siendo suficiente con la posible existencia de riesgos genéricos, aún cuando hayan sido certificados por el Médico Evaluador de la Unidad Médica del EVI. De ello nos ocuparemos detenidamente en el siguiente apartado de este comentario.

Continuando con la caracterización de esta prestación, la gestión de esta prestación corre a cargo de la entidad gestora (INSS o ISM) o Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social que cubra las contingencias profesionales de la empresa, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas⁶. El pago se realizará por meses vencidos y la obligación de cotizar continuará durante su disfrute⁷

En cuanto a la cuantía de la prestación, será del 100% de la base reguladora de la incapacidad temporal por contingencias profesionales⁸. El derecho a la prestación económica comienza el mismo día en que se inicie la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia (para las trabajadoras por cuenta ajena) y el día siguiente a que los servicios médicos emitan el certificado que acredite que las condiciones de la actividad laboral influyen negati-

⁶ Para ampliar, ver Álvarez Cortés, J. C. (dir.) (2008): Las prestaciones Económicas de la Seguridad Social. CEES. Salamanca.

⁷ Conforme a lo establecido por el art. 106.4 LGSS y art. 13.2 RD 2064/1995.

⁸ Es decir, la base de cotización por contingencias comunes del mes anterior dividida por 30 (carácter mensual) o número de días del mes (carácter diario) más las horas extraordinarias del año inmediatamente anterior entre 365 (art. 13.1 y 4 D 1646/72).

vamente en la salud de la trabajadora o del hijo lactante (para las trabajadoras autónomas).

Además, no procederá el reconocimiento de la prestación económica de riesgo durante la lactancia natural en tanto no se haya extinguido el período de descanso por maternidad.

En cuanto a las causas de extinción de esta prestación, encontramos las siguientes:

- Finalización de la lactancia natural.
- Cuando el hijo cumpla 9 meses.
- Reincorporación a su puesto de trabajo por cesar las causas de incompatibilidad, o a puesto distinto compatible con su estado de embarazo o lactancia natural.
- Extinción del contrato de trabajo o causar baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.
- Fallecimiento de la trabajadora o del lactante.

El derecho a la prestación podrá ser denegado, anulado o suspendido cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar la prestación, o cuando realice cualquier trabajo o actividad, bien por cuenta ajena o por cuenta propia, iniciado con posterioridad a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, incompatible con su estado.

Llegados a este punto, insistimos en que la prestación por riesgo durante la lactancia natural se concederá única y exclusivamente cuando se cumplan todos los requisitos, ya que es un derecho que tiene la trabajadora en situación de lactancia natural siempre que no exista en la empresa ningún puesto de trabajo que garantice la seguridad para la madre o el hijo. Incluso, atreviéndonos a formular un juicio de valor y en función de la interpretación ofrecida por el Tribunal Supremo, esta prestación puede no ser concedida aún cuando se cumplan los requisitos descritos en la norma, pues, como se desprende de la sentencia que nos ocupa, parte de estos requisitos dependen directamente de la evaluación de riesgos ofrecida por el empleador. Aspecto totalmente incontrolable por la trabajadora y que la lleva a una posición de franca desprotección frente al ejercicio de su derecho. De hecho, el propio INSS reconoce que “la identificación de los riesgos laborales es obligación de los servicios de prevención”⁹.

El proceso se iniciará cuando la trabajadora comunique a su empresa la situación de lactancia natural para que, de conformidad con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, adopte las medidas preventivas oportunas. Si a pesar de tomar esas medidas se considera que continua existiendo riesgo, la trabajadora podrá solicitar que los servicios médicos de la entidad gestora o la mutua certifiquen si las condiciones de su puesto de trabajo pueden perjudicar

⁹ En, Instituto Nacional de la Seguridad Social (2010): Orientaciones para la valoración del riesgo laboral durante la lactancia natural. AEP. Navarra.

su salud o la de su hijo. Si fuere así, la empresa deberá ubicar a la trabajadora en un puesto de trabajo compatible con su estado y que no entrañe riesgo alguno para su salud o la de su hijo. El procedimiento para el cambio será el de la movilidad funcional (art. 26.2 LPRL)¹⁰. En caso contrario, la trabajadora podrá solicitar la suspensión del contrato de trabajo¹¹ y, con esta, la prestación por riesgo durante la lactancia.

En lo que refiere a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo¹², si bien formalmente se presenta como institución de suspensión contractual, materialmente nace como medida preventiva para preservar la seguridad y salud de la trabajadora y del feto frente a los riesgos laborales presentes en el puesto de trabajo ocupado por aquélla, formando parte, por tanto, del complejo derecho de la trabajadora a su protección eficaz en materia de seguridad y salud laboral (art. 14.1 LPRL).

4. EN ESPECIAL SOBRE EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL Y LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

La STS de 17 de marzo de 2011 viene a tratar un tema muy interesante y, además, relativamente reciente, como es el derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia natural. Pues no debemos olvidar, ni perder de vista en momento alguno, que en el fondo de la cuestión estudiada por el TS se encuentran las condiciones de acceso y, más concretamente, las facilidades o trabas (dependiendo del prisma desde el que miremos) existentes para el ejercicio de este derecho.

Tal como puede leerse en los antecedentes de hechos, la actora, ATS de hospitalización-oncología del Hospital Costa del Sol, solicita al INSS la prestación de riesgo durante la lactancia natural, siendo esta denegada por no existir,

¹⁰ Según el artículo 26.2 LPRL, «el cambio de puesto o función se llevará de conformidad con las reglas y criterios que se apliquen en los supuestos de movilidad funcional, y tendrá efectos hasta el momento en que el estado de salud de la trabajadora permita su reincorporación». Sobre la base de esta medida se sigue la preferencia por una modificación poco importante y similar a la acordada por la empresa en virtud del *ius variandi* ordinario: dentro del mismo grupo o categoría equivalente, respetando las exigencias de titulación académica, y los límites generales a la movilidad funcional de no menoscabar la dignidad del trabajador y sin perjuicio de la formación y promoción profesional.

¹¹ El art. 45 ET en su apartado primero enumera los supuestos de suspensión del contrato de trabajo, estando el riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses recogido en la letra d).

¹² Conviene recordar que la LPRL, antes de la LEY 39/1999, no contemplaba solución jurídica alguna ante el hecho de que no fuera posible el cambio de la trabajadora embarazada a un puesto compatible con su estado.

según el INSS, razones técnicas u objetivas que puedan impedir un cambio de puesto. Sin embargo, el propio Hospital Costa del Sol expresa la no existencia de otro puesto de trabajo compatible con el estado de la trabajadora. Además, el certificado del Médico Evaluador de la Unidad Médica del EVI afirma que las condiciones del puesto de trabajo definido por la empresa para la actora, y los riesgos específicos que se derivan del mismo, pueden influir negativamente en la salud de la trabajadora o de su hijo.

Es decir, que a priori, y leídos los hechos que se dan por probados, vemos como la trabajadora debería tener derecho a la suspensión del contrato de trabajo y a recibir la prestación correspondiente, pues se cumplen los requisitos exigidos en la norma, y que hemos visto en el apartado anterior: existencia de riesgo en su puesto, imposibilidad de ocupar otro puesto exento de riesgo y estar afiliada o en alta a la Seguridad Social. Sin embargo, ¿por qué el TS estima que no tiene derecho a recibir dicha prestación?

La interpretación del TS, que toma como bueno el razonamiento de la sentencia de contraste¹³, se basa en la prueba de la existencia de “*riesgos específicos y relevantes en relación con la actividad de la trabajadora y de la situación de lactancia natural*”. Para el TS es imprescindible que aparezcan “*debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica en relación con la lactancia los riesgos, en la forma que se desprende del artículo 26.1, en relación con el 16 de la LPRL*”, pues de no conocerse de forma específica dichos riesgos tampoco se está en disposición de “*conocer si realmente existen o no otros puestos exentos de riesgo para la lactante a efectos de su asignación y, eventualmente, agotadas las previsiones del artículo 26 LPRL, de incluir la situación en la causa de suspensión del contrato de trabajo a que se refiere el artículo 48.5 del Estatuto de los Trabajadores*”¹⁴.

Tal como señala la STS en el cuarto fundamento de Derecho, la LPRL regula en su art. 14 y ss. la exigencia de la evaluación de riesgos laborales, y con una especial dimensión en supuestos especiales como el de lactancia natural de la trabajadora (art. 26 LPRL).

Si atendemos al art. 14.1, deja claro el legislador que “*los trabajadores tienen derecho a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo*”¹⁵. La protección eficaz y la garantía de la seguridad y salud de los trabajadores se configura como un amplio deber general de protección del empresario para la prevención de los riesgos laborales de sus trabajadores. Se trata pues, en palabras de Fernández Marcos¹⁶, de la “*clásica deuda de seguridad que*

¹³ STSJ de Andalucía (sede de Málaga) Sala de lo Social, de 26 de noviembre de 2009.

¹⁴ Fundamento de Derecho Quinto de la STS de 17 de marzo de 2011.

¹⁵ Aspecto también expresado en términos casi idénticos en el art. 19.1 ET.

¹⁶ Fernández Marcos, L. (2006): Comentarios a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su Régimen Jurídico Sancionador. Dykinson. Madrid.

en el derecho histórico español (Código del Trabajo de 1926, Ley de Contrato de Trabajo de 1931, Ordenanza General de Seguridad e Higiene de 1971)".

Continuando con este mismo artículo, en su apartado segundo, se señala que "en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo", debiendo adoptar "cuantas medidas sean necesarias para la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores", pues no debe olvidarse que según el art. 4.2. d) ET, la seguridad e higiene se configura como un "derecho laboral básico" del trabajador. De estos preceptos se infiere, y así lo mantiene el TS, "que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado, pues debe adoptar las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran"¹⁷.

Pero, además de estas formulaciones de carácter genérico, la Ley acomete positivamente, en cumplimiento de las exigencias de la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), la identificación del alcance y contenido de las obligaciones del empresario en la materia, encaminadas a garantizar y hacer efectivo el derecho de los trabajadores a la protección frente a los riesgos laborales¹⁸. De este modo, la configuración jurídica del deber de protección del empresario descansa así en una serie de especificaciones legales de su régimen jurídico (hasta doce), entre los que podemos destacar, en relación directa con el supuesto que nos ocupa los siguientes: la expresión legal de los principios generales de la acción preventiva (art. 15 LPRL), la evaluación de los riesgos (arts. 16 y 23.1 a) y c) LPRL), la protección de trabajadores especialmente sensibles a determinados riesgos (art. 25 LPRL) o la protección de la maternidad (art. 26 LPRL).

En el supuesto concreto que analizamos nos centramos en el art. 26 LPRL que es el encargado de establecer el conjunto de medidas dirigidas a tutelar la situación fisiológica de la mujer embarazada o en período de lactancia. Este artículo se estructura en cinco apartados, que, básicamente, se corresponden con las obligaciones específicas a adoptar por el empresario en cuanto a la protección de la maternidad de sus trabajadores: la evaluación de los riesgos, la adopción de medidas preventivas, la movilidad funcional y la suspensión del contrato de trabajo.

La adopción de unas y otras medidas va a depender del alcance de los riesgos, de las circunstancias personales de la trabajadora e, incluso, de la capacidad organizativa de la empresa. De esta suspensión del contrato de trabajo destacan, como señala Pérez Campos¹⁹, "*sus características de obligatoriedad*

¹⁷ Véase STSJ de Galicia, de 13 de mayo de 2011.

¹⁸ Palomeque López, M. C. (1996): La protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales. Revista Derecho y Salud. Publica la Asociación de Juristas de la Salud. Vol. 4, Julio-Diciembre 1996.

¹⁹ Pérez Campos, A. I. (2007): Salud laboral y trabajo femenino: mecanismos de protección y prevención. Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XL 195-228.

y temporalidad. Obligatoriedad para hacer referencia al hecho de que no son susceptibles de renuncia, habida cuenta de la propia finalidad de la norma, cuya aspiración no es sólo la protección de la trabajadora, sino también del feto o hijo de ésta. Temporalidad, toda vez que su existencia está ligada a una situación transitoria, como es el embarazo, el parto o la lactancia”.

La aplicación de unas u otras medidas dependen de los resultados de la evaluación de riesgos a la que se refiere el art. 15 LPRL donde se señala que el empresario deberá velar, entre otros, por “evitar los riesgos”, “evaluar los riesgos que no se puedan evitar”, e incluso, “adaptar el trabajo a la persona”. Aspectos estos que visto lo recogido en la sentencia que nos ocupa, no son respetados por el empleador pues existen los riesgos y la evaluación de los mismos es incompleta, no confeccionando, además, puestos de trabajo alternativos para estas trabajadoras en riesgo por su situación de lactancia.

Concretamente, la evaluación de riesgos se recoge de manera específica en el art. 16 LPRL y desarrollada reglamentariamente por el RD 39/1997, de 17 de enero sobre reglamento de servicios de prevención de riesgos laborales. Se trata de un estudio y análisis de los potenciales riesgos y peligros, que pueda amenazar a los trabajadores como consecuencia del concreto proceso productivo que se desarrolla en el centro de trabajo. Ésta, ha de tener en cuenta, la exposición, aún transitoria o excepcional de los trabajadores a riesgos especiales derivados de las circunstancias de salud específicas que concurren y que, en ocasiones, se acumulan a los riesgos derivados de la propia prestación laboral, duplicando así la peligrosidad como es el caso del riesgo durante la lactancia natural. Aspecto que el Hospital Costa del Sol no lleva a cabo, pues son frecuentes las situaciones como la que ocupa a esta sentencia.²⁰

La STS, de 17 de marzo de 2011, señala en su cuarto fundamento de derecho que del art. 26.1 LPRL²¹ se desprende “*que la evaluación de los riesgos en caso de lactancia natural en relación con el puesto de trabajo ha de ser es-*

²⁰ Véase, además de la sentencia que nos ocupa, la STS de 17 de marzo de 2011, rec. 1865/2010; STS de 18 de marzo de 2011, rec. 2257/2010; y STS de 18 de marzo de 2011, rec. 1966/2010; todas ellas concernientes a enfermeras del Hospital Costa del Sol que solicitan prestación por riesgo durante lactancia natural y que les es denegada como consecuencia de una evaluación incompleta de los riesgos en el puesto de trabajo.

²¹ Art. 26.1 LPRL: “La evaluación de los riesgos a que se refiere el art. 16 de la presente Ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos”.

pecífica”, alcanzando “a la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición”. Continúa la sentencia diciendo que “una vez determinados esos extremos, la acción inmediata que ha de seguirse por parte del empresario es la de adoptar las medidas necesarias para evitar esa exposición al riesgo, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora”. De modo que a tenor del art. 26.2 LPRL “sólo cuando esa adaptación no resulte posible o la realizada sea insuficiente de forma que las actividades a desarrollar y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas (...) con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado”. En caso de no existir un puesto de trabajo compatible y exento de riesgo, podrá la empresa suspender el contrato de trabajo como consecuencia de dicho riesgo y la trabajadora solicitar la prestación de riesgo por lactancia natural.

Según entiende el TS²², en este caso “no cabe el percibo de la prestación prevista en el artículo 135 bis y ter LGSS cuando no aparecen debidamente descritos, valorados y acreditados de manera específica en relación con la lactancia los riesgos, en la forma que se desprende del artículo 26.1, en relación con el 16 de la LPRL, lo que impediría a su vez conocer si realmente existen o no otros puestos exentos de riesgo para la lactante a efectos de su asignación y, eventualmente, agotadas las previsiones del artículo 26 LPRL, de incluir la situación en la causa de suspensión del contrato de trabajo a que se refiere el artículo 48.5 del Estatuto de los Trabajadores”.

Sin embargo, no tiene en cuenta el TS que el propio artículo 26 LPRL es extremadamente ambiguo y tan sólo alude a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo, no permitiendo delimitar con exactitud cuáles sean los riesgos perjudiciales para la trabajadora, e igualmente ignora que debería bastar la mera posibilidad de que los mismos puedan provocar un perjuicio para la salud²³. Igualmente no se acoge el TS en su interpretación a la razón principal del derecho a la prestación por riesgo durante el embarazo que no es otra que la de lograr, mediante la suspensión del contrato de trabajo, la estabilidad en el empleo para la mujer y procurar que el trabajo no perjudique ni a la trabajadora ni al lactante.

A nuestro entender, el TS interpreta la norma, en función de las particularidades del caso, por el camino más sencillo e incluso en estos supuestos concre-

²² Véase fundamento de derecho quinto de la sentencia que nos ocupa.

²³ Corresponde al empresario garantizar la seguridad y salud de las trabajadoras, tanto en situaciones derivadas de un riesgo real y certero como en aquellas otras en que sólo existen indicios de que tal riesgo pueda producirse (Mella Méndez, L. (2009): Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social, en Aranzadi Social. En esta misma línea interpretativa, entre otros, Gorelli Hernández, J.(1997): La protección por maternidad, Tirant lo Blanch, Valencia; Rodríguez Escanciano, S. (2002): El riesgo durante el embarazo como objeto de protección por el sistema de Seguridad Social, en Justicia laboral.

tos, rentables para la Administración que es la empleadora. De hecho, así mismo lo reconoce de manera implícita cuando señala en el texto de la sentencia que *“la complejidad de la situación protegida se pone de relieve, porque no responde sólo a una decisión sobre la existencia del riesgo, sino que depende también de actuaciones empresariales en orden a la adecuación del puesto de trabajo o al traslado a puesto compatible; medidas que de no adoptarse, siendo posibles y procedentes, plantearían el problema de la eventual responsabilidad de la empresa por esta omisión, pues el derecho de la trabajadora a no sufrir la situación de riesgo no podría verse perjudicado por la resistencia empresarial a la adaptación o la movilidad, de la misma forma que la entidad gestora tampoco tendría que soportar -al margen de la procedencia en su caso del anticipo de la prestación- el coste de una prestación que no se habría causado si la empresa hubiera cumplido sus obligaciones preventivas”*²⁴; y, sin embargo, se desentiende del incumplimiento empresarial de sus obligaciones preventivas y consiente no otorgar el derecho a la prestación de riesgo por lactancia natural a la trabajadora aún cuando es consciente de la incompleta evaluación realizada tanto por el servicio de prevención como por los evaluadores médicos. Consecuencia automática de esto es que la trabajadora deberá continuar prestando sus servicios en una situación de riesgo reconocida por la ley y sin la correcta evaluación del puesto de trabajo. En cierto modo, se trata de un varapalo a la persona o entidad que realizó la evaluación de riesgos en dicho Hospital ya que, como se conoce, en muchas ocasiones, por criterios de celeridad y economicistas, los evaluadores de la prevención, se centran más en la categoría profesional que en el puesto de trabajo en sí. Siendo responsabilidad de la Administración, en este caso, del Hospital Costa del Sol, lo normal es que se subcontrate mediante un concurso público a una empresa de prevención la evaluación de los riesgos, pero independientemente de las responsabilidades que puedan exigirse a esta subcontrata por la deficiente realización de sus servicios, la responsabilidad final en materia de prevención de riesgos es de la Empresa o Administración donde el trabajador presta sus servicios.

Refuerza nuestra tesis las palabras de gran parte de la doctrina, y por todos, Pérez Campos, cuando señala que *“resulta criticable que la evaluación inicial de los riesgos laborales, de cuyos resultados depende el posterior establecimiento de las medidas de prevención, sea competencia exclusiva del empresario, sin que ésta exclusiva atribución quede justificada, pues también las medidas de prevención se configuran en la Ley como un derecho de los trabajadores”*²⁵.

Si bien es cierto, como señala el Tribunal en su razonamiento, que sin una correcta, concreta y precisa *“evaluación de los riesgos en caso de lactancia*

²⁴ Este párrafo también se cita en la STS de 17 de marzo de 2011, rec. 1865/2010; STS de 18 de marzo de 2011, rec. 2257/2010; y STS de 18 de marzo de 2011, rec. 1966/2010.

²⁵ Pérez Campos, A. I. (2007): Salud laboral y trabajo femenino: mecanismos de protección y prevención. Anuario Jurídico y Económico Escorialense, XL 195-228.

natural en relación con el puesto de trabajo”, que además, alcance “*la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición*”, no sería posible una adecuada adaptación del trabajo a la situación de la trabajadora, no es menos cierto que sin el cumplimiento real de tal exigencia la trabajadora continuará en situación de riesgo potencial y nada hace el TS para advertir de que ha de evitarse tal situación, pues se limita únicamente a no conceder la prestación sin entrar en exigir a la empresa el cumplimiento de la norma en materia preventiva, sobre todo cuando conoce, como es manifiesto en las cuatro sentencias que en cuestión de dos días emite la Sala Cuarta del TS, la política que la empresa pública Hospital Costa del Sol lleva a cabo al respecto y que es totalmente contraria a los derechos de las trabajadoras y concretamente a la protección de su salud y la de sus hijos lactantes. Evidentemente, por un elemental principio procesal, de evitar la incongruencia *extra petitum*, el Tribunal Supremo no podía fallar otra cosa distinta de lo que se pedía, pero en la fundamentación jurídica sí podría haber sido más contundente advirtiendo respecto de la actitud o modo de actuar del Hospital Costa del Sol.

Evidentemente, siendo ello así como indica el Tribunal Supremo, la trabajadora no tendría derecho a la prestación de riesgo durante la lactancia natural, ya que no ha quedado probado que su puesto de trabajo quedara específicamente afectado por los riesgos que al poner en peligro la lactancia natural, permiten la suspensión del contrato de trabajo con la correspondiente prestación de la Seguridad Social, siempre que no hubiere otro puesto de trabajo compatible con la situación personal de la trabajadora.

Por todo ello, desde nuestro punto de vista, y a pesar de que el TS en la sentencia que nos ocupa no entra en ello, se aprecia claramente una falta de rigurosidad y cumplimiento de la Ley por parte del empleador, Hospital Costa del Sol, en la medida en que el TS reconoce que la prestación por riesgo durante la lactancia no puede ser concedida como consecuencia de una evaluación de riesgos laborales incompleta; pues no es precisa en función del puesto y de las características de la trabajadora. Quizás en este caso no, pero con estas actitudes lo que puede producirse es, sin duda, una desprotección de las trabajadoras en situación de lactancia natural, ya que podrían encontrarse en una situación real de peligro para su salud o la de su hijo como consecuencia de una mala evaluación de riesgos de su empleador.

Aspecto este que queda aún más patente y manifiesto cuando se comprueba como en el plazo de dos días (17 y 18 de marzo de 2011) el TS emite cuatro sentencias²⁶ contrarias al derecho de las trabajadoras, todas ellas enfermeras del Hospital Costa del Sol, a percibir la prestación por riesgo durante la lactancia

²⁶ Son la STS de 17 de marzo de 2011, rec. 1864/2010; STS de 17 de marzo de 2011, rec. 1865/2010; STS de 18 de marzo de 2011, rec. 2257/2010; y STS de 18 de marzo de 2011, rec. 1966/2010.

natural bajo el argumento de no cumplir la descripción exacta de los posibles riesgos. Una evaluación que debe llevar a cabo el propio empleador, siendo por tanto responsabilidad de éste y no de sus trabajadoras. Ante esta situación de franca indefensión de estas trabajadoras, cabe pensar que es política habitual de la dirección de esta empresa pública el no llevar a cabo correctamente la evaluación de riesgos laborales de los puestos de trabajo, consiguiendo con ello el mantenimiento de determinadas trabajadoras en sus puestos de trabajo y el consecuente ahorro que esto supone para la dirección. Y todo ello con la connivencia del propio ordenamiento jurídico y del propio sistema judicial que es incapaz de visualizar en su conjunto el problema tratado con la fatídica consecuencia de trabar el ejercicio del derecho a la prestación por riesgo durante la lactancia de unas trabajadoras que en nada son responsables de poder cumplir uno de los requisitos que la ley exige para ello como es la correcta y precisa evaluación de los riesgos de su puesto de trabajo.

LA TERRITORIALIDAD COMO DETERMINANTE DE LA COMPETENCIA EN MATERIA DE CONFLICTOS COLECTIVOS

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla),
de 14 de abril de 2011

JOSÉ MARÍA MORENO PÉREZ*

SUPUESTO DE HECHO: Los trabajadores de Cayges, Medios Auxiliares, S.L., que se dedican a la gestión y tramitación hipotecaria en exclusiva a la entidad Cajasol, presentan a través de su representación legal, una demanda de conflicto colectivo contra su propia empresa Cayges, empresa participada al cien por cien por Caymasa, que a su vez es propiedad de Cajasol por entender que ha habido cesión ilegal de los trabajadores de Cayges a Cajasol, y ello por tres motivos ampliamente argumentados. En primer lugar, por ser una empresa ficticia, ante la propiedad encadenada de las participaciones sociales que repercute de forma directa en la última; de hecho, la propia representación legal de la empresa la ostenta un empleado de ésta, y existe también una clara dependencia económica de la primera con la última en la medida en que mantiene una facturación cifrada en un 98%, así como dependencia laboral al ser la gestión de las escrituras una actividad integrada en la propia de la entidad bancaria. Del mismo modo se manifestó la ausencia de una estructura y el ejercicio de los poderes inherentes a la condición de empresario en relación con los trabajadores de Cayges que resulta ejercida por Cajasol que es a su vez quien responde del riesgo de las operaciones que realiza, y quien facilita los medios para el desarrollo de la actividad que lleva a cabo la primera. En segundo lugar, para el caso en que no sea considerada una empresa ficticia, sino real, existe una cesión ilegal de trabajadores, porque no tiene una organización propia y estable, y porque no ejerce los poderes inherentes a la condición de empresario respecto de sus trabajadores. Y, por último y como tercer motivo de su argumentación, se alegará que la relación mercantil existente entre las empresas no es una contrata, al prestar aquélla sus servicios para los clientes de ésta, que además es la encargada de facilitarlos una vez captados como clientes, para contratar los servicios ofrecidos por la entidad financiera.

* Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Abogado en ejercicio.

La Sala ha de pronunciarse sobre la existencia o no de la cesión ilegal de los trabajadores en base a la oposición formulada si bien con carácter previo ha de resolver sobre las excepciones de falta de competencia territorial, la declinatoria de jurisdicción, la falta de litisconsorcio pasivo necesario y la falta de inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo, alegando que estamos en presencia de una acción, individual o plural, que debe tramitarse por el procedimiento ordinario.

RESUMEN: La Sentencia desestimará la existencia de cesión ilegal de trabajadores, al igual que las tres excepciones procesales planteadas, valorando respecto a la falta de competencia objetiva o territorial, que el ámbito del conflicto tiene carácter interprovincial dado que Cayges cuenta con dos centros de trabajo, uno en Sevilla y otro en Huelva, si bien la propia empresa cuenta con trabajadores que prestan sus servicios en Almería, Cádiz, Córdoba, Granada, Jaén, Málaga y Mérida, donde están sus domicilios, constituyendo delegaciones provinciales, estando todos ellos adscritos al centro de trabajo de Sevilla.

Aun cuando la Sala no considera a los trabajadores desplazados desde el punto de vista del artículo 40.4 ET, también descarta que al existir delegación de la empresa en Mérida, la competencia para el conocimiento del presente conflicto colectivo corresponde a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, como igualmente descarta que al existir delegaciones en distintas provincias de Andalucía, dentro del ámbito de distintas Salas de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de acuerdo con el artículo 11.3 de la Ley de Procedimiento Laboral debiera presentarse el conflicto en el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, para que fuera repartido a la Sala que correspondiese de conformidad con las normas de reparto establecidas por la Sala de Gobierno. Para lograrlo y afirmar su propia competencia, descartando la de la Audiencia Nacional, así como la de reparto del propio TSJ de Andalucía, parte del artículo 10.2 h) LPL y afirma que los efectos del conflicto no se extienden al territorio donde prestan efectivamente los servicios los trabajadores afectados sino al territorio donde se encuentran los dos centros de trabajo de la empresa. De este modo la delimitación de la competencia es afirmada para la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía con sede en Sevilla, dada la circunscripción del conflicto a los centros de trabajo de Sevilla y Huelva.

ÍNDICE:

1. EL ÁMBITO DEL CONFLICTO Y EL CRITERIO DE LA TERRITORIALIDAD
2. LA CONCRECIÓN DEL PRINCIPIO EN EL CASO QUE NOS OCUPA
3. VALORACIÓN FINAL

1. EL ÁMBITO DEL CONFLICTO Y EL CRITERIO DE LA TERRITORIALIDAD

Efectivamente tal y como anunciábamos en el resumen, la Sala centra la valoración del problema superando la condición o no de trabajadores desplazados del artículo 40.4, y centrando si los efectos del presente conflicto colectivo se extienden al territorio donde prestan efectivamente los servicios los trabajadores afectados o al territorio donde se encuentran los dos centros de trabajo de la empresa. La atribución de competencias, en aquellas materias que son de conocimiento compartido entre los tres órganos judiciales del orden social que pueden conocer en instancia de dichas materias, tiene como criterio delimitador de la competencia entre los tres el ámbito territorial con el que se presenta el conflicto y los límites que puede superar. Por ello como si un juego de círculos concéntricos se tratara, todo conflicto que quede encuadrado en exclusiva dentro del círculo más pequeño excluirá la competencia de aquellos órganos superiores representados por los círculos mayores que se contienen entre sí. Siendo el conflicto colectivo, materia incluida en el apartado 1) del artículo, 2 de la LPL, es evidente que estamos ante una cuestión que nos puede hacer pasar del círculo más pequeño, atribuible al Juzgado de lo Social, hasta llegar al círculo más grande, que englobaría la competencia de la Audiencia Nacional, pasando por los Tribunales Superiores de Justicia, de los que tendremos que interpretar si alguna consecuencia del conflicto, se extralimita del ámbito de su competencia, dado que la mayor configuración de la territorialidad de la Audiencia Nacional, aguardaría paciente para asumir la competencia del conflicto, dada la superioridad del área territorial que se describe en su círculo de competencias.

Como nos recuerda RODRIGUEZ ESCANCIO¹, en los procesos de conflicto colectivo, la competencia queda atribuida al juzgado de la circunscripción dentro de la cual se produzcan los efectos del conflicto. No se atiende, pues, al marco donde surta efectos la norma cuya interpretación o aplicación ha sido cuestionada. Antes al contrario, la competencia habrá de ser determinada en consideración al ámbito del conflicto configurado por quien lo insta, salvo supuestos extremos de reducción artificiosa e irreal. De este modo, no contiene la modalidad procesal referencia alguna que nos permita encontrar en su especial regulación procesal ninguna atribución de competencia territorial que no se derive de las reglas generales contenidas en los artículos 7 y 8 de la LPL así como en los artículos 10 y 11 del mismo cuerpo legal, todas ellas construidas sobre el criterio de la territorialidad como elemento definidor. Esa territorialidad que sirve de parámetro para la concreción del órgano judicial competente

¹ Rodríguez Escancio, Susana. *El nuevo proceso Laboral Estudio técnico-jurídico de la Ley de Procedimiento Laboral*. Granada. Comares 2011. Página 99.

está vinculada a la afectación del conflicto, pues la literalidad del artículo 8 indica, al igual que lo hace el artículo 7 respecto de los Tribunales Superiores de Justicia, que la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional conocerá en única instancia de los procesos de conflicto colectivo, entre otros, “cuando extienden sus efectos a un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma”. La doctrina de la Sala IV es unánime y reiterada² al consagrar el principio de territorialidad en relación a la competencia en materia de conflicto colectivo.

La sentencia comentada se hace en este apartado especial eco de la última sentencia del Tribunal Supremo nos estamos refiriendo a la de fecha 27 de septiembre de 2010 – rcud. 56/2009- (RJ 2009, 6165), en la que se resume las conclusiones que se extraen de este principio de territorialidad. De ella se desprende que la competencia se determina por los límites reales e inherentes a la cuestión debatida. Ello supone, una doble dimensión en tanto que no cabe extender un litigio colectivo basándose en una potencial afectación distinta de la señalada en la demanda, ó en puras conjeturas ó hipótesis de futuro, como tampoco cabe ceñirse a los límites artificialmente diseñados por las partes.

Por otro lado la afectación del conflicto no es necesariamente coincidente con el área de la norma aplicable. Son muchas las sentencias del Tribunal Supremo³ que desde 1993 vienen incidiendo en el mismo sentido. Afirma esta doctrina que el área a que se extiende la norma aplicable no es el único criterio para identificar el órgano que ha de conocer del conflicto planteado con motivo de su interpretación o aplicación puesto que, si bien la controversia jurídica no puede plantearse en un ámbito territorial superior al de la norma, el conflicto puede tener un área de afectación coextensa con la de la norma o producirse en una más reducida. Es decir, la aplicación de una norma puede plantear controversias en todo su ámbito de aplicación, en cuyo caso será órgano competente para resolverlas el que tenga una extensión territorial igual o superior al de la misma, pero también es posible que el conflicto afecte a un área inferior, en cuyo caso será conocido por el Órgano Judicial competente en el ámbito de afectación del conflicto. Apoya esta tesis el que el art. 152 de la ley procesal laboral atribuya la legitimación para promover el proceso de conflicto colectivo en función del alcance de la representación de sindicatos, asociaciones empresariales o representantes legales o sindicales de los trabajadores. Por ello, también abundando en este argumento la Sala IV, del Tribunal Supremo⁴

² SS TS de 15 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1800); 17 de julio de 2000; 21 de febrero de 2001; 20 de junio de 2001 (RJ 2001, 6328); 24 de septiembre de 2007; 12 de julio de 2006 (RJ 2006, 7762); 21 de octubre de 2008 y 21 de julio de 2009 (RJ 2009, 5529).

³ STS de 20 de junio de 2001 -rec. 4659/00- y 20 de junio de 2008 (RJ 2008, 4231) - rec. 131/2007-; reiteran doctrina de la Sala plasmada en la sentencia de 6/07/94 -rec. 3772/93- (RJ 1994, 6346).

⁴ SSTS de 15 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1800) -rec. 2380/1998-, 7 de febrero de 2001 (RJ 2001, 2147) -rec. 2017/2000- y 6 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1189) -rec. 11/2008-.

ha venido sosteniendo que la competencia para conocer de una demanda de conflicto colectivo no deriva del alcance de la norma o decisión que se trata de interpretar o aplicar sino del alcance o área a la que se contrae el conflicto. Y, a sensu contrario, reproduce la sentencia recurrida el mismo argumento que figura la de referencia afirmando que el hecho de que el mismo conflicto pueda afectar a otros territorios “no puede impedir la actuación del sindicato accionante en su territorio, dejando la solución al albur de que exista un organismo sindical con un ámbito de actuación y representación nacional que quiera o pueda plantear el conflicto con carácter general para todo el territorio de la nación, siendo luego a través de la casación correspondiente como puede unificarse la doctrina en el supuesto de que existan sentencias contradictorias de los órganos jurisdiccionales de los distintos territorios en los que se haya producido el conflicto” (STS de 20 de junio de 2008 rec. 131/2007 -).

2. LA CONCRECIÓN DEL PRINCIPIO EN EL CASO QUE NOS OCUPA

Para que la sala pueda proseguir conociendo sobre el fondo del asunto, debe zanjar el contenido de esa primera excepción y lo hace debiendo superar el análisis de algunos conceptos que se interponen en los preliminares de la configuración jurídico-procesal, antes de entrar en el fondo del asunto. Por ello la Sala se ve en la necesidad de discernir sobre la presencia de trabajadores de la empresa tanto en provincias territorialmente pertenecientes a otro Tribunal Superior de Justicia, como a provincias andaluzas vinculables a la jurisdicción en instancia de la Sala de lo Social tanto de Granada como de Málaga, junto a la condición o no de trabajadores desplazados.

Es la propia actora la que utiliza el concepto de “trabajadores desplazados”, para justificar la presencia de otros trabajadores en todas las provincias andaluzas e incluso en Badajoz, si bien indicando que todos los trabajadores desplazados fuera de los dos centros de trabajo “figuran adscritos administrativamente al centro de trabajo de Sevilla”. Es el uso de figura del trabajador desplazado, la que motiva la reacción de las demandadas y el propio planteamiento de la excepción por estas y lo hacen negando que los trabajadores que se encuentran fuera de los centros de trabajo de Sevilla y Huelva, constituyan trabajadores desplazados, en los términos del artículo 40.4 del Estatuto de los Trabajadores, que establece que: *“Por razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, o bien por contrataciones referidas a la actividad empresarial, la empresa podrá efectuar desplazamientos temporales de sus trabajadores que exijan que estos residan en población distinta de la de su domicilio habitual, abonando, además de los salarios, los gastos de viaje y las dietas. El trabajador deberá ser informado del desplazamiento con una*

antelación suficiente a la fecha de su efectividad, que no podrá ser inferior a cinco días laborables en el caso de desplazamientos de duración superior a tres meses; en este último supuesto, el trabajador tendrá derecho a un permiso de cuatro días laborables en su domicilio de origen por cada tres meses de desplazamiento, sin computar como tales los de viaje, cuyos gastos correrán a cargo del empresario. Contra la orden de desplazamiento, sin perjuicio de su ejecutividad, podrá recurrir el trabajador en los mismos términos previstos en el apartado 1 de este artículo para los traslados. Los desplazamientos cuya duración en un período de tres años exceda de doce meses tendrán, a todos los efectos, el tratamiento previsto en esta Ley para los traslados”.

A la vista de dicha definición, la Sala concluye con la parte demandada que los trabajadores de la empresa CAYGES que prestan servicios en otras provincias de la Comunidad Autónoma de Andalucía y en Mérida, no son trabajadores desplazados temporalmente a las mismas ni tampoco trabajadores trasladados, sino que tienen su domicilio en la provincia en la que prestan sus servicios y desarrollan su actividad laboral. Y esto es así en tanto que tales trabajadores, nunca prestaron sus servicios en la provincia a cuyo centro de trabajo están adscritos, sino que fueron contratados para prestar los servicios de la empresa en las provincias en las que crecía la presencia de Cajasol. Del mismo modo la prestación de sus servicios no tiene vocación de temporalidad unidad a razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, sino a la prestación de un servicio, la gestión hipotecaria, que va unida a la presencia de oficinas de Cajasol, en las diferentes provincias en las que tiene presencia la entidad financiera. Por otro lado la presencia de los trabajadores fuera del centro del trabajo al que están adscritos, no genera la existencia de un nuevo centro de trabajo como espacio físico o lugar de desarrollo la actividad laboral, como tampoco una unidad productiva autónoma con independencia del resto de la empresa como centro de imputación de responsabilidades. Carece de organización específica y lo que es más importante, sin ser dado de alta como tal ante la autoridad laboral, básicamente porque la mayoría de los trabajadores de Cayges en la provincia, lo hacen desde su propio domicilio. Más bien los trabajadores ubicados fuera de los centros de trabajo, tienen en sus provincias respectivas un “lugar de trabajo” y no un “centro de trabajo”, toda vez que las presencia provinciales carecen de una organización específica o autónoma dentro de la organización específica de la empresa.

Si bien la Sala descarta la consideración de trabajadores desplazados del artículo 40.4, no analiza en profundidad cual sea la significación jurídica de la presencia de los trabajadores en el ámbito de las provincias. Pasando a considerar seguidamente la repercusión que el conflicto plantea desde el punto de vista de la territorialidad. Es en este criterio y en la jurisprudencia consolidada a la que hemos hecho referencia en el apartado anterior, donde la Magistrada

Ponente, encuentra el argumento para descartar que el conflicto tenga una presencia territorial en todos los lugares donde se prestan servicios por parte de los trabajadores de Cayges, incluso aun cuando estos servicios se presten más allá de los límites de la Comunidad Autónoma andaluza. Es el criterio de la territorialidad el que debe responder a las dos cuestiones principales, afecta a la competencia territorial la presencia de dos trabajadores en conflicto con lugar de trabajo en Mérida. Por otro lado afecta a la competencia de la Sala de lo Social de Sevilla, el hecho de que los trabajadores en conflicto tengan presencia física y laboral en todas las provincias andaluzas, mediante delegaciones de la empresa Cayges, debiendo presentarse a reparto en los términos del artículo 11.4 de la LPL ante el TSJ, según criterios de reparto de la Sala de Gobierno.

La Sala analiza con acierto que más que delegaciones en sentido técnico-jurídico, lo que la empresa ha llevado a cabo es una distribución del trabajo, con la asignación de trabajadores a determinadas provincias para la prestación de los servicios, sin que exista una organización ni una infraestructura en cada provincia en la que se desarrolla la actividad. Los trabajadores que prestan sus servicios fuera de Sevilla, son doce y lo hacen en las provincias de Almería, Cádiz, Córdoba, Granada, Jaén, Málaga y Mérida junto a los trabajadores que forman el segundo de los centros de trabajo con sede en Huelva. El desarrollo de la actividad en cada provincia, con uno o dos trabajadores, se plantea como un sistema de distribución del trabajo o asignación de tareas, que no significa que el conflicto colectivo despliegue sus efectos fuera de los centros de trabajo de Sevilla y Huelva, únicos con los que cuenta la empresa demandada.

La sala en este punto refuerza su criterio entendiendo que de mantenerse un criterio contrario, *“sería equivalente a atribuir la competencia a la Audiencia Nacional para el conocimiento de todos los conflictos colectivos de aquellas empresas que contarán con una red de comerciales para la venta de los productos en todo el territorio nacional”*.

El resto del argumento se construye sobre la remisión genérica a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2010 que, relaciona la eficacia del conflicto a los centros de trabajo, junto con la naturaleza de las delegaciones creadas por Cayges en aquellas provincias en las que no tiene centro de trabajo, sino uno o dos trabajadores a los que se les asigna la prestación de servicios en una determinada provincia.

Procede, en consecuencia la desestimación de la excepción de falta de competencia de esta Sala de lo Social para el conocimiento de la presente acción de conflicto colectivo, en la doble vertiente alegada por la parte demandada, tanto a favor de la Audiencia Nacional, por afectar el conflicto al territorio de distintas Comunidades Autónomas, como a favor de la presentación de la demanda en el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía para su reparto, por afectar al territorio de varias Salas de lo Social de una misma Comunidad Autónoma.

3. VALORACIÓN FINAL

Planteamos la valoración del contenido de la sentencia, compartiendo la desestimación de las excepciones pero no la argumentación. Creemos que la Sala acierta en la desestimación de las excepciones así como la invocación de la doctrina vigente que permite valorar la territorialidad del conflicto como criterio delimitador de la competencia en los procesos de conflicto colectivo. Sin embargo cuando la Sala ha centrado la solución del problema, no encontramos en los razonamientos una argumentación sólida que trate de fijar la territorialidad del conflicto que se analiza. Los esfuerzos en este sentido se diluyen en afirmar el carácter organizativo que tiene la presencia de los trabajadores fuera de las dos delegaciones de trabajo, manteniendo “*que se trata de un sistema de distribución del trabajo o asignación de tareas, que no significa que el conflicto colectivo despliegue sus efectos fuera de los centros de trabajo de Sevilla y Huelva*”. Pues bien la jurisprudencia invocada y el criterio de la territorialidad no pasa por valorar la existencia o no de un centro de trabajo, sino la extensión o no del conflicto a todos los lugares en los que la prestación del trabajo se desarrolla. En tal sentido apreciamos la falta de argumentos que valoren porqué la cesión ilegal de los trabajadores no tiene una interpretación desde el punto de vista del lugar de prestación de los servicios. La entrada en esta vía argumental nos permitiría concluir que allá donde hay un trabajador de Cayges, hay una concreción de la cesión ilegal de los trabajadores, dado que la prosperabilidad de la demanda significaría que también los trabajadores de Mérida, han sido cedidos ilegalmente y por tanto han de ser incorporados a plantilla de Cajasol. Sin embargo consideramos que de haber entrado en este plano valorativo más concreto las conclusiones hubieran sido las mismas. La cesión que entendemos subyace en la cuestión litigiosa principal, se produce desde el momento en que Cajasol asume la organización y el control de la empresa responsable de la gestión hipotecaria de las operaciones que firma con sus propios clientes utilizando una empresa participada que carecer de los más mínimos elementos empresariales y que mantiene con Cajasol, dependencia económica y laboral. Cayges carece de una organización propia y estable y no ejerce sus poderes inherentes a la condición de empresario. De este modo la valoración de la cesión nos lleva a localizar el conflicto en la propia organización del trabajo así como en las decisiones adoptadas desde los órganos centrales tanto de las propias empresas codemandadas. Si hay conflicto, lo hay por cesión ilegal y dicha cesión ilegal se construye y consolida tanto para la demandante como para las demandadas mediante decisiones, actuaciones, comportamientos orquestados y valorados desde el corazón mismo de las empresas demandadas. Por ello en nuestra particular traslación del criterio de la territorialidad, el conflicto no supera los límites del centro de trabajo de Sevilla, ciudad en la que tiene su sede los órganos centrales de las propias empresas demandadas.

Por otro lado en nada contribuye al argumento construido, trasladar el elemento comparativo que fija la sentencia respecto a las empresas con una red comercial, en primer lugar por el carácter mercantil de la relación y en segundo lugar por la inadecuada traslación de dicha relación a los trabajadores actantes, quienes mantienen una relación laboral con todos sus efectos. Ciertamente entendemos que si bien la conclusión en la correcta, el argumento no es el adecuado. La actividad comercial desarrollada por una red de comerciales, no puede ser equiparable a la actividad desarrollada por la empresa que gestiona préstamos hipotecarios allá donde se encuentran las propias oficinas de Cajasol.

La sentencia se encuentra recurrida en Casación motivo por el que tendremos la oportunidad de conocer el criterio del Tribunal Supremo respecto de la cesión ilegal de los trabajadores de CAYGES a CAJASOL, con las consecuencias previstas en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, optando la parte actora porque los trabajadores afectados se integren en la plantilla de la entidad bancaria. También las propias excepciones de la sentencia serán reinterpretadas por el alto tribunal si los recurrentes la convierten en motivo del recurso.

Reseña de Legislación

COMENTARIO DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA *

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

DECRETO 63/2011, DE 22 DE MARZO, POR EL QUE SE REGULA EL REGISTRO GENERAL DE COMERCIANTES AMBULANTES DE ANDALUCÍA (BOJA NÚM. 69, DE 7 DE ABRIL)

El origen de este Registro se encuentra en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que establece la eliminación de trabas para el acceso y ejercicio de la actividad de servicios y que de manera concreta, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, se ha plasmado llevando a la práctica el contenido del artículo 6 de la Ley 9/1988, de 25 de noviembre, del Comercio Ambulante.

La disposición normativa otorga al Registro General de Comerciantes Ambulantes naturaleza administrativa y carácter público, único y gratuito, adscribiéndolo a la Consejería competente en materia de comercio interior –a la fecha de aprobación de esta disposición es la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte-. Podrán inscribirse quienes cumplan los requisitos requeridos en el artículo 4, siempre que fueren:

Personas físicas o jurídicas que ejerzan el comercio ambulante en la Comunidad Autónoma de Andalucía; las cuales se registraran en la Sección Primera del citado Registro.

Asociaciones de personas que ejerzan el comercio ambulante para su reconocimiento administrativo como profesionales del sector, de conformidad con lo previsto en el artículo 6.3 de la Ley 9/1988, de 25 de noviembre, que se registrarán en la Sección Segunda.

Al margen de la inscripción, las personas o asociaciones inscritas podrán obtener los beneficios indicados en el apartado 2 del art. 3 del Decreto: obtener distintivos de calidad; obtener incentivos para la actividad comercial; participar en cursos, conferencias y otras actividades realizadas por la Consejería competente en materia de comercio.

* La selección se corresponde con las normas publicadas en el trimestre natural comprendido entre los meses de abril y junio de 2011.

El mecanismo necesario para realizar los correspondientes asientos en el registro se detalla en el Capítulo III del Decreto que regula los trámites relativos a la presentación de la solicitud –art. 8- y que deberá de realizarse mediante los formularios oficiales especificados en los Anexos II y III del Decreto; pudiéndose, igualmente, tramitarse mediante la utilización de medios electrónicos.

DECRETO 96/2011, DE 19 DE ABRIL, POR EL QUE SE APRUEBAN LOS ESTATUTOS DEL SERVICIO ANDALUZ DE EMPLEO (BOJA NÚM. 83, DE 29 DE ABRIL)

El Consejo de Gobierno aprobó el Acuerdo de 27 de julio de 2010 para concretar el Plan de Reordenación del Sector Público de la Junta de Andalucía, su aplicación conllevó la aprobación de la Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, que entre otras cuestiones establecía en su artículo 8 las medidas necesarias para proceder a la adaptación del Servicio Andaluz de Empleo (SAE) como agencia de régimen especial de las previstas en el artículo 54.2.c) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía. La nueva configuración jurídica requiere, por un lado, la aprobación de los Estatutos del SAE; y por otro, la concreción de una serie de disposiciones para extinguir y liquidar la Fundación Andaluza Fondo de Formación para el Empleo, de cuyas relaciones jurídicas, bienes, derechos y obligaciones se subroga la nueva Agencia. En materia de personal, la Disposición adicional segunda del Decreto establece el régimen de integración del personal laboral de la Fundación Andaluza Fondo Formación y Empleo y del personal de los Consorcios UTEDLT, entidades que también se extinguen. Los aspectos más relevantes del Decreto son los siguientes:

En el Capítulo I, que se refiere a las “Disposiciones Generales” –arts. 1 a 4-, se establece que el SAE, como Agencia, tiene personalidad jurídica diferenciada, así como patrimonio y tesorería propios, junto con autonomía de gestión y funcional, dentro de los límites establecidos por la Ley 9/2007, de 22 de octubre.

En el Capítulo II que regula las “Funciones y formas de gestión” –arts. 5 a 8-, se especifican de manera concreta sus competencias en materia de empleo y cualificación profesional: fomento y formación para el empleo; orientación e información; prospección; registro de demanda e intermediación en el mercado laboral; así como el fomento y desarrollo de cualquier otra medida destinada a mejorar el empleo.

Dentro del Capítulo III se concreta la estructura organizativa de la Agencia –arts. 9 a 24-; al mismo tiempo que se desglosan las funciones y competencias

que se atribuyen a cada uno de los órganos en los que se desglosa el SAE. Estructuralmente la Agencia se articula en una organización central que consta de órganos de dirección (Presidencia, Dirección-Gerencia, Direcciones Generales que se establezcan y el Consejo de Administración), un órgano consultivo (Consejo Asesor) y un órgano de control (Comisión de Control); y una organización periférica compuesta por las Direcciones Provinciales, las Comisiones Provinciales, las Áreas Territoriales de Empleo y las Oficinas de la Agencia.

El Capítulo IV trata “Del contrato de gestión y del plan de acción anual” (arts. 25 al 26), siendo su elaboración competencia de la Dirección-Gerencia y su aprobación del Consejo de Administración. En el mismo se concretan los objetivos a conseguir, los resultados a obtener y la gestión a desarrollar por la Agencia.

Dentro del Capítulo V, titulado “Del régimen patrimonial y contratación” (arts. 27 y 28), se especifica la composición del patrimonio de la nueva organización, siendo su régimen de contratación el correspondiente a las Administraciones Públicas, en aplicación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

El Capítulo VI concreta el régimen presupuestario, económico, financiero, contable, así como el control de la gestión económica financiera y de eficacia de la agencia.

El Capítulo VII desarrolla el régimen jurídico de los actos de la agencia –arts. 32 y 36-, delimitando, entre otros aspectos, los actos agotan la vía administrativa, la revisión de los actos administrativos y la necesidad de interponer la reclamación previa a la vía judicial civil y laboral.

Por último, el Capítulo VII, desarrolla el régimen de personal de la agencia, la cual dispondrá tanto de personal funcionario –sometido normativa en materia de función pública- como de personal laboral –sometido al Estatuto Básico del Empleado Público, Estatuto de los Trabajadores y los Convenios Colectivos que le fueren aplicables-. Por otro lado, también se ocupa de concretar los criterios de la ordenación de los puestos de trabajo, de su catálogo, la selección de personal y del régimen retributivo, así como las disposiciones que son aplicables al personal directivo, entre otros aspectos.

Al margen del Decreto 96/2011, de 19 de abril, del que se acaban de señalar los aspectos más significativos, la reorganización administrativa y la puesta en funcionamiento del SAE como Agencia especial ha conllevado la necesaria aprobación de otras normas complementarias, siendo las siguientes:

1) El Decreto 97/2011, de 19 de abril, por el que se modifica el Decreto 136/2010, de 13 de abril, por el que se aprueba la estructura orgánica de la Consejería de Empleo y del Servicio Andaluz de Empleo (BOJA núm. 83, de 29 de abril)

Es consecuencia tanto de la aprobación de la reorganización administrativa como del Decreto 96/2011, de 129 de abril, por el que se aprueban los estatutos del Servicio Andaluz de Empleo, siendo una de las modificaciones más destacadas la atribución a la Dirección-Gerencia del Servicio Andaluz de

Empleo la dirección, supervisión y control de los órganos directivos centrales y periféricos de dicha agencia.

2) La Resolución de 20 de abril de 2011, de la Secretaria General para la Administración Pública por la que se aprueba el Protocolo de Integración de Personal en el Servicio Andaluz de Empleo (BOJA núm. 84, de 30 de abril)

Esta disposición regula la integración del personal funcionario del Servicio Andaluz de Empleo que mantendrá su carácter de personal funcionario en la Agencia de régimen especial (regla Primera); la integración del personal laboral de la Administración General de la Junta de Andalucía en la Agencia, manteniendo su condición de personal laboral, para los que les será aplicable el Convenio Colectivo de l Personal de la Administración de la Junta de Andalucía y los acuerdos derivados de su interpretación (regla Segunda); la incorporación del personal laboral de la Fundación Andaluza Fondo de Formación y Empleo –FAFFE–, que se realiza mediante subrogación empresarial, en los términos indicados en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (regla Tercera); y por último, la incorporación del personal laboral de los Consorcios UTEDLT, que al igual que en el supuesto anterior se regula mediante subrogación empresarial (regla Cuarta).

DECRETO 146/2011, DE 3 DE MAYO, POR EL QUE SE DETERMINA EL CALENDARIO DE FIESTAS LABORALES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA PARA EL AÑO 2012 (BOJA NÚM. 96, DE 18 DE MAYO)

El calendario de las fiestas se anexa al Decreto, quedando pendiente la fijación de hasta dos fiestas laborales a propuesta de cada municipio, la cuales se realizaran conforme a los criterios previstos en la Orden de le Consejería de Trabajo de 11 de octubre de 1993.

ORDEN DE 1 DE ABRIL DE 2011, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS DE LAS AYUDAS SOCIOLABORALES DESTINADAS A TRABAJADORES Y TRABAJADORAS AFECTADOS POR EXPEDIENTES DE REESTRUCTURACIÓN DE EMPRESAS, EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA, Y SE EFECTÚA SU CONVOCATORIA PARA EL AÑO 2011 (BOJA NÚM. 68, DE 6 DE ABRIL)

El Parlamento de Andalucía aprobó la Proposición no de Ley en Pleno 8-11/PNL-000011, relativa a política de apoyo sociolaboral en Andalucía, que

insta al Ejecutivo a garantizar el mantenimiento de la política de apoyo a los trabajadores y trabajadoras andaluces y a potenciar estas ayudas vinculándolas a medidas de mejora de la empleabilidad y ocupabilidad de la población activa andaluza; en ese contexto se aprueban las bases reguladoras de las ayudas destinadas a trabajadores afectados por los ERE con el objetivo de paliar las consecuencias sociales derivadas de los procesos de reestructuración empresarial y con la finalidad de minimizar su impacto en el empleo, con el fomento de programas orientados a la reinserción laboral. Esta disposición entró en vigor el mismo día de su publicación en BOJA, el día 6 de abril de 2011.

El programa se caracteriza por articular las bases reguladoras, al mismo tiempo que abre el plazo para la convocatoria para el año 2011, de:

Las ayudas previas a la jubilación ordinaria a trabajadores y trabajadoras que vean extinguido su contrato de trabajo en empresas acogidas a procesos de reestructuración.

Las ayudas extraordinarias destinadas a atender situaciones de necesidad socio-laboral que permitan facilitar los procesos de reestructuración de empresas que pudieran conllevar el cese total o parcial de la actividad de las mismas o contribuyan al mantenimiento del empleo.

Lo más significativo es que se trata de ayudas concedidas en régimen de concurrencia no competitiva y que se inician a solicitud de persona interesada siguiendo las pautas establecidas en los arts. 9 y 10 de la Orden, lo esencial para la concesión de la ayuda es que se supere una fase preliminar (que se desarrolla en el art. 2 de la Orden) y que tiene por objeto estudiar la viabilidad de las ayudas solicitadas.

Los formularios de solicitud se relacionan en los Anexos I y II, siendo de dos tipos: a) Un formulario de solicitud para ayudas sociolaborales destinadas a trabajadores y trabajadoras afectados por expedientes de reestructuración de empresas en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía, del que se deberá indicar el año de convocatoria o ejercicio. b) Un formulario de alegaciones, aceptación y presentación de documentos, complementario del primero.

Las personas trabajadoras que soliciten las ayudas deberán cumplir las condiciones indicadas en el apartado 2 del art.4 de la Orden, en concreto: “a) Estar en situación legal de desempleo e inscritas en el Servicio Andaluz de Empleo como demandantes de empleo. b) Que se haya extinguido su contrato de trabajo por proceder de empresas que hayan sido objeto de un expediente de regulación de empleo autorizados administrativa o judicialmente o de un concurso de acreedores y acreditarlo de manera fehaciente, o por causa de despido objetivo previsto en el artículo 52.c) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. c) Que la cotización a la Seguridad Social a lo largo de su vida laboral sea de al menos 15 años y su cotización en la empresa de la que proceden sea

de un mínimo de tres años. d) Que tenga dificultades de inserción laboral y sea mayor de 50 años. e) En su caso, ser miembro de la asociación de trabajadores prevista en el artículo 1.3.”

El plazo para solicitar las ayudas es de dos meses a computar desde la fecha de la declaración que les habilita a participar como solicitantes en el Programa de ayudas –art. 11.1 Orden-; en lo que se refiere a la cuantía de las ayudas previas a la jubilación ordinaria, ésta será del 100% de la aportación a realizar por las personas trabajadoras en la prima del contrato de seguro colectivo de rentas, computada por el período que le resta hasta alcanzar la edad de jubilación ordinaria, de la que se deducirá las cantidades a las que se refiere el artículo 5.1 de la Orden.

Por último, la tramitación y resolución del expediente de solicitud de ayuda se realizará en los términos indicados en el art. 13 de la Orden, disponiendo el órgano competente de un plazo máximo de 3 meses a computar desde la fecha en que la solicitud hubiere tenido entrada en el registro del órgano competente para su tramitación y resolución, transcurrido el plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, se entenderá desestimada la petición.

ORDEN DE 22 DE MARZO DE 2011, POR LA QUE SE ESTABLECEN LAS BASES REGULADORAS Y LA CONVOCATORIA DE LAS MEDIDAS PARA FACILITAR LA ADAPTACIÓN DE LOS SECTORES TEXTIL Y DE LA CONFECCIÓN, DEL CALZADO, CURTIDOS Y MARROQUINERÍA, DEL MUEBLE Y DEL JUGUETE A LOS CAMBIOS ESTRUCTURALES EN EL COMERCIO MUNDIAL (BOJA NÚM. 78, DE 20 DE ABRIL)

Con esta disposición se pretende ayudar a un sector tradicional que se caracteriza por estar constituido principalmente por pequeñas y medianas empresas que necesitan gran cantidad de mano de obra y que son generadoras de empleo y riqueza en determinadas zonas andaluzas, las cuales se han visto perjudicadas por la globalización económica y la liberalización del comercio.

La gestión de las subvenciones, la determinación de su forma y plazo de presentación, la tramitación del procedimiento, su resolución, el pago de subvenciones y su control en el territorio de la Comunidad Autónoma Andaluza corresponderán al Servicio Andaluz de Empleo de la Consejería de Empleo.

Se trata de una extensa disposición que articula las bases para otorgar subvenciones para las siguientes actividades: a) La adaptación laboral del sector textil y de la confección. b) La adaptación laboral del sector del calzado, curtidos y marroquinería. c) La adaptación laboral del sector del mueble; y d) La adaptación laboral del sector del juguete.

Las formalidades de las solicitudes se ajustan a las bases reguladoras tipo y a los formularios publicados por la Consejería de Hacienda y Administración Pública, siguiendo el procedimiento simplificado recogido en el Decreto 282/2010, de 4 de mayo y en la Orden de 30 de agosto de 2010, por la que se aprueban las bases reguladoras tipo y los formularios tipo de la Administración de la Junta de Andalucía para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva.

El objeto concreto de las subvenciones se especifica en un cuadro-resumen, el cual establece en su apartado 1, que el objetivo es: a) Establecer las bases reguladoras y la convocatoria de las medidas para facilitar la reinserción laboral de las personas trabajadoras excedentes de los sectores textil y mundial a los cambios estructurales del comercio mundial. b) Establecer ayudas a las personas con 55 o más años que tengan problemas para encontrar empleo, contempladas en Real Decreto 5/2008, de 11 de enero.

Para los dos objetivos indicados, los conceptos subvencionables abarcan al proceso de búsqueda de empleo, la movilidad geográfica, la inserción laboral de personas de 52 o más años; a paliar los efectos del agotamiento de la prestación contributiva por desempleo de las personas trabajadoras de 55 o más años y a la promoción del empleo autónomo.

En todo caso, para poder tener derecho a las ayudas se tendrán que reunir los requisitos indicados en el art. 5 de la Orden y deberán ser solicitadas por persona interesada en el formulario oficial que se acompaña a la Orden, el cual tendrá que presentarse en los lugares y a través de los medios indicados en el art. 11. En algunos supuestos -art. 8- cabrá la posibilidad de que con la subvención se pueda contratar la ejecución de las actividades subvencionadas. El plazo de presentación de las solicitudes es de 4 meses a computar desde la fecha de la entrada en vigor de la Orden, es decir hasta el 20/8/2011; ahora bien, si se agota el crédito antes de dicha fecha, se procederá a publicar en el BOJA una resolución para su reconocimiento. Para la cuantía de la subvención, habrá que estar a lo dispuesto en el apartado 5 del cuadrante incluido que va en función del tipo de ayuda y del perfil que reúna el posible beneficiario o la persona contratada.

ORDEN DE 28 DE ABRIL DE 2011, POR LA QUE SE APRUEBA EL PROGRAMA INTEGRAL DE EMPLEO PARA PERSONAS JÓVENES EN ANDALUCÍA Y SE MODIFICAN LAS ÓRDENES QUE SE CITAN (BOJA NÚM. 93, DE 13 DE MAYO).

En el contexto del art. 169.3 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, por la que se reforma el Estatuto de Autonomía para Andalucía que establece que se diseñarán y establecerán políticas concretas para la inserción laboral de

los colectivos con especial dificultad en el acceso al empleo, especialmente de los jóvenes menores de 30 años y los mayores de 45 años con dificultades de incorporación o reincorporación en el mercado de trabajo; y en aplicación de las disposiciones previstas en el VII acuerdo de Concertación Social de Andalucía firmado el 24.11.2009, se procede a revisar las Políticas Activas de Empleo y de Intermediación Laboral de la Junta de Andalucía; así como a modificar diversas disposiciones que afectan al colectivo al que abarca esta disposición.

El colectivo incluido se detalla en la Disposición Adicional Primera de la Orden, teniendo preferencia las personas que reúnen la condición de personas desempleadas, las personas desempleadas de larga duración o las personas con déficit formativo. El Programa se articula a través de la mejora de la empleabilidad del colectivo anteriormente descrito potenciando: a) Los Proyectos Profesionales –arts. 4 a 8-; b) La Formación para el Empleo –arts. 9 al 22-; c) La Realización de Experiencias Profesionales en el mercado laboral –arts. 23 al 27-; d) El Fomento de la movilidad (arts. 28 al 34); y, por último, e) Las Medidas para el Fomento del Empleo y del espíritu emprendedor (arts. 35 a 41).

ORDEN DE 28 DE ABRIL DE 2011, POR LA QUE SE APRUEBA EL PROGRAMA INTEGRAL DE EMPLEO PARA PERSONAS MAYORES DE 45 AÑOS EN ANDALUCÍA Y SE MODIFICA LA ÓRDENES QUE SE CITA (BOJA NÚM. 94, DE 16 DE MAYO).

En el contexto del art. 169.3 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, por la que se reforma el Estatuto de Autonomía para Andalucía que dispone que se diseñarán y establecerán políticas concretas para la inserción laboral de los colectivos con especial dificultad en el acceso al empleo, especialmente de los mayores de 45 años, con preferencia desempleadas y en aplicación de las disposiciones previstas en el VII acuerdo de Concertación Social de Andalucía firmado el 24.11.2009, se procede a reforzar la empleabilidad de la población activa mediante la implantación de ejes para la mejora de la empleabilidad de las personas mayores de 45 años.

Las citadas líneas de mejora de la empleabilidad se centran en medidas para proyectos profesionales –arts. 4 a 8-; medidas de formación del empleo – arts. 9 a 19- con una oferta formativa de calidad, flexible y adaptada a las necesidades reales del mercado de trabajo que, además de potenciar la Formación Profesional para el Empleo, tiene en cuenta las preferencias del colectivo de los mayores de 45 años en la participación de los proyectos de Talleres de Empleo; medidas de fomento de la movilidad y del empleo –arts. 20 a 28-; y, por último, medidas para el fomento del espíritu emprendedor –arts. 29 a 34-.

Por último, se modifica la Orden de 6 de abril de 2009, por la que se establecen las bases reguladoras del programa para impulsar proyectos promovidos por las Corporaciones Locales en el marco de los Nuevos Yacimientos de Empleo.

ORDEN DE 13 DE MAYO DE 2011, POR LA QUE SE APRUEBAN LAS BASES REGULADORAS PARA LA CONCESIÓN DEL PREMIO TESIS DOCTORALES DEL CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES (BOJA NÚM. 117, DE 16 DE JUNIO)

En la consecución de los objetivos previstos en la Ley 4/1983, de 27 de junio, del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y para profundizar en el conocimiento del mercado de trabajo, se instituyó mediante Orden de 13 de septiembre de 1999 (BOJA núm. 117, de 7 de octubre) el premio de investigación «Tesis Doctorales» del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, sobre temas jurídicos, económicos y sociales relevantes para el sistema de relaciones laborales. En este contexto, la presente Orden, aprueba las bases reguladoras para su concesión lo que se realizará mediante convocatorias anuales.

En síntesis, podrán concurrir al mismo las tesis doctorales que hubieren sido leídas y defendidas en el año natural anterior al de la correspondiente convocatoria en cualquier universidad española, pública o privada; que hubieren obtenido la calificación de sobresaliente cum laudem y que, además, reúnan los requisitos señalados en el artículo 5 de la Orden.

Al margen de la dotación del premio (11.000 euros), la copia del trabajo premiado quedará en propiedad del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, aunque en materia de derechos de autor, se estará a lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

La convocatoria del año 2011 se ha abierto mediante la Resolución de 10 de junio de 2011, del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (BOJA núm. 124, de 27 de junio), cuyo plazo para la presentación de solicitudes finalizará el próximo 15 de septiembre de 2011.

ACUERDO DE 10 DE MAYO DE 2011, DEL CONSEJO DE GOBIERNO, POR EL QUE SE APRUEBA EL II PLAN DE ACCIÓN INTEGRAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN ANDALUCÍA 2011-2013 (BOJA NÚM. 106, DE 1 DE JUNIO)

La aprobación del II Plan de Acción Integral para las personas discapacitadas tiene su origen en el desarrollo transversal de la Ley 1/1999, de 31 de

marzo, de atención a las personas con discapacidad de Andalucía, que se encuentra disponible en la Web oficial de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social. Esta disposición, en materia de empleo regula, instituye, entre otras cuestiones, ciertas medidas relacionadas con la integración laboral de las personas discapacitadas, incluyendo un análisis de la incorporación de este colectivo al mercado laboral.

En el curso del primer trimestre de este mismo periodo, y por último, se han publicado también una serie de disposiciones que establecen las bases reguladoras para la concesión de premios o ayudas, para las que, sin embargo, ya se encuentra cerrado el plazo de solicitud de subvenciones para la convocatoria de 2011, siendo las siguientes:

Orden de 18 de febrero de 2011, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a los Colegios Profesionales y Consejos Andaluces de Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el desarrollo de actividades de promoción de la prevención de los riesgos laborales y su convocatoria anual (BOJA núm. 77, de 19 de abril)

Mediante esta disposición se aprobaron las bases reguladoras de los cursos de especialización relacionados con competencias propias del ámbito profesional de cada Colegio y relacionadas con los entendidos del Anexo VI del Real Decreto 39/1977, de 17 de enero; así como de los estudios técnicos y guías prácticas vinculadas con las competencias propias del ejercicio profesional relacionadas con la prevención de riesgos laborales. El importe de las ayudas no podrá exceder, para cada proyecto, en líneas generales, del 50% del presupuesto con un límite máximo de 18.000 euros y mínimo de 2.000 euros.

El plazo para solicitar la ayuda para la convocatoria de 2011 fue de un mes a computar desde la publicación de la Orden, cuya aprobación ha supuesto la derogación de la Orden de 19 de julio de 2005, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a los Colegios Profesionales de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el desarrollo de actividades de promoción de la prevención de riesgos laborales.

Orden de 23 de marzo de 2011, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión del Premio de Investigación del Consejo Económico Social de Andalucía (BOJA núm. 79, de 25 de abril).

El objetivo perseguido con esta disposición es la concreción de las bases reguladoras para la concesión, mediante convocatorias anuales, de un premio para distinguir las tesis doctorales o los trabajos de investigación cuyo contenido verse sobre materias sociales, económicas o laborales y tengan, además, especial significación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalu-

cía. Los participantes que pueden optar a este premio son los autores de tesis doctorales, leídas en el año anterior al de la convocatoria en cualquiera de las Universidades de la Unión Europea y los autores de trabajos de investigación –personas físicas, personas jurídicas y grupos de investigación– que tengan su domicilio en cualquiera de los Estados Miembros de la Unión Europea.

La orden detalla, entre otros extremos, la documentación a presentar –artículo 6-, los requisitos que deberán de reunir los trabajos –art. 7-; el importe del premio de investigación y del accésit –art. 8-, el órgano instructor, nombramiento de jurado, criterios de valoración, fallo y resolución de la concesión –arts. 9 al 12-; así como los formularios oficiales para presentar el premio Anexo I y II-.

Por último, los trabajos premiados podrán ser publicados o no por el Consejo Económico Social, de considerarse su difusión de interés.

Una vez aprobadas las bases se procedió mediante Resolución de 12 de abril de 2011, del Consejo Económico y Social de Andalucía (BOJA núm. 80 de 26 de abril de 2011) a convocar el premio correspondiente al año 2011, cuyo plazo de presentación de solicitudes finalizó el 31 de mayo de 2011.

Orden de 25 de abril de 2011, por la que se modifica la de 28 de mayo de 2009, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones para programas e infraestructuras destinados al arraigo, la inserción y la promoción social de personas inmigrantes, dirigidas a entidades privadas sin ánimo de lucro, Universidades Públicas y Entidades Locales, en el ámbito de las competencias de la Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, y se efectúa su convocatoria para el año 2011 (BOJA núm. 95, de 17 de mayo)

Al margen de la aprobación de las modificaciones en la Orden indicada, se procede mediante la Disposición adicional única a realizar la convocatoria de subvenciones para el 2011 para programas e infraestructuras destinados al arraigo, la inserción y la promoción social de personas inmigrantes, en el ámbito de las competencias de la Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, dirigidas a las entidades privadas sin ánimo de lucro, Universidades Públicas andaluzas y Entidades Locales andaluzas, cuyo plazo de presentación de solicitudes ha sido de un mes, a computar a partir del día siguiente al su publicación en BOJA.

A destacar también en este mismo sentido, la Orden de 16 de mayo de 2011, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones y su convocatoria a PYMES y autónomos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el desarrollo de proyectos de prevención de los riesgos laborales (BOJA núm. 112, de 9 de junio).

Norma a incluir en el marco de las competencias ejecutivas establecidas en el artículo 63.1 del Estatuto de Autonomía para Andalucía y en el artículo

7 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, y por la que consolida una política propia de prevención de los riesgos asociados al trabajo en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía. En este contexto, y tras la aprobación del Decreto 282/2010, de 4 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Concesión de Subvenciones de la Administración de la Junta de Andalucía, se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones a microempresas, pequeñas, medianas empresas (PYME) y trabajadores autónomos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el desarrollo de actividades de promoción de la prevención de riesgos laborales y su convocatoria anual.

Las características de las entidades beneficiarias de las ayudas se reseñan en el artículo 3 de la Orden, debiendo de ser microempresas, pequeñas y medianas empresas y las personas autónomas que estén encuadradas en las actividades económicas del CNAE 2009 citadas expresamente (Sección A: Agricultura, Ganadería, Silvicultura y Pesca; Sección C: Industria Manufacturera; Sección F: Construcción –en este supuesto, además, deberán estar inscritas en el Registro de Empresas Acreditadas como Contratistas o Subcontratistas del Sector de la Construcción de la Comunidad Autónoma Andaluza-; Sección H: Transporte y Almacenamiento). En todo caso, las actividades y los proyectos a subvencionar deberán enmarcarse en los parámetros indicados en el artículo 4, estableciéndose plazos de ejecución de las mismas que van de 1 mes a 12 meses, según las modalidades en las que se encuentren encuadradas.

Para los proyectos concretos que se reseñan en el artículo 5 de la Orden se podrán solicitar diferentes modalidades de ayudas:

Modalidad 1 (M1): Proyectos dirigidos al establecimiento de la estructura preventiva especializada de la empresa: M1A: Agricultura, Ganadería, Silvicultura y Pesca; M1C: Industria Manufacturera; M1F: Construcción; y, M1H: Transporte y Almacenamiento.

Modalidad 2 (M2): Proyectos dirigidos a facilitar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales: M2A: Agricultura, Ganadería, Silvicultura y Pesca; M2C: Industria Manufacturera; M2F: Construcción; y, M2H: Transporte y Almacenamiento.

Modalidad 3 (M3): Proyectos dirigidos a la incorporación de medidas especificadas en la planificación preventiva de la empresa: M3A: Agricultura, Ganadería, Silvicultura y Pesca; M3C: Industria Manufacturera; y, M3F: Construcción; y M3H: Transporte y Almacenamiento.

Modalidad 4 (M4): Proyectos innovadores y de desarrollo de buenas prácticas preventivas que contribuyan de forma significativa a la mejora de la seguridad y la salud laboral en los centros de trabajo. A estos efectos se consideran innovadores la primera aplicación en la empresa de nuevas formas de organización y realización de los trabajos que supongan mejora en la prevención de

riesgos: M4A: Agricultura, Ganadería, Silvicultura y Pesca; M4C: Industria Manufacturera; M4F: Construcción; y, M4H: Transporte y Almacenamiento.

Se trata de una Orden exhaustiva que desglosa los criterios para las limitaciones presupuestarias –artículo 7-; el procedimiento de concesión –artículo 8- ; los aspectos relativos a la presentación de solicitudes, su tramitación y resolución –artículos 9 al 12-; las obligaciones de los beneficiarios, la forma de justificar la subvención y las causas del reintegro –arts. 14 al 18-. En lo que se refiere al plazo de solicitud, se establece que:

Se abrirá en el mes de enero de cada convocatoria, salvo el correspondiente al 2011.

Para el año 2011, la convocatoria fue de un mes a computar desde la entrada en vigor de la Orden, circunstancia que se produjo el día 10 de junio de 2011.

Al ser una Orden que unifica las subvenciones que pueden solicitar tanto las PYMES como los autónomos, su entrada en vigor ha supuesto la derogación de la Orden de 8 de mayo de 2006, de la Consejería de Empleo, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por la Consejería de Empleo a microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales (BOJA núm. 106, de 5 de junio de 2006), y de la Orden de 8 de mayo de 2006, de la Consejería de Empleo, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de subvenciones por la Consejería de Empleo a microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) del sector de la construcción que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales (BOJA núm. 106, de 5 de junio de 2006).

El Capítulo VII de la Orden de 15 de marzo de 2007, de la Consejería de Empleo, por la que se establecen las bases reguladoras de la concesión de ayudas y su convocatoria al amparo de lo establecido en el Decreto 175/2006, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Plan de Fomento y Consolidación del Trabajo Autónomo en Andalucía (BOJA núm. 64, de 30 de marzo de 2007).

