

ESTUDIOS

Sostenibilidad laboral en el sector de la construcción: la estabilidad en el empleo como premisa

Susana Rodríguez Escanciano

Migraciones laborales y Organización Internacional del Trabajo: revisando los pilares de una construcción normativa universal

David Lantarón Barquín

Industria 4.0 y modelo participativo: ¿diálogo social vs diálogo civil? Las repercusiones sobre el sistema de relaciones industriales italiano

Luciana Guaglianone

El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores

Elisa Sierra Hernaiz

La triple legitimación negociadora de los convenios colectivos de empresa: diferencias entre órganos unitarios y secciones sindicales

Sergio Canalda Criado

El papel de la negociación colectiva en la representación preventiva: puntos críticos sobre su regulación e instrumentación

David Gutiérrez Colominas

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Universidad de Almería

Comisiones ad hoc y asamblea de trabajadores en supuestos de ausencia de representación

Cristina Roldán Maleno

Universidad de Cádiz

A vueltas con los datos salariales de la copia básica del contrato de trabajo

Francisca Bernal Santamaría

Universidad de Córdoba

Poder de dirección y delimitación de la jornada

M^a Inmaculada Benavente Torres

Universidad de Lleida

La inaplicación por parte de los tribunales laborales del despido por absentismo del trabajador enfermo poco antes de su definitiva supresión por parte del legislador

Josep Moreno Gené

Universidad Pablo de Olavide

El despido del artículo 52 d) ET no supera(ba) el control de convencionalidad

Pierre-Henri Cialti

Universidad de Granada

Extensión del reconocimiento del complemento de pensión para los padres con dos o más hijos, beneficiarios de pensiones contributivas de la seguridad social: ¿punto final a una medida mal planteada pero necesaria frente a la brecha de género en las pensiones?

Raquel Vida Fernández

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

152

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL

152/2020

Segundo Trimestre

TEMAS LABORALES 2020

152

ISSN: 0213-0750 <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/car1>



Junta de Andalucía

Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES



Junta de Andalucía

Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

152

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Calle Algodón, nº 1
41006 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN
Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

VOCALES

MIGUEL ÁNGEL GARCÍA DÍAZ	Viceconsejero de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Consejero Permanente de Estado
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
PATRIZIA TULLINI	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Bolonia
MARÍA DO ROSARIO PALMA RAMALHO	Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Lisboa

CONSEJO DE REDACCIÓN

ROCÍO BLANCO EGUREN	Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Huelva

DIRECTOR

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

SUBDIRECTOR

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

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Calle Algodón, nº 1. 41006 - Sevilla.. Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y un especial monográfico- 72 euros. Número suelto: 18 euros.
Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 152/2020
Segundo Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

Sostenibilidad laboral en el sector de la construcción: la estabilidad en el empleo como premisa 13
SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

Migraciones laborales y Organización Internacional del Trabajo: revisando los pilares de una construcción normativa universal 53
DAVID LANTARÓN BARQUÍN

Industria 4.0 y modelo participativo: ¿diálogo social vs diálogo civil? Las repercusiones sobre el sistema de relaciones industriales italiano. 97
LUCIANA GUAGLIANONE

El papel de la negociación colectiva en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores 115
ELISA SIERRA HERNAIZ

La triple legitimación negociadora de los convenios colectivos de empresa: diferencias entre órganos unitarios y secciones sindicales. 139
SERGIO CANALDA CRIADO

El papel de la negociación colectiva en la representación preventiva: puntos críticos sobre su regulación e instrumentación 169
DAVID GUTIÉRREZ COLOMINAS

2. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO
Universidad de Almería
Comisiones ad hoc y asamblea de trabajadores en supuestos de ausencia de representación 192
CRISTINA ROLDÁN MALENO

PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES	
Universidad de Cádiz	
A vueltas con los datos salariales de la copia básica del contrato de trabajo . . .	215
FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA	
PODER DE DIRECCIÓN	
Universidad de Córdoba	
Poder de dirección y delimitación de la jornada	245
M ^a INMACULADA BENAVENTE TORRES	
RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO	
Universidad de Lleida	
La inaplicación por parte de los tribunales laborales del despido por absentismo del trabajador enfermo poco antes de su definitiva supresión por parte del legislador	271
JOSEP MORENO GENÉ	
EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO	
Universidad Pablo de Olavide	
El despido del artículo 52 d) ET no supera(ba) el control de convencionalidad	301
PIERRE-HENRI CIALTI	
PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL	
Universidad de Granada	
Extensión del reconocimiento del complemento de pensión para los padres con dos o más hijos, beneficiarios de pensiones contributivas de la seguridad social: ¿punto final a una medida mal planteada pero necesaria frente a la brecha de género en las pensiones?	319
RAQUEL VIDA FERNÁNDEZ	
3. RESEÑA DE LEGISLACIÓN	
Legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía	333

PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

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 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 de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

ANVUR (Agencia Nacional italiana de Valoración del sistema Universitario y de la Investigación) tiene reconocido a Temas Laborales como una revista científica clase A en el área 12, ámbito que corresponde a Derecho y Ciencia Jurídica en su conjunto.

TEMAS LABORALES se encuentra incluida también en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos vinculados a la investigación:



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)*, *Employees & Employers: Labour Law and Social Security Review (Delavci in delodajalci-Eslovenia)*, *Derecho de las Relaciones Laborales (España)*, *Diritti Lavori Mercati (Italia)*, *Diritto delle Relazioni Industriali (Italia)*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA-Alemania)*, *European Labour Law Journal (Bélgica)*, *E-journal of International and Comparative Labour Studies (Italia)*, *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 and Social Law (Bielorrusia)*, *Labour Society and Law (Israel)*, *Lavoro e Diritto (Italia)*, *Pecs Labour Law Journal (Hungría)*, *Revista de Derecho Social (España)*, *Revue de Droit du Travail (Francia)*, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale (Italia)*, *Russian Yearbook of Labour Law (Rusia)*, *Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej (Polonia)* y *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Alemania)*.

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

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista TEMAS LABORALES pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carlp/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: [jesucruz@us.es](mailto:jescruz@us.es) y/o chano@uhu.es. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a esta publicación –que puede consultarse en detalle en el espacio web indicado-, los textos originales se remitirán elaborados con letra tipo Time New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (*abstract*) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (*key words*) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3).

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresando en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso.

Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis.

Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (*).

6. NOTAS

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá que en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecuadrados, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op.cit.", si tiene más de una obra.

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32.

También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva* (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

7. EXTENSIÓN

Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

Los originales serán revisados para su adaptación a las reglas de estilo. Las modificaciones que el autor desee realizar con posterioridad a la remisión del documento deberán llevarse a cabo a través de Dirección mediante indicación precisa de las mismas, salvo que sean de tal entidad que requieran de una nueva maquetación pudiendo iniciarse en tal caso un nuevo proceso de evaluación. Salvo circunstancias excepcionales los autores no harán corrección de pruebas.

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

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.

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga en relación a los siguientes ítems: El informe podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

10. CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca.

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 152/2020
Second Trimester

INDEX

1. STUDIES

Labour sustainability in the construction sector: stability in employment as a premise	13
SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO	
Labour migration and the ILO: reviewing the pillars of the universal legal framework.	53
DAVID LANTARÓN BARQUÍN	
Industry 4.0 and participatory model: social dialogue vs civil dialogue? The impact on the Italian industrial relations system	97
LUCIANA GUAGLIANONE	
The role of collective bargaining in the processing of workers' personal data	115
ELISA SIERRA HERNAIZ	
The triple negotiating legitimacy of collective enterprise agreements: differences between unitary bodies and trade union sections	139
SERGIO CANALDA CRIADO	
The role of collective bargaining in preventive representation: hotspots on its regulation and implementation.	169
DAVID GUTIÉRREZ COLOMINAS	

2. JUDICIAL COMMENTS

COLLECTIVE LABOUR LAW	
University of Almeria	
Ad hoc commissions and workers' assembly in cases of lack of representation	192
CRISTINA ROLDÁN MALENO	

PARTICIPATION AND REPRESENTATION OF WORKERS	
University of Cadiz	
Rounding up with the salary data of the basic copy of the employment contract.	215
FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA	
 MANAGEMENT POWER	
University of Cordoba	
Power of direction and delimitation daily worktime	245
M ^a INMACULADA BENAVENTE TORRES	
 EMPLOYMENT CONTRACT REGIME	
University of Lleida	
The non-application by labour courts of the dismissal due to absenteeism of the sick worker shortly before its final abolition by the legislator.	271
JOSEP MORENO GENÉ	
 EXTINCTION LABOUR CONTRACT	
University Pablo de Olavide	
The dismissal of Article 52(d) ET does not exceed conventionality control .	301
PIERRE-HENRI CIALTI	
 SOCIAL SECURITY BENEFITS	
University of Granada	
Extension of the recognition of the pension supplement for parents with two or more children, beneficiaries of contributory social security pensions: an end point to a misrepended but necessary measure in the face of the gender gap in pensions?	319
RAQUEL VIDA FERNÁNDEZ	
 3. LEGISLATIVE REMARKS	
Legislation of the autonomous community of Andalusia	333

Estudios

SOSTENIBILIDAD LABORAL EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN: LA ESTABILIDAD EN EL EMPLEO COMO PREMISA *

SUSANA RODRÍGUEZ ESCANCIANO

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de León

EXTRACTO

Palabras clave: eco-construcción, yacimientos de empleo, precariedad, temporalidad, contrato fijo de obra, estabilidad en el empleo en la construcción verde

Si la construcción tradicional sirvió de motor de crecimiento y de empleo en España en los primeros años del siglo XXI, el nuevo modelo urbanístico basado en la renovación, regeneración y rehabilitación está en disposición para volver a impulsar los índices de ocupación en este sector, si bien con estándares de mayor calidad en las vacantes generadas, no en vano es un aserto totalmente verosímil que la contratación indefinida en este ámbito funcional representa un exiguo porcentaje del total de los vínculos laborales, circunstancia que es necesario corregir de inmediato.

ABSTRACT

Key words: green construction, employment sites, precariousness, temporary, fixed work contract for building, job stability in ecological construction

If traditional construction served as an engine for growth and employment in Spain in the first years of the 21st century, the new urban model based on renovation, regeneration and rehabilitation is in readiness to boost employment rates in this sector again. However, it has to be done with higher quality standards in the jobs created, because is an unquestionable reality that indefinite hiring in this functional field represents a little percentage of the total number of employment relationships, a circumstance that must be corrected immediately.

*Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación DER2017-83864-R, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, bajo el título “la sostenibilidad como idea rectora de las políticas públicas y de la prestación de servicios públicos para el bienestar de los ciudadanos”.

ÍNDICE

1. LA SUPERADA CONSTRUCCIÓN EXPANSIVA COMO PALANCA DE LA ECONOMÍA Y SU LADO OSCURO: LA BAJA CALIDAD DE LAS OCUPACIONES
2. DOS EPISODIOS DESFAVORABLES: EL ESTALLIDO DE LA BURBUJA INMOBILIARIA Y LA NUEVA CRISIS DERIVADA DE LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA
3. CAMBIO DE MODELO URBANÍSTICO: REGENERACIÓN, REHABILITACIÓN Y RENOVACIÓN URBANAS
4. CREACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO EN UNA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DIVERSIFICADA
 - 4.1. La edificación ecológica como paradigma
 - 4.2. Variado elenco de actividades asociadas a la eco-construcción
5. LA NECESARIA MEJORA DE LAS CONDICIONES LABORALES
 - 5.1. Normativa heterónoma específica
 - 5.2. Centralidad y cohesión de la negociación colectiva
6. UN ASPECTO NECESITADO DE URGENTE CORRECCIÓN: LA ELEVADA ROTACIÓN DE EFECTIVOS
 - 6.1. El contrato fijo de obra como vía preferente de acceso
 - 6.1.1. Las dudas sobre su legalidad
 - 6.1.2. Régimen jurídico
 - A) Acuerdo expreso
 - B) Cercanía de los centros de trabajo
 - C) Plazo máximo
 - D) No aplicación de la regla de encadenamiento contractual
 - E) Indemnización por terminación del contrato
 - 6.2. Otras modalidades temporales de contratación
7. UNA CONTRIBUCIÓN SÓLO PARCIAL A LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA. LAS RESTRICCIONES A LA SUBCONTRATACIÓN
 - 7.1. Previsiones legales generales
 - 7.2. Las exigencias de estabilidad en la plantilla
 - 7.3. La atención convencional
8. PROHIBICIONES PARA LA INTERVENCIÓN DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL. HACIA UNA PROGRESIVA LIBERACIÓN
 - 8.1. Limitaciones a la cesión: evolución normativa
 - 8.2. Disposiciones convencionales restrictivas
9. CONCLUSIÓN

1. LA SUPERADA CONSTRUCCIÓN EXPANSIVA COMO PALANCA DE LA ECONOMÍA Y SU LADO OSCURO: LA BAJA CALIDAD DE LAS OCUPACIONES

Sin lugar a dudas, el sector de la construcción ha sido durante décadas el principal trampolín de la economía y el instrumento generador básico de ocupaciones en nuestro país, llegando a representar, antes del año 2007, el 11 por 100 del PIB, al tiempo que manifestó una fuerte capacidad de arranque sobre otras ramas productivas (cemento y materiales para la edificación, otros productos básicos, instalaciones eléctricas, fontanería, carpintería, compras de maquinaria y equipos...), datos favorecidos por unos bajos tipos de interés y una abundante

liquidez disponible¹. La velocidad del crecimiento de las tasas de ocupación en este marco fue tal que a finales del citado año 2007 se había incrementado en más de 30 puntos respecto de la velocidad de crecimiento media del área euro². Las cifras son elocuentes: los ocupados en este sector ascendían en tal momento a 2.767.400 de un total de 20.510.600, solo por debajo de la industria (3.226.400) y de los servicios (13.693.100) y por encima de la agricultura (823.600)³.

A la consecución de estos logros ha contribuido, en gran medida, la intervención de una legislación urbanística tendente entonces a la expansión de la ciudad a costa de reclasificar terrenos periurbanos para su transformación y edificación hasta límites insostenibles⁴, dando lugar al desarrollo de un tipo de ciudad dispersa, muy poco funcional, con proliferación de formas de urbanización y edificación de baja densidad, generadoras de una intensa repercusión ambiental, con asentamientos residenciales económicamente muy costosos tanto para las Administraciones Públicas obligadas a la prestación de servicios debido a la desagregación de los espacios urbanizados habitados, como para los propios moradores al estar compelidos a soportar los costes ocasionados por los continuos desplazamientos que deben realizar, en muchos casos con sus propios medios de transporte, para acudir a los centros de trabajo, docentes, de comercio u ocio⁵.

El empleo involucrado en este urbanismo expansivo, aunque cuantioso en número, daba buenas muestras de altas dosis de precariedad concurrentes: elevada temporalidad, una estructura ocupacional intensiva en mano de obra manual, un nivel de formación inferior a la media del resto de la economía, unos ritmos intensos de ejecución de las obras (destajos), un encadenamiento masivo de contrata y subcontrata ante un tejido productivo altamente atomizado, una escasa innovación, una baja intervención de mujeres y una elevada participación de asalariados maduros y de mano de obra extranjera, así como una ingente intervención de trabajadores autónomos precarios, todo ello acompañado de ingentes cotas de accidentabilidad.

No hace falta aportar datos explicativos sobre la incidencia directa entre la acusada presencia de contratos de duración determinada y el resto de los factores negativos enunciados circundantes todos ellos sobre el primero. Amplio es,

¹ Mercader Uguina, J.R.: *Salario y crisis económica*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2011, pág. 25.

² Gómez Rufián, L.: “La negociación colectiva en la construcción ante el auge y el colapso del sector”, *Información Laboral*, núm. 7, 2015 (BIB 2015/2939).

³ CC.OO. Secretaría de Empleo y Formación: *Cinco años de crisis del mercado laboral en Castilla y León*, 2013 <http://castillayleon.ccoo.es/9f50f62b58440b4bafc491f05c9a88cc000054.pdf>

⁴ López Ramón, F.: *Introducción al Derecho urbanístico*, Madrid (Marcial Pons), 2009, pág. 30.

⁵ Quintana López, T.: “Hacia un modelo de urbanismo sostenible”, en AA.VV (Quintana López, T., Dir.): *Urbanismo sostenible. Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2015, pág. 17.

además, el consenso existente sobre la consideración de que las elevadas tasas de temporalidad constituye un factor altamente perjudicial, tanto para el desarrollo de la economía y del bienestar de los trabajadores, como para el tejido social en su conjunto⁶, que se manifiestan de forma preclara en el sector aquí estudiado. Desde la perspectiva empresarial, este sistema provoca una tendencia hacia modelos de baja productividad, de escasa inversión en capital humano, de dificultades en las necesarias políticas de retención del talento, así como, a la postre, efectos nocivos en la competitividad. Desde el punto de vista de los trabajadores, debilita una planificación en el medio plazo de la carrera profesional, acentúa la oferta de trabajo en actividades profesionales de baja cualificación y, por ende, de menores niveles retributivos, al tiempo que concentra en mayor medida el peso de las prerrogativas de dirección empresarial, rebajando la actividad sindical. En fin, sobre el conjunto de la sociedad conlleva consecuencias devastadoras frente a las tasas de natalidad, el desarrollo del consumo en el medio o largo plazo, al tiempo que repercute gravosamente sobre el gasto público especialmente por lo que afecta a la prestación por desempleo⁷.

2. DOS EPISODIOS DESFAVORABLES: EL ESTALLIDO DE LA BURBUJA INMOBILIARIA Y LA NUEVA CRISIS DERIVADA DE LA DECLARACIÓN DEL ESTADO DE ALARMA

Sin desconocer las deplorables condiciones laborales del sector, tampoco cabe ocultar que la bonanza de la construcción se sostuvo de manera meramente aparente, pues entró en una profunda recesión a partir del año 2008, manteniéndose en situación peyorativa en los años sucesivos. Se impulsaron y, con frecuencia, se aprobaron planeamientos artificiales carentes de motivación, única y exclusivamente para generar valor, esto es, para facilitar plusvalía a los propietarios, intermediarios, urbanizadores, promotores, constructores y, cómo no, Administraciones Públicas, bien por la vía de contraprestaciones contractuales, bien por la impositiva⁸. La presencia de unas amplias expectativas de revalorización de la vivienda explica, a la postre, que los precios subiesen por encima de lo que justificaba la evolución de los fundamentos de la demanda⁹, pero, rápidamente,

⁶ Cruz Villalón, J.: “La recuperación de la lógica institucional en la contratación laboral: el equilibrio entre estabilidad y flexibilidad contractual”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 3, 2016, pág. 210.

⁷ Cruz Villalón, J.: “La recuperación de la lógica institucional en la contratación laboral: el equilibrio entre estabilidad y flexibilidad contractual”, cit., pág. 210.

⁸ Tejedor Bielsa, J.: “El derecho urbanístico en la encrucijada”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 311, 2017, pág. 458.

⁹ Rodríguez López, J.: “Las viviendas que pudieron hundir la economía española. La caída del mercado de vivienda y sus consecuencias”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 35, 2017, pág. 77.

en contrapartida, el racionamiento del crédito a partir de 2007 redujo de forma acusada las transacciones de vivienda, que dependían sustancialmente del suministro de préstamo bancario para su realización, y los precios reaccionaron a la baja, acompañados de una fuerte retroacción en la nueva oferta.

Como con acierto se ha dicho, "la tormenta perfecta había unido en nuestro país la crisis del crédito a la de la construcción" con el resultado de un descenso espectacular en los índices de ocupación¹⁰. Así, tomando como referencia el año 2012 y haciendo una comparación con lo que sucedía en 2007, en España se eliminaron 1.630.600 puestos en el sector aquí analizado (pasando de 2.767.400 a 1.136.800) dentro de un total de 3.190.300 pérdidas¹¹.

Tal situación adversa empezó ligeramente a revertir a partir de 2014, pudiendo señalar que en el año 2018 se observa ya un apreciable repunte, pues el paro en el sector de la construcción baja en un 2,02 por 100 a nivel estatal¹². A cierre del 2019, había 1.284 millones de personas trabajando en este marco, la cifra más alta desde el último trimestre de 2011, y un 36% más frente a los mínimos de 2014¹³.

No obstante esta tenue mejoría, un nuevo contexto negativo surge tras la declaración del estado de alarma por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, debido a la emergencia sanitaria derivada del coronavirus, de manera que, como ejemplo paradigmático, en el mes de marzo de 2020 los afiliados del sector disminuyen un 3,8% en comparación con el mismo mes del año anterior. Al calor del citado Real Decreto 463/2020, aun cuando la construcción no integraba el elenco de tareas interrumpidas, lo cierto es que tampoco formaba parte del catálogo de actividades esenciales, razón por la cual muchas empresas se acogieron no sólo a los mecanismos habilitados en el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo (principalmente, suspensiones contractuales con el compromiso de mantenimiento posterior durante seis meses del empleo) sino que adoptaron decisiones de carácter extintivo. Los datos estadísticos dan muestra de esta tendencia, no en vano la construcción es una de las actividades en las que, como ya consta, se registran mayores pérdidas de empleo con un descenso respecto al mes de febrero en el régimen general del -4,5% (-39.818) contabilizando un total de 838.898 personas afiliadas menos en el mes de marzo de 2020. Quizá algunas

¹⁰ Ojeda Avilés, A.: "Las políticas activas de empleo en España", en AA.VV.: *La protección por desempleo en España. XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia (Laborum), 2015, pág. 31

¹¹ CC.OO. Secretaría de Empleo y Formación: *Cinco años de crisis del mercado laboral en Castilla y León*, 2013 <http://castillayleon.ccoo.es/9f50f62b58440b4bafc491f05c9a88cc000054.pdf>

¹² Fuente: Dirección General de Presupuesto y Estadística, Junta de Castilla y León.

¹³ <https://www.idealista.com/news/inmobiliario/construccion/2020/02/13/779922-queiebras-escasez-de-mano-de-obra-y-menos-inversion-que-le-pasa-al-sector>

de las previsiones dictadas en los días sucesivos al 14 de marzo pongan freno a esta tendencia. Así, el art. 2 Real Decreto Ley 9/2020, de 27 de marzo, veta la posibilidad de justificar despidos por fuerza mayor y por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción en las que se amparan las medidas de suspensión de contratos y reducción de jornada previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020. Además, el art. 9 Real Decreto Ley 9/2020 evitará la terminación inminente de algunos vínculos a término, pues “la suspensión de los contratos temporales, incluidos los formativos, de relevo e interinidad, por las causas previstas en los artículos 22 y 23 del Real Decreto-ley 8/2020, supondrá la interrupción del cómputo, tanto de la duración de estos contratos, como de los periodos de referencia equivalentes al periodo suspendido, en cada una de estas modalidades contractuales, respecto de las personas trabajadoras afectadas por estas”.

De plena aplicación en el sector son también las medidas adoptadas por el Real Decreto Ley 10/2020, de 29 de marzo, relativas al disfrute entre el 30 de marzo y el 9 de abril de un permiso retribuido recuperable (hasta el 31 de diciembre de 2020) para las personas trabajadoras por cuenta ajena que no presten servicios esenciales. Tal regulación incide, lógicamente, sobre la cláusula incorporada al VI convenio colectivo nacional del sector de la construcción (CCSC)¹⁴, que preveía una recuperación del 70 por 100 de las horas no trabajadas por interrupción de la actividad debido a causas de fuerza mayor, accidentes atmosféricos, inclemencias del tiempo, falta de suministros o cualquier otra causa no imputable a la empresa, a razón de una hora diaria en los días laborables siguientes, previa comunicación a los trabajadores afectados y, en su caso, a sus representantes legales en el centro de trabajo; en el supuesto de que la referida interrupción alcance un período de tiempo superior a veinticuatro horas efectivas de trabajo, se estará a lo dispuesto en materia de suspensión del contrato por causa de fuerza mayor” (art. 70 CCSC). Esta institución también ha quedado modificada en cuanto a su regulación en convenio colectivo se refiere, pues el art. 90 CCSC hacía referencia a los siguientes supuestos: “a) Imposibilidad de recepción de acopios, materiales o suministro de los mismos. b) Corte del suministro de energía, por causas ajenas a la empresa. c) Fenómenos climatológicos que impidan la normal realización de los trabajos. d) Paralización de la obra o parte de ésta, por orden gubernativa, resolución administrativa u otras causas similares ajenas a la voluntad del empresario, sin perjuicio de lo establecido, al respecto, para el contrato fijo de obra, en el presente Convenio. e) Paralización de la actividad de los trabajadores en la obra, acordada por decisión mayoritaria de los representantes legales de aquéllos o, en su caso, de los delegados de prevención, cuando dicha paralización

¹⁴BOE núm. 232, 26/09/2017.

se mantenga con posterioridad y en contra del preceptivo pronunciamiento en el plazo de veinticuatro horas de la autoridad laboral”. A estos extremos debe de añadirse el nuevo concepto de fuerza mayor fruto de la pandemia sanitaria, incluyendo “pérdidas de actividad como consecuencia del COVID-19, incluida la declaración del estado de alarma, que impliquen suspensión o cancelación de actividades, cierre temporal de locales de afluencia pública, restricciones en el transporte público y, en general, de la movilidad de las personas y/o las mercancías, falta de suministros que impidan gravemente continuar con el desarrollo ordinario de la actividad, o bien en situaciones urgentes y extraordinarias debidas al contagio de la plantilla o la adopción de medidas de aislamiento preventivo decretados por la autoridad sanitaria, que queden debidamente acreditados” (art. 22 Real Decreto Ley 8/2020).

Las disposiciones anteriores no son de aplicación a los trabajadores autónomos dedicados a la construcción, que han podido continuar trabajando al amparo del Real Decreto 463/2020. Otra cosa es que la coyuntura les permita seguir haciéndolo, en cuyo caso el Real Decreto Ley 8/2020 habilita una prestación por cese de actividad cuando su facturación en el mes anterior al que se solicita la prestación se vea reducida, al menos, en un 75 por ciento. Además, el Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, prevé tres medidas adicionales: por un parte, una moratoria de las cotizaciones sociales a la Seguridad Social por seis meses entre mayo y julio de 2020, siempre que las actividades que realicen no se hayan suspendido con ocasión del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, como ha sucedido en este sector; por otra, el aplazamiento en el pago de deudas con la Seguridad Social, cuyo plazo reglamentario de ingreso tenga lugar entre los meses de abril y junio de 2020, siendo de aplicación un interés del 0,5%; en fin, la posibilidad de acogerse al bono social de electricidad.

Sin duda, la pandemia va a provocar dificultades en los próximos meses que deben intentar superarse en las nuevas coordenadas de desarrollo de la actividad urbanística, muy alejadas de un anterior crecimiento continuo de la edificación, que provoca riesgos inherentes de segregación territorial, degradación de los entramados preexistentes y destrucción de la cubierta vegetal¹⁵.

¹⁵ López Ramón, F.: “El urbanismo sostenible en la legislación española”, *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, núm. 311, 2017, pág. 274.

3. CAMBIO DE MODELO URBANÍSTICO: REGENERACIÓN, REHABILITACIÓN Y RENOVACIÓN URBANAS

El agotado modelo de construcción expansiva llevó a iniciar un proceso tendente a enderezar el rumbo, esto es, virar el empeño desde la creación de edificaciones *ex novo* hacia la rehabilitación, regeneración y renovación en pos de una mayor sostenibilidad, que exige un cambio estructural profundo a fin de garantizar la transición a un nuevo modelo urbanístico global, esto es, compacto y, simultáneamente, transversal en materia de eficiencia energética, tecnología, multifuncionalidad, cohesión social y competitividad empresarial generadora de ocupaciones laborales en condiciones dignas.

Se sigue así la idea subrayada por Naciones Unidas, que ha venido aclarando que “cuando está bien planificado, el crecimiento urbano encierra el potencial de mejorar el acceso de las personas a la educación, la atención a la salud, la vivienda y otros servicios, gestionar de manera adecuada el efecto de la población sobre el medio ambiente y, también, fomentar las oportunidades en materia de productividad económica”¹⁶, siendo capaz de generar ocupaciones laborales en el marco de una actividad empresarial, de mayor complejidad que la construcción tradicional pero de alto valor añadido, centrada en la regeneración y rehabilitación urbana integral, que comprende cometidos tan variados como pueden ser la conservación de los conjuntos históricos y culturales, la reparación y renovación del parque de viviendas cuando existan situaciones de insuficiencia o degradación de los requisitos básicos de funcionalidad, seguridad y habitabilidad, la superación de la pobreza energética, el progreso de la calidad de vida de los ciudadanos en todos los barrios incluidos los menos favorecidos, así como la aplicación de las tecnologías de la información y comunicación en los entornos urbanos para conseguir la mejora del transporte, la movilidad, la seguridad ciudadana y el suministro y consumo de energía y agua (*smart city*)¹⁷.

Desde tales perspectivas, la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, apuesta de forma expresa por la recuperación del sector de la construcción mediante una serie de reformas desarrolladas en el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLSRU), con fundamento en un nuevo urbanismo marcado por el “uso racional de los recursos naturales armonizando los

¹⁶ Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. División de la Población. La situación demográfica en el mundo 2014. Informe conciso, Naciones Unidas, Nueva York, 2014, ST/ESA/SER.A/354, pág. 27.

¹⁷ Santiago Iglesias, D.: “Iniciativas para un futuro urbano sostenible: las Smart cities”, en AA.VV (Quintana López, T., Dir.): *Urbanismo sostenible. Rehabilitación, regeneración y renovación urbanas*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2015, pág. 702.

requerimientos de la economía, el empleo, la cohesión social, la igualdad de trato y de oportunidades, la salud y la seguridad de las personas y la protección del medio ambiente” (art. 3)¹⁸.

En la consecución de tales loables propósitos, el sector de la construcción tiene una importancia sustancial, tal y como ha reconocido el CES de España, que en 2016 aprobó su informe sobre “El papel del sector de la construcción en el crecimiento económico: competitividad, cohesión y calidad de vida”, cuyas recomendaciones y propuestas parten del apoyo a la recuperación de esta actividad de forma que contribuya, satisfactoria y sosteniblemente al crecimiento económico, a la competitividad del tejido productivo, a la cohesión social y territorial y a la calidad de vida en España”, ideas sobre las que insiste también el primer Programa Nacional de Control de la Contaminación Atmosférica, que introduce 57 medidas transversales y sectoriales en consonancia con las políticas climáticas y energéticas definidas en el Plan Nacional Integrado de Energía y Clima 2021-2030, entre las cuales ocupa un lugar muy destacado la eficiencia energética en el sector residencial¹⁹.

4. CREACIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO EN UNA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DIVERSIFICADA

La variación de la hoja de ruta de la legislación hacia un urbanismo menos expansivo y más atento a la conservación y recuperación de lo construido²⁰ debe aprovecharse para lograr un incremento progresivo de las tasas de empleo, no solo en las actividades más tradicionales asociadas a la construcción, esto es, la edificación residencial y la obra civil, sino en otros ámbitos más novedosos que merece la pena explorar.

4.1. La edificación ecológica como paradigma

Se trata de promover la generación de riqueza a través de la reactivación de la construcción ecológica, teniendo en cuenta los efectos positivos que el desarrollo de este sector induce sobre el crecimiento de otros ámbitos funcionales y, en general, sobre la economía, en la idea de que dicha actividad, como

¹⁸ Quintana López, T.: “Presentación. Hacia un urbanismo sostenible en Castilla y León. Fundamentos jurídicos para un cambio de modelo”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 39, pág. 2.

¹⁹ <https://www.miteco.gob.es/es/prensa/ultimas-noticias/el-gobierno-aprueba-el-i-programa-nacional-de-control-de-la-contaminaci%C3%B3n-atmosf%C3%A9rica/tcm:30-501967>

²⁰ García De Enterría, E.: “Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 39, 1983, págs. 589 y 590.

tradicionalmente ha sido, puede seguir constituyendo en el futuro si bien sobre otras bases diferentes un importante dador de ocupaciones, aspecto particularmente interesante en momentos actuales donde las cotas de desempleo alcanzan valores muy altos²¹. La buena noticia es que la apuesta por el sector de la construcción bajo estas nuevas coordenadas de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas va a resultar positiva desde dos puntos de vista: el laboral y el medioambiental. Atendiendo al segundo, no es ocioso recordar que a través de este nuevo modelo de urbanismo se va a redundar en la reducción de emisiones contaminantes, de gases de efecto invernadero o de producción de residuos, así como de los consumos de agua y energía, priorizando la utilización de materiales reutilizados o reciclados y de fuentes renovables frente a las de energía fósil en la línea marcada por la Directiva 2018/844 de eficiencia energética de los edificios, que aboga por un parque inmobiliario descarbonizado antes del año 2050²². Por lo que hace al aspecto laboral, un sector fuerte dedicado a la regeneración y rehabilitación urbanas permitirá la creación de un nutrido conjunto de puestos de trabajo de mayor calidad que los asociados a la construcción tradicional. Como con acierto ha puesto de relieve el CES²³, es necesario adoptar las medidas necesarias para la reactivación de este sector, no sólo por la importancia cuantitativa, directa e indirecta, en la economía y el empleo de calidad (como mero botón de muestra si se rehabilitasen en España 10 millones de edificios hasta 2050 se generarían hasta 130.000 puestos de trabajo directos)²⁴, sino porque se podrían reducir drásticamente las emisiones nocivas tal y como postula el Anteproyecto de Ley sobre el Cambio Climático²⁵, se lograría incrementar la cohesión social y territorial y, al tiempo, erradicar la exclusión de ciertos sectores de la población en la línea marcada por la Nueva Agenda Urbana (Habitat III)²⁶.

²¹ Humero Martín, A.E.: “La Ley 8/2013, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas: norma jurídica definitoria del contenido del art. 47 de la Constitución Española (hacia un modelo sostenible e integrador del tejido urbano)”, *Revista de la Unión Europea*, núm. 30, 2014, págs. 44 y ss.

²² Fernández Scagliusi, M.A.: “La integración ambiental en la contratación pública: el certificado de eficiencia energética de los edificios”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 49, 2018, pág. 7.

²³ Informe titulado “El papel del sector de la construcción en el crecimiento económico: competitividad, cohesión y calidad de vida”, 2015.

²⁴ CC.OO.: “La sostenibilidad más allá de las palabras”, <http://construccionyservicios.ccoo.es>

²⁵ <https://www.miteco.gob.es/es/prensa/ultimas-noticias/la-ley-de-cambio-clim%C3%A1tico-y-transici%C3%B3n-energ%C3%A9tica-entra-en-la-recta-final-de-su-tramitaci%C3%B3n-administrativa/tcm:30-506983>

²⁶ Conferencia de las Naciones Unidas sobre la Vivienda y el Desarrollo Urbano Sostenible, Quito, 17 a 20 de octubre de 2016.

4.2. Variado elenco de actividades asociadas a la eco-construcción

Haciendo un estudio comparado, sin ninguna duda dentro del catálogo de ocupaciones con mayores posibilidades de incremento cuantitativo se encuentran las relacionadas con la construcción sostenible, surgiendo un nuevo yacimiento de empleo reconocido ya de forma expresa hace cuatro décadas en el Libro Blanco sobre Crecimiento, Competitividad y Empleo (conocido como Informe Delors)²⁷. Por su propia naturaleza, la edificación y construcción es una actividad en la que intervienen numerosos agentes, tanto en los aspectos de promoción, financiación y comercialización, como en los de producción con un parte técnica, de elaboración de proyectos y dirección facultativa y ejecutiva de la obra, controles de calidad y seguridad, y con otra de fabricación en sentido estricto, tanto de la propia obra como en el suministro de materiales y en las tareas de instalaciones y acabados²⁸.

Cabe mencionar, así, en un listado que no puede ser sino abierto, posibles quehaceres empresariales relacionados con: en primer lugar, la rehabilitación de edificios existentes llevada a cabo por las Administraciones, las entidades públicas adscritas o dependientes de las mismas, las comunidades de propietarios (o agrupaciones de comunidades), las cooperativas de viviendas, los dueños de terrenos y fincas urbanas, los titulares de derechos reales o de aprovechamiento, así como las empresas, entidades o sociedades que intervengan por cualquier título. Este elenco de sujetos persigue una triple finalidad: primero, la conservación y la seguridad de la obra de que se trate, segundo, la mejora de la accesibilidad mediante el establecimiento de ascensores, rampas. etc., y tercero, el enriquecimiento de la eficiencia energética. En segundo término, la nueva edificación por la iniciativa privada en sustitución de edificios demolidos a fin de mejorar tejidos residenciales, centros urbanos, barrios degradados, zonas turísticas y núcleos próximos. En tercer lugar, el fomento de un parque público de viviendas de alquiler. En cuarto lugar, la recuperación de conjuntos históricos. O, en quinto lugar, la gestión del ciclo integral del agua urbana que permita el abastecimiento,

²⁷ Presentado al Consejo Europeo en 1993, cuyo apartado segundo menciona, entre los nuevos yacimientos de empleo, “la mejora de la vivienda: rehabilitación de viviendas deterioradas, mantenimiento de las viviendas”, “la revalorización de los espacios públicos urbanos: rehabilitación de espacios públicos y barrios, mantenimiento de espacios públicos, iniciativas económicas y comerciales en zonas antiguas de las ciudades” o “los comercios de proximidad: comercios en barrios urbanos no céntricos, puntos comerciales multi-servicio en zonas desfavorecidas”. Martín Castro, M.B.: “Ayer y hoy de los nuevos yacimientos de empleo: aproximación desde la UE al caso español”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 111, 2014, págs. 103 y ss.

²⁸ CES: *Informe 02/2016. El papel del sector de la construcción en el crecimiento económico: competitividad, cohesión y calidad de vida*, Madrid (CES), 2016, pág. 30.

la reutilización y el saneamiento, el avance en la eficiencia energética así como la eliminación y/o reciclado de residuos.

Y ello porque la rehabilitación no sólo consiste en actividades para la conservación de las condiciones de habitabilidad, seguridad, salubridad, accesibilidad y ornato de los inmuebles o para la mejora de ciertos emplazamientos por motivos turísticos o culturales, o de incremento de la calidad y sostenibilidad del medio en el que se encontrasen, sino que también comprende los cometidos de urbanización y de dotaciones de infraestructuras en ámbitos urbanos vulnerables, obsoletos y degradados, sin olvidar garantizar las necesarias condiciones de accesibilidad y movilidad así como de eficiencia energética, al tiempo que va a permitir impulsar actividades vinculadas, tanto industriales (minería y fabricación de estructuras de madera, de materiales plásticos, de productos cerámicos, ladrillos y tejas, de cemento, yeso y hormigón, de piedra ornamental, de elementos metálicos o de maquinaria), como comerciales (singularmente al por mayor de las actividades anteriormente señaladas contando con un peso singular la exportación), pasando por los servicios (de arquitectura, ingeniería y ensayos técnicos, de gestión de residuos y fuentes de energía, actividades inmobiliarias y, cómo no, turísticas).

Es más, la concentración progresiva de la población en asentamientos urbanos²⁹ y el abandono de las zonas rurales hace que en estas últimas se aprecien, en términos generales, deficiencias en la dotación de determinadas infraestructuras y en el acceso a servicios como los transportes, el abastecimiento energético, las tecnologías de la información y las comunicaciones (internet), el abastecimiento y depuración de aguas o la gestión de residuos, que necesitan ser corregidos a través de la oportuna inversión en las infraestructuras pertinentes, todo ello acompañado de la necesaria mejora en el acceso a algunos servicios básicos como los sanitarios, de atención a la dependencia, educativos, postales, bancarios o farmacéuticos que también exigen los acondicionamientos pertinentes. Sin duda, la mejora de las viviendas y de su confort térmico, así como la minoración de los impactos ambientales aumentará la calidad de vida de los ciudadanos, especialmente de los grupos más vulnerables y aislados en zonas despobladas, reduciendo los costes sanitarios, el consumo y la dependencia energética³⁰. Una de las líneas estratégicas del Plan Nacional de Territorios Inte-

²⁹ Si la tendencia no se trunca, y nada lo hace prever, las ciudades pueden llegar a alojar al 70 por 100 en 2050. Es más, en la actualidad en las 500 ciudades más dinámicas del mundo vive el 23 por 100 de la población, pero se genera el 58 por 100 del PIB del planeta y las ciudades mayores de 300.000 habitantes son hoy responsables principales del 70 por 100 de todas las emisiones de gases de efecto invernadero. Blanco, I.; Gomá, R. y Subirats, J.: “El nuevo municipalismo: derecho a la ciudad y comunes urbanos”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 20, 2018, pág. 16.

³⁰ Alonso Ibáñez, M.R.: “La eficiencia energética de los edificios y el marco jurídico de la rehabilitación urbana”, en AA.VV (Galera Rodrigo, S. y Gómez Zamora, M., Eds.): *Políticas*

ligentes (2017-2020) se dedica a la atención de los servicios que demandan las zonas rurales, destinando a tal efecto una partida de 51 millones de euros³¹.

En definitiva, se trata de crear puestos de trabajo estables y cualificados ligados a las actividades que se denominan habitualmente como empleos verdes en el marco de una actividad empresarial de mayor valor añadido que el tradicional³², pero necesitada de financiación pública dados los menores márgenes de beneficio frente a la construcción expansiva.

5. LA NECESARIA MEJORA DE LAS CONDICIONES LABORALES

Como ya consta, en el desarrollo de las actividades de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, van a estar implicados un volumen cuantioso de trabajadores, pero, a su vez, concurre un aspecto negativo a solventar *de radice*, cual es el lastre derivado de la evolución y composición del empleo asalariado en el sector tradicional de la construcción de viviendas, que observaba una serie de peculiaridades con respecto a las demás ramas de la actividad no agrarias marcadas por la temporalidad de los contratos, hasta un punto tal que más del 90 por 100 de los trabajadores que acceden al mercado laboral a través de la construcción lo siguen haciendo mediante un contrato temporal o dicho en otros términos el sector aquí analizado concentra el 14 por 100 de los vínculos a término desde que se inició la recuperación a partir de 2014³³.

Pese a este inconveniente, si la construcción tradicional sirvió de motor de crecimiento y de empleo en España en los primeros años del siglo XXI, el nuevo urbanismo también está en disposición de volver a impulsar la contratación en este sector, si bien ahora debe hacerlo con estándares de mayor calidad. A tal fin, no cabe ocultar algunos datos positivos: el sector aquí analizado cuenta con

locales del clima y energía: teoría y práctica, Madrid (INAP), 2018, pág. 444. Es más, se va a producir el nacimiento de nuevas megaciudades, cuya población va a superar más de 20 millones de habitantes. Romero Tarín, A.: “El paradigma de las smartcities en el marco de la gobernanza urbana”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 20, 2018, pág. 31. Tal realidad ha dado lugar a un nuevo concepto “aglomeraciones urbanas”. Tomás, M.: “Políticas europeas y gobernanza metropolitana: una asignatura pendiente”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 20, 2018, pág. 54.

³¹ Santiago Iglesias, D.: “Smart cities: aproximación a un fenómeno en auge”, en AA.VV (García Novoa, C. y Santiago Iglesias, D., Dirs.): *4ª Revolución industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, Pamplona (Aranzadi), 2018, págs. 428 y ss.

³² CESCYL: *Informe a Iniciativa Propia 3/2018. Ordenación y desarrollo del medio urbano en Castilla y León: sostenibilidad urbanismo social y empleo*, 2018, pág. 291.

³³<http://www.fundacionlaboral.org/actualidad/noticias/sector/la-temporalidad-laboral-se-mantiene-por-encima-de-los-niveles-precrisis-tras-cinco-anos-de-creacion-de-empleo-en-espana>

un *corpus* normativo propio bien trabado desde el punto de vista técnico y bien articulado desde la perspectiva jurídica en torno a una relación laboral común con especialidades.

5.1. Normativa heterónoma específica

Cabe mencionar, así, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación (LE), donde se regulan las exigencias técnicas y administrativas de la edificación y los agentes intervinientes. El Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción y que adopta como lema una responsabilidad *quasi* objetiva³⁴. El Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, que contiene una prolija regulación sobre coordinación de actividades empresariales desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales que se aplica con toda intensidad en el sector aquí analizado tanto en la fase de proyecto como de ejecución de la obra (disposición adicional primera), lo cual ayudará a aquilatar la distribución de obligaciones y responsabilidades entre todos los agentes presentes³⁵. A todo esto hay que añadir las previsiones legales del art. 42 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), relativo a las contratas y subcontratas, de especial incidencia aplicativa en esta actividad productiva, y, cómo no, la Ley

³⁴ Andiuza Arriola, R.: “El Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen las condiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción”, en AA.VV.: *Responsabilidades por riesgos laborales en la edificación*, Madrid (Civitas), 1999, págs. 397 y ss.; García Gutiérrez, M.L.: “Régimen jurídico de los trabajadores autónomos en materia de prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción. Su problemática”, *Documentación Laboral*, núm. 70, 2004, Vol. I, págs. 109 y ss.; Castro Sánchez, M.A.: *Manual de prevención de riesgos en la construcción*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2004, págs. 15 y ss.; Luján Alcaraz, J.: “Las disposiciones mínimas de seguridad y salud laboral en las obras de construcción”, *Aranzadi Social*, 2004, Tomo V, pág. 178 ó Tolosa Tribiño, C.: *Prontuario de seguridad en la edificación*, 2ª edición, Pamplona (Aranzadi), 2008, págs. 541 y ss.

³⁵ Blasco Mayor, A.: “Previsiones Y Carencias De La Ley De Prevención De Riesgos Laborales Frente Al Fenómeno De La Externalización”, *Actualidad Laboral*, Núm. 5, 1996, Pág. 8; Martín Toval, L.: “La Coordinación De Actividades Empresariales En Materia De Prevención De Riesgos Laborales”, *Temas Laborales*, Núm. 71, 2003, Págs. 104 Y Ss. Ó García Piqueras, M.: “Obligaciones y responsabilidades en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. De la insuficiencia a la indeterminación”, *Temas Laborales*, núm. 47, 1998, págs. 29 y ss. Por extenso, González Díaz, F.A.: “Alcance de la deuda de seguridad y salud en el trabajo en los supuestos de contratas y subcontratas”, *Aranzadi Social*, 1999, Vol. II, págs. 2713 y ss. y *La obligación empresarial de prevención de riesgos laborales*, Madrid (CES), 2002, pág. 89.

32/2006, de 18 de octubre, reguladora del sector de la construcción (LSC) y sus limitaciones al encadenamiento de contratas y subcontratas.

Es más, el propio Código Técnico de la Edificación, aprobado por Real Decreto 314/2006, de 17 de marzo, con el objetivo de contribuir de manera decisiva al desarrollo de las políticas en materia de sostenibilidad, derivadas del Protocolo de Kyoto o de la Estrategia de Gótemberg, sintoniza con las nuevas exigencias de los procesos edificatorios y urbanizadores, fijando las exigencias básicas de calidad de los edificios y sus instalaciones, en referencia tanto a la seguridad estructural y de lucha contra incendios, como a la salubridad, protección contra el ruido, el ahorro energético o la accesibilidad para personas con movilidad reducida, exigencias básicas que deben cumplirse en el proyecto, la construcción, el mantenimiento y la conservación de los edificios y sus instalaciones (art. 1.4)³⁶.

Además de esta normativa heterónoma de carácter sectorial, cuenta con instrumentos específicos para la mejora de las condiciones de trabajo: la Fundación Laboral de la Construcción, con competencias en materia de formación, que también funciona como agencia de colocación y recolocación, la Plataforma Tecnológica de la Construcción, dedicada a la innovación, y el Foro de Construcción, exponente del diálogo social³⁷, que tantos logros ha conseguido sobre todo en materia de negociación colectiva.

5.2. Centralidad y cohesión de la negociación colectiva

La construcción, y dentro de ella la rehabilitación y regeneración urbanas, dispone hoy de una regulación convencional general y sectorial particular y diferenciada, además de muy elaborada, que contrasta con la escasez de otros sectores productivos. Constituye una unidad de negociación colectiva nacional que regula las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores reclutados por las empresas del sector a través del CCSC, de aplicación, a las actividades dedicadas a: a) Construcción y obras públicas. b) Conservación y mantenimiento de infraestructuras. c) Canteras, areneras, graveras y la explotación de tierras industriales. d) Embarcaciones, artefactos flotantes y ferrocarriles auxiliares de obras y puertos. e) Comercio de la construcción mayoritario y exclusivista (art. 3).

Este convenio articula y estructura la negociación colectiva de ámbitos geográficos inferiores (provinciales o, en su caso, de Comunidad Autónoma),

³⁶ González Bustos, M.A.: “El Código Técnico de Edificación”, en AA.VV (Fernando Pablo, M.M., Dir.): *Derecho de la edificación y renovación urbana*, Madrid (Tecnos), 2016, págs. 210 y ss.

³⁷ CES, *Informe 02/2016. El papel del sector de la construcción en el crecimiento económico: competitividad, cohesión y calidad de vida*, cit., pág. 139.

lo que produce una gran homogeneización de las condiciones de trabajo, pues todas las empresas y trabajadores van a tener que cumplir y exigir unas condiciones iguales en la prestación de servicios³⁸, máxime cuando el propio CCSC se ocupa de reservar de forma exclusiva a la negociación de ámbito estatal materias tan importantes como: inaplicación de condiciones de trabajo; condiciones generales de prestación de trabajo; contratación; subcontratación; subrogación; clasificación profesional, grupos y áreas funcionales; productividad y/o tablas de rendimientos; conceptos, estructura y cuantía de las percepciones económicas e incrementos, tanto las salariales como las no salariales, salvo las percepciones no cuantificadas numérica o porcentualmente en el presente Convenio; modificaciones de las condiciones de trabajo; régimen de indemnizaciones; jornada anual y descansos; vacaciones anuales, licencias y permisos; movilidad geográfica y funcional; suspensión y extinción de la relación laboral; jubilación; condiciones básicas del régimen disciplinario; cuota a la Fundación Laboral de la Construcción; órganos de representación de los trabajadores en la empresa; disposiciones mínimas de seguridad y salud en el trabajo; información y formación en seguridad y salud; acreditación de la formación y Tarjeta Profesional; así como órgano paritario para la prevención en la construcción (art. 12.1).

Este objetivo, tendente a dar prioridad al CC sectorial estatal, se completa con dos reglas adicionales: de un lado, “las partes firmantes establecen que en el ámbito de una Comunidad Autónoma no podrán negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en el presente convenio de ámbito estatal” (12.3); de otro, “en lo que respecta a la negociación colectiva de ámbito provincial o, en su caso, autonómico son materias específicas de esta concertación colectiva las siguientes: el contenido obligacional de los convenios; la concreción cuantitativa de las percepciones económicas no cuantificadas numérica o porcentualmente en el presente convenio; la distribución de la jornada anual de trabajo efectivo y su regulación en cuanto a horarios y calendarios; periodo de prueba; desarrollo del régimen disciplinario; concreción de todas aquellas medidas de flexibilidad en la empresa, tanto funcional como geográfica, no establecidas expresamente en el presente convenio; aplicar en su respectivo ámbito los contenidos de los acuerdos de ámbito sectorial nacional que se puedan producir durante la vigencia del presente convenio; cualesquiera otras materias no reguladas por los convenios de ámbito superior”.

Además de una estructura homogeneizadora, la regulación convencional nacional en este sector, reiterada en los convenios inferiores, introduce un régimen jurídico muy detallista de las condiciones de trabajo, mucho más allá

³⁸ Por extenso, García Ninet, I. et alii: *La negociación colectiva del sector de la construcción*, Madrid (MTAS), 2002.

de superfluas repeticiones de los textos normativos de rango superior o de meras remisiones a tales fuentes, evitando igualmente simples declaraciones programáticas o postulados cargados de buenas intenciones. Destacan cuantiosas cláusulas muy avanzadas en materias no sólo clásicas como régimen salarial, tiempo de trabajo, clasificación profesional o sistema disciplinario, sino en aspectos más novedosos en su atención por la negociación colectiva cuales son la prevención de riesgos laborales, las limitaciones a la subcontratación, la constreñida intervención de las empresas de trabajo temporal, la movilidad funcional por deterioro de la capacidad física en unas condiciones de trabajo de extrema dureza o la formación de los trabajadores. Ahora bien, las respuestas son excesivamente leves para mitigar un problema estructural: la tantas veces reseñada elevada temporalidad obrante en el sector.

6. UN ASPECTO NECESITADO DE URGENTE CORRECCIÓN: LA ELEVADA ROTACIÓN DE EFECTIVOS

Es un dato contrastado el acusado peso del empleo de naturaleza temporal en el sector de la edificación tradicional, aspecto preocupante que todavía sigue pesando con gran contundencia en el incipiente nuevo modelo urbanístico, cobijado desde el punto de vista jurídico dentro de una modalidad contractual específica (el denominado contrato fijo de obra) que no puede dejar de cuestionarse, dado que si bien es cierto que las obras tienen una duración determinada, también lo es que las empresas realizan consecutivamente diferentes obras, circunstancia que hace más aconsejable recurrir a otras vías de reclutamiento como la de los trabajos fijos y periódicos.

6.1. El contrato fijo de obra como vía preferente de acceso

Como idea de partida, cabe señalar esta modalidad es una concreción del contrato para obra o servicio determinado previsto con carácter general en el art. 15.1 a) ET, cuyo fin es una prestación dotada de autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa, estando su ejecución, aún incierta, limitada en el tiempo. Bajo tales postulados, el supuesto de hecho contemplado por el ET se configura atendiendo a dos elementos, cada uno de ellos indispensable: una circunstancia fáctica que consiste en la ejecución de una obra o servicio “con autonomía y sustantividad propias y un término resolutorio que expresa a ciencia cierta que el contrato se va a extinguir con el transcurso del tiempo. El primero de los datos referidos remite a la existencia de un extremo fáctico ajeno al nexo contractual: un trabajo específico y diferenciado, definido por su limitación temporal intrínseca. El segundo indica la temporalidad de la

obra o servicio objeto del nexo e impide su utilización para atender actividades de naturaleza permanente que “no podrían distinguirse de lo que constituye el objeto y finalidad de la empresa”.

6.1.1. Las dudas sobre su legalidad

A la vista de estas limitaciones, lo primero que llama la atención es la regulación convencional de la presente figura contractual en el CCSC, pues parece no respetar los términos legales, de suerte que aun cuando, en general, el contrato se concierta “para una sola obra” hasta que “finalicen los trabajos del oficio y categoría del trabajador en dicha obra”³⁹, los cuales han de estar debidamente especificados en el contrato⁴⁰, todo ello en el bien entendido sentido de que el cese puede realizarse paulatinamente porque lógicamente no todos los oficios o tareas dentro de la misma obra finalizan en un mismo instante⁴¹, exigiendo además un preaviso de 15 días y generando una indemnización compensatoria por falta de preaviso⁴², lo cierto es que se admite también que “el personal fijo de obra preste servicios a una misma empresa, en distintos centros de trabajo de una misma provincia siempre que exista acuerdo expreso para cada uno de los distintos centros sucesivos, durante un período máximo de tres años consecutivos, salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolonguen más allá de dicho término”.

Cierto es que el art. 15.1 a) ET permite al convenio colectivo sectorial estatal y de ámbito inferior, incluido el convenio de empresa, la identificación de aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza, pero ello no ampara el recurso al contrato para obra o servicio ante la mera existencia de un negocio interempresarial que constituye un dato jurídico formal y externo

³⁹ SSTSJ, Social, Comunidad Valenciana 22 noviembre 2005 (rec. 3176/2005), Galicia 21 octubre 2005 (rec. 4488/2005), Madrid 13 marzo 2006 (rec. 5997/2005), País Vasco 14 marzo 2006 (rec. 143/2006) ó Cataluña 15 octubre 2008 (rec. 5425/2008). Si el contrato se extingue antes de la finalización de dichos trabajos, se trataría de un supuesto de despido. SSTSJ, Social, Comunidad Valenciana 19 diciembre 2006 (rec. 3633/2006), Madrid 13 julio y 27 diciembre 2006 (rec. 1733/2006 y 5139/2006) y Cataluña 26 septiembre 2012 (rec. 3144/2012).

⁴⁰ STSJ, Social, Madrid 29 enero 2008 (rec. 5148/2008).

⁴¹ SSTSJ, Social, Madrid 28 mayo 2007 (rec. 2032/2007), País Vasco 27 abril 2010 (rec. 508/2010), Cataluña 23 mayo 2011 (rec. 887/2011), Canarias/Santa Cruz de Tenerife 20 diciembre 2011 (rec. 674/2011), Galicia 13 julio y 4 noviembre 2011 (rec. 1851/2011 y 3264/2011) y 30 enero 2012 (rec. 4428/2011), Galicia 12 marzo 2012 (rec. 5828/2011) ó Andalucía/Málaga 13 febrero 2014 (rec. 1745/2013).

⁴² SSTSJ, Social, País Vasco 3 mayo 2005 (rec. 277/2005) y 15 noviembre 2005 (rec. 1641/2005).

al vínculo laboral sin dar respuesta al principio de causalidad justificativo de la contratación temporal, máxime cuando aquí se permite la movilidad del trabajador para pasar de una obra a otra.

No hay que olvidar, sin embargo, que la figura contractual aquí analizada goza de gran raigambre en el sector de la construcción, ya que estaba prevista en la antigua Ordenanza Laboral, circunstancia que explica que los términos convencionales no se limiten a cumplir las pautas que ofrece el ET sino que contienen una auténtica y exhaustiva regulación de esta singular modalidad contractual⁴³.

Sobre este panorama incide la disposición adicional 3ª LSC, que viene a establecer, para la mejora de la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ella, la de su seguridad y salud laboral, que la negociación colectiva de ámbito estatal del sector pueda adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinado mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación⁴⁴. Ello avala la regulación sobre esta modalidad contenida en el convenio vigente en el momento de la promulgación de la LSC, y también la reproducida en el actual VI CCSC, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo que determina la validez del contrato fijo de obra en el sector de la construcción sobre la base de la interpretación flexible que ha admitido su licitud para la realización de tareas ajenas distintas de la principalmente asignada⁴⁵, admitiendo que este contrato no tiene que estar referido necesariamente a actividades excepcionales sino que puede también concertarse cuando se trate de tareas normales de la empresa si éstas son susceptibles de acotación temporal, esto es, si pueden tener un principio y un fin determinado o determinable⁴⁶. No cabe argumentar, según la doctrina del Tribunal Supremo, que la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa, “porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este

⁴³ García Ninet, J.I., et alii: *La negociación colectiva en el sector de la construcción*, Madrid (MTAS), 2002, pág. 101.

⁴⁴ Durán López, F.; Tudela Cambroner, G. y Valdeolivas García, Y.: *Informe sobre la situación de la prevención de riesgos laborales en el sector de la construcción en España*, Madrid (Edisofer), 2008, pág. 170.

⁴⁵ STS, Social, 30 junio 2005 (rec. 2426/2004), comentada por Doctor Sánchez-Migallón, R., “La validez del contrato fijo de obra en el sector de la construcción. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2005”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 702, 2006. Como fundamento, SSTS, Social, 10 diciembre 1996 (rec. 1989/1955), 30 diciembre 1996 (rec. 637/1996) y 21 septiembre 1999 (rec. 341/1999).

⁴⁶ Pérez De Los Cobos Orihuel, F. y Aguilera Izquierdo, R.: “Contratación temporal en la negociación colectiva”, en AA.VV.: *La contratación y el empleo en la negociación colectiva. XXII Jornadas de estudio sobre negociación colectiva*, Madrid (MTAS), 2011, págs. 62-63.

contrato: las actividades de construcción⁴⁷. Es más, la posibilidad de no tener que celebrar diferentes contratos para cada una de las obras sucesivas con el mismo trabajador trata únicamente de evitar cargas burocráticas⁴⁸, máxime cuando la licitud de esta fórmula típica del sector de la construcción había incluso sido admitida con anterioridad a la LSC⁴⁹.

A pesar de la literalidad del texto (la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinado prevista con carácter general), la disposición adicional 3ª LSC no supone una nueva habilitación legal (fundamentalmente porque ya se podía regular convencionalmente con anterioridad) y tampoco una llamada de atención para que se haga (porque, de hecho, ya se hacía), sino más bien una invitación a los negociadores sociales para que lo sigan haciendo en términos análogos a cómo se venía actuando tradicionalmente y se mantiene en la actualidad⁵⁰. En coherencia con tal posibilidad, el propio ET, en su disposición final 3ª, establece que “lo dispuesto en el art. 15.1.a) y 5 y en el art. 49.1.c) se entiende sin perjuicio de lo que se establece o pueda establecerse sobre la regulación del contrato fijo de obra, incluida su indemnización por cese, en la negociación colectiva de conformidad con la disposición adicional tercera LSC”⁵¹.

Desde estas premisas, el tenor vigente del VI CCSC estatal del sector distingue el contrato fijo de plantilla –como aquel que se concierta por tiempo indefinido–, del contrato fijo de obra –como aquel que tiene por objeto la realización de una obra o trabajo determinados–, cuya duración, pese a su denominación, es siempre temporal, suponiendo, a la postre, una concreción convencional *extra legem* del contrato por obra o servicio determinado previsto en el art. 15 ET⁵².

⁴⁷ STS, Social, 6 octubre 2006 (rec. 4243/2005).

⁴⁸ STSJ, Social, Cataluña 21 octubre 1999 (rec. 4847/1999).

⁴⁹ Pedrajas Moreno, A. y Sala Franco, T.: *Miscelánea Jurisprudencial: Acerca de la legalidad de los contratos de obra o servicio determinado cuando el trabajador trabaja en varias obras de la misma empresa. Sobre la licitud de la utilización de un contrato genérico, con determinación posterior de las obras a realizar*, Madrid (Tirant Lo Blanch), 2006.

⁵⁰ Aragón Gómez, C.: “La calidad en el empleo en el sector de la construcción: el contrato fijo de obra”, en AA.VV (Mercader Uguina, J.R., Coord.): *La nueva Ley Reguladora de la Subcontratación en la Construcción*, Valladolid (Lex Nova), 2007, pág. 189.

⁵¹ Aragón Gómez, C.: “El contrato fijo de obra en el nuevo convenio de la construcción, ¿un mecanismo de estabilidad en el empleo?”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2008, págs. 21 y ss.

⁵² STSJ, Social, Madrid 31 marzo 2003 (rec. 685/2003).

6.1.2. Régimen jurídico

Según lo previsto en el art. 24 CCSC, la regla general es que el contrato aquí analizado tenga por objeto la ejecución de una sola obra, pero se admite la adscripción del personal contratado a obras distintas de la inicial (que debe figurar claramente identificada en el contrato como requisito esencial) con el fin de simplificar el reclutamiento para ajustarse mejor a las necesidades productivas de la empresa, imponiendo en todo caso como cautelas especiales las tres siguientes (art. 24)⁵³:

A) Acuerdo expreso

El trabajador ha de manifestar su conformidad por escrito y documentalmente en el modelo recogido como Anexo al Convenio⁵⁴, lo cual entronca con la exigencia del art. 15.1 a) ET que exige la especificación suficiente, con precisión y claridad, de la obra o servicio que constituya el objeto o, utilizando las palabras del Tribunal Supremo, “la identificación de las obras en las que se va a prestar servicios es un dato esencial del contrato y constituye una garantía irrenunciable para el trabajador”⁵⁵, de forma que la falta de acuerdo expreso supone la conversión del contrato de duración determinada en indefinido, al igual que también se producirá esta consecuencia cuando el trabajador fuera desplazado a obras que no son propias de su contratación⁵⁶. Lo determinante es que quede suficientemente identificada la nueva obra a la que se adscriba al trabajador, en aras a evitar la arbitrariedad empresarial⁵⁷. No es admisible, por tanto y recurriendo a un supuesto concreto ventilado en vía judicial, la sustitución del acuerdo expreso para cada una de las obras sucesivas “por una incondicional aceptación del trabajador de una cláusula (que, al parecer, es cláusula tipo ya que forma parte del contenido impreso del contrato, al contrario que ocurre con las restantes que lo singularizan, todas ellas escritas a máquina) impuesta por la empresa en el momento mismo de la contratación, en que es más evidente la posición de desigualdad de las partes, para trabajar en unas obras cuya ubicación, calidad y tipo de actividad ignora el trabajador... , pues ello implica la exposición a decisiones arbitrarias

⁵³ STSJ, Social, Cataluña 8 enero 2014 (rec. 5211/2013).

⁵⁴ STSJ, Social, Cataluña 15 octubre 2008 (rec. 5425/2008).

⁵⁵ STS, Social, 30 junio 2005 (rec. 2426/2004).

⁵⁶ SSTSJ, Social, País Vasco 4 abril 2006 (rec. 395/2006) y 24 junio 2008 (rec. 1174/2008).

⁵⁷ SSTSJ, Social, Cataluña 13 y 19 diciembre 2011 (rec. 4702/2011 y 4974/2011).

del empleador que incluso podría esgrimir la oscuridad de la cláusula contractual como medida de presión a lo largo de toda la relación laboral”⁵⁸.

B) Cercanía de los centros de trabajo

Los distintos centros de trabajo han de estar ubicados en la misma provincia, con el fin de evitar la onerosidad excesiva que para el trabajador puede suponer el cambio a un lugar de la prestación más allá del referido ámbito territorial, en cuyo caso el contrato se convertirá en indefinido⁵⁹. Ahora bien, esto no quiere decir que el empresario no pueda acometer edificaciones en provincia distinta y contar con los mismos empleados que ya venían trabajando para él. Cuando el cambio de centro de trabajo implique, a su vez, un cambio de provincia, lo que impide el precepto convencional es que dicha movilidad quede amparada —so pena de devenir indefinido— en un mismo contrato de obra. En este caso, resulta necesaria la suscripción de un nuevo contrato de trabajo⁶⁰.

C) Plazo máximo

La terminación del vínculo ha de tener lugar en el plazo de tres años consecutivos, “salvo que los trabajos de la especialidad del trabajador en la última obra se prolonguen más allá de dicho término”. Por la misma razón, la terminación de los trabajos de su especialidad en la última obra es causa suficiente para la extinción del contrato aunque no se haya agotado el período máximo de tres años previsto en el art. 24 CCSC⁶¹. Si ya ha transcurrido dicho lapso temporal, el fin de obra justifica asimismo la cesación del contrato, pues no cabe un nuevo cambio de obra so pena de convertir la relación laboral en indefinida. Por tanto, la única virtualidad del art. 24 CCSC consiste en impedir la prolongación del contrato cuando, expirada la duración máxima de tres años, esté pendiente de iniciarse alguna de las obras acordadas por las partes. En tal caso, la extinción del contrato se producirá cuando finalice la última obra en la que haya intervenido el trabajador, quedando sin realizar las obras sucesivas que no se hubieran iniciado al término de ese plazo. No obstante, si el empresario desea seguir utilizando los servicios del trabajador en otro centro de trabajo, podrá formalizar un nuevo

⁵⁸ STSJ, Social, Asturias 8 febrero 2013 (rec. 3103/2012).

⁵⁹ STSJ, Social, País Vasco 15 febrero 2005 (rec. 3048/2004).

⁶⁰ Aragón Gómez, C.: “La calidad en el empleo en el sector de la construcción: el contrato fijo de obra”, cit., pág. 197.

⁶¹ SSTSJ, Social, Islas Baleares 30 junio 2005 (rec. 74/2005), Asturias 29 abril 2011 (rec. 588/2011) ó Cataluña 14 diciembre 2005 (rec. 3840/2005), 14 marzo 2007 (rec. 6565/2006) y 21 marzo 2012 (rec. 7955/2011).

contrato temporal, cuya validez muy difícilmente sería cuestionable por cuanto se trataría de un nuevo contrato para otra obra determinada y distinta⁶², tal y como ha reconocido la doctrina judicial que considera que el período trianual actúa como límite para cada bloque de contratación⁶³.

Mientras no se haya alcanzado este límite máximo de tres años, el trabajador podrá ser reubicado en nuevas obras de una misma provincia con su consentimiento expreso siempre que hayan finalizado las anteriores en que hubiese estado empleado⁶⁴ y se especifique la nueva con claridad en el pacto⁶⁵, como también, del mismo modo, el contrato podrá ser extinguido a la finalización de cualquiera de esas obras, sin que tenga por qué agotarse el plazo máximo. Es más, una vez alcanzado el límite máximo de tres años, la conversión del trabajador en fijo de plantilla no se produce automáticamente sino que no acontece hasta que se produce la asignación de una obra nueva. Se permite, pues, la utilización del contrato fijo de obra para prácticamente cualesquiera obras dentro de una misma provincia mediante la novación del objeto del contrato inicial, abriendo paso, con serias dudas, al principio de estabilidad y calidad en el empleo a través de una limitación puramente temporal consistente en la conversión del contrato en indefinido únicamente cuando se produzca una modificación para una nueva obra una vez transcurridos tres años desde el contrato inicial. Bastaría con extinguir el contrato fijo de obra al fin de cualquier obra anterior al cumplimiento de los tres años y suscribir un nuevo contrato para las subsiguientes para conseguir evitar la conversión del contrato en indefinido y perpetuar así la temporalidad. Todo ello sin olvidar que, con origen en la reforma laboral de 2010, el art. 15.1 a) ET pasa a fijar, también, un plazo máximo infranqueable de tres años para el contrato por obra o servicio determinado (ampliable hasta 12 meses por convenio), no condicionado a la finalización de la obra, a partir de cuyo cumplimiento los trabajadores adquieren, asimismo, la condición de fijos⁶⁶, si bien esta previsión queda modulada *in peius* en el sector de la construcción en los términos convencionales vistos.

D) No aplicación de la regla de encadenamiento contractual

Resta por analizar si la regulación convencional del contrato fijo de obra de utilización sucesiva para el trabajo en distintas obras puede verse afectada por

⁶² Illueca Ballester, H.: *Descentralización productiva y prevención de riesgos laborales en las obras de construcción*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2015, pág. 324.

⁶³ STSJ, Social, País Vasco 30 marzo 2010 (rec. 149/2010).

⁶⁴ STSJ, Social, Cataluña 4 noviembre 2014 (rec. 4669/2014).

⁶⁵ STSJ, Social, Galicia 1 abril 2005 (rec. 952/2005).

⁶⁶ Rodrigo Sanbartolomé, R.: "El contrato fijo de obra. El artículo 15.5 del ET y las reformas laborales", *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 382, 2015,

lo previsto en el art. 15.5 ET que establece un límite temporal a la sucesión de los contratos de duración determinada (24 meses dentro de 30), tanto si el trabajador ocupa el mismo puesto de trabajo como diferente. Dos argumentos avalan una respuesta negativa: de un lado, el precepto estatutario mencionado exige la celebración de “dos o más contratos temporales” mientras el contrato fijo de obra constituye un solo negocio jurídico, esto es, un único contrato temporal cuyo objeto se nova para cada obra; de otro, la regulación del art. 15.5 ET “se entiende sin perjuicio de lo que se establece o pueda establecerse sobre la regulación del contrato fijo de obra... en la negociación colectiva”. Es más, la disposición final 3ª ET excepciona la aplicación del art. 15.5 ET en el contrato fijo de obra.

Desde tal premisa, el art. 24.4 CCSC establece con claridad que “no se producirá sucesión de contratos por la concertación de diversos contratos fijos de obra para diferentes puestos de trabajo en el sector”, entendiendo que el puesto de trabajo es diferente a la luz del art. 22 cuando se modifiquen tareas o funciones, categoría profesional o centro de trabajo. Sobre esta misma idea redundan el art. 24.5 CCSC, el cual determina que “la contratación, con o sin solución de continuidad, para diferente puesto de trabajo mediante dos o más contratos fijos de obra con la misma empresa o grupo de empresas en el período y durante el plazo establecido en el art. 15.5 ET, no comportará la adquisición de la condición establecida en dicho precepto”. Por tanto, el VI CCSC pretende dejar claro que se utilice un único contrato con objeto novado para sucesivas obras o se celebren dos o más contratos distintos no se producirá la adquisición de indefinición por parte del trabajador aunque se superen los límites temporales del art. 15.5 ET si los puestos ocupados son diferentes porque cambian las funciones, categoría o centro de trabajo⁶⁷. *A contrario sensu*, sería aplicable la adquisición de la condición de fijo por parte del trabajador únicamente si se celebraran sucesivos contratos de obra para el mismo puesto⁶⁸, lo cual no es muy probable dada la escasa duración temporal de las obras, que permite su terminación utilizando un único contrato, conclusión que hace entender que los trabajadores de la construcción se encuentran en una peor situación por más regresiva que la del resto de trabajadores.

E) Indemnización por terminación del contrato

El art. 24.8 CCSC reconoce al personal fijo de obra el derecho a una indemnización por cese del 7 por 100 del salario devengado durante la vigencia del contrato, cantidad que supone una mejora añadida sobre los 12 días previstos en el

pág. 109.

⁶⁷ STS, Social, 19 julio 2011 (TOL 2.227.954). También, SSTSJ, Social, Madrid 25 abril 2019 (rec. 672/2018) y 24 junio 2019 (rec. 529/2018).

⁶⁸ SSTSJ, Social, Madrid 10 noviembre 2010 (rec. 3434/2010).

ET, de modo que no vulnera ninguna previsión de derecho necesario⁶⁹, debiendo asumir, incluso el Fondo de Garantía Salarial, este suplemento indemnizatorio⁷⁰. El cese debe comunicarse siempre con 15 días naturales de antelación, sin que sea preciso, como en la legislación general, que el contrato tenga una duración superior a un año, preaviso que puede sustituirse por una indemnización equivalente a la cantidad correspondiente a los días del plazo omitidos, calculada sobre las tablas del convenio (excluidos, pues, los incentivos, los destajos, y los conceptos que no tengan carácter salarial)⁷¹.

6.2. Otras modalidades temporales de contratación

Según señala el art. 23 CCSC, el contrato indefinido será la modalidad “normal de contratación a realizar por empresarios y trabajadores en todos los centros de trabajo de carácter permanente”, pero dicha previsión debe ponerse en interrogante a la luz de las amplias posibilidades conferidas al contrato fijo de obra al que se ha hecho referencia anteriormente. Junto a estas dos modalidades, la regulación convencional establece otras previsiones dignas de mención en relación con las posibilidades de contratación a término:

1.- Se fijan una serie de mejoras en las indemnizaciones a percibir por la finalización de los contratos temporales. Así, “los trabajadores que formalicen contratos de duración determinada, conforme a lo establecido en el artículo 15.1,b) del ET (eventual) o contrato de interinidad, tendrán derecho, una vez finalizado el contrato por expiración del tiempo convenido, a percibir una indemnización de carácter no salarial por cese del 7 por 100 calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del convenio aplicable devengados durante la vigencia del contrato, y siempre y en todo caso, respetando la cuantía establecida en el citado artículo 49.1 c) del ET (12 días de salario por año de servicio) . Esta cuantía también se reconoce en los supuestos de finalización de contratos de puesta a disposición por empresas de trabajo temporal.

2.- Se fija la duración del contrato eventual, entendiendo que será de “doce meses dentro de un período de dieciocho, computándose dicha duración desde que se produzca la causa que justifica su celebración”, y se aquilatan las causas para su celebración, ceñidas al incremento “del volumen de trabajo” o al aumento “del

⁶⁹ STSJ, Social, Comunidad Valenciana 23 octubre 2012 (rec. 639/2012).

⁷⁰ STSJ, Social, Asturias 23 octubre 2015 (rec. 1925/2015).

⁷¹ Lafuente Pastor, V.P.: “El contrato de obra o servicio en la construcción en el nuevo escenario de la Ley 32/2006”, en AA.VV (García Blasco, J., Dir.): *La subcontratación en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, y del RD 1109/2007, de 24 de agosto, que la desarrolla*, 2ª edición, Pamplona (Aranzadi-Thomson Reuters), 2009, págs. 147 y ss.

número de personas que realicen un determinado trabajo o presten un servicio” (art. 25.2 CCSC).

3.- Singular importancia confiere la negociación colectiva al contrato para la formación y el aprendizaje, concebido en el ordenamiento español como uno de los mecanismos legislativos destinados a favorecer la inserción y promoción en el mercado de trabajo de los jóvenes, permitiendo obtener “una cualificación profesional en un régimen de alternancia de actividad laboral retribuida en una empresa con actividad formativa recibida en el marco del sistema de formación profesional para el empleo o del sistema educativo” (art. 11.2 ET). Desde tales perspectivas, la celebración de esta modalidad contractual implica la combinación de dos elementos: uno clásico en la relación laboral, una prestación de servicios a cambio de una retribución; otro, más ligado a instituciones educativas, cual es la enseñanza y adquisición de conocimientos teóricos y prácticos. En esta última variante radica la peculiaridad de la relación, de manera que los contenidos de aprendizaje se convierten en una de las “obligaciones sustantivas más relevantes” de la presente modalidad, asumiendo el empresario la obligación de proporcionar al empleado tanto el trabajo efectivo debidamente tutorizado como la formación adecuada al objeto del contrato⁷². Además de innecesarias repeticiones del régimen jurídico legal aplicable a esta modalidad contractual, el art. 25.4 CCSC establece una serie de disposiciones de interés:

- a) No podrán ser contratados bajo esta modalidad por razón de edad, los menores de dieciocho años para los oficios de vigilante, pocero y entibador, ni para aquellas tareas o puestos de trabajo que expresamente hayan sido declarados como especialmente tóxicos, penosos, peligrosos e insalubres.
- b) La actividad laboral desempeñada por el trabajador en la empresa deberá estar relacionada con las actividades formativas, que deberán comenzar en el plazo máximo de cuatro meses a contar desde la fecha de la celebración del contrato. Además el tipo de trabajo que debe prestar el trabajador en formación estará directamente relacionado con las tareas propias del nivel ocupacional, oficio o puesto de trabajo objeto del vínculo. Entre estas tareas se incluyen las labores de limpieza y mantenimiento de los utensilios y herramientas empleados en la labor ordinaria.
- c) La retribución se ajustará a los siguientes porcentajes, aplicables al salario del Nivel IX y referidos a una jornada del 100 por 100 de trabajo efectivo. Así, colectivos de la letra c) y e) (entre 16 y 25 años o mayores de 18 años en supuestos de especial peligrosidad): 1º año 60 por 100, 2º año 70 por

⁷²Fernández Fernández, R.: “El contenido de las enseñanzas profesionales en el contrato para la formación”, *Revista de Derecho Social*, núm. 45, 2009, pág. 147

- 100 y 3º año 85 por 100. Colectivos de las letras d) (escuelas taller, casas de oficios, talleres de empleo u otros similares, además de discapacitados): 1º año 95 por 100 y 2º año 100 por 100. Todos ellos tendrían derecho a los pluses extrasalariales
- d) La Fundación Laboral de la Construcción a través de sus centros propios o colaboradores, dará, en su caso, la cualificación y calificación a través de las pruebas correspondientes, previamente homologadas, tanto del aprovechamiento teórico como práctico y decidirá su pase a la categoría de oficial a la luz de los itinerarios formativos existentes para el sector, máxime cuando en el propio VI CCSC se recoge una apuesta por acciones, cursos o programas que impulsen, desarrollen, adapten y completen las cualificaciones profesionales de los trabajadores del sector. En la actualidad, la Fundación está acreditada para impartir la formación correspondiente a 128 certificados de profesionalidad, cubriendo un total de 13 familias profesionales (sobre un total de alrededor de 600 certificados pertenecientes a 26 familias).
- e) El trabajador contratado para la formación tendrá derecho a una indemnización por cese del 4,5 por 100 calculado sobre los conceptos salariales de las tablas del convenio devengados durante la vigencia del contrato.

7. UNA CONTRIBUCIÓN SÓLO PARCIAL A LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA. LAS RESTRICCIONES A LA SUBCONTRATACIÓN

La construcción, en general y la ecológica en particular, integra uno de los sectores de la actividad con mayores tasas de accidentabilidad del tejido económico, en la medida en que se utiliza de manera muy frecuente el mecanismo de la subcontratación en cadena marcado por la temporalidad de los nexos y donde las empresas implicadas se caracterizan por sus reducidas dimensiones o por revestir la forma de trabajo autónomo, muchas veces falso⁷³.

7.1. Previsiones legales generales

La LSC extiende su ámbito de aplicación quien contrata (como contratista respecto de la empresa principal) o subcontrata (como subcontratista de la contratista o de otra subcontratista) con una empresa del sector de la construcción alguna de las actividades del art. 2, que incluye los trabajos a los que hace referencia el apartado 45 del Código Nacional de Actividades Económicas (o Clasificación Nacional de Actividades Económicas, CNAE), según el cual se consideran obras

⁷³ Martínez Barroso, M.R.: “Construcción”, en AA.VV (Agra Viforcós, B., Dir.): *Empleos verdes y prevención de riesgos laborales*, Valencia (Tirant Lo Blanch), 2017, págs. 363 y ss.

de construcción aquellas que se ejecuten con tecnologías propias de la construcción o la ingeniería civil⁷⁴.

Al fijarse en los arts. 4 y 5 LSC, bajo la denominación de normas generales sobre subcontratación en el sector de la construcción, requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas y un régimen particular de limitaciones a la subcontratación en el sector, se están imponiendo a la empresa cortapisas legales con proyección y efectos directos en la descentralización como forma de organización productiva, con el fin último de poner freno a la situación objetiva detectada anteriormente, en la que se observaba un exceso en la cadena de contrata. Se adopta, pues, de un objeto y finalidad triple: en primer lugar, exigiendo el cumplimiento de determinadas condiciones para que las subcontrataciones que se efectúen a partir del tercer nivel tengan carácter excepcional y respondan a causas objetivas, con el fin de prevenir prácticas que pudieran derivar en riesgos para la seguridad y salud en el trabajo. En segundo término, recabando una serie de requisitos de calidad o solvencia a las empresas que vayan a actuar en este sector y reforzando estas garantías en relación con la disposición de la formación en prevención de riesgos laborales de sus recursos humanos, con la acreditación de la organización preventiva de la propia empresa y con la calidad del empleo, precisando unas mínimas condiciones de estabilidad de la plantilla. En tercer lugar, introduciendo los adecuados mecanismos de transparencia en las obras de construcción mediante determinados sistemas documentales y de reforzamiento de los mecanismos de participación de los trabajadores de las distintas empresas intervinientes en la obra⁷⁵.

Para asegurar la efectividad de esta novedosa regulación de la subcontratación en las obras de construcción, la Ley, de una parte, introduce un nuevo supuesto

⁷⁴ García Blasco, J.: “La subcontratación en la construcción: el ámbito de aplicación de su régimen jurídico y los requisitos exigibles a los contratistas y subcontratistas”, en AA.VV (García Blasco, J., Dir.): *La Subcontratación en el Sector de la Construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, y del RD 1109/2007, de 24 de agosto, que la desarrolla*, Pamplona (Aranzadi-Thomson Reuters), 2ª edición, 2009, pág. 17. Por extenso, Llobera Vila, M.: *Límites a la subcontratación en el sector de la construcción y libre prestación de servicios*, Albacete (Bomarzo), 2010.

⁷⁵ Tan sólo el 18,4 por 100 de los accidentes de trabajo en la construcción los sufren los trabajadores indefinidos, mientras que este porcentaje se eleva al 81,6 por 100 en el caso de empleados temporales. Calvo Gallego, J.: “La nueva Ley sobre subcontratación en el sector de la construcción”, *Temas Laborales*, núm. 87, 2006, pág. 24. También, Gutiérrez Arranz, R.: “Comentario a la Ley reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción”, *Información Laboral (Legislación y Convenios Colectivos)*, núm. 4, 2007, págs. 2 y ss.; Mercader Uguina, J.R. y Nieto Rojas, P.: “La Ley reguladora de la Subcontratación en el sector de la Construcción”, *Relaciones Laborales*, Tomo I, 2007, págs. 815 y ss. ó Sempere Navarro, A.V.: “Limitaciones a la subcontratación en obras de construcción”, en AA.VV (De Val Tena, A.L. y García Blasco, J., Coords.): *La subcontratación en el sector de la construcción: análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre*, Pamplona (Aranzadi), 2007, págs. 39 y ss.

de responsabilidad solidaria del contratista y del correspondiente subcontratista, cuando éste incumpla las obligaciones de acreditación y registro exigidas en el art. 4.2 LSC o el régimen de subcontratación establecido en el art. 5, respecto de las obligaciones laborales y de Seguridad Social, derivadas de la ejecución del contrato acordado (art. 7.2), e incorpora, de otra, las oportunas modificaciones del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social (LISOS), tipificando las infracciones administrativas que pueden derivarse de la deficiente aplicación de dicha Ley. Este específico ámbito de responsabilidad empresarial se configura “sin perjuicio de otras responsabilidades establecidas en la legislación social”, es decir, se suma al régimen común de responsabilidades preexistente, ampliándolo. Y es que, con carácter general, lo previsto en la nueva norma no impide “la aplicación a las subcontrataciones que se realicen en el sector de la construcción de lo dispuesto en el art. 42 ET y en el resto de la legislación social” (art. 1.1 LSC)⁷⁶.

7.2. Las exigencias de estabilidad en la plantilla

Teniendo en cuenta que los trabajadores temporales sufren más accidentes que los fijos de plantilla, la LSC establece un número mínimo de vínculos indefinidos para cuantas empresas se dediquen a ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en este sector de la actividad, cuyos índices de peligrosidad superan con creces los de cualquier otro y en el cual la tasa de temporalidad es casi el doble que la del conjunto del empleo asalariado⁷⁷.

⁷⁶ Val Tena, A.L.: “La subcontratación en el sector de la construcción y la extensión de las responsabilidades empresariales: viejos y nuevos supuestos”, en AA.VV (García Blasco, J., Dir.): *La subcontratación en el sector de la construcción. Análisis de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, y del Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto, que la desarrolla*, 2ª edición, Pamplona (Aranzadi-Thomson Reuters), 2009, pág. 220. De interés es la reciente STS, Social, 18 septiembre 2018 (rec. 144/2017) que considera responsable también a la empresa principal de la caída en altura sufrida por un trabajador que estaba colocando planchas en una cubierta de una fábrica de chocolates, pues aun cuando las tareas encomendadas sean ajenas a la propia actividad de la empresa principal, ello no comporta sin más la exoneración de su responsabilidad, pues también a la principal le es exigible el cumplimiento de las normas de seguridad y prevención de riesgos laborales. Al tiempo de la caída no existía vigilancia, no se había designado un recurso preventivo ni se habían impartido instrucciones sobre la forma de ejecución de los trabajos. Por tanto, el empresario principal puede ser empresario infractor cuando el accidente se produce dentro de su esfera de control y ha incumplido las normas sobre seguridad en el trabajo. Igualmente, cabe mencionar la STS, Social, 23 enero 2020 (rec. 2332/2017), que considera responsable solidaria de la empresa principal dedicada a la construcción y entrega al promotor de una central de producción eléctrica a otra empresa contratista que se dedica a la instalación de los sistemas de seguridad.

⁷⁷ Fernández López, M.F., “El derecho de las contrataciones entre la licitud y la prevención”, *Revista de Derecho Social*, núm. 36, 2006, pág. 52.

Resulta obligatorio, por tanto, para las empresas, que pretendan actuar en el sector de la construcción como contratistas o subcontratistas, disponer de un nivel mínimo de empleo fijo en relación al volumen total de la plantilla (incluyendo tanto el personal que trabaja en oficinas como el que presta servicios a pie de obra). A tal fin se marcan unas referencias porcentuales, proyectables al tiempo que va transcurriendo desde la entrada en vigor de esta Ley para facilitar la adaptación de las estructuras empresariales a la nueva organización del trabajo que las exigencias legales establecen y al nuevo modelo de urbanismo⁷⁸.

El pretendido incremento de trabajadores fijos de plantilla⁷⁹ no debe hacer olvidar, sin embargo, las dificultades de aplicación práctica de dicha pretensión, no en vano se trata de un sector en donde la variación de las dotaciones de mano de obra por efectos de la temporalidad es una característica implícita de la naturaleza de la actividad, que se debe intentar corregir. Por tal razón, la forma de cómputo que establece el desarrollo normativo de esta Ley, el cual tuvo lugar, como ya consta, por Real Decreto 1109/2007, atiende a unos parámetros novedosos en el ordenamiento jurídico español, caracterizados por los dos siguientes aspectos: la flexibilidad en el cómputo, al tomar un período de referencia de doce meses con objeto de evitar exigencias desproporcionadas que resultarían de aplicar las reglas de forma diaria y mensual; y la estricta proporcionalidad que se mantiene en la exigencia del porcentaje, al tomar como base los días trabajados por los trabajadores temporales e indefinidos a lo largo de esos doce meses⁸⁰. Su finalidad no es otra que terminar con la inveterada costumbre de crear empresas constructoras con una estructura material y laboral minimalista.

El mecanismo habilitado se basa en dos cálculos relativamente sencillos y en la comparación de sus resultados. En primer lugar, se hallaría la dimensión laboral de la empresa mediante la división por trescientos sesenta y cinco de la suma de todos los días trabajados por cualquier empleado por cuenta ajena durante los últimos doce meses anteriores al momento del cálculo. Y ello, por tanto, con independencia de si siguen o no trabajando para la empresa y del tipo de contrato o de su duración superior o inferior al año, si bien no parece que puedan computarse los cedidos por empresas de trabajo temporal. A estos efectos,

⁷⁸ González Ortega, S., “Los requisitos exigibles a contratistas y subcontratistas para su intervención en los procesos de externalización productiva en el sector de la construcción”, en AA.VV (Mercader Uguina, J.R., Coord.): *La nueva Ley Reguladora de la Subcontratación en la Construcción*, Valladolid (Lex Nova), 2007, pág. 70.

⁷⁹ Merino Segovia, A., *Comentarios a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción*, Albacete (Bomarzo), 2006, pág. 56.

⁸⁰ Pedrajas Moreno, A. y Sala Franco, T., “La subcontratación en el sector de la construcción. A propósito de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, que regula la misma y de su desarrollo reglamentario mediante el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto”, *Tirant on Line*, núm. 1.126.932, 2007, pág. 8.

se tendrán en cuenta, además, tanto los días efectivamente trabajados, como los de descanso semanal, los permisos retribuidos y días festivos, las vacaciones anuales y, en general, los períodos en que se mantenga la obligación de cotizar⁸¹.

Una vez obtenido este total, en segundo lugar, se calculará sobre el mismo el porcentaje que debería ser cubierto con trabajadores indefinidos, esto es, el 30 por 100 dada la fecha actual. Y finalmente, como tercer paso, se comparará este dato con el resultado de dividir, nuevamente entre trescientos sesenta y cinco, la totalidad de días trabajados por empleados con contratos indefinidos, incluidos los fijos discontinuos, durante el mismo período de tiempo de doce meses o el inferior específico para las empresas de nueva creación. En estos casos la principal duda sería cómo computar los días que durante ese período hayan trabajado aquellos empleados con contratos temporales posteriormente convertidos en indefinidos. El tenor literal de la norma parece apoyar el cómputo tan sólo de los días trabajados con esa última condición, pero quizás no sea esa la solución más adecuada atendiendo a la finalidad del precepto, pues impediría que una empresa pudiera rápidamente ajustarse a las exigencias de la norma. De ahí que parezca más razonable computar todos los días trabajados por esos empleados con independencia de que en el momento de prestar los servicios lo hicieran bajo una relación temporal. Desde esta misma perspectiva, tampoco podrán computar como trabajadores indefinidos los mal denominados “fijos de obra”, figura prevista, como ya consta, en la negociación colectiva y que permite a un trabajador participar sucesivamente en varias construcciones durante un período máximo de tres años, o incluso más si los trabajos de su especialidad se extienden más allá del citado plazo, prolongándose éste hasta la terminación de la última obra emprendida⁸². Así pues, pese a su denominación, no se trata de trabajadores indefinidos y, por lo tanto, sólo pueden sumarse en la plantilla global de la empresa como trabajadores temporales⁸³.

En definitiva, el paso dado por la LSC en cuanto a la exigencia de estabilidad en el empleo ha sido de gigante, y bien podría extenderse a todos los procesos de subcontratación de parcelas de la actividad privada o pública como avanzadilla para la lucha contra la precariedad y la temporalidad en beneficio

⁸¹ García Blasco, J. y Aguilar Martín, M.C., “La subcontratación en la construcción: a propósito del Reglamento de 24 de agosto de 2007”, *Aranzadi Social*, núm. 17, 2009, págs. 77 y ss.

⁸² Aragón Gómez, C.: “El contrato fijo de obra en el nuevo convenio de la construcción, ¿un mecanismo de estabilidad en el empleo?”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2008, págs. 21 y ss.

⁸³ Toscani Jiménez, D. y Alegre Nueno, M., “Reflexiones críticas acerca del nuevo régimen de subcontratación en el sector de la construcción: el Real Decreto 1109/2007, de 24 de agosto”, *Aranzadi Social*, núm. 15, 2007, pág. 5.

de la reducción de los índices de siniestralidad⁸⁴. Al tiempo, esta Ley no trata de erradicar el fenómeno de la subcontratación ni de auspiciar que todos los trabajadores pertenezcan a la empresa principal, pero sí de que existan estrictos controles que aseguren que las empresas contratistas y subcontratistas no eludan sus responsabilidades, ofrezcan garantías y cumplan adecuadamente con sus obligaciones de seguridad, estando provistas de una organización, capacidad económica, medios técnicos eficaces, maquinaria y trabajadores formados para obtener una producción competitiva, de calidad y desarrollada en condiciones tales que no pongan en riesgo la seguridad y salud de los asalariados, aspectos todos ellos a valorar muy positivamente en el nuevo urbanismo y las actividades empresariales que conlleva⁸⁵. No obstante, la promulgación de esta Ley, pese a sus importantes avances, no ha solucionado del todo los índices elevados de siniestralidad en el sector, caracterizado por una peligrosidad inherente a las tareas desarrolladas no sólo en las obras de nueva planta, sino también, en lo que ha merecido menos atención por cuanto al diseño de las medidas preventivas, en trabajos de mantenimiento, rehabilitación y análogos, donde la intervención de microempresas y de trabajadores autónomos es muy destacada, debido al mayor detalle y especialización de los trabajos a desarrollar. Deviene necesario, en fin, seguir dando pasos para incrementar la formación de los trabajadores en avanzadas técnicas edificatorias y en nuevos materiales de construcción, que requieren renovadas y mayores competencias profesionales.

7.3. La atención convencional. Sucesión de contratista

El art. 26 CCSC, además de efectuar un recordatorio de la aplicación del art. 42 ET y de la LCS en su integridad, extiende la responsabilidad solidaria a la indemnización de naturaleza no salarial por muerte, gran invalidez, incapacidad permanente absoluta o total derivadas de accidente de trabajo o enfermedad profesional pactada en el art. 66 del presente Convenio (complemento hasta el 100 por 100 del salario base y pluses salariales en casos de hospitalización), quedando limitado el ámbito de esta responsabilidad exclusivamente respecto

⁸⁴ Álvarez Cuesta, H., *La precariedad laboral: análisis y propuestas de solución*, Bomarzo, Albacete, 2008, pág. 115.

⁸⁵ Lanzadera Arencibia, E.: “La limitación de la subcontratación en el sector de la construcción: comentario sobre la Ley 32/2006, de 18 de octubre”, *Revista Trabajo y Seguridad Social (Centro de Estudios Financieros)*, núm. 288, 2007, págs. 45 y ss.

de los trabajadores de las empresas subcontratadas obligadas por este Convenio General⁸⁶.

Muy habitual también es que, en obras de larga duración, tenga lugar el fenómeno de la sucesión de contratistas por cumplirse los requisitos del art. 44 ET⁸⁷, esto es, “la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria”⁸⁸. Ahora bien, teniendo en cuenta el principio de complementariedad, aun cuando no se cumplan las exigencias del precepto estatutario mencionado, la subrogación también puede derivar, como mejora en el tenor legal, de lo previsto en el convenio colectivo aplicable, tal y como sucede con el art. 27 CCSC en relación con servicios públicos relativos al mantenimiento de carreteras o vías férreas, redes de agua, concesiones municipales para el mantenimiento y conservación de aceras, pavimentos, vías públicas y alcantarillado.

El presente CCSC otorga prioridad o preferencia aplicativa frente al posible convenio de empresa que, estableciendo condiciones inferiores, pudiese venir rigiendo las relaciones laborales en la nueva empresa adjudicataria (art. 12), en lo que se refiere a la obligación de subrogación empresarial en los supuestos específicos mencionados. Así pues, en todos los supuestos de finalización, pérdida, rescisión o cesión de una contrata, así como respecto de cualquier otra figura o modalidad que suponga la sustitución entre entidades, personas físicas o jurídicas que lleven a cabo la actividad de que se trata, los trabajadores de la empresa saliente adscritos a dicha contrata pasarán a adscribirse a la nueva empresa o entidad que vaya a realizar la actividad objeto de la contrata, respetando esta los derechos y obligaciones que disfruten en el último contrato en la empresa sustituida.

Será requisito necesario para tal subrogación que los trabajadores lleven prestando sus servicios en la contrata que cambia de titular, al menos cuatro meses antes de la fecha de finalización efectiva de la misma, sea cual fuere la modalidad de su contrato de trabajo, con independencia de que, con anterioridad

⁸⁶ Rodríguez Escanciano, S.: “Sostenibilidad ambiental y prevención de riesgos laborales: reflexiones sobre el sector de la construcción ecológica”, *Revista del Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social*, núm. 138, 2018, págs. 219 y ss.

⁸⁷ Gárate Castro, J.: “Descentralización productiva por medio de contratas de obras y servicios. Algunas cuestiones laborales y de Seguridad Social, con especial referencia a las Administraciones públicas”, *Actualidad Laboral*, 2004, Tomo I, pág. 1053.

⁸⁸ Álvarez Alcolea, M.: “Responsabilidad en los supuestos de cambio en la titularidad de la empresa. En particular, en la sucesión de contratas”, en AA.VV (Rivero Lamas, J., Dir.): *Descentralización productiva y responsabilidades empresariales. El outsourcing*, Pamplona (Aranzadi), 2003, pág. 270.

al citado período de cuatro meses, hubieran trabajado en otra contrata. El personal o trabajadores que no reúnan estos requisitos y condiciones no tendrán derecho a ser subrogados. También se producirá la mencionada subrogación del personal en cualquiera de los siguientes supuestos: a) Trabajadores, con derecho a reserva de puesto de trabajo, que en el momento de la finalización efectiva de la contrata tengan una antigüedad mínima de cuatro meses en la misma y se encuentren en situación de suspensión de su contrato de trabajo por alguna de las causas establecidas en el artículo 45 del ET. b) Trabajadores con contrato de interinidad que sustituyan a alguno de los trabajadores mencionados en el apartado anterior, con independencia de su antigüedad y mientras dure su contrato. c) Trabajadores de nuevo ingreso que por exigencia del cliente se hayan incorporado a la contrata como consecuencia de una ampliación que perdure en la siguiente contrata, aunque no lleven los cuatro meses de antigüedad. d) Trabajadores que sustituyan a otros que se jubilen, de forma parcial o total, dentro de los últimos cuatro meses anteriores a la finalización efectiva de la contrata (art. 27.3 CCSC).

No desaparece el carácter vinculante de la subrogación prevista en este artículo en el caso de que el organismo público que adjudica la contrata suspendiese la actividad objeto de la misma por un período no superior a doce meses (art. 27.9 CCSC).

A tenor del CCSC, los derechos y obligaciones sobre los que opera la subrogación quedarán limitados exclusivamente a los generados por el último contrato suscrito por el trabajador con la empresa saliente de la contrata, sin que la empresa entrante se encuentre vinculada por cualquier contrato o pacto anterior a aquel, particularmente a efectos de años de servicio, indemnizaciones por despido y cualesquiera otros conceptos que tomen en consideración el tiempo de prestación de servicios, a menos que ya tuviera reconocido el trabajador tales derechos mediante sentencia judicial firme con anterioridad a producirse la subrogación y le hubieran sido comunicados a la empresa.

Por su parte, teniendo en cuenta que el art. 27 CCSC regula la sucesión de contratista en servicios públicos, deviene necesario acudir a lo previsto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). El art. 130.1 LCSP prevé la obligación de subrogación cuando esta derive “de una norma legal” (esto es, porque concurra la transmisión de elementos patrimoniales, infraestructuras, recursos o equipamientos exigida por el art. 44 ET) o de “un convenio colectivo”, tal y como sucede en el sector aquí analizado. Por su parte, el art. 130.6 LCSP deja claro que, sin perjuicio de la aplicación, en su caso de lo establecido en el art. 44 ET, el pliego de cláusulas administrativas particulares siempre contemplará la obligación del contratista saliente de responder de los salarios impagados a los trabajadores afectados por subrogación, así como de

las cotizaciones a la Seguridad Social devengadas, aún en el supuesto de que se resuelva el contrato y aquellos sean subrogados por el nuevo contratista, sin que en ningún caso dicha obligación corresponda a este último. Es más, la Administración, una vez acreditada la falta de pago de los citados salarios, procederá a la retención de las cantidades debidas al contratista para garantizar el pago de los citados salarios, y a la no devolución de la garantía definitiva en tanto no se acredite el abono de éstos⁸⁹.

Aun cuando tal previsión tiene una finalidad clara, cual es evitar el encarecimiento de costes en mano de obra por parte del contratista inicial con repercusión en el nuevo adjudicatario, lo cierto es que se obliga a que los pliegos excepcionen la aplicación del principio de responsabilidad solidaria que el art. 44.3 ET atribuye al cedente y al cesionario, en las transmisiones que tengan lugar por actos inter vivos, durante tres años respecto de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas, incluyendo salarios impagados, las indemnizaciones por despido pendientes de abono, así como la responsabilidad que el art. 168.2 Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (TRLGSS), confiere a ambos igualmente frente a las cotizaciones pendientes de ingreso con los recargos correspondientes y las prestaciones causadas con anterioridad a la transmisión.

Cabe preguntarse aquí si un pliego de condiciones tiene capacidad para modificar este régimen legal, no en vano el art. 34 LCSP sienta que “en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios... al ordenamiento jurídico”, pues, como no podía ser de otra manera, resultan indisponibles para el contratista las normas de *ius cogens*, en este caso, con referencia al art. 44 ET. Por tal motivo, en una primera aproximación, se pensó que el art. 130.6 LCSP establecía un régimen de responsabilidad íntegra y exclusiva del contratista saliente únicamente ante un supuesto de subrogación convencional (y no legal), donde podría no haber responsabilidad solidaria del nuevo adjudicatario sino que toda la responsabilidad se atribuye al primero⁹⁰. Esta cuestión ha sido recientemente analizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en sentencia de 11 de julio de 2018⁹¹, que versa sobre un supuesto de resolución de un contrato de vigilancia de instalaciones celebrado con una contratista y la subsiguiente formalización de un nuevo contrato con otra empresa, que se hace cargo de una parte sustancial del personal en virtud de un convenio colectivo que no establece la responsabilidad solidaria entre contratista y concesionario a la que alude el art. 44.3 ET, llegando el Tribunal europeo a la

⁸⁹ Alfonso Mellado, C.: “Contratos del sector público: sucesión de contratos y reversión a la gestión pública”, *Revista de Derecho Social*, núm. 82, 2018, pág. 34.

⁹⁰ Con fundamento en la STS, Social, 7 abril 2016 (rec. 2269/2014).

⁹¹ C-60/2017.

conclusión de que se trata de una confrontación entre disposiciones normativas nacionales que se escapa de su competencia. Por su parte, el Tribunal Supremo tradicionalmente había entendido que para los supuestos de subrogación convencional “no se aplica el régimen previsto en la ley sino el previsto en el convenio con sus requisitos y consecuencias... De esta forma, si el convenio no establece la obligación de asumir las deudas anteriores a la subrogación, la empresa cesionaria no es responsable de las mismas”⁹². Sin embargo, el Alto Tribunal, en Sentencia de 27 de septiembre de 2018⁹³, cambia de criterio y entiende que han de aplicarse las garantías del art. 44.3 ET (responsabilidad solidaria derivada de la subrogación legal) a pesar de que la subrogación provenga del mandato del convenio, pues el citado precepto estatutario tiene naturaleza imperativa. Por el momento, el juego del art. 130.6 LCSP se ha considerado, no obstante y a la espera de otros pronunciamientos, como norma especial de aplicación preferente frente al régimen de responsabilidades derivadas de la normativa laboral⁹⁴.

Tampoco hay que olvidar que el nuevo art. 130.3 LCSP prevé que “en caso de que una Administración Pública decida prestar directamente un servicio que hasta la fecha venía siendo dispensado por un operador económico, vendrá obligada a la subrogación del personal que lo prestaba si así lo establece una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva de eficacia general”⁹⁵. Teniendo clara la alusión a la obligación derivada de “una norma legal”, referida al art. 44 ET, deviene pertinente alertar de que las cláusulas convencionales a favor del traspaso de trabajadores en el supuesto de sucesión de contratistas como sucede en el sector de la construcción no pueden ser, sin embargo, de aplicación cuando la gestión del servicio revierte a la Administración u otro ente administrativo, en tanto dicha regulación convencional únicamente podría afectar a las empresas incorporadas al ámbito personal del convenio, pero nunca a empleadores en él no

⁹² STS, Social, 10 mayo 2016 (rec. 2957/2015).

⁹³ Rec. 2747/2016. Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: “Sucesión de plantilla en la empresa por subrogación convencional –ex convenio colectivo sectorial–. La reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su recepción por el Tribunal Supremo”, *La Ley Unión Europea*, núm. 65, 31 de diciembre de 2018.

⁹⁴ Resolución 662/1998, de 6 de julio de 2018, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, anulando la previsión en un pliego de cláusulas administrativas particulares la imposición al adjudicatario de la obligación de responder de los salarios impagados por el contratista saliente a los trabajadores afectados por la subrogación y de las cotizaciones a la Seguridad Social devengadas. Olarte Encabo, S.: “Cláusulas convencionales sobre subrogación de plantillas: el posible escenario ante una doctrina europea garantista ya acogida por el Tribunal Supremo”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm 10, 2019, pág. 992 ó Monereo Pérez, J.L.; Moreno Vida, M.N. y López Insúa, B.M.: “La descentralización productiva a través de la subcontratación en el sector público y vicisitudes subrogatorias”, *Revista de Derecho Social*, núm. 85, 2019, pág. 24.

⁹⁵ Entre otras, STS, Social, 22 mayo 2000 (rec. 2892/1999).

incluidos⁹⁶; es decir, el convenio colectivo “ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni, en su contenido normativo, establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación”⁹⁷.

8. PROHIBICIONES PARA LA INTERVENCIÓN DE EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL. HACIA UNA PROGRESIVA LIBERACIÓN

Desde el punto de vista económico-productivo, resulta interesante para las organizaciones dedicadas a la construcción poder recurrir a las empresas de trabajo temporal (ETTs), cuya actividad principal sigue constituyendo, pese a otras posibilidades (intermediación en el mercado de trabajo, formación o asesoramiento jurídico-laboral), en suministrar, en régimen de exclusividad y de monopolio, trabajadores de manera temporal a empresas usuarias (art. 1 Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal –LETT–)⁹⁸. Otra cosa es que tal proceder contribuya a elevar las tasas de temporalidad en el sector.

8.1. Limitaciones a la cesión: evolución normativa

Conviene recordar que, con anterioridad al régimen actual, el art. 8 Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero, contemplaba un listado de trabajos para los cuales resultaba taxativamente prohibida la cesión⁹⁹. La cuestión procedía del art. 5.1 Directiva 91/383, que permitía tal exclusión, o, en su defecto, la provisión de un control médico especial que pudiera, incluso, extenderse una vez concluida la relación laboral. El legislador interno, tomando como referente el Code du Travail francés, optó por la primera hipótesis en la redacción del derogado art. 8. b) LETT de 1994, en virtud del cual “las empresas no podrán celebrar contratos de puesta a disposición... para la realización de actividades y trabajos que, por su especial peligrosidad para la seguridad o la salud, se determinen reglamentariamente”, lo cual tuvo lugar, de forma tardía, a través del mencionado art. 8 Real Decreto 216/1999.

La enumeración *numerus clausus* efectuada por este precepto reglamentario se circunscribía a nueve actividades¹⁰⁰, siendo de interés para este estudio la

⁹⁶ Castillo Blanco, F.: La reinternalización de servicios públicos: aspectos administrativos y laborales, Barcelona (Cemical), 2017, págs. 17 y ss.

⁹⁷ SSTs, Social, 28 octubre 1996 (rec. 566/1996) y 26 noviembre 2018 (rec. 2128/2016).

⁹⁸ Calvo Gallego, F.J. y Rodríguez-Piñero Royo, M.: “La adaptación del marco normativo de las empresas de trabajo temporal”, *Relaciones Laborales*, núms. 21-22, 2010, pág. 160.

⁹⁹ Mercader Uguina, J.R.: “Prevención de riesgos laborales y empresas de trabajo temporal (notas al Real Decreto 216/1999, de 5 de febrero)”, *Relaciones Laborales*, núm. 10, 1999, pág. 100.

¹⁰⁰ Agra Viforcós, B.: “La prevención de riesgos laborales de los trabajadores contratados a

primera referida a “trabajos en obras de construcción a los que se refiere el Anexo II Real Decreto 1627/1997”, en el cual se contemplaba una relación no exhaustiva, a saber¹⁰¹: a) Trabajos con riesgos especialmente graves de sepultamiento, hundimiento o caída de altura, por las particulares características de la actividad desarrollada, los procedimientos aplicados o el entorno del puesto de trabajo. b) Trabajos en los que la exposición a agentes químicos o biológicos supongan un riesgo de especial gravedad, o para los que la vigilancia específica de la salud de los trabajadores sea legalmente exigible. c) Trabajos con exposición a radiaciones ionizantes para los que la normativa específica obliga a la delimitación de zonas controladas o vigiladas. d) Trabajos que expongan a riesgos de ahogamiento por inmersión. e) Obras de excavación de túneles, pozos y otros trabajos que supongan movimientos de tierra subterráneos. f) Trabajos realizados en inmersión con equipos subacuáticos. g) Trabajos realizados en cajones de aire comprimido. h) Trabajos que impliquen riesgos de explosivos. i) Trabajos que requieran montar o desmontar elementos prefabricados pesados.

En la actualidad, sin embargo, la Ley 35/2010 ha modificado el párrafo b) del art. 8 LETT, e incorporando una nueva disposición adicional segunda a esta Ley mucho más restringida que el régimen anterior, vetando la intervención de las ETTs únicamente en tres supuestos¹⁰²[radiaciones ionizantes en zonas controladas (según el Real Decreto 783/2001, de 6 de julio, modificado por Real Decreto 1439/2010, de 5 de noviembre), agentes cancerígenos, mutagénicos o tóxicos para la reproducción, de primera o segunda categoría (según el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, y el Real Decreto 255/2003, de 28 de febrero) y agentes biológicos de los grupos 3 y 4 (según el Real Decreto 664/1997, de 12 de mayo)]¹⁰³, quedando derogado el precepto mencionado del Real Decreto 216/1999¹⁰⁴.

Se abre, por tanto, la posibilidad de que los trabajadores de una ETT puedan ser contratados para realizar trabajos peligrosos e insalubres tradicionalmente

través de empresas de trabajo temporal”, en AA.VV (Fernández Domínguez, J.J., Dir.): *La prevención de riesgos laborales y las nuevas formas de organización empresarial y del trabajo*, Valladolid (Junta de Castilla y León), 2007, págs. 176 y ss.

¹⁰¹ Rodríguez Escanciano, S.: “Capítulo IX. Protección de trabajadores especialmente sensibles a los riesgos derivados del trabajo”, en AA.VV (Fernández Domínguez, J.J., Dir.): *La seguridad y salud en el trabajo a través de los convenios colectivos de Castilla y León*, Valladolid (Junta de Castilla y León), 2006 págs. 216-217.

¹⁰² Dorrego De Carlos, A.: “La reforma de la intermediación laboral en la Ley 35/2010: perspectiva desde el sector de las empresas de trabajo temporal”, *La Ley*, núm. 7488, 2010, págs. 28 y ss.

¹⁰³ Calderón Pastor, F.J.: “Las empresas de trabajo temporal tras la Ley 35/2010 de reforma del mercado de trabajo”, *Información Laboral. Jurisprudencia*, núm. 8, 2010, págs. 13-14.

¹⁰⁴ Carrero Domínguez, C. y Blasco De Luna, F.J.: “La Ley 35/2010, de 17 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Empresas de trabajo temporal”, en AA.VV (García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R., Dirs.): *La Ley 35/2010, de 17 de diciembre*, Valladolid (Lex Nova), 2011, pág. 309.

vetados en el sector de la construcción. Cabe, no obstante, que los acuerdos interprofesionales o la negociación colectiva de ámbito estatal establezcan, de forma motivada, en las actividades, recogidas anteriormente en el art. 8 Real Decreto 216/1999, que no se han incorporado a la nueva disposición adicional segunda LETT, limitaciones para la celebración de contratos de puesta a disposición para determinados empleos u ocupaciones de especial peligrosidad, siempre que se cumplan unos estrictos requisitos: habrán de referirse a ocupaciones o puestos de trabajo concretos o a tareas determinadas, sin que quepan, por tanto, exclusiones globales relativas a sectores enteros de la actividad; deberán justificarse por razón de los riesgos para la seguridad y salud en el trabajo asociados a los puestos afectados; y tendrán que fundamentarse en un informe razonado que se acompañará a la documentación exigible para el registro, depósito y publicación del convenio o acuerdo colectivo por la autoridad laboral¹⁰⁵.

Esto implica, sin lugar a dudas, un control administrativo y judicial sobre los acuerdos tomados por los sujetos negociadores para evitar posibles restricciones intencionadas que intenten eludir lo prescrito por la norma¹⁰⁶.

8.2. Disposiciones convencionales restrictivas

Contando con esta habilitación legal, sobre la que no se pronuncia el Real Decreto 417/2015, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de las Empresas de Trabajo Temporal, el Anexo VII CCSC recoge un listado de puestos de trabajo y/o trabajos asociados a estos puestos de trabajo limitados para la realización de contratos de puesta a disposición por motivos de seguridad y salud en este sector, incluyendo una justificación explícita de tal limitación, que puede ser absoluta o relativa, atendiendo a la siguiente clasificación en cinco epígrafes: A) construcción y obras públicas; B) Conservación y mantenimiento de carreteras y líneas férreas; C) Canteras, areneras y graveras; D) Obras marítimas; y E) Comercio de Construcción. De mayor interés al objeto del presente estudio es el apartado A) y el E). En este último, todos los puestos de trabajo están permitidos, mientras en el primero se encuentran totalmente prohibidos a la intermediación de ETTs los puestos de encargado-capataz, jefe de laboratorio, artillero, cantero, marmolista, montador de aparatos de elevación, montador de andamios, pocero, soldador de estructuras metálicas, soldadores y oxicortadores y tejeros. Además,

¹⁰⁵ López López, J. y Chacartegui Jávega, C.: “Intermediación en el mercado de trabajo y empresas de trabajo temporal en la reforma 2010: sobre la violación de derechos fundamentales”, en AA.VV (Baylos Grau, A., Dir.): *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de reforma laboral*, Albacete (Bomarzo), 2011, pág. 129.

¹⁰⁶ Morón Prieto, R., *Medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Comentarios a la Ley 35/2010, de 17 de septiembre*, Madrid (Quantor), 2010, págs. 66-67.

se encuentran limitados de forma relativa los siguientes: administrativo obra; auxiliar de laboratorio; auxiliar de topografía; jefe de obra; mecánico; técnico de prevención en obra; topógrafo; albañil; carpintero de aluminio, metal y PVC; carpintero de madera; cerrajero; chapista industrial; colocador de pavimentos ligeros; colocador de prefabricados; colocador de techos técnicos; conductor de camión; cristalero; electricista; encofrador; escayolista/yesista; ferrallista; fontanero; gruista; implantador de medidas de seguridad; instalador calefacción y ACS; instalador de gas; instalador de impermeabilizaciones; mampostero; mantenedor/mecánico industrial; montador de estructuras metálicas; operador de maquinaria; pintor señalista OC; pintor/empapelador; pulidor abrillantador suelos; revocador revestidor/estuquista; solador alicatador; o peón. El propio CCSC aclara que estos puestos de trabajo no podrán prestarse por contrato de puesta a disposición por parte de una ETT cuando impliquen riesgos especiales para la seguridad y salud de los trabajadores en los mismos ítems que aparecían en el Real Decreto derogado a los que anteriormente se ha hecho referencia.

Más allá de estos tasados cometidos es legítima la intervención de las ETTs en el sector de la construcción, quedando favorecida por esta vía la posibilidad de reclutamiento a término y muchas veces ocultando un prestamismo de mano de obra ilícito.

9. CONCLUSIÓN

La creación de puestos de trabajo estables en el sector de la construcción, concebida ahora desde la perspectiva de la regeneración, rehabilitación y renovación urbanas, debe de ir acompañada de varias actuaciones simultáneas: por una parte, la reformulación de los términos del contrato fijo de obra, que debe de ajustarse a los parámetros legales, cumpliendo escrupulosamente el principio de causalidad; por otra parte, la intensificación de las exigencias de calidad y solvencia de las empresas capaz de evitar frecuentes situaciones de prestamismo laboral ilícito o de proliferación de falsos autónomos; en fin, el diseño de nuevos y mayores requerimientos en formación de los trabajadores y, en general, en cualificaciones y competencias profesionales adaptadas a las exigencias de edificaciones más sostenibles, ecológicas y de una mayor complejidad técnica¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Lafuente Pastor, V.P.: “¿Un cambio de paradigma en la construcción? Un estudio en Aragón sobre el organismo paritario del sector y la cualificación de la mano de obra como motores de la transformación?”, *Lan Harremanak*, núm. 41, 2019, págs. 12 y ss.

MIGRACIONES LABORALES Y ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DE TRABAJO: REVISANDO LOS PILARES DE UNA CONSTRUCCIÓN NORMATIVA UNIVERSAL

DAVID LANTARÓN BARQUÍN

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Cantabria

EXTRACTO

Palabras clave: trabajadores migrantes, regulares, irregulares; derecho universal, corredores migratorios

La trascendencia de los flujos migratorios explica que el sistema de Naciones Unidas, y en particular la OIT en los laborales, se haya afanado reiteradamente en disciplinarlos. Se erige así un conjunto normativo cuya lectura es compleja, tanto por la posible parcialidad de las ratificaciones, su eventual modificación de los textos ratificados o la practicable aplicación territorial no íntegra de los mismos. Por citar algunas de las causas que dificultan esta tarea y que incluyen una falta de definición común del trabajador migrante regulado. Una interpretación cuya dificultad se acrecienta por la necesidad de comprender que la normativa sustantiva de este colectivo no radica en los instrumentos migratorios de la OIT, cuyo fin habría de ser primordialmente garantista de la eficacia de otras normas respecto de dichos sujetos. Esta reflexión se propone desvelar la real entidad de este entramado normativo al tiempo que desentrañar las claves para su más correcta comprensión, entre las que sobresale el diverso tratamiento legal de trabajadores migrantes regulares e irregulares, pasando por situaciones intermedias. Desvelando la evolución habida, la reflexión desemboca en una serie de propuestas necesarias para encauzar jurídicamente su tutela.

ABSTRACT

Key words: migrant workers: regular, undocumented universal migratory law; migratory corridors

The historical significance of migratory flows has traditionally encouraged the United Nations system, and in a very intense manner the ILO concerning labour ones, to on countless occasions regulate them. Thus, a regulatory set is erected, the understanding of which is complex. This complexity is due to the possible partiality of the ratifications, the eventual by the states of the ratified texts or the practicability of a non-complete territorial application thereof. Among these reasons, the lack of a unique definition of what the migrant worker is must be expressly underlined. The interpretation of this reality is also difficult because the substantive regulation of migrant workers does not lie in the ILO's migratory standards themselves, the purpose of which should be primarily to guarantee the effectiveness of other regulations. This reflection is therefore proposed to reveal the real dimension of this normative framework and to unravel the keys to facilitate its most correct understanding, outstandingly the different legal treatment of regular and irregular migrant workers, including some intermediate situations. Uncovering the evolution of this legal standards, the reflection leads to a series of proposals to improve the protection of migrant workers.

ÍNDICE:

1. UNA PRIMERA VISIÓN DEL FENÓMENO MIGRATORIO
2. LA REGULACIÓN MUNDIAL, DIRECTA E INDIRECTA, DE LAS MIGRACIONES LABORALES: PARTICULAR ATENCIÓN A LA OIT
3. LA COMPLEJA INTERPRETACIÓN DE LA ANTERIOR NORMATIVA
4. EL RELEVANTE Y NECESARIO PAPEL ESTATAL
5. LA TUTELA DEL TRABAJADOR MIGRANTE Y, EN PARTICULAR, DEL MIGRANTE IRREGULAR:
 - 5.1. La especial consideración y tutela de ciertos periodos temporales
 - 5.2. La integración de condiciones de vida y de trabajo
 - 5.3. La situación regular del extranjero como elemento determinante del tratamiento jurídico
 - 5.3.1. El infranqueable pero impreciso límite de los derechos humanos
 - 5.3.2. Trabajadores migrantes regulares
 - 5.3.3. Situaciones “intermedias”. El cambio de circunstancias del migrante inicialmente regular: la sobrevenida pérdida de empleo
 - 5.3.4. Migrantes irregulares
6. REFLEXIONES PARA AVANZAR EN UN CAMINO DE MEJORA

1. UNA PRIMERA VISIÓN DEL FENÓMENO MIGRATORIO

Resulta evidente, y en consecuencia reiteradamente reconocido, que “la humanidad ha estado en movimiento desde los tiempos más antiguos”¹. Los flujos migratorios no constituyen un fenómeno de esta época, ni de la globalización, sino “que se trata de fenómenos recurrentes desde la antigüedad”².

Flujos que han tenido siempre, y más si cabe ahora, una trascendencia social sin igual. No sólo por su entidad, sino por la complejidad y trascendencia, a nivel de derechos humanos, de la realidad social que generan a lo largo de toda su dinámica. Desde los países origen de la misma pasando por los de tránsito a aquellos que son destinatarios de estos flujos. No obstante, en la era de la globalización estos movimientos alcanzan unas dimensiones enormes en términos absolutos, hasta el punto de erigirse como nota identificativa de la globalización misma, según sostiene a título de ejemplo la propia Declaración de la OIT por la Justicia Social para una Globalización Equitativa del año 2008³. La superpoblación y el desarrollo científico contribuyen indudablemente a ello.

Un fenómeno migratorio que es, además, sustantivamente laboral, orientado hacia Estados en función de su nivel de rentas y focalizado hacia América del

¹ Introducción de la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes del año 2016 (DRM).

² Gianni Loy, “Disparidad de trato y discriminación de los trabajadores extracomunitarios”, *Relaciones Laborales*, núm. 15/16, sección “Monografías”, 2009, p. 185, tomo 2, Wolters Kluwer, epígrafe I.

³ Incorpora ésta, en efecto, entre los elementos definitorios de la globalización la conjunción

Norte, Europa y los Países Árabes⁴. Aunque parece que, más allá de aquellas rentas, no se ha podido contrastar una relación, al menos no absoluta, entre flujos migratorios y Estado de bienestar, constatándose niveles migratorios muy parejos en Estados de diversos niveles de protección de sus sistemas sociales. De destacar es, además, que en la actualidad “las migraciones, mayoritariamente, no proceden de los países más pobres sino de aquellos con ingresos medios”, siendo la mayor parte de la migración intrarregional⁵. Y no siempre está caracterizada por esa imagen del inmigrante pobre y sin cualificación⁶.

Introducción DRM citada que igualmente apunta dos cuestiones de relieve en una primera aproximación a esta realidad. En primer lugar, la multiplicidad de causas de este flujo, enumerando las siguientes: razones económicas, por búsqueda de nuevas oportunidades; la necesidad de escapar de los conflictos armados, la

de un flujo de empresas y trabajadores. El Considerando de esta DJSGE manifiesta que la globalización “se caracteriza por la difusión de las nuevas tecnologías, los flujos de ideas y capitales, el intercambio de bienes y servicios, el incremento de los flujos de capital y financieros, la internacionalización del mundo de los negocios y sus procesos y del diálogo y, asimismo, una mayor circulación de personas, especialmente de trabajadores”.

⁴ La OIT apreciaba en el año 2017 la existencia de unos 258 millones de migrantes, de los cuales 234 están en edad de trabajar a efectos de la OIT, a partir de 15 años, siendo unos 164 millones el número de trabajadores migrantes. Datos, todos ellos, que han crecido desde la estimación anterior del año 2013. Es decir, en el año 2017 los trabajadores migrantes constituían el 59,2% de todos los migrantes internacionales. Trabajadores migrantes en edad de trabajar que constituyen el 4,2% del total de trabajadores en edad de trabajar, y el 4,7 % de los trabajadores que efectivamente trabajan. Estas cifras por el contrario han sido más bajas en 2017 frente al año 2013. De aquellos 164 millones de trabajadores migrantes internacionales, 111.2 millones (67.9 %) son empleados en países con ingresos altos, 30.5 millones (18.6 %) en estados con ingresos medio-altos, 16.6 millones (10.1%) en estados con ingresos medio-bajos y 5.6 millones (3.4%) en países con ingresos bajos. La primera de las cifras ha descendido desde el 74,7% en 2013, una deriva hacia otros escalones que puede ser atribuida al desarrollo económico de algunos países con ingresos más bajos particularmente si se localizan cerca de los países de origen de los emigrantes con redes sociales más cercanas entre ambos. La evolución también puede explicarse por las políticas migratorias más estrictas de aquél primer grupo de países y el crecimiento económico más fuerte entre los países de ingresos medio-altos. En definitiva, existe una concentración (60,8%) de los trabajadores migrantes en tres subregiones: América del Norte (23%), Norte, Sur y Oeste de Europa (23.9 %) and los Países Árabes (13.9 %). Y ello a pesar de que, de los 3.500 millones de trabajadores, cerca del 50% se localizan en dos subregiones: 928.2 millones (26.8 %) en el este asiático y 721 millones (20.8 %) en el sur de Asia, la primera subregión incluye China y la última India, los dos países más poblados del mundo. International Labour Office, *ILO Global Estimates on International Migrant Workers -Results and Methodology. Second edition- (reference year 2017)*. Geneva. ILO, 2018. ISBN: 978-92-2-132671-7 (print); 978-92-2-132672-4 (web pdf), p. 5, IX, X, XI, XII y XIV.

⁵ CES, *Informe 02/2019. La inmigración en España: efectos y oportunidades*, Madrid, CES, 2019, pp. 18 y 230.

⁶ Servais, J.M., “International Labour Migration Law or The Misfortunes of Virtue”, en *Revue de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale. English Electronic Edition*, núm. 4, 2017, p. 20.

pobreza, la inseguridad alimentaria, la persecución, el terrorismo o las violaciones y los abusos de los derechos humanos; también los efectos adversos del cambio climático o desastres naturales (algunos de los cuales pueden estar vinculados al cambio climático) u otros factores ambientales. Indicando que muchos de estos desplazamientos son “de hecho, debido a varios de esos motivos”. Es decir, son desplazamientos pluricausales.

En cualquier caso, la causa última de estos flujos migratorios es el desequilibrio existente entre sus países de origen (por una diversidad de circunstancias -bélica, sanitaria, económica, etc.- que a la postre condicionan su desenvolvimiento vital en condiciones de dignidad y su desarrollo personal) y de destino. Más favorables las circunstancias en estos últimos, atrayendo en muchos casos comunidades de su propia cultura previamente establecidas⁷. Es decir, es importante la denominada “causación acumulativa”⁸.

En segundo lugar, advierte la DRM “claramente la contribución positiva de los migrantes al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible”, tal y como meridianamente se advierte en el último Informe de nuestro CES estatal. Realidad que abunda desde el plano económico en la necesidad de sostener la tónica de la legislación internacional como propia de una concepción de ordenación del fenómeno migratorio basada “en una civilización jurídica propia de la cultura de nuestros países y *que* se esfuerza por interpretar los actuales fenómenos migratorios a la luz del reconocimiento de los principios fundamentales de las personas”. Y ello frente a otra concepción, sustentada sobre un principio “psicoanalítico de la exportación de la culpa, y *que* tiende a atribuir al crecimiento acelerado de los fenómenos migratorios la responsabilidad de verdaderos, pero sobre todo presuntos, malestares sociales. Malestares concretados, sobre todo, en el desempleo y en el crecimiento de la inseguridad”⁹. Visión de la que el consenso existente sobre “el impacto agregado muy positivo *de las migraciones* sobre las economías receptoras”¹⁰ permite distanciarse.

Desde otro prisma en cierta medida distinto, y con acaso mayor incidencia en las políticas de integración, autorizada doctrina advierte que algunos estados de acogida, como Israel o los Estados Árabes, pueden no buscar ésta. De ahí que, por razones relacionadas con la religión o la visión nacional de los partidos en el poder, permitan a los no nacionales sólo trabajar por tiempo limitado o como meros desplazados. Sin embargo, esta misma doctrina señala que de manera más

⁷ Grazia Vivarelli, M., “Il caporalato: problemi e prospettive”, Foro amm. TAR, fasc.10, 2008, pág. 2917, epígrafe 2.

⁸ CES, *Informe 02/2019*, p. 218.

⁹ Concepciones apreciables en Gianni Loy, “Disparidad de trato y...”, epígrafe XII.

¹⁰ CES, *Informe 02/2019*, p. 239.

habitual las políticas hacia los emigrantes se fundan en dos objetivos en conflicto: favorecer que mantengan sus vínculos con su cultura tradicional y ayudarlos a integrarse de manera armoniosa en la sociedad que los acoge. Y advierte la existencia al respecto de dos escuelas de pensamiento. La continental europea, y francesa en particular, favoreciendo la asimilación, procurando acortar las diferencias. Y la norteamericana, más proclive a proteger las tradiciones específicas de cada grupo con el consiguiente riesgo de perpetuar las diferencias¹¹.

A diferencia de la legislación internacional, las legislaciones estatales son más heterogéneas y, más allá de otras cuestiones, se ven más afectadas en la búsqueda de equilibrios razonables por la realidad que el fenómeno migratorio presenta en su territorio y las reacciones sociales frente al mismo.

2. LA REGULACIÓN MUNDIAL, DIRECTA E INDIRECTA, DE LAS MIGRACIONES LABORALES: PARTICULAR ATENCIÓN A LA OIT

El sistema de Naciones Unidas, sobremanera la propia OIT –sin desconocer el papel estelar de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM)¹²-, se ha interesado enormemente por el fenómeno migratorio. Contemplado como veremos no sólo de forma directa, sino por su relevancia para otros ámbitos normativos.

Centrados en la primera perspectiva, la OIT llega a formular hasta cinco Convenios y siete Recomendaciones. Ocho si incluimos, como la propia OIT hace, la relativa a la reciprocidad¹³. Y ello, al margen de otros instrumentos menores.

¹¹ Servais, J.M., “International Labour Migration Law...”, pp. 25 y 26.

¹² El apartado 49 de la citada DRM manifiesta la intención de colaborar con la OIM y dice literalmente que sus “Estados Miembros consideran *la OIM como* el organismo principal a escala mundial en el ámbito de la migración”. El capítulo del PGM destinado a la “implementación” advierte en su punto 45 que la coordinación y secretariado de la red de Naciones Unidas sobre migración, a establecer, será asumida por la OIM. Pues bien, esta OIM nace en la postguerra de la II Guerra Mundial, en el año 1951, como Comité Intergubernamental Provisional para los Movimientos Migratorios de Europa, para favorecer los reasentamientos, y que tras pasar por diversas denominaciones hasta alcanzar la actual de OIM se asocia a Naciones Unidas en el año 2016. Cuenta con 173 miembros, teniendo Rusia la condición de Estado Observador.

¹³ Entre los Convenios, enumerar los siguientes. En primer lugar, el C021 sobre la inspección de los emigrantes, de 1926, vigente durante más de 90 años hasta ser derogado por la 107ª reunión de la CIT en el año 2018, y que regulaba el servicio oficial de inspección encargado de velar por la protección de los emigrantes a bordo de un buque de emigrantes. Claramente marcado por el periodo de entreguerras, la finalización de la I Guerra Mundial y consiguientes flujos de personas funda-

La inmigración constituye, en definitiva, una preocupación originaria de la OIT, que ya en el Preámbulo de su Constitución, en 1919, advierte la necesidad de mejorar las condiciones de trabajo y proteger “los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero”. Una preocupación que ha tenido normativamente en los periodos de entreguerras y los primeros años posteriores a la II Guerra Mundial momentos particularmente decisivos¹⁴.

Trascendentales son, en especial, los Convenios OIT números 97 y 143, sobre trabajadores migrantes. El primero centrado en la igualdad de trato entre el trabajador migrante -en situación regular- y el nacional-. El segundo en el problema de la migración irregular, predicando respecto de los mismos los derechos fundamentales en el trabajo. Más ampliamente, estos Convenios y, consecuentemente, sus respectivas Recomendaciones, participan de enfoques parcialmente diversos¹⁵.

Ambos procuran regular los flujos migratorios, luchando, de una parte, contra la migración clandestina y el tráfico y trata de personas y, de otra, facilitando la

mentalmente europeas que (frente a otras posturas de mayor endurecimiento como el giro operado a resultas de la contienda en EE.UU.) encontraron la respuesta en este Convenio a la conveniencia de “salvaguardar los derechos más esenciales de las personas que pretendían desplazarse”. Ratificado por más de treinta países con inmediatez a su aprobación, articulaba la protección por medio de una simplificación de las inspecciones a las que normalmente se veían abocados los emigrantes ubicados en buques, no siendo la inspección realizada por más de un gobierno (art. 2), decantándose como regla general por el gobierno correspondiente al pabellón del buque y subrayando la importancia a los efectos de la regulación supranacional. Hellman, J, “Convenio sobre la inspección de los emigrantes, 1926 (núm. 21)”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* (ADAPT University Press), 2019, número especial de conmemoración del centenario de la OIT, ISSN 2282-2313, pp. 612 a 623. En segundo lugar, el C048, sobre la Conservación de los Derechos de Pensión de los Migrantes, de 1935. En tercer lugar, el C066 sobre Trabajadores Migrantes, de 1939, retirado por la CIT en el año 2000. En cuarto lugar, el Convenio 097, sobre Trabajadores Migrantes, de 1949. Por último, el C 0143, sobre Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias), de 1975. Recomendaciones en su mayoría correspondientes con alguno de los citados Convenios, a saber: R019, sobre las Estadísticas de Migraciones, de 1922, recogiendo fundamentalmente una obligación periódica de información por parte de los Estados a la OIT; la R026, sobre la Protección de los Emigrantes a Bordo de los Buques, de 1926; la R061, sobre los Trabajadores Migrantes, de 1939; la R062, sobre los Trabajadores Migrantes (colaboración entre Estados), de 1939; la R086, sobre los Trabajadores Migrantes (revisado), de 1949; R100, sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes (países insuficientemente desarrollados), 1955 (núm. 100); la R151 sobre Trabajadores Migrantes. De ellas, tres, R026, R61 y R62, han sido ya retiradas. Y la R100 se encuentra en situación provisoria. Es decir, habremos de atender fundamentalmente, sin olvidar su naturaleza, a las restantes. Véase al respecto <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:12030::NO::>

¹⁴ Así, la intervención normativa de la OIT coincide con las postguerras de los dos grandes conflictos mundiales, en particular el periodo de entreguerras y las postrimerías del fin de la II Guerra Mundial. Y con los años ulteriores a la crisis del petróleo de 1973. Y no sólo de la OIT. La OIM nace en el año 1951, según se ha explicado.

¹⁵ Gil y Gil, J.L., “Los trabajadores migrantes y la Organización Internacional del Trabajo”, *LaLeyDigital*, La Ley 3927/2011, epigrafe II.1.

integración de los migrantes. No obstante, partiendo de este denominador común, embargo el C97 y la R86 “luchan contra las desigualdades de trato respecto de los nacionales que resultan principalmente de la acción de los poderes públicos”. Por su parte, el C143 y la R151 nacen de la preocupación de los Estados por “el desempleo y el aumento de la migración irregular”. De ahí que se dejara de hacer “hincapié en facilitar la migración del excedente de mano de obra, y la atención se *centrara* en controlar los flujos migratorios”, procurando además “fomentar la igualdad de oportunidades y eliminar las discriminaciones en la práctica” para esos flujos regulares, ampliando el ámbito de esta igualdad.

Instrumentos que presentan deficiencias y lagunas que, se ha manifestado, son “más ostensibles, si se analizan a la luz de instrumentos internacionales más modernos” como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990 (en adelante, CIPTM)¹⁶.

¹⁶ Siguiendo a la doctrina, en 1999 la Comisión de Expertos concluyó que estos instrumentos de la OIT reguladores de las migraciones laborales presentaban deficiencias y lagunas respecto de los cambios acusados en las migraciones internacionales de trabajadores. Entre otras, la desafortunada posibilidad de excluir de su ámbito de aplicación sectores o categorías de trabajadores en los que su presencia es relevante, así algunos Estados han excluido a los trabajadores del servicio doméstico y a los trabajadores agrícolas. CIPTM que, señala esta doctrina, dota de mayores garantías frente a la expulsión; incluye una definición más amplia del trabajador migrante en su artículo 2, “pues abarca a los trabajadores fronterizos, a la gente de mar y a los trabajadores por cuenta propia”; “parece expresar de manera más amplia el principio de igualdad de trato entre los trabajadores migrantes y los nacionales ante los tribunales, en lo tocante a la remuneración y a otras condiciones de trabajo, y en lo que mira al acceso de los trabajadores migrantes a una asistencia médica de urgencia y a la educación para sus hijos”, etc. Por contra, “los instrumentos de la OIT y, en particular, los convenios de seguridad social, definen de modo más claro los derechos de los trabajadores migrantes sobre el reintegro de las cotizaciones a la seguridad social”. Gil y Gil, J.L., “Los trabajadores migrantes y ...”, epígrafe III.1. En idéntica línea, se manifiesta que la Convención de 1990 cuenta con “mecanismos de control más efectivos y modernos”, “hace extensivos a los trabajadores migrantes que ingresan o residen ilegalmente en el Estado de empleo (y a sus familiares) derechos que anteriormente sólo se otorgaban a las personas cuya migración laboral era regular, teniendo así un alcance más amplio que la Parte I del Convenio n° 143” y que a diferencia de éste “es indivisible, es decir, no permite a los Estados que la ratifican excluir ninguna parte correspondiente a una categoría de trabajadores migrantes de su ámbito de aplicación”. Convenios de la OIT que, se afirma también, no parecen alcanzar el nivel de protección de los trabajadores migrantes fijado por la Convención de la ONU de 1990, que “extiende una serie de derechos a todos los trabajadores migrantes y contempla el ciclo de migración completo, desde la preparación para migrar en el país de origen, hasta el posible retorno”, asumiendo además una visión más activa del papel de la ONU, mientras que los instrumentos de la OIT pivotan sobre los Estados signatarios. Ushakova, T., “El trabajo decente en el contexto de la migración internacional”, *Relaciones Laborales*, núm. 15, sección “monografías”, agosto de 2012, págs. 235 y ss., apartados IV.1, V y II.2.

Como expone la doctrina¹⁷, en 2004 la CIT concluye, no obstante, la falta de necesidad de adoptar de nuevas normas internacionales del trabajo. La OIT adopta entonces la Resolución relativa a un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada, en la que propone un Plan de Acción. El eje de este Plan lo constituye el documento titulado “El marco multilateral de la OIT para las migraciones laborales. Principios y directrices no vinculantes para un enfoque de las migraciones laborales basado en los derechos”, debatido y aprobado en el año 2005¹⁸.

Naciones Unidas aprueba igualmente en el año 2016 la citada DRM, que al margen de su introducción se organiza en “compromisos”, tanto comunes para refugiados y migrantes como propios de cada uno de estos dos colectivos. Y que, como ella misma manifiesta, incluye un anexo I como marco de respuesta integral para los refugiados, esbozando los pasos necesarios para concertar, en el año 2018, un pacto mundial en torno a los mismos¹⁹. Refugiados de los que no nos ocuparemos en esta reflexión, y sobre los que autorizada doctrina ha sostenido “disfrutan de un igual tratamiento en relación con el Derecho Laboral y con la Seguridad Social y, en general, un tratamiento más favorable al dispensado a las personas que emigran en busca de trabajo²⁰”.

Por su parte, el anexo II DRM establece medidas para concertar, en idéntico año 2018, un Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (en adelante, PGM), de nuestro interés. Sobre el mismo, el anexo II apartado III DRM anticipa también su contenido deseable, incluyendo “la reducción de la incidencia y los efectos de la migración irregular”. Y, en efecto, el propio

¹⁷ Gil y Gil, J.L., “Los trabajadores migrantes y ...”, epígrafe III.2. Y Ushakova, T., “El trabajo decente...”, epígrafe V.

¹⁸ OIT, *ILO Multilateral Framework on Labour Migration. Non-binding principles and guidelines for a rights-based approach to labour migration*, TMMFLM/2005/1(Rev.), International Labour Office, Geneva, 47 pp. Principios y directrices de carácter no obligatorio, destinados a asistir a los Estados miembros en la elaboración de políticas de migración laboral más eficaces. Resolución y Marco que siguen en su tono recomendariorio la tónica de reafirmar “el derecho soberano de toda nación a determinar sus propias políticas en materia de migración”; de promover y proteger los derechos humanos de todos los trabajadores migrantes, con independencia de su situación, en particular los derechos de la Declaración de 1998 y de los convenios pertinentes de la ONU; y de, partiendo de que todas las normas internacionales del trabajo se aplican a los trabajadores migrantes, salvo indicación de lo contrario, distinguir el status como regular o irregular del trabajador. Ushakova, T., “El trabajo decente...”, epígrafe V.

¹⁹ Un riguroso análisis previo en Monereo Pérez, J.L., “Refugiados y derechos humanos: el estatuto de los refugiados y el asilo como derecho humano”, *NREDT*, núm. 194, 2017, pp. 55 a 116. ISSN 2444-3476.

²⁰ Servais, J.M., “International Labour Migration...”, p. 20.

Preámbulo, apartado 7 PGM reconoce que éste constituye un marco cooperativo construido sobre la base de los compromisos alcanzados en la DRM.

El año 2016 marca, de hecho, la adopción de “tres decisiones históricas en la Cumbre de las Naciones Unidas sobre Refugiados y Migrantes, que tuvo lugar en Nueva York el 19 de septiembre de 2016”. A saber, la integración de la Organización Internacional para las Migraciones en el Sistema de las Naciones Unidas, la adopción de la DRM a estudio y el inicio del establecimiento de los dos Pactos Mundiales, sobre migraciones y refugiados²¹, finalmente efectivamente aprobados en el año 2018.

Al margen del Preámbulo, el PGM consta de cinco apartados diferenciados intitulados como sigue: “Nuestra visión y principios guía”; “Nuestro marco cooperativo”; “Objetivos y compromisos”, de largo el más extenso; “Implementación”; y, por último, “Seguimiento y revisión”²².

Existen múltiples y posiblemente innumerables miradas sobre esta normativa. Es decir, dentro de un orden, posiblemente todas, y desde luego la propia,

²¹ En comentario al 23º Consejo Ministerial de la OSCE, celebrado en Hamburgo los días 8 y 9 de diciembre de 2016, Claude Wild, “Posibles consecuencias de la Decisión del Consejo Ministerial relativa a la función de la OSCE en la gobernanza de grandes desplazamientos de migrantes y refugiados”, *Comunidad de la Seguridad. La revista de la OSCE*, núm. 4/2016, p. 6.

²² El apartado relativo a “nuestra visión y principios guía”, parte de la relevancia de disponer de datos correctos y completos y de una adecuada información e incorpora cuatro aspectos: sobre el común entendimientos, las responsabilidades compartidas, la unidad de propósito y una serie de principios guía sentados en torno a los siguientes valores: estar centrado en las personas; la cooperación internacional; la soberanía nacional; el Estado de Derecho y el derecho al proceso debido; el desarrollo sostenible; los derechos humanos; la perspectiva de género; sensibilidad respecto de la infancia; una aproximación desde todos los ámbitos tanto de Gobierno como de la Sociedad. El apartado correspondiente al marco cooperativo lista 23 objetivos, así como establece la necesidad de llevarlos a efecto, y de su seguimiento y revisión. Cada objetivo establece un compromiso seguido de un amplio abanico de acciones consideradas como políticas relevantes y mejores prácticas al efecto. Objetivos cuyo tratamiento se efectúa en el siguiente apartado relativo, precisamente, a “objetivos y compromisos”, siendo el último apartado visto, como claramente indica su denominación, el destinado a su seguimiento y revisión. Estos objetivos son los siguientes, en traducción libre: (1) Recopilar y utilizar datos precisos y desagregados como base de políticas sustentadas en evidencias. (2) Reducir los factores conductores y estructurales que obligan a la gente a abandonar sus Estados de origen. (3) Proveer información puntual y adecuada en todos los estados del proceso de migración. (4) Asegurar que todos los migrantes tienen prueba de su identidad legal y adecuada documentación. (5) Favorecer la disponibilidad y flexibilidad de vías para la migración regular. (6) Facilitar un ético y justo reclutamiento y salvaguardar las condiciones que aseguren un trabajo digno. (7) Identificar y reducir las vulnerabilidades propias de la migración. (8) Salvar vidas y establecer esfuerzos internacionales coordinados en relación con los migrantes perdidos. (9) Fortalecer la respuesta internacional frente al tráfico ilícito de migrantes. (10) Prevenir, combatir y erradicar el tráfico de personas en el contexto de las migraciones internacionales. (11) Gestionar las fronteras de una manera integrada, segura y coordinada. (12) Fortalecer la seguridad y predictibilidad en los procedimientos migratorios y un apropiado seguimiento, evaluación y revisión. (13) Utilizar

son lecturas personales. Una lectura que incluye, desde un primer momento, dos reflexiones adicionales.

La primera, que se observan, en definitiva, al menos tres espacios normativos diferenciados que se proyectan sobre el colectivo a estudio. Sobre los trabajadores migrantes. Un primer y vasto conjunto normativo, inespecífico desde la óptica migratoria, regulador en realidad de condiciones de vida, empleo y trabajo, que también es de natural –si bien graduable, atendiendo fundamentalmente a la regularidad de la situación- proyección sobre los trabajadores migrantes, como personas y como trabajadores, no como migrantes. En el mismo se incardinaría, como veremos en profundidad, el amplio campo de los derechos humanos, en lo que más nos interesa ahora los laborales.

Derecho sustantivo que puede incluir, y de hecho ocasionalmente incluye referencias a los trabajadores migrantes, pero cuya aplicación -incluso íntegra- a los mismos -al menos regulares- no precisa tal explicitación. A título de ejemplo de aquellos que sí incluyen una expresa mención, el Convenio OIT núm. 19, de 1925, sobre la igualdad de trato en accidentes de trabajo, cuyo art. 1 prevé que «todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo que ratifique el presente Convenio se obliga a conceder a los nacionales de cualquier otro Miembro que lo haya ratificado, y que fueren víctimas de accidentes del trabajo ocurridos en el territorio de aquél, o a sus derechohabientes, el mismo trato que

la detención solo como última medida y trabajar en otras alternativas. (14) Vitalizar la protección consular, asistencia y cooperación a lo largo de todo el ciclo migratorio. (15) Proveer a los migrantes de acceso a los servicios esenciales. (16) Empoderar a los migrantes y a las sociedades para alcanzar la completa inclusión y cohesión social. (17) Eliminar todas las formas de discriminación y promover un discurso público sustentado en evidencias para formar la percepción de la migración. (18) Invertir en el desarrollo de habilidades y facilitar el reconocimiento mutuo de habilidades, cualificaciones y competencias. (19) Crear condiciones para migrantes y diásporas para de forma completa contribuir al desarrollo sostenible de todos los Estados. (20) Promover la más rápida, segura y barata transferencia de remesas y fomentar la inclusión financiera de los migrantes. (21) Cooperar para facilitar el retorno y la readmisión seguros y dignos, así como la reintegración sostenible. (22) Establecer mecanismos para la portabilidad de los derechos de la seguridad social y los beneficios obtenidos. (23) Fortalecer la cooperación internacional y las alianzas mundiales para una migración segura, ordenada y regular. El último de los cinco apartados del PGM incluye un Foro Internacional de Revisión de la Migración que habrá de reunirse cada cuatro años a partir del año 2022. Creación de un sistema de evaluación y seguimiento típico en el derecho internacional público. Así, la parte VII CIPDM (arts. 72 y ss.), de rúbrica “Aplicación de la Convención”, articula ésta en torno a un “Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”. Comité integrado por un número de expertos variable en atención a la entrada en vigor de este apartado y al número de Estados Parte de la misma. Comité que examinará un informe inicial y otros periódicos, cada cinco años, o a solicitud del Comité sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas y de otra índole que hayan adoptado para dar efecto a las disposiciones de la Convención.

otorgue a sus propios nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo».

Un segundo espacio viene conformado por normas que regulan fenómenos o realidades no estrictamente migratorios pero que inciden especialmente en este campo e incluso son protagonizados por migrantes, como las señaladas destinadas al tráfico ilegal de personas, trabajo forzoso (OIT, C29) o prohibición de ciertas discriminaciones (OIT, C111). En otras palabras, el colectivo de trabajadores migrantes es, de hecho, destinatario singularizado, y en ocasiones no menores relevante o protagonista -como particularmente sucede con el tráfico humano o el trabajo forzoso-, de la protección conferida por instrumentos no específicamente destinados a regular el fenómeno migratorio. Tanto en la OIT como en Naciones Unidas²³. En este espacio las referencias más bien puntuales de aquella normativa primera al migrante pasan a ser más bien constantes o en todo caso este colectivo constituye uno de los ejes de esta legislación.

Los propios Acuerdos sobre Comercio y/o Inversión, desde una órbita distinta y en menor entidad que el ejemplo anterior, afectan sobremanera a estos flujos al regular “pasillos económicos” que condicionan el sentido no sólo del tráfico de mercancías y servicios sino, con ellos, de personas. E incluso se ocupan claramente del fenómeno migratorio²⁴.

²³ Como advierte la doctrina, los aspectos de la emigración, del reclutamiento y de la colocación de trabajadores migrantes se ven afectados, de forma indirecta, por otros instrumentos de la OIT, en particular los referentes al trabajo forzoso (Convenios números 29 y 105), a la eliminación del trabajo infantil (Convenios números 138 y 182), o a las oficinas de colocación y servicios de empleo (Convenios números 88 y 96). También destaca, en Naciones Unidas, la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus dos protocolos de idéntico año 2000, el Protocolo para prevenir, reparar y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños (Protocolo sobre la trata) y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire (Protocolo contra el tráfico), éste sí específico; la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (1984), y la Convención sobre los derechos del niño (1989). Y en el ámbito de la OIT, y con excesiva generosidad respecto de mi propia categorización –es decir, sin coincidir mi particular valoración en este punto, incluyendo personalmente estos textos, con algún matiz acaso, en el primero de los espacios reseñados-, los Convenios sobre la seguridad y la salud en la agricultura, 2001 (núm. 184), las agencias de empleo privadas, 1997 (núm. 181), el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, 1988 (núm. 168), la protección del salario, 1949 (núm. 95), o las condiciones de trabajo (hoteles y restaurantes), 1991 (núm. 172). También cabría citar, desde un distinto prisma, el Convenio núm. 189 OIT relativo al trabajo del servicio doméstico que otorga especial protección, entre otros colectivos, a los trabajadores inmigrantes. Gil y Gil, J.L., “Los trabajadores migrantes y...”, epígrafes I.1 y II.

²⁴ Así lo reconoce como la autorizada voz de la *Sociedad Internacional de Derecho del*

En tercer y último lugar, existen normas que disciplinan directamente el fenómeno migratorio, que serán en las que nos centraremos a continuación en su dimensión laboral. Con importantes conexiones con el espacio anterior y múltiples remisiones al primero. Normas que en realidad deben albergar como propósito último garantizar la eficacia de, en particular, aquél primer espacio o estatuto jurídico para los trabajadores migrantes.

Todos estos espacios son, de uno u otro modo, reguladores del estatuto del trabajador migrante. Y todos ellos incluyen, a su vez, normas estatales y no.

La segunda reflexión adicional a que nos referíamos es que, y según la propia OIT advierte²⁵, pocos Estados han ratificado el Convenio número 97, y menos aún el Convenio número 143. Indicando, además, que “en general, no los han ratificado los países de acogida” y un sinfín de obstáculos explicativos de este bajo número de ratificaciones²⁶. El Convenio número 97 cuenta con 50

Trabajo y de la Seguridad Social apunta al diseñar sus líneas de investigación sobre “Globalización, Libre Comercio y Consecuencias Sociales”, evidenciando la presión migratoria. Señala la misma que “el proceso mundial de liberalización de intercambios e inversiones ha producido fenómenos de dumping social. Están estrechamente unidos a un incremento de las desigualdades sociales, como una amplia literature empírica muestra, estimando la incidencia de los intercambios comerciales, de la transferencia de capital y de la presión migratoria sobre el incremento de desigualdades en salarios y sobre la emersión de nuevas áreas de pobreza in los países avanzados”. Otra doctrina indica, a título de ejemplo, que sin ir más lejos una de las características del TISA (*Trade in Services Agreement*), como sucediera con el GATS (*General Agreement on Trade Services*), es la prohibición de los llamados “test de necesidades económicas”, incluyendo los del mercado laboral, salvo que estas medidas sean expresamente eximidas por un Estado. Entre otras, la existente en la mayoría de los países y según la cual antes de contratar temporalmente trabajadores extranjeros, el empleado debe acreditar que hay un déficit de trabajadores adecuadamente formados dentro del país. Sinclair, S. and Mertins-Kirkwood, H., *PSI Special Report: The Trade in Services Agreement and the Corporate Agenda. TISA versus Public Services*, Public Services International www.world-psi.org, abril, 2014, p. 17, traducción libre. Por añadir otro botón de muestra, estos Acuerdos se ocupan claramente del fenómeno migratorio, como acredita el art. 23 del CETA cuando llama a la promoción, entre otros valores laborales como los del trabajo decente de la DJSGE, y en particular a la no discriminación en las condiciones de trabajo, incluidos trabajadores migrantes (23.3.2).

²⁵ OIT (1999), *Estudio general sobre el Convenio sobre los trabajadores migrantes (revisado)*, 1949 (núm. 97) y la *Recomendación (núm. 86)* y el *Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias)*, 1975 (núm. 143) y la *Recomendación (núm. 151)*. *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones* (artículos 19 (LA LEY 2500/1978), 22 (LA LEY 2500/1978) y 35 de la Constitución (LA LEY 2500/1978)), Informe III (Parte 1B), *Trabajadores migrantes*, Tercer punto del orden del día: *Informaciones y memorias sobre la aplicación de convenios y recomendaciones*, Conferencia Internacional del Trabajo, 87.^a reunión, Ginebra, junio de 1999.

²⁶ Se señalan, entre otros, “el malentendido en la interpretación de los deberes que imponen algunos preceptos; la ausencia de legislación nacional sobre cuestiones migratorias; la complejidad de la legislación nacional y la práctica, o la falta de conformidad con las disposiciones de los Convenios; la insuficiencia de infraestructuras necesarias; las dificultades de aplicación, derivadas del

ratificaciones, y ausencias importantes como las de Rusia, EE.UU., Japón, China o México. Sí ha sido ratificado por Alemania, España o Brasil y, parcialmente, por Italia, Francia o Reino Unido. El Convenio número 143 cuenta con tan sólo 25 ratificaciones, entre los anteriores Estados citados sólo Italia lo ha hecho²⁷. España, no²⁸.

Esta misma tónica sigue la CIPTM, que adolece de la falta de ratificaciones de Estados de empleo relevantes²⁹. No obstante, cambia con la DRM, acaso por su carácter más programático si cabe. Y también con el PGM, oficialmente adoptado por un gran número de Estados, si bien hay países claves a efectos migratorios como Estados Unidos u otros significativos, como Australia, que igualmente se han desmarcado ya del mismo. Y otros podrían hacerlo.

3. LA COMPLEJA INTERPRETACIÓN DE LA ANTERIOR NORMATIVA

Centrándonos en la normativa “universal” de este último espacio, y en particular en las normas de la OIT, su lectura resulta compleja. Lectura compleja por la necesidad de proceder a realizar una interpretación sistemática de textos nacidos del constitucionalismo multinivel, en sintonía con la propia legislación estatal. Así, más allá de la propia OIT, pensar lógicamente en nuestro caso en la UE y en el propio Consejo de Europa que, no obstante, no son objeto de análisis en este estudio³⁰.

alto coste financiero y del aumento de la carga de trabajo para la administración; la especificidad del mercado laboral y, por último, la difícil situación económica”.

²⁷ Según puede apreciarse en la propia web de la OIT https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312242:NO; https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312288:NO

²⁸ España e Italia constituyen, desde luego, dos Estados importantes desde el punto de vista de la inmigración irregular en el Mediterráneo. Singular por su “carácter estructural” y por la mortandad de este flujo. Camas Roda, F., “El pasado siempre vuelve: estado de la inmigración irregular y protección de los trabajadores extranjeros indocumentados”, *La Ley Digital*, 430/2018, epígrafe I. En diciembre de 2018 la Confederación Europea de Sindicatos estimó en 600.000 migrantes indocumentados la cifra de los habidos en España, en el conjunto de la UE la cifra ascendería a entre 1.9 y 3 millones. European Trade Union Confederation. *Union Migrant Net: Defending Undocumented Workers 2018*.

²⁹ Esta CIPTM demandaba para su entrada en vigor un mínimo de 20 ratificaciones (art. 87), alcanzado en marzo de 2003, siendo éstas de unas 50 en diciembre de 2019, básicamente de Estados de origen, no de empleo. Ni los países de la EU, ni EE.UU., ni Rusia, Canadá, Japón, Australia o China han ratificado la convención.

³⁰ Un excelente análisis de ambas realidades, particularmente la europea en evolución, en

Entre estos otros instrumentos no podríamos así olvidar el Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante (número 093 del Consejo de Europa), hecho en Estrasburgo el 24 de noviembre de 1977 («BOE núm. 145/1983, de 18 de junio de 1983», ETM en lo sucesivo)³¹. O el esfuerzo de la OSCE, con distinta naturaleza en sus resultados, a través fundamentalmente de la ODIHR. De la OCDE. O el propio de la Confederación de Estados Independientes, actualmente en vías de regulación de un código migratorio de, parece, cercana aprobación. Ámbitos, éstos y otros, que no podemos abarcar en el presente estudio.

Por otra parte, hay que considerar que este derecho universal puede concebirse como un sistema en sí mismo desde el plano jurídico, con una complitud y coherencia interna, pero difícilmente respecto de cada Estado pues dependerá de su nivel de ratificaciones. Nivel que marca, además, la coherencia para el mismo de las políticas que integra en su propia realidad.

Siendo, en todo caso, compleja su sistemática lectura, más lo es si cabe la evaluación del grado de acomodo a estas políticas migratorias universales de los Estados. Partiendo de la diversa naturaleza del instrumento y su estatus, existen una diversidad de factores a considerar, tales como la complejidad de definir el trabajador migrante y determinación del ámbito de aplicación; ratificación, reservas o modificaciones; ámbito territorial; y vigencia. Veamos alguno de estos aspectos en mayor detalle.

En primer lugar, esta normativa presenta exclusiones personales, totales o para parte de su régimen jurídico, de algunos colectivos de su ámbito de aplicación, seguramente por entender carecen *stricto sensu* de la condición de trabajador migrante. Sin embargo, algunas exclusiones resultan cuestionables³².

Ramos Quintana, M. y Awad, I. (Coordinadores), *Migraciones laborales: acción de la OIT y la política europea*, Albacete (Bomarzo), 2010, 978-84-15000-15-0, 414 páginas.

³¹ Que no cuenta con muchas ratificaciones, entre otras ausencias destacar la de Rusia, pero sí con las de España (Instrumento de Ratificación, de 29 de abril de 1980), Italia o, con reservas, Francia. Ratificaciones que pueden verificarse en el enlace https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/093/signatures?p_auth=OzrMAN1m

³² El art. 11.2 C097 OIT excluye de su ámbito de aplicación las siguientes realidades: los trabajadores fronterizos; la entrada, por un corto período, de artistas y de personas que ejerzan una profesión liberal; y a la gente de mar. En parejo sentido, pero tratándose de una exclusión parcial, la Parte II del C143 OIT (artículos 10 a 14) se titula “igualdad de oportunidades y de trato”, e incorpora un artículo 11 manifestando que esta parte del Convenio no se aplicará a: (a) los trabajadores fronterizos; (b) los artistas y las personas que ejerzan una profesión liberal y que entren en el país por un período de corta duración; (c) la gente de mar; (d) las personas que hayan entrado en el país con fines especiales de formación o de educación; ni a (e) las personas empleadas en organizaciones o empresas que operan dentro del territorio de un país que han sido admitidas temporalmente

Técnica de exclusiones que, en esta materia, no es privativa de la OIT, así también es apreciable, con muy parecido contenido, en el ETM³³. Distinta es la aproximación de la CIPTM, que también incorpora un catálogo de exclusiones en su art. 3³⁴. Listado muy alejado de los anteriores previstos por la OIT, situaciones anteriores en su mayoría acogidas en la CIPTM en su art. 2, que incluye un preciso catálogo conceptual en torno a esta realidad acogiendo, entre otras, las nociones de “trabajador migratorio”, “fronterizo”, “de temporada”, “itinerante” y un largo etcétera. Definiendo el art. 4 el término “familiares”.

Es decir, no sólo tenemos una pluralidad de normas, sino, al menos parcialmente, de colectivos vinculados al fenómeno migratorio afectados por las mismas. De hecho, y para concluir, uno de los datos más reveladores de la problemática en torno al concepto analizado nos lo ofrece el apartado 17 b) objetivo primero PGM, que llama a mejorar la comparabilidad y compatibilidad de las estadísticas y de las bases de datos estatales en este ámbito migratorio, incluyendo -y he aquí lo a mi juicio particularmente destacable- un mayor desarrollo y aplicación de una definición estadística de migrante internacional. Es decir, la problemática conceptual determina, como es natural, la falta de una visión nítida de la realidad misma objeto de regulación.

Entre las cuestiones a considerar para descifrar esta compleja normativa, analizar en profundidad, en segundo lugar, su aplicación con modificaciones. El artículo 16 Convenio 097 OIT autoriza al Estado miembro que ha ratificado el Convenio a precisar en qué medida y si estas disposiciones serán aplicadas con modificaciones, que lógicamente han de ser debidamente especificadas.

Por otro lado, la parte III (arts. 15 a 24) C143 OIT, titulada “disposiciones finales”, es también relevante a estos efectos. Y lo es porque su artículo 16 permite

en dicho país, a solicitud de sus empleadores, para cumplir trabajos o funciones específicos por un período definido o limitado de tiempo y que están obligadas a abandonar el país al término de sus trabajos o funciones. Estas dos últimas exclusiones no contempladas en el citado C097.

³³ Así, éste no se aplica a trabajadores fronterizos; artistas incluidos los artistas de variedades y animadores de espectáculos, y a los deportistas, empleados por un período corto, y a las personas que ejerzan una profesión liberal; marinos; personas que realizan prácticas profesionales; trabajadores de temporada, esto es, que siendo súbditos de una Parte Contratante, realizan un trabajo remunerado en el territorio de otra Parte Contratante, desempeñando una actividad que dependa del ritmo de las estaciones, sobre la base de un contrato de duración determinada o para un trabajo determinado; y trabajadores súbditos de una Parte Contratante que realizan un trabajo determinado en el territorio de otra Parte Contratante, por cuenta de una empresa que tiene su sede social fuera del territorio de dicha Parte (art. 1.2).

³⁴ Empleados de organizaciones y organismos internacionales; inversionistas; refugiados y apátridas, con carácter general; estudiantes y personas que reciben capacitación; y marinos, así como a trabajadores en estructuras marinas que no hayan sido autorizados a residir y ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo.

a los Estados ratificar el Convenio excluyendo de esta ratificación, mediante una declaración anexa, una de las anteriores partes, I o II³⁵.

Ratificación en definitiva parcial que, para concluir, también puede resultar, desde el prisma más próximo a la forma de Estado, de la complejidad propia de los estados federales, apreciable en los artículos 6.2 C097 OIT y 19.7 de la Constitución de la OIT -al que aquél se remite-. O incluso, más allá de éstos, pero también con una lectura territorial, de lo previsto en el artículo 15 Convenio 097 OIT. Admite éste la posibilidad de que el Estado miembro que ha ratificado el Convenio precise el territorio respecto del cual se obliga a las disposiciones del mismo.

4. EL RELEVANTE Y NECESARIO PAPEL ESTATAL

Protagonismo que desde luego acrecienta el de por sí complejo entendimiento de las reglas de juego. Y que resulta evidente y apreciable con facilidad desde al menos dos ópticas. En primer lugar, esta normativa asume la tutela del trabajador migrante desde el insoslayable respeto de la competencia estatal de regulación de las condiciones de entrada y permanencia de extranjeros en el territorio nacional³⁶. Algo que se aprecia reiteradamente en los textos a examen. Sin ánimo de exhaustividad en los artículos 3.5 Anexo I y 3.7 Anexo II C097; 9 C0143;

³⁵ Para efectuar esta reserva ha de “indicar en sus memorias subsiguientes sobre la aplicación del presente Convenio el estado de su legislación y práctica respecto de las disposiciones de la parte excluida de la aceptación, la medida en que haya puesto o se proponga poner en ejecución estas disposiciones y las razones por las cuales no las ha incluido aún en su aceptación del Convenio”.

³⁶ Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., «La OIT y los trabajadores migrantes», en Javillier, J-C. y Gernigon, B. (Dir.), *Les normes internationales du travail: un patrimoine pour l'avenir. Mélanges en l'honneur de Nicolas Valticos*, Bureau International du Travail, Genève, 2004, p. 545. En el ámbito de la UE, a este protagonismo estatal habría por supuesto que añadir, sin cuestionar aquella máxima, el de la propia Unión por decisión voluntaria de sus miembros. UE que, como es el caso de EE.UU., parece más orientada en sus políticas actuales hacia un mayor bloqueo de los flujos externos. Así, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo de 7 de diciembre de 2017, titulada *Contribución de la Comisión al debate temático de los dirigentes de la UE sobre los futuros pasos en relación con las dimensiones interna y externa de la política de migración* incluye dos ejes. A saber: fortalecimiento del control fronterizo y la adopción de una mayor capacidad de las medidas de retorno de los extranjeros en su política migratoria. Asumiendo que «amén de factores como el cambio climático, la situación de seguridad y la demografía en la UE y en sus países vecinos, apuntan a que la migración seguirá siendo un reto durante décadas». Criticada porque evidencia que la UE sigue sin asumir “un aspecto que es esencial en el tratamiento de las migraciones, cuál es la importancia de los movimientos por razones económicas y la necesidad de dar una respuesta específica a estos”, ya que la UE “focaliza sus esfuerzos en la reubicación y reasentamiento de la población refugiada”, reconocida la usual motivación mixta de éstos. Camas Roda, F., “El pasado siempre vuelve...”, epígrafe II.

y 34, 35 y 79 CIPTM³⁷. Y que, como es natural, es en gran medida definitorio de la condición de trabajador irregular. Observándose un enfoque distinto, como veremos, según se trate de una irregularidad sobrevenida o de una inicial, fruto de un flujo clandestino. Fenómeno éste que se trata a todas luces de combatir³⁸. En consecuencia, una complejidad añadida deriva en cierto modo de los fines de legislación administrativa y laboral y de la necesidad de cohesionarlos.

En segundo lugar, esta trascendencia estatal resulta también evidente porque la eficacia de esta normativa depende, como es natural, de seguir el flujo migratorio en todos los Estados implicados: de origen, tránsito y destino o empleo. Y de

³⁷ Así, el artículo 3.5 del Anexo I Convenio 97 OIT incluye una cláusula manifestando que “ninguna de las disposiciones del presente artículo deberá interpretarse como si autorizara a una persona o a un organismo, que no sea la autoridad competente del territorio de inmigración, a permitir la entrada de un trabajador migrante en el territorio de un Miembro”. Literalmente reproducida en el art. 3.7 del Anexo II. Idéntico mimetismo se aprecia en los apartados I y 13 Anexo II en relación con el art. 8 C.97, al demandar que “se aplicarán sanciones apropiadas a cualquier persona que fomente la inmigración clandestina o ilegal”. Por su parte, el art. 9 C. 143 OIT tutela al trabajador migrante “sin perjuicio de las medidas adoptadas para controlar los movimientos migratorios con fines de empleo, que aseguren que los trabajadores migrantes ingresen en el territorio nacional y sean admitidos al empleo de conformidad con la legislación pertinente”. Relevante a estos efectos es, igualmente, el art. 34 CIPTM al manifestar que “ninguna de las disposiciones de la presente Parte de la Convención -III, relativa a derechos de los trabajadores migrantes irregulares- tendrá por efecto eximir a los trabajadores migratorios y a sus familiares de la obligación de cumplir las leyes y reglamentaciones de todos los Estados de tránsito y del Estado de empleo ni de la obligación de respetar la identidad cultural de los habitantes de esos Estados”. Incidiendo el art. 35 CIPTM en que la Convención no implica “la regularización de la situación de trabajadores migratorios o de familiares suyos no documentados o en situación irregular o el derecho a que su situación sea así regularizada, ni menoscabará las medidas encaminadas a asegurar las condiciones satisfactorias y equitativas para la migración internacional previstas en la parte VI”. En idéntico sentido, el art. 79 CIPTM, y al margen de la parte III, establece que “nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará al derecho de cada Estado Parte a establecer los criterios que rijan la admisión de los trabajadores migratorios y de sus familiares”. Si bien, continua el precepto, “en cuanto a otras cuestiones relacionadas con su situación legal y el trato que se les dispense como trabajadores migratorios y familiares de éstos, los Estados Partes estarán sujetos a las limitaciones establecidas en la presente Convención”.

³⁸ Inmejorable muestra de la búsqueda del citado equilibrio es el C0143 sobre trabajadores migrantes (Disposiciones Complementarias), de 1975. Incluye este C143 OIT entre las reflexiones de su Preámbulo, “la necesidad de evitar el excesivo e incontrolado o desasistido incremento de movimientos migratorios por sus negativas consecuencias humanas y sociales”, partiendo de la “evidencia de la existencia de un tráfico ilícito y clandestino de trabajadores”. Tráfico cuyo freno es denominador común en la legislación en esta materia. Además, la Parte I (arts. 1 a 9) de este Convenio 143 OIT, intitulada “migraciones en condiciones abusivas”, manifiesta que los Estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para suprimir los movimientos clandestinos de migrantes por el empleo, así como el empleo ilegal de migrantes. Y también contra los organizadores de movimientos migratorios por el empleo ilícitos o clandestinos que partan, transiten o tengan como destino su territorio, y contra aquéllos que emplean trabajadores inmigrantes en condiciones ilegales (art. 3).

su colaboración, que, cierto es, no ha de ser meramente estatal. Este seguimiento del flujo migratorio se aprecia, como es natural, en todos los instrumentos relevantes desde esta perspectiva mundial analizada. Y más allá de ella (“viaje”, es el título de la rúbrica del art. 7 ETM).

Naciones Unidas y desde luego la OIT³⁹ contemplan, en efecto, como actores a todos los Estados involucrados en la migración, entendiendo esta “migración internacional *como* una realidad pluridimensional de gran pertinencia para el desarrollo de los países de origen, tránsito y destino, que exige respuestas coherentes e integrales” (apartado II punto 46 DRM). DRM que insta en sus apartados 58 y 40 a los Estados a ratificar o adherirse a la CIPTM y a los Convenios de la OIT. Ciertamente que esta categorización -ni la que diferencia estos flujos atendiendo a su causa- no es excluyente ni estanca, pues un Estado puede, por ejemplo, ser origen de ciertos flujos migratorios y destino de otros, siendo cada vez más los Estados que son a la vez emisores, receptores y de tránsito⁴⁰.

Especialmente ilustrativa al efecto de la idea objeto de tratamiento es la CIPTM. Establece así su art. 1 que ésta será aplicable, “salvo cuando en ella se disponga otra cosa, a todos los trabajadores migratorios y a sus familiares (...) durante todo el proceso de migración”. Proceso de migración que según el propio art. 1 CIPTM comprende la preparación para la migración, la partida, el tránsito y todo el período de estancia y de ejercicio de una actividad remunerada en el Estado de empleo, así como el regreso al Estado de origen o al Estado de residencia habitual. Es decir, nuevamente, implicando tanto a Estados de origen, como de tránsito y empleo, definidos estos Estados en el artículo 6. Como claramente se aprecia en el derecho de información a satisfacer por Estados de origen, de empleo o de tránsito según corresponda (art. 33 CIPTM).

Pensando en los Estados de origen, destacar dos grandes preocupaciones. En primer lugar, subrayar que el informe de la OIT del año 2018 manifiesta que el hecho de que la vasta mayoría de trabajadores migrantes sean adultos en edad comprendida entre los 15 y los 64 años sugiere que algunos países de origen están perdiendo la parte más productiva de su fuerza de trabajo, lo que podría tener

³⁹ Como botón de muestra de la actuación de la OIT, la R100 no hace honor en realidad a su nombre pues, más allá de la dificultad -que no obstante aborda- de identificar a los países, “insuficientemente desarrollados”, de su rúbrica, se aplica a todos los Estados, de origen, de tránsito, y de destino, como se aprecia en su art. 1. Procura la protección del trabajador y sus familias durante los viajes de ida y regreso y se centra en la “anterioridad al periodo de su empleo” (título II, arts. 6 y ss.), prestando especial atención a su salud. Incluye así, por ejemplo, reconocimientos médicos, previo (como el propio ETM, art. 3) y ulterior al desplazamiento; o la existencia de un periodo de aclimatación inmediatamente previo a su empleo en beneficio de la salud.

⁴⁰ CES, *Informe 02/2019*, p. 20.

un impacto negativo en su crecimiento económico. Y, al contrario, los países de destino se beneficiarían de ello⁴¹.

Y ello sin desconocer, de un lado, la trascendencia económica para los Estados de origen con pobres niveles de renta de las transferencias económicas efectuadas hacia sus familias por parte de la población emigrada. Y, de otro, que existe una fuga de cerebros que afecta también a países con un alto nivel de industrialización, como es el caso francés⁴².

En segundo lugar, los Estados de origen son también, desde otro punto de vista, foco de atención en el ánimo de evitar la migración irregular, en particular en caso ser identificados sus territorios como foco sistemático de ésta⁴³. Centrados en esta línea, destacar el art. 68 CIPTM, demandando medidas para combatir la contratación de migrantes irregulares, sancionar a los empleadores que incurrieran en ella y tutelar los derechos de los trabajadores migrantes nacidos de su empleo⁴⁴.

Conjugando ambas líneas, el objetivo segundo, apartado 18 PGM, incluye el compromiso para mejorar las situaciones en el propio Estado de los migrantes,

⁴¹ International Labour Office, *ILO Global Estimates...*, p. X. Botón de muestra de esta preocupación es, aunque norma provisoria, el título III R100 sobre “Medidas Destinadas a Desalentar los Movimientos Migratorios que se Consideren Indeseables para los Trabajadores Migrantes y para sus Colectividades y Países de Origen” (arts. 16 y ss.). En el mismo es manifiesta la preocupación por fortalecer la economía de las regiones de emigración para desalentar ésta y, en particular, evitar el reclutamiento en donde pueda producir efectos perjudiciales para la población interesada. Llamando, claro está, a la colaboración entre gobiernos de origen y destino. Entre las medidas incorporadas a este título, se incluye “en las regiones de emigración, la adopción de programas de fomento económico y de formación profesional que permitan una utilización más cabal de los recursos humanos y naturales disponibles, y, en particular, la adopción de cuantas medidas puedan contribuir a crear nuevos empleos y nuevas fuentes de ingreso para los trabajadores que normalmente estarían dispuestos a emigrar”, limitando su reclutamiento donde “pueda producir efectos desfavorables en la organización social y económica y en la salud, el bienestar y el desarrollo de la población interesada”. En idéntico sentido, el art. 18 R100 contempla que “los gobiernos de los países o territorios de origen y de destino de los trabajadores migrantes deberían esforzarse por lograr una reducción progresiva de los movimientos migratorios que no hayan sido objeto de un control o no parezcan susceptibles de tal control, cuando estos movimientos se consideren indeseables para los trabajadores migrantes y para sus colectividades y países de origen”.

⁴² Servais, J.M., “International Labour Migration Law...”, p. 23.

⁴³ Así, el objetivo 9 PGM, sobre el fortalecimiento de la respuesta transnacional al tráfico ilegal de migrantes, y en particular su apartado 25 f) que establece la necesidad de prestar una especial atención a las áreas geográficas en las cuales existe una migración irregular de origen sistemática. Áreas que igualmente merecen la atención del objetivo 23, apartado 39 b) PGM.

⁴⁴ En mayor detalle, incluye la colaboración de los Estados Parte con “miras a impedir y eliminar los movimientos y el empleo ilegales o clandestinos de los trabajadores migratorios en situación irregular”, incluyendo varias medias entre las que destaca a nuestros efectos las “necesarias y efectivas para eliminar la contratación en su territorio de trabajadores migratorios en situación

tratando de asegurar que la desesperación y un ambiente deteriorado no obligue a las personas a buscar un modo de vida donde fuere mediante una migración irregular.

Reclutamiento que es, sin duda, uno de los puntos estratégicos en la defensa del trabajador migrante. De ahí que las medidas para mejorar la explotación laboral de los migrantes irregulares incidan sobre el mismo⁴⁵. Y por ello también la referencia inexcusable, como vemos a lo largo de este estudio, en la normativa de la OIT. Pero también más allá de ésta. Destacar en este sentido el art. 66 CIPTM, que claramente prioriza a efectos de intermediar en el empleo los servicios u organismos públicos. Y el objetivo 6 PGM, consistente en facilitar el reclutamiento justo y ético y la salvaguarda de condiciones que aseguren un trabajo digno. Precisamente la sustitución de los espacios públicos de actuación ha generado debilidades que han favorecido el tráfico humano, fenómenos como el *caporalato* italiano⁴⁶.

irregular, incluso, si procede, mediante la imposición de sanciones a los empleadores de esos trabajadores”, sin menoscabar “los derechos de los trabajadores migratorios frente a sus empleadores en relación con su empleo”.

⁴⁵ Se habla así de favorecer, en suma, una mayor flexibilidad de los procedimientos de gestión del flujo de ciudadanos extranjeros al mercado de trabajo, evaluando mejor las necesidades de empleo; adoptar procedimientos más simples de concesión de la renovación del permiso de residencia; la coordinación de la información; y medidas disuasorias más eficaces que hagan menos apetecible para el empleador el recurso al mercado negro, incluyendo medidas fiscales y sobre los incentivos y contratación públicos. Grazia Vivarelli, M., “Il caporalato: problemi...”, epígrafes 2 y 6.

⁴⁶ El “caporalato” es un fenómeno normativamente conceptualizado como una actividad de intermediación abusiva en la colocación de la mano de obra (art. 18 D.Lg. 276/2003). En la práctica sin embargo existen una multiplicidad de conductas abusivas que desbordan esta definición incluyendo grave explotación y violencia de todo género, también sobre menores. Se trata de “un fenómeno en el cual se integran tanto la actividad primaria constituida por la mera intermediación ilegal (caporalato en sentido estricto) como otras manifestaciones ilícitas que comprenden incluso el uso arbitrario de la violencia alcanzando verdaderas y propias formas de reducción a la esclavitud (caporalato en sentido lato)”. Llegan incluso a constituir redes estructuradas que operan en áreas extensas de territorio y sectorialmente diversificadas incluyendo la transformación de extranjeros previas víctimas del *caporale* en explotadores de la mano de obra de compatriotas inmigrantes ilegales. Grazia Vivarelli, M., “Il caporalato: problemi...”, epígrafe 1. De hecho, no existe un modelo único de *caporalato*, “sobre todo en lo que respecta a los mecanismos de reclutamiento y de intermediación de la mano de obra entre caporales y empresa”. Variedad que responde a distintos criterios según los roles del caporal, que puede ser a su vez el empleador e incluso el transportista; el desdoblamiento o no, pudiendo existir un caporal extranjero y otro nacional; el nivel de explotación de los trabajadores hasta llegar a la esclavitud; etc. Habiendo evolucionado el fenómeno desde el sur hacia el norte y desde su presencia en el sector agrícola hacia una diversificación en los sectores en que se manifiesta, en parte por la ineficacia del anterior art. 603 bis C.P., aunque también la crisis económica industrial en el norte favoreció un desplazamiento de desempleados hacia la agricultura del sur. Y también ha evolucionado desde este sector generalizándose hasta mo-

Una referencia a los Estados de tránsito es visible, por ejemplo, en el artículo 5 Anexo II C97 OIT, llamando a los mismos a facilitar el paso⁴⁷. Más allá de ello, el punto 7 de la Introducción DRM interpreta las migraciones como “fenómenos mundiales que exigen enfoques y soluciones mundiales” sin que Estado alguno “pueda por sí solo gestionar esos desplazamientos”. Y, en lo que ahora nos interesa, añade que “los países vecinos o los de tránsito, en su mayoría países en desarrollo, son afectados de manera desproporcionada y, en muchos casos, su capacidad se ha visto seriamente desbordada, lo que afecta la cohesión social y económica y al desarrollo propios”.

El protagonismo del Estado de destino, a nuestros efectos básicamente como Estado de empleo, es por supuesto central en esta reflexión y será ampliamente desarrollado, por lo que no nos detenemos ahora en este menester.

Estados cuyo rol se entiende desde un prisma cooperativo. Colaboración vital. Y por ello reiterada hasta la saciedad en los distintos textos y a los más múltiples efectos⁴⁸. Destacar entre estos textos normativos, el PGM por centrarse

derosamente erigirse bajo el fraudulento amparo de erigirse bajo la forma de una atípica cooperativa de trabajo que llega a reducir el coste del trabajo hasta un 50%. Brambilla, P., “Caporalato tradizionale” e “nuovo caporalato”: recenti riforme a contrasto del fenomeno, *Riv. trim. dir. pen. econ.* 1-2/2017, epígrafes 1 y 2. Pues bien, la dificultad del control del *caporalato* se explica también en relación con la pérdida del monopolio público en la intermediación laboral, iniciado en el año 1997 y definitivamente derogado con la Ley Biagi del año 2003. De Santis, G., “Caporalato e sfruttamento di lavoro: politiche criminali in tema di protezione del lavoratore. pregi e limiti dell’attuale disciplina-I parte”, *Responsabilita’ Civile e Previdenza*, fasc.5, 1 maggio 2018, pag. 1759. Epígrafe 2. De ahí que, entre las medidas destinadas a combatirlo, a hacer frente al tráfico humano, suplantarlo o contrarrestar la funcionalidad de las redes criminales implicadas parece una estrategia necesaria. Un ejemplo de estas últimas medidas, lo constituye el D.L. n. 91/2014, con la institución de una red de trabajo agrícola de calidad, modificada por la reforma del año 2016, en la cual pueden integrarse las empresas de este ámbito si bien para ello han de ser evaluadas obteniendo en caso favorable una certificación estatal de calidad. O también, fruto de esta última Ley, con el establecimiento de un plan de recepción e intervenciones para la ubicación logística y el apoyo de los trabajadores estacionales en la recolección de productos agrícolas.

⁴⁷ Literalmente: “cuando para el transporte colectivo de migrantes de un país a otro se necesite pasar en tránsito por un tercer país, la autoridad competente del territorio de tránsito deberá tomar medidas que faciliten el paso en tránsito, a fin de evitar retrasos y dificultades administrativas”.

⁴⁸ Sin afán -ilusorio- de su agotamiento: en la Parte IV (arts. 14 y ss.) C48 OIT, intitulada “Colaboración Administrativa”, la colaboración entre los EE.MM. a efectos de conservación de los derechos de pensión de los migrantes; en el art. 27 R. 151 OIT a efectos de servicios sociales; en la parte VI CIPTM (arts. 64 y ss.), relativa a la “promoción de condiciones satisfactorias, equitativas, dignas y lícitas en relación con la migración internacional de los trabajadores y sus familiares”, incluyendo en varios preceptos la colaboración entre los Estados Parte a efectos como el mantenimiento de servicios apropiados para atender las cuestiones relacionadas con la migración internacional de trabajadores y sus familiares; en el apartado relativo a los compromisos conjuntos para refugiados y migrantes de la DRM, su punto 24 encaminado a fortalecer “la cooperación internacional en la gestión de las fronteras, incluso en lo que respecta a la capacitación y el intercambio de las mejores prácticas”.

precisamente en querer contribuir de manera relevante a la cooperación en el ámbito de las migraciones internacionales en todas sus dimensiones. Cooperación que constituye una constante invocada a lo largo de todo su cuerpo. A título de ejemplo, como valor que impregna sus principios guía.

En cuanto al objeto de esta colaboración, amén de lo expuesto, mención expresa merece el favorecer una más completa y mejor información, fundamentalmente al trabajador migrante, que no sólo. Relevancia reiteradamente apreciable en la normativa de la OIT analizada, reconociendo un importante papel no sólo a sujetos públicos sino también a representantes de empleadores y trabajadores⁴⁹. Información correcta y completa que es un elemento garantista fundamental en la tutela del trabajador migrante, como acredita su autónoma regulación en el art. 6 ETM.

En consecuencia, de la pluralidad de ordenamientos jurídicos estatales implicados deriva una adicional dificultad. Ordenamientos no meramente plurales sino conceptualmente sustentados en ocasiones sobre pilares diversos difíciles de conciliar, como la diversidad de roles atribuida al fenómeno religioso.

⁴⁹ Así, no deja de ser relevante (dada la vinculación del incremento del fenómeno de la migración irregular y consiguientes abusos, con la falta de control directo o indirecto público sobre estos flujos) el apartado 5 R086, sobre los servicios públicos o controlados públicamente de información hacia los migrantes y sus familias. Precepto que abarca, siempre con la exigencia de que sea de manera comprensible para los mismos, una pluralidad de aspectos, incluyendo relativos a las condiciones de vida e higiene. Derecho de información comprensible de los trabajadores migrantes cuya trascendencia es reiteradamente recordada por la OIT, entre otras normas en el art. 7 R. 151 OIT. Por su parte, el art. 4 del Convenio 143 OIT llama en este sentido a los Estados Miembros a tomar todas las medidas necesarias, a nivel estatal e internacional, para establecer un contacto e intercambio de información sistemático con otros Estados, consultando a los representantes de empleadores y trabajadores. Es decir, el rol de éstas es relevante a estos efectos. El Convenio 143 OIT llama de forma reiterada al protagonismo de las organizaciones sindicales y empresariales en una infinidad de preceptos, a título de ejemplo en los siguientes: el art. 2.2, a los efectos de su consulta e invitación a facilitar toda información de la que dispongan en la materia; el art. 4 en relación con la colaboración entre Estados y, nuevamente, el intercambio de información; y el art. 7 estableciendo la consulta de las organizaciones empresariales y de trabajadores representativas en relación con las normas y medidas adoptadas, y favoreciendo sus iniciativas en este ámbito. Como adicional botón de muestra, la provisoria R100 OIT refiere la misma, entre otros, en su artículo 9. Y lo hace en relación con el “periodo de aclimatación” a la consulta a las organizaciones de empleadores y trabajadores. También, entre otros, en su art. 14, a efectos del contenido de los contratos de trabajo.

5. LA TUTELA DEL TRABAJADOR MIGRANTE Y, EN PARTICULAR, DEL MIGRANTE IRREGULAR

En cuanto a la tutela del trabajador migrante, centrados básicamente en la perspectiva del Estado receptor, interesan a esta reflexión tres principios fundamentales de esta normativa internacional a estudio.

5.1. La especial consideración y tutela de ciertos periodos temporales

En primer lugar, destacar la consideración de ciertos periodos temporales como merecedores de una especial tutela. No en vano, el objetivo 16 PGM, consistente en empoderar migrantes y sociedades para alcanzar completas inclusión y cohesión social, incluye entre las acciones para alcanzar este objetivo establecer programas comprensivos sustentados sobre todas las necesidades anteriores a la partida y posteriores a la llegada⁵⁰.

En particular, en lo que respecta a la perspectiva del Estado receptor, esta llegada y la definitiva salida de su territorio son objeto de particular atención. No en vano, el art. 10 ETM regula lo que denomina “acogida”. También el regreso (el art. 30 ETM, a título de ejemplo, regula el “retorno”).

Retornando a la OIT, al espacio universal que nos ocupa, el art. 10 R86 llama a “facilidades especiales durante el periodo inicial de instalación en el país de inmigración”, sobre lo que nuevamente insisten los apartados siguientes de la Recomendación. Por su parte, el art. 9 R. 151 OIT demanda a los Estados Miembros una política social adecuada para los trabajadores migrantes y sus familias tomando en cuenta las necesidades “particulares que puedan tener hasta que su adaptación a la sociedad del país de empleo se haya completado”. Política que debiera ser “periódicamente reexaminada, evaluada y, en caso necesario, revisada” (art. 12 R151).

Aquella precisión temporal del art. 9 excede, no obstante, de la “instalación” y piensa más bien en la “integración”. Y se mueve claramente en el ámbito de lo “deseable” pero se aleja nítidamente de lo “posible”⁵¹. Ciertamente es que, como se

⁵⁰ Necesidades que pueden incluir derechos y obligaciones, formación idiomática básica, y orientación sobre costumbres y usos sociales del Estado de destino. También el desarrollo de políticas a todo tipo de plazo para favorecer entre otras, la integración en el mercado de trabajo o la no discriminación y protección de la salud. Y trabajar para alcanzar mercados laborales inclusivos y la plena participación de los trabajadores migrantes en la economía formal facilitando el acceso a un empleo y trabajo dignos para el cual estén más cualificados de acuerdo con la demanda del mercado de trabajo local y nacional en habilidades profesionales. También se incluye eliminar la discriminación por razón de género y asegurar el derecho a la libertad de sindicación.

⁵¹ Este periodo no es homogéneo, es casi personal, pero resulta difícil de justificar para una Administración un tratamiento dispar a los migrantes. Parece excesivamente dilatado, y pensando

ve en los preceptos siguientes, contempla aspectos muy concretos, tales como la reunión de las familias (art 13), la protección de la salud (art. 20) o beneficiarse de la actividad de los servicios sociales (art. 23). Lo que favorece la verificación de esa “adaptación a la sociedad del país de empleo”.

Situación de especial tutela que se extiende también al momento de una eventual salida del territorio, fundamentalmente, que no sólo, por las garantías que rodean toda expulsión. La seguridad jurídica es aquí un valor a tutelar. De ello vemos una manifestación en el art. 8 R. 151 OIT al recomendar que, sin perjuicio del cumplimiento, en otras palabras, de la legislación migratoria, “debería tomarse una decisión lo más pronto posible, en el caso de que dicha legislación no haya sido respetada, para que el trabajador migrante sepa si su situación puede ser regularizada”. La protección, que veremos más adelante, a efectos de Seguridad Social es otro ejemplo.

5.2. La integración de condiciones de vida y de trabajo

En segundo lugar, caracteriza esta legislación, como sucede con el propio C097 OIT y como se podrá apreciar más adelante, la voluntad de integrar condiciones de vida y de trabajo, precisamente para evitar situaciones de explotación extrema como las acusadas, a título de ejemplo, en relación con *caporalato* italiano. Se trata de mantener la tutela pública, superponiendo y haciendo prevalecer sus estructuras.

Como botón de muestra, y en conexión con el epígrafe anterior, el apartado 10 R086 manifiesta que “las migraciones deberían facilitarse con medidas apropiadas destinadas a asegurar a los trabajadores migrantes, a su llegada al país de destino, en caso de necesidad, vivienda, alimentos y ropa adecuados”. También la citada provisoria R100 atiende a la instalación y vivienda de los trabajadores migrantes.

5.3. La situación regular del extranjero como elemento determinante del tratamiento jurídico

En tercer y último lugar, destacar que con carácter general los instrumentos internacionales objeto de análisis consideran con claridad la situación regular o

más bien en la necesaria integración social, que excede las miras de una norma laboral. Falta la objetividad necesaria –como la estimación de un periodo de tiempo concreto- para llevarla a efecto y, dada la singularidad posible de cada situación, parece que los medios precisados para evaluarla son ingentes y difícilmente disponibles.

irregular del trabajador migrante como criterio determinante de su estatuto jurídico. Principio éste en el que nos centraremos.

Criterio particularmente visible, como innecesario botón de muestra, en la R151 sobre trabajadores migrantes, de 1975. No obstante, el exponente posiblemente más claro de la trascendencia de este criterio es la CIPTM, puesto que, como avanza su Preámbulo, sustenta precisamente su estructura interna sobre la base de la distinción entre trabajadores migrantes regulares e irregulares, que define en el art. 5. Relevante es, además, la precisión de su art. 51, manifestando que esta situación irregular no existe cuando el trabajador migrante “en el Estado de empleo no *esté autorizado* a elegir libremente su actividad remunerada”. Y que tampoco “se les retirará su autorización de residencia por el solo hecho de que haya cesado su actividad remunerada con anterioridad al vencimiento de su permiso de trabajo, excepto en los casos en que la autorización de residencia dependa expresamente de la actividad remunerada específica para la cual hayan sido aceptados”⁵².

La parte III CIPTM (arts. 8 y ss.) lista así un amplísimo catálogo de derechos de todo trabajador migrante, también irregulares. En tanto que su parte IV suma a aquéllos otros derechos, éstos predicables únicamente respecto de los trabajadores migrantes regulares, indicando de entrada que se añaden a los anteriores de la parte III (art. 36). Aunque en algún caso puntual no es probablemente tanto la naturaleza jurídica misma de la situación como irregular, sino el hecho de cómo ésta se produce la que podría explicar en mayor medida la exclusión de ciertos derechos⁵³.

Derechos, todos ellos, atendiendo a la CIPTM, irrenunciables (art. 82) y mejorables por los Estados Parte o mediante otros tratados sin que la Convención

⁵²Y concluye, “dichos trabajadores migratorios tendrán derecho a buscar otros empleos, participar en programas de obras públicas y readiestrarse durante el período restante de su permiso de trabajo, con sujeción a las condiciones y limitaciones que se establezcan en dicho permiso”. Por otra parte, siempre en el CIPTM, “serán considerados documentados o en situación regular si han sido autorizados a ingresar, a permanecer y a ejercer una actividad remunerada en el Estado de empleo de conformidad con las leyes de ese Estado y los acuerdos internacionales en que ese Estado sea parte”. Situación regular en el territorio que suele ir apegada a aquella de trabajo en muchas ocasiones, incluso cuando las autorizaciones son separadas. Como el art. 49 CIPTM evidencia, en este caso “los Estados de empleo otorgarán a los trabajadores migratorios una autorización de residencia por lo menos por el mismo período de duración de su permiso para desempeñar una actividad remunerada”. En caso contrario, serán no documentados o en situación irregular.

⁵³Podría suceder así con el derecho de información referido en el art. 37. No con la mayoría como la autorización a los trabajadores migratorios y sus familiares para ausentarse temporalmente sin que ello afecte a la autorización que tengan de permanecer o trabajar, según sea el caso (art. 38). En otras ocasiones, como la libertad de movimiento en el Estado de empleo y libre elección de residencia del art. 39, o los derechos políticos del art. 41, esto no es así.

pueda afectar a estas mejoras (art. 81) ni menoscabar la Carta de Naciones Unidas o Constituciones de los organismos especializados (art. 80). Algo que, a todas luces, resulta predicable en este ámbito del derecho migratorio más allá de esta Convención.

La trascendencia de este criterio de ordenación podría ser cuestionada advirtiendo que el más moderno PGM parece no asumirlo expresamente, ni, desde luego, se estructura en torno al mismo. No obstante, el respeto a la legislación, particularmente estatal, claramente conlleva la imposible asimilación de ambas situaciones. Es insoslayable, en definitiva, obviar, no sólo por la distinta observancia de la Ley sino también por la particular crudeza de la vida de los inmigrantes irregulares y lo que ello jurídicamente significa, la diferencia entre ambas situaciones. Y esta diferencia indudablemente aflora también por ello repetidamente en el propio PGM⁵⁴.

5.3.1. El infranqueable pero impreciso límite de los derechos humanos

Sustentados sobre la dignidad humana, resulta evidente que los derechos humanos no son predicables en atención a la nacionalidad⁵⁵ y, en consecuencia,

⁵⁴ Entre estas manifestaciones, citar el objetivo 5, consistente en fortalecer la disponibilidad y flexibilidad de vías para una migración regular, por lo que a sensu contrario conlleva. También el objetivo 9, sobre el fortalecimiento de la respuesta transnacional al tráfico ilegal de migrantes, y en particular su apartado 25 f) que establece la necesidad de prestar una especial atención a las áreas geográficas en las cuales existe una migración irregular de origen sistemática. Sobre esta idea vuelve en cierta forma el objetivo 23, relativo al fortalecimiento de la cooperación internacional y de las asociación global para la migración regular, ordenada y segura, al incluir entre sus acciones un punto 39 b) destinado al “incremento de la cooperación internacional y regional para acelerar la implementación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en aquellas áreas geográficas desde las cuales sistemáticamente se origina migración irregular debido al consistente impacto de la pobreza, el desempleo, el cambio y desastres climáticos, desigualdad, corrupción, mal gobierno, entre otros factores estructurales, a través de unos marcos de cooperación apropiados, asociación innovadora y la involucración de todos los agentes relevantes, al tiempo que manteniendo el protagonismo estatal y la responsabilidad compartida”. Destacar también el objetivo 10, prevenir, combatir y erradicar el tráfico de personas en el contexto de la migración internacional, dentro del cual el punto 26 d) habla de monitorizar las rutas de la migración irregular. Particularmente expresivo de la imposibilidad de desconocer la diferencia es el objetivo 15 PGM, consistente en proveer el acceso de los migrantes a los servicios básicos, al afirmar que, independientemente de su *status* migratorio, aquéllos han de ejercitar sus derechos humanos a través de un acceso seguro a estos servicios. Entre ellos, a satisfacer en todo caso, se incluyen por supuesto la atención sanitaria y el aprendizaje a lo largo de la vida. No obstante, manifiesta igualmente comprender que los nacionales y los migrantes regulares pueden ser titulares de un haz de servicios mayor, si bien garantizando que cualquier diferencia de trato se base en la ley y sea proporcionada, persiga un objetivo legítimo y sea conforme con el derecho internacional de los derechos humanos.

⁵⁵ Nacionalidad que, es sabido, es el elemento determinante de “la existencia de un régimen jurídico específico, y en definitiva de lo que en la doctrina de derecho internacional privado se de-

los trabajadores migrantes son titulares de los mismos con independencia de la regularidad de su situación. El propio Preámbulo de la CIPTM propone para proteger a los migrantes irregulares, el más amplio reconocimiento a los mismos de “los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migratorios”. Sumando, “la concesión de determinados derechos adicionales a los trabajadores migratorios y a sus familiares que se hallen en situación regular”. Lo que “alentará a todos los trabajadores migratorios a respetar y cumplir las leyes y procedimientos establecidos por los Estados interesados”.

Los migrantes, más allá de su regularidad, se traen estos derechos humanos puestos, por así decirlo. Y su titularidad, al igual que para los nacionales, es en general incuestionable más allá de la severidad de los incumplimientos legales en que pudieren incurrir enjuiciados éstos, como los de los propios nacionales, con las debidas garantías. Derechos humanos que se ven más comprometidos en las situaciones irregulares por lo que es en éstas en las que es más preciso trazar con firmeza esta línea.

El propio artículo 1 C143 OIT afirma que “todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se compromete a respetar los derechos humanos fundamentales de todos los trabajadores migrantes”. Como la doctrina ha puesto de relieve⁵⁶, la Comisión de Expertos entiende que este artículo 1 se refiere a los derechos humanos contenidos en los instrumentos de la Organización de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos, incluidos algunos de los derechos fundamentales de los trabajadores, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, o la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990.

En este mismo sentido, la Declaración de Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo de 1998 asume en su Preámbulo que específicamente éstos son predicables, sin hacer distinciones, de todos los trabajadores migrantes⁵⁷. Idéntica

nomina estatuto”. Urrea Salazar, M. Una perspectiva histórico-jurídica de la globalización, *Revista Aranzadi Unión Europea*, num.12/2014, epígrafe I. Una nacionalidad, eso sí, fría, al margen de movimientos migratorios históricos y del origen, acaso en las sociedades modernas desarrolladas, de su causa. Un análisis sobre este particular en Chomsky, N., “Crises of Immigration”, *United Nations University Institute on Globalization, Culture and Mobility. Annual Guest Lecture*, Barcelona, Spain, 5-XI-2016.

⁵⁶ Gil y Gil, J.L., “Los trabajadores migrantes y ...”, epígrafe I.1.

⁵⁷ La doctrina trae a colación para sostener, si preciso, tal afirmación dos documentos relevantes. En primer lugar, el Informe global de seguimiento de esta Declaración de 2004, que “destaca la importancia que tiene la sindicación de los trabajadores migrantes para el reconocimiento efectivo de sus derechos, y para evitar situaciones de discriminación, y afirma que «organizar y proteger a los migrantes es uno de los retos que plantean la globalización y la migración internacional a los

manifestación cabría desde luego hacer del contenido del “trabajo decente” en su conjunto atendiendo a la Declaración de la OIT de 2008. En general, de todo derecho cuyo fundamento en la dignidad de la persona se predique, pues ésta no se basa en el “aura” de la nacionalidad sino en nuestra propia y esencial condición humana.

No podemos obviar que, por supuesto, en idéntico sentido, de no vincular la titularidad de los derechos humanos a nacionalidad alguna, se pronuncian los instrumentos universales y regionales de NN.UU. Centrados en los primeros, la parte III CIPTM (arts. 8 y ss.) lista un amplísimo catálogo de derechos de todo trabajador migrante, por considerarlos como expresamente indica su rúbrica como “derechos humanos”, sustentados en la idea de dignidad humana⁵⁸. En esta misma línea el apartado III punto 41 DRM asume por ésta “el compromiso de proteger la seguridad, la dignidad y los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos los migrantes, sea cual fuere su estatus migratorio, en todo momento”. Derechos humanos cuyo respeto el PGM considera uno de los valores articuladores de sus principios guía, siendo particularmente relevantes como punto de partida de su identificación sus objetivos 16 y 22⁵⁹. Aunque ésta ha de encontrar

movimientos sindicales)”. En segundo término, la propia doctrina del Comité de Libertad sindical, que “ha señalado que el artículo 2 del Convenio número 87 «reconoce el derecho de los trabajadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, a afiliarse a las organizaciones que estimen convenientes», y que «la única excepción autorizada por el Convenio número 87 está prevista en el artículo 9 de dicho instrumento y se refiere a las fuerzas armadas y a la policía»”. Ha considerado, pues, que no se halla en conformidad con el Convenio núm. 87 la legislación española que deniega los derechos sindicales a los extranjeros en situación irregular, al distinguir entre los inmigrantes legales e ilegales. Doctrina que igualmente explica las SSTC 236/2007, en relación con el derecho de libertad sindical, y 259/2007, en relación con el derecho de huelga. Gil y Gil, J.L., “Los trabajadores migrantes y ...”, epígrafe I apartado II.

⁵⁸ Dignidad humana expresamente invocada, entre otros, en el art. 70 CIPTM cuando manifiesta que los “Estados Partes deberán tomar medidas no menos favorables que las aplicadas a sus nacionales para garantizar que las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores migratorios y sus familiares en situación regular estén en consonancia con las normas de idoneidad, seguridad y salud, así como con los principios de la dignidad humana”. Disposiciones que son, sobre todo, para cualificada doctrina “una formulación específica de la aplicabilidad de los derechos humanos universales a los trabajadores migrantes”, proponiéndose la Convención “extender la protección de los derechos universales a las categorías vulnerables”. Gil y Gil, J.L., “Los trabajadores migrantes y ...”, epígrafe I.1.

⁵⁹ En efecto, los objetivos 16, empoderar migrantes y sociedades para alcanzar una inclusión y cohesión social completas, por incluir la integración en el mercado de trabajo o la no discriminación y protección de la salud, y 22 PGM, relativo al establecimiento de mecanismos para la “portabilidad” de los derechos de Seguridad Social y beneficios ganados, nos pueden dar una idea orientativa de qué derechos conformarían este estatuto universal, concretando socialmente aquellas Cartas y Declaraciones, cuyo contenido es inexcusable punto de partida. Incluye aquél trabajar para alcanzar mercados laborales inclusivos y la plena participación de los trabajadores migrantes en la economía formal, facilitando el acceso un empleo y trabajo dignos, para el cual estén más

su fundamental respuesta en el primero de los espacios normativos de los tres reseñados. En la construcción del actual “trabajo decente” y, mejor aún, en la Garantía Laboral Universal.

5.3.2. *Trabajadores migrantes regulares*

Ocupándonos primero de las situaciones regulares, rige respecto de las mismas el principio de igualdad de trato en relación con los nacionales. Ya el C97 OIT abordaba este aspecto, si bien su art. 6.1 contemplaba más bien una prohibición de discriminación al demandar a los Estados en los que se encuentre en vigor el Convenio que apliquen a los inmigrantes regulares dentro de su territorio, sin discriminación por nacionalidad, raza, religión o sexo, un tratamiento legal no menos favorable que el propio de sus nacionales en relación con una serie de materias. Una prohibición de discriminación sobre la que también recalaba el apartado 16 de la R086, que completa aquél también en este ámbito. Y también el art. 17, intitulado “igualdad de trato” y que, no obstante tratarse de la Recomendación, genera cierta confusión sobre el principio realmente consagrado en esta normativa.

Este art. 6 C097 OIT diferencia además materias respecto de las que aquel principio se predica con el condicionante consistente en apostillar “siempre que estos puntos estén reglamentados por la legislación o dependan de las autoridades administrativas”, de otras respecto de las que no contempla dicho singular, si sustantivo, condicionante⁶⁰.

El condicionante se proyecta sobre “la remuneración, comprendidos los subsidios familiares cuando éstos formen parte de la remuneración⁶¹, las horas de trabajo, las horas extraordinarias, las vacaciones pagadas, las limitaciones al trabajo a domicilio, la edad de admisión al empleo, el aprendizaje y la formación profesional, el trabajo de las mujeres y de los menores”; “la afiliación a las

cualificados de acuerdo con la demanda del mercado de trabajo local y nacional en habilidades profesionales. También se incluye eliminar la discriminación por razón de género y asegurar el derecho a la libertad de sindicación.

⁶⁰Previsión que -si bien con una literalidad más parca, en esencia en lo relativo al apartado de la remuneración, pero con inclusión ya de la mencionada apostilla- encuentra su antecedente en el art. 6 del retirado C066 de 1939. Convenio que por otra parte incluía en el apartado correspondiente a la remuneración una genérica referencia a “las condiciones de trabajo”.

⁶¹Por su parte, los artículos 23 y 36, entre otros, de la provisoria R100 OIT, de 1955, ahondaron en esta materia salarial incluyendo garantías relativas al salario en especie y tendentes a la evitación del *truck system*. Se contempla también en la misma, entre otras previsiones laborales, la “admisión sin discriminación de los inmigrantes a empleos cualificados”, entendemos cualificados, “a reserva de la aplicación de las leyes nacionales de inmigración y de las leyes especiales relativas al empleo de los extranjeros en los servicios públicos” (art. 38).

organizaciones sindicales y el disfrute de las ventajas que ofrecen los contratos colectivos”; y “la vivienda”. Vivienda objeto de autónoma atención en el art. 13 ETM.

El art. 16 R086 añade la referencia a los miembros de la familia, al manifestar que “los trabajadores migrantes autorizados a residir en un territorio y los miembros de su familia autorizados a acompañarlos o a reunirse con ellos deberían, siempre que fuere posible, ser admitidos al trabajo en las mismas condiciones que los nacionales”. E incluye el cese de eventuales restricciones para el trabajador y su familia en edad de trabajar, residentes regulares, cuando aquél alcance una residencia de entidad en su duración, que en principio no debería exceder de cinco años. Y que anteriormente contemplaba ya el artículo 18 del C048 sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes.

El art. 17 R086 reproduce en líneas generales el art. 6 C097, omite la referencia a la vivienda e incorpora dos aspectos en su mayor medida vinculados a las condiciones de vida más que de trabajo: “iii) la admisión a las escuelas... siempre que esta admisión no perjudique a los nacionales del país de inmigración”; y “iv) las medidas de recreo y de bienestar”.

Al margen del condicionante se listan en el C097 la protección de Seguridad Social en términos amplios, incluyendo precisiones sobre la conservación de derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición⁶², que es un aspecto básico en este ámbito; los impuestos, derechos y contribuciones del trabajo que

⁶²Literalmente, “la seguridad social (es decir, las disposiciones legales relativas a accidentes del trabajo, enfermedades profesionales, maternidad, enfermedad, vejez y muerte, desempleo y obligaciones familiares, así como a cualquier otro riesgo que, de acuerdo con la legislación nacional, esté comprendido en un régimen de seguridad social)”, “a reserva de acuerdos apropiados para la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en curso de adquisición”. Y a reserva de “disposiciones especiales establecidas por la legislación nacional del país de inmigración sobre las prestaciones o fracciones de prestación pagaderas exclusivamente con los fondos públicos, y sobre las asignaciones pagadas a las personas que no reúnen las condiciones de cotización exigidas para la atribución de una pensión normal”. En relación con esta materia, ha de tenerse presente que el anterior Convenio núm. 48 OIT sobre la conservación de los derechos de pensión de los migrantes, de 1935 establecía ya una serie de reglas relativas a la conservación “de los derechos adquiridos o en curso de adquisición, en las instituciones de seguro obligatorio de invalidez, de vejez o de muerte”, incluyendo reglas sobre totalización de periodos de cotización, entre otras. Aquella referencia a los “fondos públicos” se entiende mejor partiendo, como ha hecho ver la doctrina (Gil y Gil, J.L., “Los trabajadores migrantes y ...”, epígrafe II.2), de que las normas vigentes de la OIT no delimitan el ámbito personal de cobertura de la Seguridad Social atendiendo a la nacionalidad, aunque sí se aprecian posibles limitaciones, o flexibilidad, como permitir la exclusión de los no nacionales cuando las prestaciones o una parte de las mismas se abonen en su totalidad con cargo a fondos públicos (art. 68 Convenio núm. 102). Se observan además limitaciones prácticas, si bien en una minoría de casos, en la exportación de prestaciones no obstante los Convenios 118, 157 y 167, en particular en relación con el desempleo.

deba pagar, por razón del trabajo, la persona empleada; y, por último, las acciones judiciales relacionadas con las cuestiones mencionadas en el presente Convenio. El art. 17 R086 omite la referencia a la Seguridad Social, añade una a la “higiene, la seguridad y la asistencia médica” y se reitera en los dos apartados restantes.

Dejados atrás aquellos Convenio y Recomendación, la Parte II C143 OIT (artículos 10 a 14), se destina a la “igualdad de oportunidades y de trato” para quienes se encuentren legalmente en el territorio. Igualdad de trato que va más allá del principio de no discriminación. Y que incorpora también la igualdad de oportunidades, en una clara evolución. Además, se olvida de aquél condicionante relativo a la reglamentación por la legislación o dependencia de las autoridades administrativas. Y contempla en su art. 10 que esta igualdad de oportunidades y de trato, de los trabajadores regulares, lo es en “materia de empleo y profesión, seguridad social, derechos sindicales y culturales y libertades individuales y colectivas para las personas que, en su condición de trabajadores migrantes o como miembros de su familia, se encuentren legalmente en su territorio”.

El apartado I R. 151 OIT se refiere también a esta igualdad de oportunidades y trato en relación con los nacionales de los migrantes regulares y, dentro del mismo, el art. 2 profundiza en el elenco del Convenio 143 OIT refiriendo una serie de derechos principalmente laborales si bien también incluye condiciones de vida, básicamente la vivienda y otras atenciones de los servicios sociales y sanitarios⁶³.

Destacar, respecto de su precedente, la mayor profusión en facultades relativas a la libertad sindical y otras, tales como las novedosas referencias a los

⁶³ Y cita así los siguientes: (a) acceso a los servicios de orientación profesional y de colocación; (b) acceso a la formación profesional y al empleo de su propia elección, de acuerdo con sus aptitudes personales para tal formación o empleo, tomando en cuenta las calificaciones adquiridas en el extranjero y en el país de empleo -no obstante, el art. 6 subordina, lo que parece una reiteración, la libre elección del empleo, sin dejar de asegurar el derecho a la movilidad geográfica, a la condición de que el trabajador migrante haya residido legalmente en el país; y el art. 14 C143 OIT reconoce no obstante el acceso restringido a determinadas categorías de empleo o funciones cuando sea necesario en interés del Estado, lo que igualmente hace este art. 6 R. 151, y anteriormente hemos mencionado hablando de servicio público-; (c) promoción, de acuerdo con sus cualidades personales, experiencia, aptitudes y aplicación al trabajo; (d) seguridad del empleo, obtención de otro empleo, obras para absorber el desempleo y readaptación profesional; (e) remuneración por trabajo de igual valor; (f) condiciones de trabajo, incluso la duración del trabajo, los períodos de descanso, las vacaciones anuales pagadas, las medidas de seguridad y de higiene del trabajo, así como las medidas de seguridad social y los servicios y prestaciones sociales relacionados con el empleo; (g) afiliación a las organizaciones sindicales, ejercicio de los derechos sindicales y posibilidades de ocupar cargos en los sindicatos y en los organismos de relaciones profesionales, incluidos los órganos de representación de los trabajadores en las empresas; (h) derecho a adherirse a cooperativas de todo tipo; (i) condiciones de vida, incluidos el alojamiento y el acceso a los servicios sociales y a las instituciones docentes y sanitarias.

servicios sociales y explícitas a la promoción profesional y prevención de riesgos laborales. En relación con lo primero, el pleno derecho de libertad sindical, tal y como se entiende en nuestro ordenamiento, parece reservado, no obstante su condición de derecho humano, para esta situación regular. Así, el art. 40 CIPTM recoge “el derecho a establecer asociaciones y sindicatos en el Estado de empleo para el fomento y la protección de sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole”. Libertad constitutiva no apreciable en la normativa de la OIT referida, no al menos expresamente citada.

También destacar que la R. 151 expresamente equipara a la situación regular, digamos *ab origen*, la sobrevenida resultante de regularización, debiendo en tal caso los trabajadores migrantes “gozar de todos los derechos que según el párrafo 2 de la presente Recomendación son concedidos a los trabajadores migrantes legalmente asentados en el territorio de un Miembro” (art. 8.2).

Principio de igualdad de trato obviamente acogido en otros instrumentos internacionales, universales o no⁶⁴. El art. 43 CIPTM expresamente habla aquí nuevamente del principio de igualdad de trato, no del derecho a no tener un “trato menos favorable”, expresión ésta más propia del lenguaje de la prohibición de discriminación. Y se incluyen aspectos como el acceso a los servicios sociales y de salud, a la orientación profesional y colocación o a los servicios e instituciones de formación profesional y nueva formación. También el acceso a las “cooperativas y empresas en régimen de autogestión”. Incluye incluso la convención un precepto, el art. 45, dedicado a la específica igualdad de trato de los familiares de los trabajadores migratorios, también en relación con ciertos aspectos que comprenden una gran parte de los referidos en el art. 43 si bien el listado es naturalmente más breve por el apego a la condición de trabajador de alguno de los derechos comprendidos en aquél primer listado.

De acusada trascendencia es el art. 52 CIPTM que reconoce la libertad de elegir la actividad remunerada “con sujeción a *unas* restricciones o condiciones” que varían dependiendo de si el permiso de trabajo es de tiempo limitado o no, en cuyo caso –que parece ha de incluir la renovación automática a resultas del art.

⁶⁴ Entre estos últimos, el propio Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante, instrumento del Consejo de Europa, refleja en un sinfín de artículos este principio de igualdad de trato, por destacar uno en el artículo 16, relativo a las condiciones de trabajo, que además incorpora *la prohibición expresa de “derogar” por contrato individual el principio de igualdad de trato* a que hace referencia el párrafo anterior. O el art. 18 relativo a la “Seguridad Social” y que también contempla no sólo la conservación de los derechos adquiridos, sino que protege los derechos “en curso de adquisición”. No obstante, la clave para su entendimiento de la ETM está en que el concepto de “trabajador migrante” “designa al súbdito de una Parte Contratante que haya sido autorizado por otra Parte Contratante a permanecer en su territorio para desempeñar en él un empleo remunerado” (art. 1). Es decir, en otras palabras, parece centrado en esta migración regular.

53- es más amplia y se extiende a sus familiares⁶⁵. También tiene un novedoso tratamiento diferenciado la realización de trabajos por cuenta propia, en cuyo caso el “Estado de empleo” fijará las condiciones teniendo “en cuenta el período durante el cual el trabajador haya residido legalmente en *dicho* Estado” (art. 52).

El art. 54 se refiere a la igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con la protección contra despidos; las prestaciones por desempleo; el acceso a programas de obras públicas destinados a combatir el desempleo y el acceso a otro empleo en caso de quedar sin trabajo o darse término a otra actividad remunerada.

En líneas generales no se aprecian condiciones de trabajo, empleo o términos de protección social novedosos respecto de lo previsto en la normativa de la OIT analizada. Normativa de la OIT que “no incluye normalmente una identificación del derecho aplicable o de la jurisdicción competente. Una excepción la constituye sin embargo el Convenio 157 sobre Seguridad Social de los trabajadores migrantes”. Por supuesto, todo este amplio despliegue normativo no debe ocultar la realidad, la gran distancia existente entre teoría y práctica⁶⁶.

5.3.3. Situaciones “intermedias”. El cambio de circunstancias del migrante inicialmente regular: la sobrevenida pérdida de empleo

Especial atención merece una situación, digamos, intermedia. Pensamos en la irregularidad sobrevenida, esto es, resultante de la pérdida de las condiciones necesarias para la renovación de la autorización de residencia y trabajo. La pérdida sobrevenida de los requisitos precisos para el mantenimiento de aquella situación de legalidad, en particular del empleo estando en situación regular. Que claramente tiende a ser protegida, e incluso equiparada a la situación de regularidad. En este último caso, se entiende, de manera temporal. Algo apreciable

⁶⁵ Familiares que, si lo son de “un trabajador migratorio a quienes no se les permita elegir libremente su actividad remunerada”, solo tienen la consideración favorable de los Estados Partes para “darles prioridad, a efectos de obtener permiso para ejercer una actividad remunerada, respecto de otros trabajadores que traten de lograr admisión en el Estado de empleo, con sujeción a los acuerdos bilaterales y multilaterales aplicables” (art. 53). Curioso es que la norma parece olvidar a los familiares de aquellos trabajadores migrantes con un permiso temporal.

⁶⁶ Normalmente, el acceso al empleo de los recién llegados se produce en ciertos sectores como la agricultura, construcción, hostelería o el servicio doméstico, que no suelen ser mirados con buenos ojos por los trabajadores nacionales por la precariedad, esfuerzo y pobres niveles salariales deviniendo en consecuencia parte de una fuerza de trabajo vulnerable. O, por añadir un ejemplo, los extranjeros son más comúnmente sujetos de discriminación basada en la raza, etnia u origen nacional que otras personas. SERVAIS, J.M., “International Labour Migration Law...”, pp. 38, 23 y 25. Convenio 157 que, resalta esta doctrina, “pretende evitar conflictos de ley y las indeseables consecuencias que podrían tener para las partes implicadas debido a la falta de protección o como resultas de una indebida acumulación de cotizaciones y beneficios”.

en el derecho internacional universal y regional⁶⁷. Por supuesto también en las legislaciones estatales⁶⁸.

El C097 OIT otorga un tratamiento jurídico particular al migrante “refugiado o persona desplazada” que pierde su empleo obligando (“deberá”) a la autoridad competente a favorecer la obtención de un empleo y garantizar su manutención⁶⁹. Y también se muestra en línea con el apartado 18 R086 que invita al Estado miembro con un trabajador migrante regular a “abstenerse, en todo lo posible, de alejar de su territorio a este trabajador o a los miembros de su familia por motivo

⁶⁷ En este sentido, el art. 25ETM, de rúbrica “reemplazo”, establece que “si un trabajador migrante pierde su empleo por razones ajenas a su voluntad, en particular por paro o por una enfermedad prolongada, la autoridad competente del Estado de acogida facilitará su reemplazo de acuerdo con las Leyes o Reglamento de dicho Estado” (apartado 1). A tal fin “fomentara las medidas necesarias para asegurar, en lo posible, la reconversión y readaptación profesionales del trabajador migrante en cuestión, siempre y cuando tenga intención de seguir trabajando en el Estado de acogida” (apartado 2). No podemos tampoco olvidar, entre otras normas, la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes. Precisamente, la Sentencia 2009/143/TJUE, de 14 de mayo, condenó a España por su inaplicación. Una inadecuada observancia de la normativa europea en la que también han incurrido otros Estados. Por citar un ejemplo más, la STJUE de 11 de octubre de 2016 (C-601/14) cuestiona la adecuación de la actuación del ordenamiento italiano a la Directiva 2004/80/CE, transpuesta con el D. Leg. n. 204/2007 y el correspondiente reglamento de desarrollo, D.M. n. 222/2008. Relevantes en el ámbito de la UE son también, entre otras, las Directivas 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE, 30 junio) y 2014/36/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, sobre condiciones de estancia y permanencia de nacionales de terceros Estados para trabajar como trabajadores de temporada (DOUE, 28-III).

⁶⁸ En nuestro país esta situación de irregularidad sobrevenida puede ser revertida mediante tres tipos principales de instrumentos que los extranjeros sin autorización de residencia pueden utilizar para regularizar su situación, su solicitud por razones de arraigo laboral, por una parte, social por otra (ambas requieren un periodo de residencia previo y la acreditación una relación laboral), y finalmente, por motivos familiares (art. 124 RLOE). CAMAS RODA, F., “El pasado siempre vuelve: estado de la inmigración irregular y protección de los trabajadores extranjeros indocumentados”, *La Ley Digital*, 430/2018, epígrafe III. Las solicitudes de arraigo laboral constituyeron entre 2006 y 2014, sólo el 1,66% de las 750.000 peticiones correspondientes a los tres tipos de arraigo, frente al 92% del arraigo social. CEREZO MARISCAL, J.M., *Praxis de la inmigración irregular en la España del siglo XXI*. Madrid, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, p. 317-319.

⁶⁹ Dice literalmente que el Estado deberá “hacer todo lo posible para permitirle la obtención de un empleo conveniente que no perjudique a los trabajadores nacionales, y deberá adoptar disposiciones que garanticen su manutención, en espera de su colocación en un empleo conveniente, o su establecimiento en otro lugar”, cuando “está sobrante en un empleo cualquiera, en un territorio de inmigración donde haya entrado de conformidad con el artículo 3 del presente anexo”. Prescripción que recupera el Anexo R086 como artículo 24, bajo la rúbrica de “estabilidad en el empleo”.

de la insuficiencia de recursos del trabajador o de la situación del mercado del empleo, a menos que se haya celebrado un acuerdo a este respecto entre las autoridades competentes de los territorios de emigración e inmigración interesados”. Regulando además el contenido de este acuerdo.

El art. 8 C0143 OIT y naturalmente la R. 151 OIT establece que la pérdida de empleo no debe generar estar incurso en una situación de irregularidad, no debiendo conllevar por sí misma la pérdida de la autorización de residencia o, como pudiera suceder, de un permiso de trabajo. Por lo que, establece el número 2 de idéntico artículo 8, debería disfrutar de la igualdad de trato con los nacionales “especialmente en lo que se refiere a las garantías en materia de seguridad en el empleo, obtención de otro empleo, obras para absorber el desempleo y readaptación”⁷⁰.

El art. 31 R151 OIT es especialmente relevante por ofrecer tres indicadores, fundamentalmente temporales. En primer lugar, que debe concederse un plazo suficiente para encontrar empleo, equivalente “al menos al período en que tenga derecho a las prestaciones de desempleo y *que* el permiso de residencia debería prorrogarse en consecuencia”. En segundo lugar, en consonancia con la suspensión del acto de expulsión, el art. 33 de esta misma norma establece que si el trabajador recurre la decisión extintiva debería, “a reserva de las exigencias debidamente justificadas de la seguridad nacional o del orden público”, concedérsele el plazo “suficiente para obtener un pronunciamiento definitivo”. Y en último lugar, si aquella extinción fuere injustificada, disfrutar igual que los nacionales de las correspondientes garantías de todo tipo, indemnizaciones incluidas, y, nuevamente, el plazo “suficiente para encontrar otro empleo” (art. 32). Plazo éste que sucedería al anterior.

Tutela que, como se ha podido apreciar ya, trasciende el cambio de circunstancias originado por la pérdida de empleo. Así lo evidencia, el objetivo 7 PGM, consistente en identificar y reducir las vulnerabilidades en las migraciones. Incluye éste un apartado 23 h) encaminado a evitar que los migrantes sobrevengan irregulares en el Estado de destino, reduciendo la precariedad de su status y vulnerabilidad asociada. Y contempla el establecimiento de mecanismos de evaluación individual de dicho status de los migrantes incluyendo los que han perdido su situación regular sin miedo a una expulsión arbitraria.

La parte V CIPTM, intitulada “disposiciones aplicables a categorías particulares de trabajadores migratorios y sus familiares” (arts. 57 y ss.), migrantes

⁷⁰ El art. 30 R. 151 OIT contempla, en cumplimiento, dice, de este art. 18 R086, si bien más bien será en seguimiento del Convenio 143, esta situación específica consistente en “la pérdida del empleo por parte de ese trabajador”, que, dice el precepto, “no debería implicar por sí sola el retiro de su permiso de residencia”.

claro está regulares, da pie para pensar en otro estatuto intermedio, si bien de base subjetiva. Posiblemente, más que un estatuto diferenciado meras singularidades. Especificaciones que conducen en realidad a un tratamiento muy cercano al propio del trabajador migrante regular⁷¹. Sujetos que, por supuesto, “gozarán” de los derechos de la parte III, los relativos a todo trabajador migrante. Y también, “con sujeción a las modificaciones que se especifican a continuación”, de los establecidos en su parte IV (art. 57). Modificaciones **éstas** resultantes de la compatibilidad de dichos derechos con la propia naturaleza de la categoría de trabajador migrante contemplada, lo que se manifiesta de una u otra forma en el tenor legal⁷².

5.3.4. Migrantes irregulares

Como el propio Preámbulo de la CIPTM reconoce -y es fácil consensuar-, “los problemas humanos que plantea la migración son aún más graves en el caso de la migración irregular”⁷³.

Migrantes irregulares que constituyen el colectivo más vulnerable y, en consecuencia, el normalmente sometido a abusos y explotación laboral⁷⁴. Además,

⁷¹ Disposiciones que afectan a sujetos entre los que se incluyen los trabajadores fronterizos, en realidad con restricciones respecto del derecho a elegir una actividad remunerada con respecto a lo previsto en el parte IV (art. 58); los trabajadores de temporada (art. 59), en el ánimo de que el Estado de empleo les otorgue “prioridad respecto de otros trabajadores que traten de lograr admisión en ese Estado, con sujeción a los acuerdos bilaterales y multilaterales aplicables”; los trabajadores itinerantes (art. 60); los trabajadores vinculados a un proyecto y los trabajadores con empleo concreto, excluidos de ciertos derechos de la parte IV tras proclamar con carácter general la titularidad de los mismos (arts. 61 y 62).

⁷² Como aludiendo en general a los derechos que “puedan corresponderles en virtud de su presencia y su trabajo en el territorio del Estado de empleo” y, en las más de las ocasiones, también expresamente a la compatibilidad. La más clara de todas, probablemente de innecesaria referencia, sea la propia reflejada en el art. 63 a los trabajadores por cuenta propia que “gozarán de los derechos reconocidos en la parte IV, salvo los que sean aplicables exclusivamente a los trabajadores que tienen contrato de trabajo”.

⁷³ Preámbulo que prosigue manifestando que estos trabajadores no documentados o en situación irregular “son empleados frecuentemente en condiciones de trabajo menos favorables que las de otros trabajadores y que para determinadas empresas ello constituye un aliciente para buscar ese tipo de mano de obra con el objeto de obtener los beneficios de una competencia desleal”.

⁷⁴ Así, las víctimas del “caporalato” son personas que se encuentran en una situación de “particular vulnerabilidad” en el plano económico-social: extranjeros, en general irregulares, o desocupados que tienen una necesidad extrema de trabajar. Giuliani, A. *I reati in materia di “caporalato”, intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova University Press, 2015, 18. En idéntico sentido se manifiesta que los “sujetos de mayor riesgo de esta exposición a este fenómeno son claramente los ciudadanos extracomunitarios, en particular los extranjeros privados de permiso de residencia y constreñidos a proteger su estado de clandestinidad” Grazia Vivarelli, M., “Il caporalato: problemi...”, epígrafe 1.

cuando las víctimas son extranjeros, el “chantaje existencial se extiende sobre la íntegra dimensión de la vida del trabajador, esto es, también a los momentos, pocos, de no trabajo, a los cuales no obstante también se extiende la explotación”. En el ejemplo traído del “caporalato” la vulnerabilidad “se ve de hecho ampliada a la precariedad y a la degradación de verse alojados en edificios, usualmente lugares propiedad de empleador y confiados a la gestión de los caporales”⁷⁵.

Y ello porque la “insuficiente consciencia de sus derechos y el riesgo de expulsión condicionan ambos, su reacción interna frente a decisiones injustas de su empleador y su tendencia externa a comunicar su real situación a las autoridades públicas”, al margen de ser objeto de sanción administrativa y, en no pocos ordenamientos, hasta penal. Situación que lleva a algunos autores a demandar lo que denominan un “institutional firewall” entre el obligado cumplimiento de la normativa sobre inmigración y la legislación laboral, cortafuegos que parece ser una realidad en algunos Estados⁷⁶. Un cortafuegos entre espacios públicos que resulta, a mi modo de ver, difícil de sostener porque ni el ordenamiento jurídico ni las instituciones públicas, en fiel observancia de aquél, pueden ni deben rehuir su responsabilidad de equilibrar los intereses en juego⁷⁷.

Este trabajador migrante irregular no se ve amparado en la normativa analizada por el principio de igualdad de trato. De ahí que su estatuto jurídico resulte particularmente heterogéneo pues, partiendo de aquellos derechos arraigados en su dignidad, depende en mayor y gran medida de la tutela estatal⁷⁸. Una

⁷⁵ Giuliani, A. *I reati in materia...*, p18.

⁷⁶ Clibborn, S., “Why undocumented immigrant workers should have workplace rights”, *The Economic and Labour Relations Review* 2015, Vol. 26(3), 466 y 470. Traducción libre.

⁷⁷ Tal y no otro es su propósito en todos los espacios normados. La aplicación del principio de legalidad conlleva precisamente, en todos los órdenes, un esfuerzo por efectuar una interpretación sistemática del conjunto de normas aplicables a una misma realidad, atendiendo a una prelación de intereses ajustada por el ordenamiento jurídico. El “que no sepa tu mano izquierda lo que hace la derecha” no es, en nuestra mera opinión, defendible. Así, la doctrina italiana, entre otras, apunta por el contrario la conveniencia de una coordinación de la acción administrativa superadora “de las actuales sectorializaciones en el desarrollo de la acción administrativa, favoreciendo lecturas y conocimientos basados en una aproximación multidisciplinar y sinérgica y en una articulación también territorial mayormente coordinada”. Grazia Vivarelli, M., “Il caporalato: problemi...”, epígrafe 5.

⁷⁸ Así se aprecia, a título de ejemplo, en el Convenio OIT núm. 118, en el cual “la proyección del principio de igualdad de trato entre trabajadores nacionales y migrantes se reconoce en relación a los inmigrantes en situación regular que consolidan sus derechos de seguridad social en el país de empleo, y la cobertura social a los trabajadores migrantes en situación irregular dependerá de la legislación nacional de cada país y de la propia extensión de su acción protectora”. Fernández Orrico, J., “Convenio sobre la igualdad de trato (seguridad social), 1962 (núm. 118)”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo* (ADAPT University Press), 2019, número especial de conmemoración del centenario de la OIT, ISSN 2282-2313, p. 959.

heterogeneidad diversa de la propia de la normativa interna de cada Estado, pues no coincide con ésta sino con segmentos de su regulación.

En efecto, la respuesta normativa estatal al fenómeno de la migración irregular y, en particular, la garantía de los derechos laborales, varía de forma relevante. En detalle, la doctrina ha apreciado una amplia variación desde Estados que claramente ignoran el problema, como Rusia, o explícitamente deniegan derechos a los inmigrantes ilegales, como Alemania y el Reino Unido, a otros que directamente les reconocen los más importantes derechos laborales, como España y Sudáfrica, pasando por estados intermedios de reconocimiento de ciertos derechos mediante el *case law*, como se manifiesta acaece en Estados Unidos y Canadá. Variación que, se afirma, ignora el daño para nuestras sociedades de una insuficiente protección de los trabajadores migrantes irregulares⁷⁹.

Heterogéneo, claro está, más allá, en primer lugar, del necesario denominador común de aquellos derechos directamente sustentados en la dignidad humana. Más allá en definitiva de los derechos humanos y del trabajo digno (*decent work*) como denominador común fácilmente identificable. Difícil es “poner puertas al campo” y precisar con exactitud el acervo jurídico necesario para amparar debidamente la dignidad humana. La referida CIPTM, cuya parte III establece los derechos de todo tipo de migrante, sin ánimo de exhaustividad, predicables también de sus familiares, habla de una serie de derechos reconducibles a esta categoría⁸⁰.

Respuesta heterogénea más allá, eso sí y en segundo lugar, de algunos otros derechos sí reconocidos en los textos internacionales a examen, cuando

⁷⁹ Daño que incluye “que ello recompense a una de las partes que incumple la legislación laboral mientras que castiga a la otra; que puede tener el efecto de incrementar el número de estos trabajadores migrantes indocumentados; que genera el riesgo de facilitar una tendencia a la baja de los estándares laborales; y el fracaso de la legislación en el cumplimiento de sus objetivos”. Clibborn, S., “Why undocumented immigrant...”, p. 466 y 468. En traducción libre que además sustituye las referencias a su legislación estatal por expresiones genéricas como hacer alusión a la “legislación estatal”. Existen un conjunto de referencias normativas de gran interés al efecto en nuestro país. Entre otras, las siguientes: los artículos 36.5, 12 y 14.3 LOE; el art. 42 Real Decreto 84/1996, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social (BOE, 27-II); y el Real Decreto 1041/2005, de 5 de septiembre, que modifica distintas disposiciones.

⁸⁰ Entre otros, de los siguientes: el derecho a salir libremente de cualquier Estado, incluido su Estado de origen, y de regresar y permanecer en este último (art. 8); el derecho a la vida (art. 9); la prohibición de la tortura y de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (art. 10) así como del trabajo forzoso u obligatorio, la esclavitud y la servidumbre (art. 11); el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 12); la libertad de expresión (art. 13); la prohibición de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia u otras comunicaciones o de ataques ilegales contra su honor y buen nombre (art. 14); la protección de sus propiedades (art. 15); el derecho a la libertad y la seguridad personales (art. 16); garantías

ratificados. En particular, los derechos nacidos de la prestación del trabajo realizado hasta la cesación de la prestación de servicios, como hemos visto.

Existirían en realidad tres compartimentos o categorías de derechos para estos trabajadores: humanos, arraigados en la dignidad de las personas, al margen de la nacionalidad; aquéllos ajenos a aquel espacio, que el Estado reconoce a los extranjeros en base a las normas de derecho internacional y tratados suscritos; y el tercero, igualmente ajeno al primero, pero reconocido por el Estado sin ser resultante de los anteriores compromisos contraídos sino nacido de la propia legislación estatal⁸¹.

La cuestión en este espacio concreto de la reflexión estriba en discriminar los que no constituyendo parte del primer compartimento sí son reconocidos por la legislación estatal o internacional ratificada.

El art. 9 C. 143 OIT establece así que “el trabajador migrante deberá, en los casos en que dicha legislación no haya sido respetada y en los que su situación no pueda regularizarse, disfrutar, tanto él como su familia, de igualdad de trato en lo concerniente a los derechos derivados de empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social y otros beneficios”. La R151 OIT concreta este acervo en sus artículos 34 y 8.3⁸². También reconoce el acceso a la tutela de estos

penales, procesales y penitenciarias (artículos 17, 18, 19 y 20, entre otros); en relación con el acto de expulsión (arts. 22 y 23), garantías sobre el acto de expulsión en las que, ampliadas para los trabajadores regulares, incurre nuevamente el art. 56 CIPTM; el derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate, no pudiendo negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo (art. 28); etcétera.

⁸¹ Cualificada doctrina afirma que en sintonía con nuestra doctrina constitucional existen tres compartimentos, excluyendo el tercero de los mentados, pero añadiendo los derechos reservados a los nacionales. Añadido que se da porque la clasificación no pivota como criterio en torno al trabajador irregular. Y advierte que en sustancia se trata de un criterio que «separa los derechos fundamentales de los derechos sociales». Gianni Loy, “Disparidad de trato y...”, epígrafe II. Entendimiento sólido del que me distancio no sólo por apreciar un cuarto compartimento, atendiendo a su criterio, sino también por la existencia de derechos sociales fundamentales.

⁸² En el primero se afirma que “todo trabajador inmigrante que se marche del país de empleo debería tener derecho, independientemente de que su estancia en el país haya sido legal o no” a: (a) toda remuneración pendiente por trabajos realizados, incluidas las indemnizaciones por terminación de contrato normalmente pagaderas; (b) a las prestaciones que se le debieren por concepto de accidente del trabajo o enfermedad profesional; (c) según la práctica nacional: (i) a una indemnización en concepto de vacaciones anuales devengadas pero no utilizadas; (ii) al reembolso de las cotizaciones de seguridad social que, de acuerdo con la legislación nacional o los acuerdos internacionales, no den ni hayan dado lugar a derechos en su favor, en la inteligencia de que, cuando las cotizaciones a la seguridad social no confieran derecho a prestaciones, se debería hacer todo lo posible por concluir acuerdos bilaterales y multilaterales para proteger los derechos de los trabajadores migrantes”.

derechos. Por su parte, el art. 8.3 reitera el 9 C143 y además añade “lo que se refiere a su sindicación y al ejercicio de los derechos sindicales”.

Las tres vertientes apreciables en la anterior legislación, individual, colectiva y de Seguridad Social, son aún más visibles en la estructura normativa y más detallada en contenido en los artículos 25, 26 y 27 CIPTM. Bien es cierto que en la primera y en la última, al prohibir expresamente un trato menos favorable que el de los nacionales, aquella aproximación de trato parece más clara, en tanto que en la dimensión colectiva ésta resulta más débil en su predicamento legal. A ello coadyuva, además, la coetánea legal admitiendo en el ejercicio de tales derechos “las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o el orden público o para proteger los derechos y libertades de los demás”. Sin llegar más lejos, parece que esta dimensión colectiva presenta claramente más limitaciones⁸³.

⁸³ Así, respecto de la primera, el art. 25 establece la prohibición de tratar a los trabajadores migrantes de forma menos favorable que los nacionales del Estado de empleo en lo tocante a: remuneración; otras condiciones de trabajo entre las que cita “horas extraordinarias, horario de trabajo, descanso semanal, vacaciones pagadas, seguridad, salud, fin de la relación de empleo y cualesquiera otras condiciones de trabajo que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, estén comprendidas en este término”; “otras condiciones de empleo, es decir, edad mínima de empleo, restricción del trabajo a domicilio y cualesquiera otros asuntos que, conforme a la legislación y la práctica nacionales, se consideren condiciones de empleo”. Estableciendo además que los “Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para asegurar que los trabajadores migratorios no sean privados de ninguno de los derechos derivados de este principio a causa de irregularidades en su permanencia o empleo. En particular, los empleadores no quedarán exentos de ninguna obligación jurídica ni contractual, ni sus obligaciones se verán limitadas en forma alguna a causa de cualquiera de esas irregularidades”. Por su parte, el art. 26 reconoce el derecho de los trabajadores migratorios y sus familiares a: participar “en las reuniones y actividades de los sindicatos o de cualesquiera otras asociaciones establecidas conforme a la ley, con miras a proteger sus intereses económicos, sociales, culturales y de otra índole, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente”; “afiliarse libremente a cualquier sindicato o a cualquiera de las asociaciones citadas, con sujeción solamente a las normas de la organización pertinente”; y “solicitar ayuda y asistencia de cualquier sindicato o de cualquiera de las asociaciones citadas”. Admitiendo solo en el ejercicio de tales derechos las limitaciones anteriormente señaladas. Por último, el art. 27 establece que “los trabajadores migratorios y sus familiares gozarán en el Estado de empleo, con respecto a la seguridad social, del mismo trato que los nacionales en la medida en que cumplan los requisitos previstos en la legislación aplicable de ese Estado o en los tratados bilaterales y multilaterales aplicables”. Si bien en su número 2 precisa que “cuando la legislación aplicable no permita que los trabajadores migratorios o sus familiares gocen de alguna prestación, el Estado de que se trate, sobre la base del trato otorgado a los nacionales que estuvieren en situación similar, considerará la posibilidad de reembolsarles el monto de las contribuciones que hubieren aportado en relación con esas prestaciones”.

5. REFLEXIONES PARA AVANZAR EN UN CAMINO DE MEJORA

Sin perjuicio de otras importantes propuestas, como considerar el valor inspirador del Derecho Europeo, en particular en relación con la coordinación de sistemas de Seguridad Social, para mejorar estas previsiones legales internacionales⁸⁴, precisadas de una mayor eficacia, barajamos personalmente las siguientes reflexiones.

Primera. Es evidente la trascendencia del sistema de ratificaciones en el derecho internacional. No obstante, establecer mecanismos que, como la DPDFT OIT de 1998, prescindan a ciertos niveles de estas ratificaciones es un camino a pensar, también para esta materia. Fortalecer la proyección de aquella DPDFT en este espacio puede ser una vía para ello.

Segunda. En el camino de mejora de las normas se ha de simplificar el entramado normativo y reflexionar en profundidad sobre la necesidad de equilibrar su contenido. Esto es, este derecho migratorio no puede ser en su mayoría sustantivo sino garantista, procedimental y procesal. Pensamos que no existe en puridad un estatuto jurídico sustantivo autónomo o propio del trabajador migrante, sino garantías o una especial tutela para el real y material disfrute de las condiciones de trabajo, empleo y vida legalmente establecidas. Esto es, del estatuto ordinario previamente diseñado en el derecho internacional -como mínimo- e interno. Como expresión, en su caso, de la garantía de igualdad de trato y oportunidades.

Tercera. El gran sujeto jurídico de esta normativa acaso haya de ser, además del Estado o una realidad regional, los “corredores por flujos migratorios”. Nos referimos, sin olvidar otros actores no públicos, a conjunto de países por los que los grandes flujos migratorios se desplazan internacionalmente y que han de tener unos normas exigibles y comunes. Y respecto de los cuales el rol (y consiguiente normativa a aplicar) de estos Estados, de estos eslabones, puede ser mixto, de destino para unos flujos y de tránsito para otros, por ejemplo. Para ello el derecho universal puede fijar unas bases, pero el derecho regional ha de jugar un importante papel y también, dado que su realidad geográfica regional no necesariamente se corresponde con esos corredores, los tratados bilaterales o multilaterales.

Más si consideramos, como advierte el punto 7 Preámbulo PGM, que éste no presenta carácter obligatorio y que su marco cooperativo se sustenta sobre los compromisos por los Estados, que por sí solos no pueden abordar la migración. Y defiende la soberanía de los Estados al tiempo que sus obligaciones en virtud del derecho internacional. Sin una expresión suficientemente identificativa, precisa y desarrollada de esta conveniencia, encontramos referencias legales expresivas de

⁸⁴ Servais, J.M., “International Labour Migration...”, pp. 40 y ss.

la misma, tales como el apartado 21 y Anexo de la R086, el apartado 36 DRM⁸⁵ y distintos apartados del más perfilado PGM.

Sobre este último, su capítulo dedicado a la “implementación”, punto 42, llama al fortalecimiento de la cooperación bilateral, regional y multilateral y a la revitalización del asociacionismo mundial con un espíritu solidario. Advierte también la conveniencia de fortalecer el compromiso de Naciones Unidas en la cooperación y asistencia Norte-Sur, Sur-Sur y triangular. Cooperación y

⁸⁵ En primer lugar, el apartado 21 la R086 invita a los EE.MM. a completar el C097 y las propias disposiciones que lo anteceden de su propio texto, mediante acuerdos bilaterales (existentes, por ejemplo, entre España y Ecuador). Es más, la propia Recomendación como Anexo un, así denominado, “Acuerdo-tipo sobre las migraciones temporales y permanentes de trabajadores, con inclusión de la migración de refugiados y personas desplazadas” diferenciando cláusulas relativas a las “migraciones permanentes” y otras referidas “únicamente a las migraciones de refugiados y de personas desplazadas”. Contempla este Anexo comprensivos también, que no sólo, condiciones de empleo, protección laboral y de Seguridad Social. Incluye aspectos tales como el intercambio de información entre los Estados y también al migrante, así como la asistencia al mismo; la evitación de la propaganda que induzca a error; la organización del reclutamiento, introducción y establecimiento; las condiciones de transporte, también de regreso; los gastos de alojamiento y manutención; la transferencia de fondos; la vigilancia de las condiciones de vida y trabajo (art. 15); principalmente referido a las migraciones permanentes, el acceso a los oficios y profesiones en igualdad de trato, dentro de los límites previstos por la legislación nacional (art. 18); el régimen de Seguridad Social bajo el principio de igualdad de trato incluyendo medidas para el adecuado mantenimiento de los derechos adquiridos y los derechos en curso de adquisición (art. 21); los contratos de trabajo en su forma y contenido (art. 22); y un largo etcétera. Contempla este Anexo también, que no sólo, condiciones de empleo, protección laboral y de Seguridad Social. Incluye aspectos tales como el intercambio de información entre los Estados y también al migrante, así como la asistencia al mismo; la evitación de la propaganda que induzca a error; la organización del reclutamiento, introducción y establecimiento; las condiciones de transporte, también de regreso; los gastos de alojamiento y manutención; la transferencia de fondos; la vigilancia de las condiciones de vida y trabajo (art. 15); principalmente referido a las migraciones permanentes, el acceso a los oficios y profesiones en igualdad de trato, dentro de los límites previstos por la legislación nacional (art. 18); el régimen de Seguridad Social bajo el principio de igualdad de trato incluyendo medidas para el adecuado mantenimiento de los derechos adquiridos y los derechos en curso de adquisición (art. 21); los contratos de trabajo en su forma y contenido (art. 22); y un largo etcétera. Importante es el llamamiento en su artículo 28 a convenir métodos de consulta y colaboración necesarios para cumplir las disposiciones del Acuerdo, incluyendo la solicitud de intervención de la Oficina de la OIT. El apartado 36 DRM se centra en la trata de personas y “toma nota” de iniciativas regionales en África, Asia Sudoriental y Europa, y afirma que se cuenta “según proceda, con las políticas nacionales y regionales de lucha contra” esta realidad. Y finaliza manifestando acoger “con satisfacción el fortalecimiento de la cooperación técnica en los planos regional y bilateral entre los países de origen, tránsito y destino para prevenir la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes y procesar a los tratantes y contrabandistas”.

coordinación, interna e internacional, son precisas para mejorar la situación de las migraciones⁸⁶, también laborales.

Estos corredores pueden además variar con el tiempo, pero ello sólo debiera implicar cambios en las bases de esta normativa no a nivel universal y tampoco probablemente en los sistemas regionales sino la negociación y firma de nuevos tratados internacionales con el bagaje de lo aprendido. El contagio de unos tratados multilaterales a otros ofrece posiblemente un camino en la compartición de buenas prácticas.

Cuarto. Por último, es necesario avanzar y concretar un estatuto jurídico universal del trabajador sea un compendio de derechos humanos laborales, un “trabajo decente” bien perfilado o, lo deseable por su carácter más sustantivo frente a éste, la más novedosa *Garantía Laboral Universal*. Una “mochila” de derechos -y obligaciones resultantes- que determine que, siendo la persona migrante, una parte importante de su estatuto jurídico no “migra”. Permanece. Es un común denominador (más allá de su intensidad) deseablemente universal.

⁸⁶Claude Wild, “Posibles consecuencias de...”, p. 7.

INDUSTRIA 4.0 Y MODELO PARTICIPATIVO: ¿DIÁLOGO SOCIAL VS DIÁLOGO CIVIL? LAS REPERCUSIONES SOBRE EL SISTEMA DE RELACIONES INDUSTRIALES ITALIANO*

LUCIANA GUAGLIANONE

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de Derecho Sindical

Universidad de Brescia

EXTRACTO

Palabras Clave: diálogo social; modelos participativos; Industria 4.0

El presente estudio pretende examinar el modelo participativo propuesto por los organismos europeos (Comisión y el Comité) dentro del diálogo social. Así como evaluar si la apertura, incluso, a la sociedad civil como sujeto activo de la gobernanza, tal y como propone la Comisión (COM (2017) 479 final), implica una ruptura del modelo tradicional que siempre ha diferenciado entre diálogo social y diálogo civil (2014/C 458/01). Y, en el caso de respuesta positiva, cuáles podrían ser sus consecuencias.

La última parte del trabajo estará dedicada a investigar si el renovado apoyo de la Unión Europea hacia modelos participativos dirigidos a una gestión unitaria de los procesos de cambio, determinados por la introducción de nuevas tecnologías, ha influido, en particular, en el modelo italiano de relaciones industriales, históricamente caracterizado por una débil intensidad participativa. El objetivo último es reflexionar sobre las consecuencias que conllevaría la pérdida del papel de las organizaciones sindicales como únicos sujetos colectivos en la gobernanza de las innovaciones tecnológicas.

ABSTRACT

Key words: social dialogue; participatory models; Industry 4.0

The paper aims to examine the participatory model proposed by the European bodies (Commission and Committee) within the social dialogue. It also seeks to assess whether opening up to civil society as an active subject of governance, as proposed by the Commission (COM (2017) 479 final), implies a break with the traditional model which has always differentiated between social dialogue and civil dialogue (2014/C 458/01). And, in the event of a positive response, what the consequences might be.

The last part of the paper will be devoted to investigating whether the renewed support of the European Union for participatory models aimed at a unitary management of the processes of change, determined by the introduction of new technologies, has influenced, in particular, the Italian model of industrial relations, historically characterised by a weak participatory intensity. The ultimate objective is to reflect on the consequences of the loss of the role of trade unions as the only collective subjects in the governance of technological innovations.

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación "Digitalización y Trabajo: el impacto de la economía 4.0 sobre el empleo, las relaciones laborales y la protección social", DER2017-82444-R, financiado por el MINECO. El artículo reproduce el texto del paper presentado al Congreso Internacional "Work innovation, are we ready" (Oporto 19-20 septiembre 2019) acompañado con notas.

ÍNDICE

1. LA INCERTIDUMBRE COMO SEGURIDAD
2. DIÁLOGO SOCIAL EUROPEO E INDUSTRIA 4.0: ¿CUÁL ES EL MODELO QUE SE PROPONE?
3. DIÁLOGO SOCIAL VS. DIÁLOGO CIVIL
 - 3.1. Las motivaciones de la elección
 - 3.1.1. Las necesidades racionales
 - 3.1.2. La crisis de las partes sociales
4. FOCUS SOBRE ITALIA: LOS INTERLOCUTORES
5. INDUSTRIA 4.0 Y PARTICIPACIÓN: EL MODELO ITALIANO
 - 5.1. Industria 4.0: participación y incentivos económicos
 - 5.2. Participación e Industria 4.0
6. INDUSTRIA 4.0 Y PARTICIPACIÓN: LA RESPUESTA DE LAS PARTES SOCIALES

1. LA INCERTIDUMBRE COMO SEGURIDAD

La digitalización se plantea como un proceso social en construcción cuyos límites aún deben ser plenamente explorados y al cual se conectan múltiples interrogantes que se refieren tanto a los aspectos individuales como a la gestión colectiva del proceso de cambio.

Por lo que respecta al empleo, uno de los escenarios más probables es la tendencia a la polarización del mercado: se perderán puestos de trabajo de gama intermedia y crecerán aquellos que impliquen actividades de baja o alta profesionalidad. Además, los puestos de trabajo perdidos no serán reemplazados con actividades laborales similares sino con otras que requieren diferentes competencias laborales. Si este fenómeno implica un aumento o una pérdida de puestos de trabajo es un dato del todo incierto, visto, entre otras cosas, que las variables dependen de manera consistente de cómo el tránsito sea gestionado¹. El saldo de empleo será, por lo tanto, también el resultado de la interacción de varios elementos, algunos de carácter económico, pero otros vinculados a opciones organizativas, formativas y de programación².

Si la incertidumbre es la consecuencia racional de lo que ya está sucediendo o podría ocurrir a corto plazo, el miedo al futuro es el sentimiento que invade a la mayor parte de los trabajadores, siendo la percepción del riesgo de desempleo

¹ En Italia, como en otros lugares, los datos disponibles relativos a los efectos de la digitalización en el trabajo y en las relaciones laborales son poco precisos. El número de empleos perdidos y lo de los transformados escapa a estadísticas; también la cuantificación del empleo digitalizado se hace difícil debido al carácter multiforme del objeto que se quiere investigar. Sobre el particular, CB Frey, MA Osborne, *The future of employment: How susceptible are jobs to computerisation?*, *Technological forecasting and social change*, 2017, pgs. 254 ss.

² J. Cruz Villalón, *Le trasformazioni delle relazioni industriali di fronte alla digitalizzazione dell'economia*, *Giornale di Diritto del lavoro e relazioni industriali*, 2018, pgs. 463 ss.

muy fuerte. La tecnología, sin embargo, asusta cuando se corre el peligro de convertirse en víctima, pero también atrae cuando eres usuario. Al tecnopesimismo relacionado con la situación laboral se une, por consiguiente, una sociedad y una economía cada vez más digitalizada y una conciencia generalizada de la utilidad que tiene, también para el trabajo, la automatización y la tecnología. La realidad nos muestra, en fin, un fenómeno socialmente muy complejo y el dato es confirmado por los resultados de una encuesta realizada en el 2018 por la CES³ y realizado entre grupos de sindicalistas y trabajadores de las plataformas digitales. La mayor parte de las modificaciones derivadas de procesos de digitalización (por ejemplo, repercusiones sobre los puestos y sobre la jornada de trabajo) suscitan simultáneamente temores y expectativas. Hay plena conciencia de la interconexión entre oportunidades y riesgos, pero son desconocidas, por ahora, todas las implicaciones que comportarán⁴.

Surge, en este momento, la pregunta sobre el papel que tendrán los interlocutores sociales. Si la digitalización, no sólo representa un cambio tecnológico sino que es un proceso de desarrollo que condiciona los modelos empresariales y todo el contexto en el cual las empresas actualmente operan y moldean la relación entre trabajo y la sociedad, se necesita que los nuevos modelos organizativos y productivos se enfoquen en un sentido más participativo. Éste, por otra parte, parece ser el enfoque dado por los organismos europeos, pero queda por comprobar si este recorrido es compartido por los gobiernos nacionales y por las partes sociales.

2. DIÁLOGO SOCIAL EUROPEO E INDUSTRIA 4.0: ¿CUÁL ES EL MODELO QUE SE PROPONE?

Hablar de las modificaciones relacionadas con Industria 4.0 como de un proceso nos impulsa a hablar de *governance*.

Lo primero a destacar es que la Comisión es consciente de que el proceso de cambio debe de ser gobernado (también) en forma participativa. La recordada atención hacia modelos de gestión del cambio, en algún modo compartidos, pasa por una revitalización del diálogo social. Elección que va en línea con el renovado interés respecto de esta figura, expresado por la Comisión en 2015⁵ y que ha

³ E.Voss, H.Riede, Digitalisation and workers participation: what trade unions, company level workers and online platform workers in Europe think, ETUC, 2018.

⁴ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo 2016/C/2016/24

⁵ Señalan la revitalización del diálogo social europeo, R.Nunin Il dialogo sociale europeo. Uno sguardo al passato ed uno al futuro, Variazioni sui temi del Diritto del Lavoro, 2017, pgs.590 ss.; M Espin, , Una normativa europea marco de derechos básicos para todas las formas de empleo: el diálogo social como herramienta imprescindible de diagnóstico y propuesta, en AA.VV, Impresa

encontrado en 2017 confirmación definitiva con la aprobación del Pilar europeo de derechos sociales.

Se remonta al año 2016 la invitación de la Comisión (COM (2016)180 final)⁶, que inmediatamente ha encontrado el favor de las partes sociales, a incluir el mercado único digital entre las temáticas fundamentales del propio diálogo social. Cuál es el enlace entre mercado digital e la Industria 4.0 queda claro en el dictamen emitido por el Comité Económico y Social Europeo (2016/C 389/07)” Industria 4.0. y digitalización”. Pues en él se pone de relieve que son fenómenos que condicionan profundamente los modelos de empresa y los contextos en los cuales las empresas operan. Las decisiones adoptadas por la Comisión, referidas a los fenómenos de digitalización, afectarán, por lo tanto, también las modificaciones derivadas de la Industria 4.0.

Si el reconocimiento de la necesidad de involucrar a los interlocutores sociales en el proceso de governance de las modificaciones digitales es positivo, la idea de diálogo social que se propone es a menudo criticada por los interlocutores sociales dado que no diferencia entre el diálogo social bilateral y el trilateral, al ponerles en el mismo plano⁷. El Comité desea que el proceso de digitalización y el desarrollo del modelo de la Industria 4.0. se realice en estrecha colaboración entre todas las partes públicas y privadas y subraya la necesidad de que exista un diálogo constructivo entre los agentes sociales, los Estados miembros y la UE a fin de estudiar las consecuencias que tiene en el mercado del trabajo y los ajustes que deban de realizarse en el Derecho del trabajo. Los sindicatos y las empresas, continúa el documento europeo, deben afrontar los mismos desafíos. Se propone, por lo tanto, un modelo de relaciones colectivas colaborativo y la colaboración se convierte en elemento indispensable para combatir y gestionar las repercusiones que el modelo de la Industria 4.0. tendrá en el mercado y en la organización del trabajo. El instrumento participativo creado por la Comisión, es un organismo muy burocrático, una “Mesa redonda”, cuyo papel es proporcionar una respuesta sobre las iniciativas y las acciones de la Comisión, así como servir de plataforma de asesoramiento para la aplicación de las políticas industriales a varios niveles. En ella, apartándose del modelo tradicional, participarán no solo los representantes de las autoridades nacionales, regionales y locales de la industria y de las

lavoro e non lavoro nell’economia digitale(M.Barbera, C.Alessi, L.Guaglianone directoras), Caccucci, 2019,pgs.613 ss.

⁶ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Industria 4.0 y transformación digital: camino a seguir» [COM(2016) 180 final

⁷ Sobre el particular, M.Peruzzi, L’autonomia nel dialogo sociale europeo, Lavoro e Diritto,2010, pgs.669 ss.

partes sociales, sino también los representantes de la sociedad civil. [v. siempre (COM (2016)180 final]

Queda claro como la mezcla entre partes sociales y sociedad civil produce una ruptura con el modelo tradicional que, como ya dicho, no excluye una colaboración entre organizaciones sindicales y la sociedad civil pero siempre diferenciando entre diálogo social y diálogo civil (2014/C 458/01).

3. DIÁLOGO SOCIAL VS. DIÁLOGO CIVIL

Algo cambió en 2017. La Comisión presentó, a instancias del Consejo, un nuevo documento en el cual articula su idea sobre cómo debe desarrollarse una política industrial renovada (COM (2017) 479 final)⁸. Abandonada la mera visión economicista y funcionalista, la Comisión, con referencia explícita a los principios contenidos en el Pilar europeo de derechos sociales asume un enfoque cuidadoso, no sólo por las repercusiones sociales, sino incluso por las capacidades psicológicas que deben de ser desarrolladas para que “los ciudadanos” vean los cambios tecnológicos como oportunidades. La nueva visión influye en la amplitud del partenariado (de los integrantes) que está llamado a interactuar. La “Mesa redonda” se enriquece de integrantes englobando a representantes de las autoridades nacionales, regionales y locales, de la industria, de las partes sociales y de la sociedad civil. Se produce, de este modo, una ruptura con el modelo tradicional que -aunque no excluye una colaboración entre organizaciones sindicales y organizaciones y asociaciones de la sociedad civil- siempre ha diferenciado entre diálogo social y diálogo civil (2014/C 458/01)⁹. Las motivaciones de esta opción, que parece implicar una superación de la frontera entre el diálogo social y diálogo civil, son complejas y múltiples. Uno de los recorridos interpretativos es la necesidad de recrear un relato positivo de la Unión¹⁰. El avance de los nacionalismos y de los movimientos populistas es visto como una reacción al abandono de Europa de un modelo social, ya que la pertenencia a la Unión parece engendrar sólo obligaciones y pobreza. A esta general percepción, se suma una específica inseguridad y un fuerte malestar determinado por la incertidumbre económica vinculada, también, a la introducción de modelos productivos de la Industria 4.0 y a la falta de protección dispensada por Europa. Se habla, a este respecto, de ansiedad tecnológica que causa temores cuyo remedio individualista

⁸ Com(2017) 479 Final “Invertir en una industria inteligente, innovadora y sostenible. Estrategia renovada de política industrial de la UE”

⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «La estructura y organización del diálogo social en el contexto de una auténtica Unión Económica y Monetaria» (UEM) 2014/C 458/01”

¹⁰ Resolución CES 2017

es la adhesión a los movimientos nacionalistas y proteccionistas. La valorización del diálogo civil- método, por otra parte, previsto en el art. 11 del TUE- se centra, por lo tanto, en recuperar la confianza de los ciudadanos.

3.1. Las motivaciones de la elección

3.1.1. Las necesidades racionales

Queda por evaluar si la ampliación del partenariado a la sociedad civil implica, realmente, la superación de la frontera entre diálogo social y diálogo civil.

En primer lugar, parecería que no, ya que el organismo constituido (“Mesa redonda”) sólo tiene poderes consultivos debiendo “proporcionar una respuesta sobre las iniciativas y las acciones de la Comisión y servir de plataforma de asesoramiento sobre la aplicación de las políticas industriales a varios niveles”. La atribución de derechos de consulta tanto a los interlocutores sociales como a la sociedad civil, además, no es indicio de una mezcla de los roles de los dos grupos de interés. Por ejemplo, no hay ninguna invasión de las competencias específicas atribuidas al diálogo social; en particular, el poder de negociación se ha dejado a las organizaciones empresariales y a las asociaciones sindicales.

Por último, la apertura al diálogo civil es una metodología patrocinada por el propio Pilar social, que ha previsto la participación de organizaciones portadoras de intereses colectivos y próximas a la realidad de las variadas sociedades europeas¹¹.

La inclusión en el partenariado de sujetos colectivos, entre ellos diferenciados por competencias y roles, parece, por consiguiente, una elección determinada por la racionalidad y la eficiencia. Se necesita, lo recuerda la misma Comisión (COM (2017) 479 final), “aunar fuerzas a favor de una estrategia global y holística para la competitividad industrial”. Cada uno, según sus competencias, debe colaborar dentro de lo definido, siempre por la propia Comisión, como diálogo global. Ni diálogo social ni civil, sino algo distinto: casi un intento de proponer una modalidad de agregación en la que todas las partes interesadas se vean reflejadas y en la que todas se sientan representadas.

Abrir la discusión no sólo con los interlocutores sociales, responde, efectivamente, a una necesidad determinada también por las tipologías de innovaciones que están vinculadas a la digitalización. Las modificaciones impuestas por los

¹¹ Sobre el particular F.Guarriello, *Il Pilastro europeo e la riscoperta del ruolo delle parti sociali*, publicado en AA.VV., (G. Bronzini director), *Verso un pilastro sociale europeo*, Fondazione Lelio e Lisli Basso, 2018, pgs. 57 ss.

procesos de automatización y digitalización, observa Gosetti¹², implican que la sociedad entra en los lugares de trabajo. Mientras que la organización del trabajo, que está asumiendo cada vez más la lógica de la cadena distribuida en red, dibuja una cadena global del valor que incluye territorios y vida de las personas.

3.1.2. La crisis de las partes sociales

La elección de la Comisión de abrir el partenariado de la gobernanza a la sociedad civil, también, se puede interpretar como un intento de agregar a las partes sociales, que actualmente sufren un momento de debilidad, otros sujetos colectivos representativos. La reducción/eliminación de la libertad de los gobiernos de regular determinados mercados nacionales, como el del trabajo, en forma no del todo autónoma, ha determinado un fuerte debilitamiento del sistema de relaciones industriales. La escalada de la crisis ha afectado, especialmente, a los países donde está/estaba muy presente un diálogo social tripartido (por usar la terminología europea), en los casos en que los gobiernos han emprendido reformas de manera totalmente unilateral.

Además, como, por ejemplo, ha ocurrido en Italia, el papel de las organizaciones sindicales también fue deslegitimado debido al desinterés mostrado por parte de los gobiernos nacionales que han ejercido directamente iniciativas propias de las competencias sindicales. La falta de reconocimiento de las partes sociales como interlocutores en la negociación ha causado su marginación como sujetos sociopolíticos con el riesgo, muy real, de una pérdida de su rol en favor de movimientos independientes o de fenómenos de participación directa.

Emblemático de la crisis de los agentes sociales como únicos titulares del poder de representación de los intereses colectivos es el papel que la Comisión les reserva en este específico proceso de innovación, pues no las anula pero tampoco las privilegia como interlocutores. Así, el interés europeo hacia la revitalización del diálogo social no se ha llevado hasta la explícita inclusión, entre las materias objeto de los derechos de información y consulta de naturaleza legal, de los procedimientos relacionados con las modificaciones laborales relacionadas/motivadas por transformaciones productivas imputables a los procesos de la Industria 4.0.

Lo dicho en relación a la crisis de las organizaciones sindicales, sin embargo, debe ser más profundizado sobre la base de los resultados de la encuesta encargada por la CES dirigida a los trabajadores de las plataformas cuyo objetivo era

¹²G.Gosetti, *La digitalizzazione del lavoro. Questioni aperte e domande di ricerca sulla transizione*, Economia e società regionale, 2019, pgs.91 ss.

comprobar su interés respecto de las organizaciones sindicales¹³. Los resultados sorprenden. Contrariamente a las previsiones el 80% de los encuestados está convencido de que la presencia de las organizaciones sindicales es necesaria y que las acciones colectivas organizadas por el sindicato son eficaces. Parece, en consecuencia, que si las formas del trabajo han cambiado no lo ha hecho la necesidad de protección ni la identificación de los sujetos colectivos sindicales como portadores de esta capacidad.

La pregunta no es, pues, si con o sin sindicato sino qué características debe tener éste para expresar la voz y defender los intereses de los actuales polimorfos trabajadores. También cabe preguntarse cuál puede ser el nivel de negociación más adecuado para construir una completa red de soporte y de seguridad.

Por lo tanto, la recuperación del papel de las organizaciones sindicales pasa, necesariamente, por la modificación/integración de los tradicionales modelos de sindicalismo. Las organizaciones sindicales, continúa la encuesta del CES, para responder a las nuevas necesidades, no sólo deben apoderarse de nuevas competencias, sino también reforzar la intensidad de su participación en las decisiones empresariales. Una técnica que los trabajadores afectados consideran idónea para contrarrestar la regulación unilateral de las relaciones de trabajo. Se perfila, así, una sintonía entre la trayectoria prefigurada a nivel europeo y las necesidades expresadas por los trabajadores encuestados que lleva hacia dinámicas de relaciones industriales menos conflictivas y más participativas.

Por otra parte, también a nivel europeo, la renovada atención hacia un enfoque “social”, que culminó en la aprobación del Pilar de los derechos sociales europeos y en la promoción del diálogo social como eje fundamental para el fortalecimiento de los derechos, es vista como un antídoto a la pérdida de centralidad de las organizaciones sindicales. Y es el mismo documento europeo que, de manera explícita, reconoce el papel crucial que las partes sociales ejercen a través de la negociación y de la acción colectiva (v. punto 20)

4. FOCUS SOBRE ITALIA: LOS INTERLOCUTORES

El análisis y las reflexiones hechas valen, a grandes rasgos, para la mayor parte de los países de la Unión, aunque, indudablemente, hay particularidades

¹³ E.Voss, H.Riede, Digitalisation and workers participation: what trade unions, company level workers op.cit..pgs.10ss.

relacionadas con las distintas situaciones, tanto económicas como en materia de relaciones industriales¹⁴.

El caso italiano, por ejemplo, presenta algunas anomalías. El número de trabajadores afiliados a las organizaciones sindicales no ha disminuido y, al contrario, en los últimos tiempos, parece que el nivel de confianza ha aumentado. Además, nunca se ha puesto en tela de juicio el papel de la negociación colectiva y la actividad negociadora, especialmente a nivel descentralizado, se ha incrementado.

La presencia de estos dos índices positivos, imputables en gran medida al sistema voluntario de nuestras relaciones industriales (véase, con detalle, apart.6), hace que no se pueda hablar, en sentido técnico, de crisis de nuestras relaciones industriales. Cuestión distinta, sin embargo, es reflexionar sobre el poder de influencia que las organizaciones sindicales tienen y en especial en su rol de sujetos sociopolíticos. Esto nos lleva a hablar de modelos y de cómo éstos deben adaptarse a la modificación del trabajo, estrechamente dependientes del contexto histórico y de la organización del trabajo en la que se desarrollan. En particular, la pregunta que mueve estas reflexiones es si (y cómo) las relaciones industriales italianas han decidido transitar desde un modelo, tradicionalmente definible como conflictivo, a uno más participativo, siguiendo la línea propuesta a nivel europeo.

Hasta hace poco tiempo, la diferencia de opiniones entre las principales organizaciones sindicales, en particular, la oposición manifestada por la CGIL¹⁵, no había permitido una apertura hacia un modelo de relaciones industriales más participativo. Ahora bien, se trata de una actitud que, en los últimos años, se ha modificado. Así, en el documento que han firmado las más importantes confederaciones sindicales italianas (CGIL-CISL-UIL) en el año 2016¹⁶, se reconoce la importancia de un enfoque más participativo e integrador de las relaciones industriales. No sólo, pero la inclusividad y la participación se consideran fundamentales para reforzar la capacidad de las partes sociales de representar a los trabajadores en situaciones laborales que, desde hace años, se están transformando profundamente. Por otra parte, la alternativa a esta modificación es la marginación de la capacidad/posibilidad del sindicato de contribuir a la regulación bilateral de las relaciones industriales.

¹⁴En Italia la expresión relaciones industriales indica las relaciones entre las partes sociales y los métodos de regulación del conflicto industrial .

¹⁵Es el sindicato italiano , se podría decir, más de izquierda

¹⁶CGIL-CISL-UIL”Un moderno sistema di relazioni industriali”, 2016.

La participación en la *governance* se convierte, así, en un área de intervención fundamental. Explícita es la referencia al art. 46 de la Constitución italiana, pues la estrategia planificada se propone como una forma de aplicación del precepto constitucional: lo nuevo es, pues, la recuperación de un antiguo esquema constitucional.

El fuerte impulso hacia el cambio de las organizaciones sindicales se debe, como he dicho, a la llegada de las modificaciones productivas y las nuevas tecnologías. Por lo tanto, las consecuencias de los cambios organizativos y productivos han actuado, también en Italia, como estímulos para el cambio de las dinámicas organizativas de las organizaciones sindicales, confirmando así, si fuera necesario, la estrecha relación entre economía, trabajo y sociedad.

La participación, como clave de bóveda de las nuevas relaciones industriales y como instrumento importante para la valorización de formas de participación en los procesos de definición de las orientaciones estratégicas de la empresa, encuentra una expresa consagración en 2018. Las organizaciones sindicales (CGIL-CISL-UIL) suscriben, junto con Confindustria¹⁷, un documento en el que identifican la participación como uno de sus objetivos centrales¹⁸. Esta elección compartida, se destaca, no sólo por todas las organizaciones sindicales confederales sino también por Confindustria, ilustra la superación del tradicional modelo conflictivo y es un claro indicio de una apertura histórica hacia el modelo participativo¹⁹.

La conciencia de la necesidad de declinar juntos participación e innovación es, pues, un logro consolidado. Ahora bien, es necesario dar una aplicación efectiva a este nuevo diseño participativo

Según los resultados de la encuesta realizada por la CES, la falta de conocimiento por parte de las organizaciones sindicales de las políticas públicas en materia de digitalización y de sus efectos en el mundo del trabajo, así como la escasa participación en la agenda digital nacional y en programas similares, constituyen uno de los puntos débiles del sindicato italiano y un límite a la eficacia de su acción²⁰. El retraso por parte de la acción sindical puede incidir en el avance de

¹⁷ Confindustria (Confederación General de la Industria Italiana) es la principal organización representativa de las empresas manufactureras y de servicios italianas y agrupa las empresas de forma voluntaria

¹⁸ CGIL-CISL-UIL-Confindustria "Contenuti ed indirizzi delle relazioni industriali e della contrattazione collettiva", 2018 . En particular F.Liso, Qualche erratica considerazione sul recente accordo interconfederale Confindustria,Cgil, Cisl, Uil del 9 marzo 2018, www.bollettinoadapt.it

¹⁹ Eurofound, Measuring varieties of industrial relations in Europe: A quantitative analysis, <https://www.eurofound.europa.eu> , 2018, pgs.49 ss.

²⁰ E.Voss, H.Riede, Digitalisation and workers participation: what trade unions, company level workers op.cit..pgs.15 ss.

la falta de intermediación y en el incremento de la participación directa, ya muy presente en empresas de fuerte impacto tecnológico.

5. INDUSTRIA 4.0 Y PARTICIPACIÓN: EL MODELO ITALIANO.

El interés por parte de los Gobiernos italianos que se han sucedido en los últimos años respecto de las diferentes tipologías participativas se ha diferenciado en función de los objetivos que se querían alcanzar. Muy acertada, a este respecto, se confirma la reflexión de Treu²¹ sobre la incidencia que tiene el modelo productivo en la intensidad del modelo participativo: mínima en la economía fordista, elevada en la presencia de modelos productivos innovadores.

Sentada esta premisa, la relación entre participación e innovación tecnológica puede ser analizada desde dos diferentes perspectivas.

La primera nos es ofrecida por medidas legislativas no expresamente pensadas para las modificaciones productivas conectadas a la Industria 4.0., pero que, de hecho, hacen referencia a ellas, porque tienen el objetivo de promover cambios organizativos.

La segunda perspectiva, en cambio, es proporcionada por las disposiciones expresamente pensadas para la planificación, a nivel nacional, de las estrategias de la Industria 4.0.

5.1. Industria 4.0: participación y incentivos económicos

La actitud favorable de las partes sociales hacia un modelo participativo de relaciones industriales sería la premisa para su implicación en la gestión de fenómenos relacionados con la Industria 4.0. Pero, no obstante, la disponibilidad de las organizaciones sindicales y las asociaciones empresariales debe tener en cuenta opciones de política gubernamental contradictorias.

A nivel nacional, no sólo las formas participativas más intensas sino también el diálogo social tripartito han sido del todo marginadas con el objetivo de renovar, aunque es más realista decir, eliminar, la confrontación con los interlocutores sociales²².

²¹ T. Treu, *Partecipazione dei lavoratori alla gestione delle imprese*, www.treccani.it, 2017

²² Colombo S., Regalia I., *Changing joint regulation and labour market policy Italy during the crisis: on the edge of a paradigm shift?*, *European Journal of Industrial Relations*, 2016, 295 ss.

La promoción del diálogo social y la participación pasan, por el contrario, por el cauce de la negociación descentralizada.

Desde el año 2015, la suscripción de acuerdos cuyo objeto son los incentivos de productividad y la protección social en el ámbito de empresa se ha fomentado, aunque en forma indirecta, mediante la previsión de beneficios fiscales (v. art. 1 c. 182-186 L.28/12/2015 n. 208) La participación, a su vez, encuentra en las técnicas económicas un instrumento de apoyo: la suscripción de acuerdos en materia de productividad da derecho a bonificaciones fiscales y contributivas (v. art. 2 c. 189 L.28/12/2015 n. 208)²³.

Tanto el apoyo al diálogo social como la participación se articulan, por lo tanto, por medio de beneficios económicos, si bien la intensidad del beneficio varía, sin embargo, en relación con la técnica elegida. El beneficio económico será menor si los negociadores son las partes sociales (art.1 c. 182 -188 L.28 de diciembre de 2015 n. 208), mientras que aumentará en el caso de que las empresas involucren a los trabajadores en la organización del trabajo (art.1 c. 189 L.28 de diciembre de 2015 n. 208).

La lectura de estas disposiciones lleva a dos conclusiones.

La preferencia del legislador es hacia un modelo participativo que no premie la actividad de negociación realizada por las partes sociales sino que favorezca la participación directa de los trabajadores. Los sujetos colectivos identificados por la norma como negociadores son los trabajadores y los beneficios económicos surgen sólo por el solo hecho de que se alcance un acuerdo, independientemente de su naturaleza sindical o de la ausencia de ella. La identificación de los sujetos de negociación hace que el modelo se decante hacia un posible sistema convencional. Se abre así la puerta a formas de participación directa, ratificando, e incluso favoreciendo, quizá por primera vez, la tendencia a la alternativa a la intermediación sindical que, especialmente en empresas cuyos empleados tienen una alta profesionalidad, comienza a estar bastante presente²⁴.

La consideración, en realidad, puede no afectar sólo esta tipología de trabajadores y puede no ser localizada únicamente en Italia. Las transformaciones de las empresas en un sentido tecnológico, dando a los trabajadores una fuerte

²³ En caso de que sean suscritos acuerdos empresariales que prevean concesión de premios de resultados relacionados con incrementos de productividad, rentabilidad, eficiencia y innovación están previstos beneficios fiscales para las sumas conseguidas

²⁴ B. Caruso B., *La rappresentanza delle organizzazioni di interessi tra disintermediazione e reintermediazione*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona “IT-326/2017, 2018, pgs.1 ss. A. Di Nunzio *Il lavoro informatico: individualizzazione, flessibilità e azione sindacale nelle professioni qualificate dell’economia digitale*, Sociologia del lavoro, 2018, pgs. 117 ss.

percepción del riesgo de perder su empleo, acercan una parte de sus intereses a los empresariales y la participación organizativa reconoce esta realidad.

Por lo demás, de esta situación es consciente el Parlamento Europeo que, en una reciente Resolución (2018/2053(INI)) patrocina la participación financiera de los trabajadores, también en forma de la participación a los útiles económicos de las empresas, como medio para “mejorar el rendimiento de la organización y la calidad de la vida laboral de los trabajadores, y como instrumento para la innovación en el lugar de trabajo con el fin de promover un sentimiento de responsabilización, mejorar el flujo de información en la empresa y generar una mayor confianza entre empleadores y trabajadores”.

La segunda conclusión se refiere a la tipología de participación que el legislador quiere promover. La norma legal favorece, explícitamente, sólo la participación organizativa (art. 1 c. 189 L. 28 de diciembre de 2015 n. 208), menos intensa que la participación en la governance, tipología que las partes sociales, en el documento de 2018, se mostraron interesadas en promover.

Sin embargo, la apertura de las partes sociales respecto de un modelo participativo más intenso no ha influido en la elección del legislador. Mientras que, progresivamente, se ha ajustado el importe de las deducciones y el techo de la cantidad deducible; desde el año 2015, no ha habido cambios en la referencia a la tipología de participación que se solicite para disfrutar los beneficios.

5.2. Participación e Industria 4.0.

¿Pero cuál es el tipo de participación que específicamente se tiene en mente cuando se habla de planificar a nivel nacional las estrategias de la Industria 4.0?

De los documentos europeos emerge, de manera clara, la necesidad de prefigurar una estructura de gobierno de las transformaciones relacionadas con la Industria 4.0 a través de una participación mixta, pública y privada. Circunstancia que, junto con la tendencia expresada por los interlocutores sociales hacia estrategias de desarrollo industrial de gestión compartidas, podría provocar una situación, teóricamente ideal, para experimentar formas de participación en la governance.

El tiempo de la concertación en Italia, sin embargo, parece definitivamente concluso. Aunque la situación actual de incertidumbre económica y de transformaciones sociales tiene muchas similitudes con la existente a finales de los años setenta, las circunstancias políticas han cambiado mucho. Como nos recuerda

Zoppoli²⁵, esta diferencia impide que se imagine un nuevo compromiso social, a pesar que desde ciertos sujetos evidencien la necesidad de gestionar el fenómeno del cambio tecnológico, no aceptando pasivamente las consecuencias sino interviniendo con un nuevo pacto social. Pacto social en que no sólo las partes sociales sino también el Estado y las Administraciones autonómicas y territoriales como las organizaciones sindicales y empresariales territoriales interactúen.

La interacción entre Estado y territorio es la vía seguida por el Gobierno italiano para gestionar la gobernanza del Plan Industria 4.0 (estrategia introducida en 2016 por el Gobierno Renzi con el fin de incorporar una serie de medidas destinadas a hacer a las empresas más innovadoras y competitivas)²⁶ que ha creado un Consejo rector de composición mixta y con poderes consultivos que debería guiar la aplicación del Plan Industria 4.0. El Estado, los representantes de las Regiones, las Universidades, los centros de investigación y las partes sociales son los distintos componentes y operan en un plano de igualdad.

De hecho, sin embargo, en los últimos dos años, el Consejo rector nunca ha sido convocado a causa de la falta de predisposición, en particular del último Gobierno, respecto de las gestiones compartidas. El enfoque italiano se limita, por tanto, a un compromiso financiero que opera a través de incentivos automáticos u otras intervenciones que incluyen, entre otras, financiación bonificada para la compra de maquinaria y créditos de impuestos concedidos por varios conceptos. La consecuencia es que el 86,9% de las empresas italianas no utiliza tecnologías 4.0. y el 56% declara haber utilizado los beneficios económicos asociados al plan²⁷: pocas son las intervenciones solicitadas para financiar la formación, aunque la falta de una cualificación adecuada por parte del personal es percibida como uno de los principales obstáculos para la transformación tecnológica.

²⁵ L.Zoppoli, Concertazione, www.treccani.it, 2016 . pgs.1 ss.

²⁶ El Plan Industria 4.0 , desde el 2017 Empresa 4.0(- para indicar que las innovaciones tecnológicas y las modificaciones organizativas afectan también el sector de los servicios) fue introducido por el Gobierno Renzi, reafirmado con la ley de presupuesto del 2017, y con la del 2018 y tiene un horizonte temporal de cuatro años (2017-2020). La estructura del plan no lo acerca a un Plan industrial, pero es una oportunidad para todas las empresas que quieren aprovechar las oportunidades vinculadas a la cuarta revolución industrial. Está basado tanto en desgravaciones e incentivos fiscales automáticos como sobre las aportaciones a fondo perdido, los incentivos a la inversión en startup y en PYME innovadoras y en otros instrumentos dedicados al desarrollo de la competitividad. En realidad la parte del Plan más utilizada es aquella que prevé beneficios relacionados a las modernizaciones de las instalaciones también si la ley de presupuesto 2019 ha introducido unos cambios de enfoque. Bajan las financiaciones para las empresas de mayores dimensiones y aumentan los a favor de las PYME. Puntos críticos de esta reforma siguen siendo los aspectos de las competencias, del trabajo y la governance

²⁷ Los datos se refieren al año 2018

Las indicaciones europeas son, por consiguiente, totalmente desatendidas y la falta de estrategia unitaria ha transformado el plan de empresa 4.0. -originariamente apreciado tanto por las organizaciones sindicales como por Confindustria- en una fuente de recursos económicos de gestión fuertemente centralizada.

Parece premonitoria la declaración de CGIL-CISL-UIL que, en el documento de comentarios al plan de empresa 4.0 “Una vía italiana a industria 4.0”,²⁸ recuerda que “no bastan los incentivos del Gobierno y las inversiones de las empresas para garantizar el éxito del proyecto de la Industria 4.0, se necesita también una gobernanza eficaz, un compromiso compartido y la definición de un verdadero programa de trabajo del consejo rector”.

La opción por compartir las decisiones, algo que, hasta el día de hoy, ha sido puramente formal, es una trayectoria que, en el momento de su concepción, fue valorada también por las organizaciones sindicales italianas. Al contrario, en países donde la tradición concertadora ha sido muy fuerte hasta hace pocos años, como por ejemplo en España, las organizaciones sindicales han criticado mucho la apertura hacia formas de gobernanza, que prevén la participación en igualdad de condiciones, además de las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales y empresas individuales, también la de otras instituciones públicas y fundaciones privadas²⁹. Esta decisión ha confirmado la superación de una tradición de concertación y un indicio (o una consecuencia) de una pérdida del poder previo de los mismos sindicatos.

Ahora bien, si, en relación a otros ámbitos de toma de decisiones, la apertura hacia modelos de *governance* que integren una pluralidad de participantes puede ser vista como antagonista “política” del diálogo social, por lo que respecta a la programación del plan Industria 4.0. parece, en abstracto, una elección oportuna. No sólo porque, como ya he dicho, la organización del trabajo está asumiendo cada vez más la lógica de una cadena productiva que actúa en red y que incluye territorios y vida de las personas. Sino también porque, si la Industria 4.0. implica una revolución social, hasta el punto de preconizar un nuevo pacto social, es indispensable que haya una planificación compartida. Retorna, por tanto, al primer plano la pregunta sobre el papel que deben tener las instituciones públicas, Estado y territorios, entre las otras.

²⁸ CGIL-CISL-UIL, Una via italiana a Industria 4.0 che guardi ai modelli più virtuosi, www.cgil.it, 2017

²⁹ F.Rocha Sánchez, La intervención de los sindicatos de clase en la economía de plataformas, <https://doi.org/10.5565/rev/aiet.65>, 2018

6. INDUSTRIA 4.0 Y PARTICIPACIÓN: LA RESPUESTA DE LAS PARTES SOCIALES

Descartada la posibilidad de que la coincidencia de objetivos revitalice la concertación a nivel nacional, el espacio de intervención vuelve a ser el de la negociación.

En esta dimensión tradicional toma forma y se expresa la apuesta por un modelo diferente de relaciones industriales. El modelo de la Industria 4.0. se convierte en un estímulo para abordar, en la negociación colectiva, productos de nivel descentralizado que incluyan temáticas que superen el modelo reivindicativo, tal y como se desprende de los informes realizados tanto por la CGIL como por la CISL que analizan, detalladamente, los contenidos de la negociación descentralizada celebrada en el período 2016/2017³⁰. Ambos informes coinciden en que la participación se está confirmando como un componente fundamental de la negociación descentralizada. La temática de la implicación y la participación está presente en una proporción muy elevada, con contenidos articulados y detallados, que regulan precisos ámbitos de participación- como se pone de relieve en el estudio publicado por CGIL- y la regulación de la participación implica al sindicato en el análisis de los cambios y de su gestión.

El informe CISL analiza el texto de los convenios colectivos y nos ayuda a comprender el alcance del cambio. La negociación sobre derechos de información y consulta es la materia predominante, pero los ámbitos implicados por estos derechos se enriquecen de temáticas que se decantan por un interés a compartir decisiones, abordando temas como, por ejemplo, la evolución del presupuesto, los planes de innovación tecnológica y organizativa o la calidad de la producción. Lo innovador no es, pues, el instrumento elegido, el tradicional de la información y consulta, sino el de los acuerdos que confirman el diferente enfoque de las partes sociales.

En particular, el cincuenta por ciento de los acuerdos tienen por objeto la constitución de grupos de trabajo sobre la innovación organizativa. Esta circunstancia no sólo es un indicio del gran interés que suscita el tema, sino que confirma el cambio de planteamiento metodológico de las partes sociales. La acción sindical por reacción se ha convertido en diseño y las reflexiones sobre las modificaciones de la organización, determinadas por las innovaciones tecnológicas, son uno de los preferentes objetos de negociación.

La escasa participación de las partes sociales a nivel nacional en proyectos relativos a la Industria 4.0, pues, no parece haber influido en la percepción

³⁰ CISL, Una contrattazione aziendale sempre più plurale e nuova, 2018; CGIL, Primo rapporto sulla contrattazione di secondo livello, 2019

colectiva de su papel de sujeto sociopolítico. Una de las explicaciones de este fenómeno, quizá, sea el sistema voluntarista de relaciones industriales que nunca (o raramente) ha contado con un reconocimiento institucional por parte del Estado.

La voluntariedad del sistema de relaciones industriales italiano, a menudo puesta en tela de juicio y subrayada como un límite, en este caso, adquiere un valor positivo y pone de relieve la capacidad de superación de las organizaciones sindicales.

Especialmente diferente es la situación española, algo que es interesante destacar porque hablamos de dos sistemas de relaciones industriales que, durante mucho tiempo, han estado casi en las antípodas. Carente de institucionalización el italiano y fuertemente institucionalizado el español, en el que los procedimientos de concertación, bipartitos y tripartitos, han jugado un papel fundamental en la regulación de las relaciones laborales de los períodos pre-crisis³¹. La disminución o el abandono de estos procedimientos -junto a medidas legislativas de signo negativo adoptadas unilateralmente por el gobierno- ha afectado a la popularidad del sindicato y al reconocimiento de su capacidad de mediación social³². No es casualidad que, en particular, en relación con la introducción de medidas vinculadas a la Industria 4.0, las organizaciones sindicales exijan, desde hace tiempo y con insistencia, un pacto de Estado para la industria que les devuelva un papel central, proponiendo, al respecto, procedimientos de concertación.

El reconocimiento de los sindicatos italianos como sujetos de mediación colectiva se evidencia como muy útil. La Ley de Presupuestos de 2019, al refinanciar el plan Industria 4.0, nuevamente, no ha desarrollado el tema de la gobernanza y ha omitido introducir medidas específicas relacionadas con el trabajo. Continuará, pues, siendo una tarea exclusiva de las partes sociales introducir en los textos convencionales las medidas relacionadas con la Industria 4.0.

³¹ Posada Martínez E.G, El papel del estado y la relaciones laborales: una geometría compleja y variable, Temas Laborales, 2018, pgs.13 ss.

³² M.L. Rodríguez Fernández Organización y acción sindical ante la revolución tecnológica, Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico, 2018, pgs , 70 ss

EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS PERSONALES DE LOS TRABAJADORES

ELISA SIERRA HERNAIZ

Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad Pública de Navarra

EXTRACTO

Palabras clave: negociación colectiva, datos personales trabajador, derechos fundamentales

La aprobación de la nueva normativa comunitaria y española de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales posibilita que la negociación colectiva desempeñe un papel más incisivo en la regulación de todas las cuestiones relacionadas con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores principalmente de dos maneras. Por un lado, estableciendo normas específicas adecuadas a cada realidad empresarial para concretar el contenido del derecho de desconexión digital y el ejercicio de las facultades de control empresarial respecto de los derechos digitales y, por otro, fijando garantías adicionales para las categorías especiales de datos y el tratamiento de los datos sensibles de los trabajadores que refuercen el derecho fundamental a no ser discriminado del artículo 14 CE. Para conseguir estos objetivos sería oportuno que los convenios colectivos incorporasen protocolos de actuación específicos para dotar de mayor seguridad y protección a los derechos fundamentales en juego.

ABSTRACT

Key words: collective bargaining, workers' personal data, fundamental rights

The new regulations on data protection and guarantee of digital rights enables collective bargaining to role all issues related to the treatment of workers' personal data in two ways. First, setting specific rules to each business reality to specify the right of digital disconnection and the exercise of the business control respect to digital rights. Second, establishing additional guarantees for special categories of data and the treatment of sensitive data of workers that reinforce the fundamental right not to be discriminated. To achieve these goals it would be opportune that collective agreements incorporate specific Protocols to provide greater security and protection to the fundamental rights.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. DELIMITACIÓN NORMATIVA DEL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS DE LOS TRABAJADORES TRAS LA APROBACIÓN DEL REGLAMENTO EUROPEO 2916/679, DE 27 DE ABRIL DE 2016 Y LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE
3. ESTUDIO DEL ALCANCE Y CONTENIDO DE LA REGULACIÓN CONVENCIONAL RESPECTO DE LOS DERECHOS DIGITALES
 - 3.1. En general, el impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales
 - 3.2. La regulación convencional del derecho de desconexión digital
 - 3.3. La regulación convencional del derecho a la intimidad versus la utilización de dispositivos digitales, de videovigilancia y grabación, y de geolocalización
4. LOS NUEVOS ESPACIOS DE ACTUACIÓN PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS DE LOS TRABAJADORES
5. RECAPITULACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Una de las características de la era digital es su alta capacidad de recopilar datos de nuestra vida personal gracias a los avances de la tecnología y los procesos de globalización de la información, lo que se traduce en un fenómeno social de gran complejidad pero al mismo tiempo de gran sensibilidad por la afectación de las esferas públicas y privadas de las personas¹. Está situación en el ámbito laboral supone mayores instrumentos al servicio de las potestades de control empresarial sobre la actividad de los trabajadores pero también un mayor acceso a datos personales de sus empleados cuyo tratamiento el empresario necesita para el cumplimiento de sus obligaciones laborales, de seguridad social, preventivas, etc... Es por ello que el ordenamiento jurídico laboral se ha convertido en una de las áreas prioritarias de intervención de la normativa de protección de datos por la necesaria interacción entre el contenido del contrato de trabajo y el tratamiento de datos personales para su ejecución.

En este contexto, una de las preguntas que habría que formularse a la hora de establecer los límites y garantías en el tratamiento de los datos personales de los trabajadores por parte del empresario es cuál es el papel del convenio colectivo como fuente de derechos y obligaciones en la relación laboral. De una primera lectura de la actual normativa española parece deducirse su alcance limitado a la regulación de los derechos digitales, si bien esta interpretación no puede sostenerse dada la importancia de los derechos y bienes jurídicos en juego y el contenido de la relación laboral. Aunque es cierto que la intimidad del trabajador es el derecho fundamental de referencia, hay más derechos y libertades

¹ García Perrote, I; Mercader Uguina, J.R. “El protagonismo del convenio colectivo en el nuevo reglamento de protección de datos” en *Revista de Información Laboral*, nº 6 (2018), pág., 2.

constitucionales afectados, como, por ejemplo, el derecho a no ser discriminado, por lo que la autonomía colectiva puede tener un papel más ambicioso e incisivo que el que a priori parece serle reconocido por la norma española². En este sentido, cabe recordar que el propio artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre señala que las modalidades del ejercicio del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar, derecho vinculado no solo a la intimidad del trabajador en su esfera privada sino también a no ser discriminado por el ejercicio de estos derechos.

Si se adopta esta perspectiva sería necesario, a su vez, partir del concepto entorno digital más que de derechos digitales para incluir todo tipo de información normal o delicada que se pueda obtener del tratamiento de cualquier dato personal del trabajador que identifiquen o revelen su perfil o personalidad, más allá de los derechos digitales como tal, y también más allá del ejercicio de las facultades de control del empresario y respecto a cualquier fase de la relación laboral y a cualquier contenido de la misma³. A modo de ejemplo, el empresario puede verse obligado a tratar datos sensibles del trabajador para cumplir deberes empresariales y a los que no se puede aplicar la regulación vigente por no estar incluidos en las categorías especiales de datos, como puede suceder en la elaboración del diagnóstico de situación de los planes de igualdad en las empresas, en el que se van a manejar datos desagregados por razón de sexo sobre la plantilla, tanto de tipo profesional como personal, datos potencialmente peligrosos para las trabajadoras y que encuentran su conexión con el derecho fundamental a no ser discriminadas por razón de sexo más que con su derecho a la intimidad.

Por lo tanto, se trata de determinar el papel de la negociación colectiva no solo respecto del control de las facultades de control del empresario de los derechos digitales –papel fundamental hasta el momento- sino del ejercicio de cualquier facultad, potestad u obligación empresarial que suponga el tratamiento de datos personales de los trabajadores en un entorno digital⁴, interpretación que responde más a una vocación modernizadora o evolutiva de la regulación convencional

² Pérez De Los Cobos Orihuel, F. “Poderes del empresario y derechos digitales de los trabajadores” en *Trabajo y Derecho*, nº 59 (2019), pág., 29.

³ Sepúlveda Gómez, M. “Negociación colectiva y derechos digitales en el empleo público” en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 54 (2019), pág., 157. En general, sobre la transición del derecho a la intimidad al derecho a la protección de datos en un entorno digital, consecuencia de la adaptación normativa a la nueva realidad socio-laboral véase por todos Baz Rodríguez, J. *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*. Madrid: Wolters Kluwer, 2019, págs., 15 y ss.

⁴ Así se sostiene en Uni Global Union. *Top 10 principles for workers’s data privacy and protection*. http://www.thefutureworldofwork.org/media/35421/uni_workers_data_protection.pdf, pág., 5.

en esta materia⁵, que necesariamente ha de pasar por reconocer a la negociación colectiva un papel principal y no meramente complementario en la regulación del alcance y contenido de los derechos en un entorno digital. Ello implica que, por un lado, cualquier dato personal que tenga relación directa o indirecta con el entorno digital puede ser objeto de establecimiento de normas específicas y garantías adicionales por parte de la negociación colectiva⁶, y, por otro, que se pueda regular cualquier fase de la relación laboral en la que el tratamiento del dato personal implique un riesgo bien para la dignidad de los trabajadores, bien para el ejercicio de cualquier derecho fundamental, específico o inespecífico de la relación laboral, más allá del derecho a la intimidad, o sirva para preservar intereses legítimos de los trabajadores⁷.

2. DELIMITACIÓN NORMATIVA DEL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS DE LOS TRABAJADORES TRAS LA APROBACIÓN DEL REGLAMENTO EUROPEO 2916/679, DE 27 DE ABRIL DE 2016 Y LA LEY ORGÁNICA 3/2018, DE 5 DE DICIEMBRE

El alcance y eficacia de la negociación colectiva para regular aspectos relacionados con la protección de los datos personales de los trabajadores está condicionada por la regulación del Reglamento (UE) 2916/679, de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (REPD) y por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPD)⁸.

Respecto de esta materia, la normativa comunitaria acota principalmente dos campos de actuación. En primer lugar, que los convenios colectivos establezcan normas específicas que regulen en tratamiento de los datos personales de los trabajadores, contando para ello con un amplio margen de actuación, tanto en las

⁵ Baz Rodríguez, J. *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, op. cit., 39.

⁶ Sepúlveda Gómez, M. “Negociación colectiva y derechos digitales en el empleo público”, op. cit., págs., 164 y ss.

⁷ Pérez De Los Cobos Orihuel, F. “Poderes del empresario y derechos digitales de los trabajadores”, op. cit., pág., 29.

⁸ Sobre la trascendencia de la nueva regulación véase: Goñi Sein, J.L. *La nueva regulación europea y española de protección de datos y su aplicación al ámbito de la empresa (Incluido el Real-Decreto Ley 5/2018)*. Albacete: Bomarzo, 2018, págs., 11 y ss y Blázquez Agudo, E.M. *Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales*. Madrid: Wolters Kluwer, 2018, págs., 21 y ss.

materias que puede regular como en los diferentes tipos de convenios colectivos que pueden actuar. Y, en segundo lugar, que fijen las excepciones a la prohibición del tratamiento de categorías especiales de datos personales de los trabajadores, siempre que su tratamiento cuente con garantías adecuadas. Mucho más restrictiva es la legislación española que parece limitar el espacio de la autonomía colectiva a la regulación de los derechos digitales, como son los derechos de desconexión digital y el derecho a la intimidad en el uso de dispositivos digitales en el trabajo.

En cuanto al derecho comunitario europeo, en primer lugar, el Reglamento Europeo de Protección de Datos, con una redacción un tanto confusa⁹, en su Considerando 155, reconoce el derecho de la normativa nacional o de los convenios colectivos, incluidos los de empresa, a establecer *normas específicas relativas al tratamiento de datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral*, si bien señala una serie de supuestos que puede ser objeto de dicha regulación. En este sentido, habrá que entender que se trata de una lista abierta de materias -“*en particular en relación*”-, haciéndose mención, en primer lugar, a las condiciones en las que los datos personales puedan ser objeto de tratamiento sobre la base del consentimiento del trabajador; en segundo lugar, al acceso y desarrollo de la relación laboral, referido al contenido, ejecución y condiciones laborales -“*los fines de la contratación, la ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por convenio colectivo, la gestión, planificación y organización del trabajo, la igualdad y seguridad en el lugar de trabajo, la salud y seguridad en el trabajo*”-. Y, en tercer lugar, aspectos relacionados con el empleo y la finalización de la relación laboral -“*fines del ejercicio y disfrute, sea individual o colectivo, de derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la rescisión de la relación laboral*”-.

Este Considerando se desarrolla en el artículo 88.1 REDP que señala que los Estados miembros podrán establecer normas más específicas, habilitando a los convenios colectivos para ello, para garantizar la protección de los derechos y libertades de los trabajadores respecto del tratamiento de sus datos personales, en particular: “*a efectos de contratación de personal, ejecución del contrato laboral, incluido el cumplimiento de las obligaciones establecidas por la ley o por el convenio colectivo, gestión, planificación y organización del trabajo, igualdad y diversidad en el lugar de trabajo, salud y seguridad en el trabajo, protección de los bienes de empleados o clientes, así como a efectos del ejercicio y disfrute, individual o colectivo, de los derechos y prestaciones relacionados con el empleo y a efectos de la extinción de la relación laboral*”. Más concretamente,

⁹ Llorens Espada, J. “La negociación colectiva como fuente reguladora en el tratamiento de datos y los nuevos derechos digitales” en AA.VV. *El Futuro del Trabajo: cien años de la OIT*. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Madrid: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2019, pág., 1439.

en el apartado 2 de dicho precepto se recoge que los convenios colectivos deberán incluir: *“medidas adecuadas y específicas para preservar la dignidad humana de los interesados así como sus intereses legítimos y sus derechos fundamentales, prestando especial atención a la transparencia del tratamiento, a la transferencia de los datos personales dentro de un grupo empresarial o de una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta y a los sistemas de supervisión en el lugar de trabajo”*.

La segunda referencia en el texto comunitario se encuentra en el artículo 9.2.b). Cabe recordar que en el apartado 1 de dicho precepto se establece como regla general la prohibición de tratamiento de categorías especiales de datos personales regulándose en el apartado 2 las excepciones a dicha prohibición. En el Considerando 51 se incide en la *“Especial protección merecen los datos personales que, por su naturaleza, son particularmente sensibles en relación con los derechos y las libertades fundamentales, ya que el contexto de su tratamiento podría entrañar importantes riesgos para los derechos y las libertades fundamentales”*, instaurando como regla general la prohibición de tratamiento de estos datos sensibles, salvo que se permita su tratamiento en situaciones específicas, en particular en la relación laboral -Considerando 52-. Pues bien, el apartado b permite el tratamiento de dichos datos si la normativa estatal o los convenios colectivos así lo autorizan para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado en el ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social, siempre que se establezcan las garantías adecuadas para el respeto de los derechos fundamentales e intereses del trabajador.

Por lo que se refiere a la normativa española, el papel de la negociación colectiva en la LOPD parece quedar limitado a la regulación del derecho a la desconexión digital (artículo 88) y, en general, para establecer garantías adicionales para el tratamiento y salvaguarda de los derechos digitales (artículo 91) en el ámbito laboral, no contemplándose expresamente la posibilidad de regular vía convencional aspectos de la protección de categorías especiales de datos de los trabajadores. Así, en su artículo 88, párrafos primero y segundo y respecto del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, encarga a la negociación colectiva, o en su defecto, a los acuerdos entre el empresario y los representantes de los trabajadores¹⁰: *“Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo*

¹⁰ González Labrada, M. “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance” en *Revista de Derecho Social*, nº 87 (2019), págs., 96 y ss, señala que se ha optado por un sistema devaluado y flexible que desvirtúa el carácter del derecho, puesto que se puede configurar como un derecho débil supeditado al servicio de la flexibilidad ubicua.

establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores". En el párrafo tercero, se establece que el empresario: *"previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas"*.

Por último, con carácter general el artículo 91 señala: *"Los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral"*.

Finalmente, y por lo que respecta al Estatuto de los Trabajadores, el artículo 20 bis se limita a reconocer el derecho de los trabajadores a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empresario y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización y a la desconexión digital según lo establecido en la normativa de protección de datos y garantía de los derechos digitales, sin reconocer expresamente a la negociación colectiva papel alguno en la regulación de estos derechos.

3. ESTUDIO DEL ALCANCE Y CONTENIDO DE LA REGULACIÓN CONVENCIONAL RESPECTO DE LOS DERECHOS DIGITALES

De lo expuesto hasta el momento puede afirmarse que a la negociación colectiva se le reconocen amplios espacios de actuación para regular todos los aspectos relacionados con la protección de los datos de los trabajadores, más allá de los derechos digitales de los trabajadores (artículo 20 bis ET), en base a lo dispuesto en el artículo 88 del REDP y también por la libertad de contenidos que tiene reconocida a la hora de disponer sobre condiciones laborales en el ordenamiento jurídico español (artículo 85.1 y 89.1 ET y 37.1 CE)¹¹. Desde esta perspectiva,

¹¹ En general, sobre la importancia de la negociación colectiva en esta materia consúltese: Baz Rodríguez, J. *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, op., cit., pág. 40 y para los retos que se plantean los derechos digitales para la acción sindical véase Rodríguez Fernández, M.L. "Sindicalismo y negociación colectiva 4.0*" en *Temas Laborales*, núm. 144 (2018), págs., 31 y ss.

la finalidad sería que la negociación colectiva fijase contenidos concretos de los derechos de los trabajadores que integran el derecho a la protección de datos¹².

Evidentemente, la negociación colectiva puede aplicar y adaptar la forma en la que se tiene aplicar los principios generales del tratamiento de datos y la salvaguardia de los derechos de los trabajadores en cada realidad empresarial¹³, garantizando la transparencia en todo el proceso del tratamiento de los datos personales, la correcta aplicación del principio de minimización de los datos o los derechos de información de los trabajadores sobre cualquier aspecto que tenga que ver con el tratamiento de sus datos¹⁴; ayudar a que el empresario aplique estos

¹² Sepúlveda Gómez, M. “Negociación colectiva y derechos digitales en el empleo público”, op. cit., pág., 166; UGT. *Protocolo de actuación para la negociación colectiva. Protección de datos de carácter personal y garantías de los derechos digitales*. Madrid: Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, 2019, pág., 6.

¹³ Véase por ejemplo el artículo 73 del VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua (2018-2022), BOE, de 3 de octubre de 2019. Protección de datos. “1. Las empresas, de acuerdo con la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos digitales, garantizarán tanto con carácter previo a la contratación, así como durante la vigencia del contrato laboral y posteriormente a la extinción contractual, que los datos personales de los trabajadores, serán: – Tratados de manera lícita, leal y transparente en relación con la persona interesada. – Adecuados, pertinentes y limitados a la finalidad para la que son tratados. – Exactos y actualizables cuando así corresponda. – Conservados durante el tiempo necesario para cumplir con la finalidad del tratamiento. – Tratados con las medidas de seguridad adecuadas, para garantizar su integridad, conservación y confidencialidad. 2. Se garantizará a las personas trabajadoras el ejercicio de los derechos de información, acceso, rectificación y supresión, limitación del tratamiento y portabilidad de los datos, en los términos señalados en la legislación aplicable. 3. Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, las empresas se comprometen a garantizar el cumplimiento de las disposiciones legislativas nacionales o europeas que sobre el tratamiento de datos personales de las personas trabajadoras en el ámbito laboral se pudieran desarrollar” o el artículo 29 del VI Convenio colectivo general del sector de la construcción, BOE, de 5 de noviembre de 2019. Ordenación del trabajo. “3. La implantación de cualquier sistema por parte de la empresa de tecnologías de la información deberá respetar en todo momento la normativa de protección de datos, y en concreto el Reglamento (UE) 2016/679 (LCEur 2016, 605) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (RCL 2018, 1629), de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, así como cualquier otra normativa que resulte de aplicación o que la sustituya. En cualquier caso las medidas que se adopten deben ser proporcionales a la finalidad que tengan, respetando la dignidad y el derecho a la protección de datos, teniendo en cuenta no obstante que ya que deriva de la existencia de una relación laboral no se requiere consentimiento del trabajador. Deberá en todo caso cumplirse con los deberes de información previa a los trabajadores afectados que se establecen en la legislación vigente. Asimismo cuando estas medidas tengan carácter colectivo o plural deberá informarse previamente a su implantación a los representantes de los trabajadores, indicando la finalidad que se persigue.» En idéntico sentido el artículo 26 del VII Convenio colectivo estatal de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados, BOE, de 13 de febrero de 2019.

¹⁴ Uni Global Union. *Top 10 principles for workers’s data privacy and protection*. http://www.thefutureworldofwork.org/media/35421/uni_workers_data_protection.pdf, págs., 3 y ss.

principios, fijando qué datos pueden ser objetivo del tratamiento, para qué fines pueden ser utilizados, durante cuánto tiempo y por quién¹⁵ y reforzando, a su vez, los derechos de participación y consulta de los trabajadores en esta materia a través de sus representantes, regulando incluso el acceso de los mismos a los datos personales de los trabajadores¹⁶.

3.1. En general, el impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales

Entrando en el concreto estudio del contenido de los convenios colectivos desde la aprobación de la LOPD en el año 2018 hasta el momento se ha centrado principalmente en regular aspectos relacionados con los derechos digitales contemplados en el artículo 20 bis ET y en los artículos 88 y siguientes LOPD y, en menor medida, en establecer garantías adicionales para su correcto ejercicio en la empresa (artículo 91 LOPD).

Un primer bloque de contenidos podría articularse en torno al impacto de la tecnología y transformación digital pueden tener en el contenido de las relaciones laborales, fijando principios generales de actuación. Así, muchos convenios colectivos establecen reglas sobre cómo ha de utilizarse la tecnología por parte de los trabajadores y qué medidas puede tomar el empresario para el control y uso de la misma, buscando puntos de equilibrio entre un uso razonable de los instrumentos tecnológicos por parte de los trabajadores y un control adecuado por parte del empresario; garantizando el respeto a la privacidad, intimidad y dignidad de las personas trabajadoras y estableciendo las prohibiciones que se consideren necesarias con¹⁷: “*medidas de verificación de los sistemas informá-*

¹⁵ Uni Global Union. *Top 10 principles for workers’s data privacy and protection*, op. cit., pág., 4. “*Recopilar datos y sólo los datos correctos para los propósitos correctos y sólo los propósitos correctos, para ser utilizados por las personas adecuadas y sólo las personas adecuadas y por La cantidad adecuada de tiempo y sólo la cantidad adecuada de tiempo*”

¹⁶ Uni Global Union. *Top 10 principles for workers’s data privacy and protection*, op. cit., pág., 3. “*De conformidad con la legislación y la práctica nacionales, o con los términos de los convenios colectivos, los datos personales podrán ser comunicados a los representantes del trabajador, pero sólo en la medida en que dichos datos sean necesarios para representar adecuadamente los intereses del trabajador o si dichos datos son necesarios para el cumplimiento y supervisión de las obligaciones establecidas en los convenios colectivo*”.

¹⁷ Véase la regulación del VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua (2018-2022), BOE, de 3 de octubre de 2019. Artículo 72. Utilización por las personas trabajadoras de la tecnología y control empresarial. *1. Los medios electrónicos e informáticos son instrumentos que la empresa pone a disposición de las personas trabajadoras para el desempeño de sus funciones en el puesto de trabajo, debiéndose hacer un uso razonable de los mismos por parte de las personas trabajadoras. En este sentido, los empresarios tienen el legítimo derecho de controlar el uso adecuado y razonable de las herramientas y medios técnicos que pone a disposición de los trabajadores para el ejercicio de su actividad profesional, para ello podrá adoptar las medidas de verificación de*

ticos, proporcionales y no intrusivas, para comprobar la correcta utilización por parte de las personas trabajadoras usuarias, a través de software de controles automatizados o similares, y de las cuales las personas trabajadoras tengan conocimiento. El acceso por parte del empresario a los sistemas telemáticos debe efectuarse garantizando el respeto a la privacidad, intimidad y dignidad de las personas trabajadoras”.

Otra de las actuaciones prioritarias es obligar al empresario a informar sobre cualquier decisión de transformación digital o tecnológica, más allá de los derechos digitales reconocidos en el Estatuto de los Trabajadores, que tengan efecto sobre el empleo, formas o métodos de trabajo, información que incluirá las consecuencias, nuevas formas operativas y las modificaciones tecnológicas que no supongan una modificación sustancial de condiciones de trabajo¹⁸. Respecto de la introducción de innovaciones tecnológicas es de destacar que en muchos casos se prevé la específica participación y consulta de los representantes de los trabajadores: *“cuando en una empresa se pretenda introducir nuevas tecnologías que puedan suponer para las personas trabajadoras modificación de las condiciones de la prestación, se deberán comunicar las mismas con carácter previo a la Representación de las Personas Trabajadoras en el plazo suficiente para poder analizar y prever sus consecuencias en relación con empleo, salud laboral, formación y organización del trabajo”*. En este caso, se recalca la necesidad de que estas medidas vayan acompañadas de acciones de formación adecuadas para facilitar al trabajador su adaptación¹⁹.

En tercer lugar, muchos convenios colectivos contienen disposiciones comunes para el ejercicio de los derechos de información y comunicación de los representantes de los trabajadores y de los propios trabajadores²⁰, obligando al

los sistemas informáticos, proporcionales y no intrusivas, para comprobar la correcta utilización por parte de las personas trabajadoras usuarias, a través de software de controles automatizados o similares, y de las cuales las personas trabajadoras tengan conocimiento. El acceso por parte del empresario a los sistemas telemáticos debe efectuarse garantizando el respeto a la privacidad, intimidad y dignidad de las personas trabajadoras”.

¹⁸ Artículo 45 del Convenio colectivo marco de la Unión General de Trabajadores 2019-2020, BOE, de 2 de octubre de 2019. En idéntico sentido, artículos 90 y 91 del Convenio Colectivo del Sector de Comercio Vario de la Comunidad de Madrid, BO de la Comunidad de Madrid, de 26 de octubre de 2019 y artículo 114 del III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal, BOE de 19 de diciembre de 2019.

¹⁹ Artículo 71 del VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua (2018-2022), BOE, de 3 de octubre de 2019.

²⁰ Artículo 45 del Convenio colectivo marco de la Unión General de Trabajadores 2019-2020, BOE, de 2 de octubre de 2019. *“La adopción de cualquier medida en relación al uso por el organismo de estos dispositivos y el tratamiento de datos obtenidos de su uso, deberá tanto contar con la previa comunicación expresa, clara e inequívoca a la SSR de su ámbito, como atender a la existencia de un fin legítimo, y respetar los principios de proporcionalidad e intervención mínima”*

empresario a informarles de sus derechos en materia de protección de datos, así como los criterios de utilización del uso de dispositivos digitales en el trabajo y el tratamiento e información de datos objetivos²¹.

3.2. La regulación convencional del derecho de desconexión digital

Un segundo bloque de contenidos versa sobre el papel de la negociación colectiva respecto de cada concreto derecho digital. En primer lugar, muchos convenios colectivos regulan el contenido del ejercicio del derecho del desconexión digital²². En este sentido, y teniendo en cuenta la heterogeneidad de situaciones por las imprecisas dimensiones de espacio y tiempo que pueden llegar a producirse en la empresa, debido sobre todo a los avances de la tecnología, el objetivo prioritario de la negociación colectiva es garantizar el tiempo de no trabajo y el tiempo de descanso, tanto para preservar el derecho a la intimidad como para fortalecer los derechos de conciliación y corresponsabilidad de los trabajadores²³.

Hasta del momento, los convenios colectivos se han centrado en fijar criterios generales para el ejercicio de este derecho, definiendo sus modalidades y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática, en particular para el trabajo a distancia, y potencie la vida laboral, familiar y personal, además de la participación en los representantes de los trabajadores en la adopción de las políticas internas de la empresa para estas cuestiones. Así, se han teniendo en consideración circunstancias tales como el trabajo a distancia o domicilio que pueden condicionar los derechos de desconexión digital; se establecen deberes de información y obligaciones de formación para su correcto ejercicio, incluidas acciones formativas específicas que garanticen el correcto conocimiento de estos derechos, protegiendo al trabajador frente a hipotéticas sanciones por parte del empresario en el caso de que decida hacer uso de los

y artículo 115 del III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal, BOE de 19 de diciembre de 2019.

²¹ Artículo 46 del Convenio colectivo marco de la Unión General de Trabajadores 2019-2020, BOE, de 2 de octubre de 2019.

²² Artículo 88 de la LOPD. Este derecho se define como un derecho de tercera generación de carácter instrumental cuya finalidad es garantizar, por un lado, derechos laborales vinculados al tiempo de trabajo, como son la jornada, los derechos de conciliación o la prevención de riesgos laborales, y, por otro, preservar el derecho a la intimidad personal y familiar en los tiempos de descanso. En general, para un exhaustivo estudio de la naturaleza jurídica y contenido de este nuevo derecho véase: González Labrada, M. “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance”, op. cit., págs., 93 y ss y pág., 112.

²³ González Labrada, M. “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance”, op. cit., pág., 98.

derechos de desconexión digital²⁴, o bien se regula el ejercicio de los derechos de desconexión digital respecto al registro de jornada²⁵. En cambio, otros convenios se reconoce una gran libertad a las partes para regular su contenido, aunque la empresa se compromete a potenciar el tiempo de descanso una vez acabada la jornada de trabajo²⁶.

En algunos casos sí se desarrolla un contenido específico del derecho, identificando todos los dispositivos que puedan prolongar la jornada de trabajo, como teléfonos móviles, tabletas, aplicaciones móviles propias de las empresas, correos electrónicos y sistemas de mensajería, o cualquier otro que pueda utilizarse y estableciendo unas normas mínimas de uso, como el derecho a no usar los dispositivos en los tiempos de descanso, salvo que se produzcan causas de urgencia justificada estipuladas en el propio convenio, incluido el derecho a no responder a ninguna comunicación una vez finalizada la jornada. Por circunstancias urgentes hay que entender aquellas que: *“puedan suponer un grave riesgo hacia las personas o un potencial perjuicio empresarial hacia el negocio, cuya urgencia requiera de la adopción de medidas especiales o respuestas inmediatas”*. También se prevé la adopción de medidas para una mejor gestión del tiempo de trabajo: *“2* Programar respuestas automáticas, durante los periodos de ausencia, indicando las fechas en las que no se estará disponible, y designando el correo o los datos de contacto de la persona a quien se hayan asignado las tareas durante tal ausencia. * Evitar las convocatorias de formación, reuniones, videoconferencias, presentaciones, información, etcétera, fuera de la jornada laboral ordinaria diaria de cada persona trabajadora. * Convocar las sesiones indicadas en el párrafo anterior con la antelación suficiente para que las personas puedan planificar su jornada. * Incluir en las convocatorias la hora de inicio y finalización, así como toda la documentación que vaya a ser tratada con el fin de que se puedan visualizar y analizar previamente los temas a tratar y las reuniones no se dilaten más de lo establecido”*²⁷. Incluso se incluye la forma de comunicar a terceros el ejercicio del derecho de desconexión por parte del trabajador²⁸ o se reconoce el derecho

²⁴ Artículo 48. Derecho a la desconexión del III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal, BOE de 19 de diciembre de 2019.

²⁵ Artículo 47. Control de la jornada. III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal, BOE de 19 de diciembre de 2019: *“El sistema utilizado en momento alguno atentará contra el derecho de las personas trabajadoras, a su intimidad, a la protección de datos de carácter personal y los derechos digitales reconocidos en la normativa vigente”* y artículo 41 del Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, BOE, de 13 de enero de 2020.

²⁶ Artículo 41 del Convenio colectivo de Telefónica Ingeniería de Seguridad SAU, BOE de 23 de diciembre 2019.

²⁷ Acuerdo sobre registro diario de jornada del Convenio colectivo del sector de la banca, BOE, de 4 de febrero de 2020.

²⁸ Artículo 39 del Convenio colectivo de Telefónica Ingeniería de Seguridad SAU, BOE de

de los trabajadores a no responder a los correos electrónicos fuera del horario del trabajo, salvo circunstancias excepcionales, y a no responder a las llamadas una vez finalizada la jornada de trabajo²⁹.

3.3. La regulación convencional del derecho a la intimidad versus la utilización de dispositivos digitales, de videovigilancia y grabación, y de geolocalización

Por lo que se refiere al derecho a la intimidad del trabajador en el uso de dispositivos de digitales en el ámbito laboral puestos a su disposición por el empresario (artículo 87 LOPD) se permite que el empresario acceda a los contenidos a los solos efectos de controlar las obligaciones de sus trabajadores y garantizar la integridad de dichos dispositivos. En este sentido, el empresario puede establecer las reglas de su uso y controlar su cumplimiento. En cuanto al derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación (artículo 89 LOPD) su instalación debe tener una finalidad legítima e idónea y ser necesaria y proporcionada entre los beneficios que proporciona y los perjuicios que ocasiona a los titulares de los derechos fundamentales afectados. Por ello, el control empresarial debe ser lo menos incisivo posible respetando los derechos de información del trabajador sobre su finalidad, alcance y características. Por último, el derecho del trabajador a la intimidad por la utilización de sistemas de geolocalización (artículo 90) supone para el empresario la justificación de su uso por el tipo de trabajo del trabajador y por la imposibilidad de ejercerlo personalmente él³⁰.

Respecto a la regulación convencional, en algunos convenios colectivos se establece la obligación de identificar las tecnologías implantadas para el control de la prestación laboral y su utilización para fines disciplinarios, fijándose derechos de información, aun cuando no se requiere el consentimiento del trabajador para el establecimiento de dichas medidas³¹. En los casos en los que el registro de

23 de diciembre 2019. “Las personas trabajadoras tendrán la obligación de dejar un mensaje de aviso en el correo electrónico con la mención de «ausente», indicando los datos de contacto de la persona trabajadora que hubiera sido designada por la empresa para su reemplazo, así como las fechas de duración de los periodos antes referidos”.

²⁹ Artículo 89 del Convenio Colectivo del Sector de Comercio Vario de la Comunidad de Madrid, BO de la Comunidad de Madrid, de 26 de octubre de 2019.

³⁰ Pérez De Los Cobos Orihuel, F. “Poderes del empresario y derechos digitales de los trabajadores”, op. cit., págs., 18 y ss; Valle Muñoz, F.A. “La regulación de las tecnologías de la información y de la comunicación por la negociación colectiva” en *Temas Laborales*, nº 148 (2019), págs., 23 y ss.

³¹ Artículo 48 del Convenio colectivo de Agencia de Transportes Robles, BOE, de 1 de octubre de 2019. Geolocalización, videovigilancia y medios informáticos: “controles biométricos como la huella digital, la video vigilancia, los controles sobre el ordenador (monitorización remota,

jornada implique sistemas de vigilancia y geolocalización se deberá de informar previamente a la representación de los trabajadores³². En otros supuestos se regula la grabación de sonidos solo³³ “cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo” o se obliga a la empresa a que el dispositivo de geolocalización deje de estar operativo una vez finalizada la jornada de trabajo³⁴. También es común establecer medidas de control del uso de las cuentas de correo que facilite la empresa y su limitación para fines corporativos, pudiendo inspeccionar el correo y los archivos durante el tiempo de trabajo y siempre con la presencia de un representante de los trabajadores, regulando el uso de internet o, incluso, prohibiendo el uso de redes sociales para lo que las empresas³⁵: “podrán limitar este acceso a los temas relacionados con la actividad de la empresa y los cometidos del puesto de trabajo de la persona usuaria, dentro y fuera del horario de trabajo”. Finalmente en otros casos se remiten a la legislación vigente en materia vigente³⁶.

Un ejemplo de adaptación a la realidad específica de la empresa respecto a los sistemas de geolocalización se encuentra en el artículo 6 del Convenio colectivo de la empresa Delver Logistics limitando la finalidad del sistema digitalizado para conocer la trazabilidad de los servicios realizados a los clientes para garantizar plenamente el derecho a la intimidad de los trabajadores. Otra limitación es la contenida en el artículo 87 del Convenio Colectivo de Comercio Vario de la Comunidad de Madrid que exige la aceptación expresa del trabajador

indexación de la navegación por internet, o la revisión o monitorización del correo electrónico y/o del uso de ordenadores, del teléfono móvil) o los controles sobre la ubicación física del trabajador mediante geo localización”.

³² Acuerdo sobre registro diario de jornada del Convenio colectivo del sector de la banca, BOEN de 4 de febrero de 2020.

³³ Artículo 117 del III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal, BOE de 19 de diciembre de 2019 y artículo 86 del Convenio Colectivo del Sector de Comercio Vario de la Comunidad de Madrid, BO de la Comunidad de Madrid, de 26 de octubre de 2019.

³⁴ Artículo 118 del III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal, BOE de 19 de diciembre de 2019 y artículo 85 del Convenio Colectivo del Sector de Comercio Vario de la Comunidad de Madrid, BO de la Comunidad de Madrid, de 26 de octubre de 2019.

³⁵ VI Convenio colectivo estatal del ciclo integral del agua (2018-2022), BOE, de 3 de octubre de 2019. Artículo 72. Utilización por las personas trabajadoras de la tecnología y control empresarial. Véase también el artículo 116 del III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal, BOE de 19 de diciembre de 2019 y Artículo 56 del Convenio colectivo estatal para las empresas de gestión y mediación inmobiliaria, BOE, de 13 de enero de 2020.

³⁶ Convenio colectivo de trabajo del sector del comercio textil de Barcelona y provincia para los años 2019-2021, BO de Barcelona, de 18 de noviembre de 2019.

en la instalación de elementos de controles biométricos en el centro o puesto de trabajo, instalación que también deberá ser consultada con la representación de los trabajadores.

4. LOS NUEVOS ESPACIOS DE ACTUACIÓN PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL TRATAMIENTO DE LOS DATOS DE LOS TRABAJADORES

A pesar de la importancia de los derechos digitales en la relación laboral no se puede obviar que existen otros ámbitos de la relación laboral en los que se va a realizar un tratamiento de datos del trabajador y que también se constituyen en espacios de actuación para la negociación colectiva según la redacción del artículo 91 LOPD, que habilita a los convenios colectivos para establecer garantías adicionales de los derechos y libertades en general del trabajador, y no solo de los derechos digitales, relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores. En ese sentido, si una de las finalidades de la actual regulación sobre protección de datos de los trabajadores es limitar y controlar el poder de organización y dirección del empresario en el tratamiento de los datos de los trabajadores, las garantías adicionales no deben limitarse al ejercicio de los derechos digitales, puesto que el tratamiento de los datos puede afectar directa o indirectamente a cualquier derecho fundamental³⁷.

Por ello, el ámbito de actuación de la negociación colectiva para establecer garantías adicionales será todo lo amplio que sea necesario para asegurar el correcto ejercicio de las obligaciones empresariales si existe la posibilidad de que exista afectación o posibles riesgos para cualquier derecho fundamental por el tratamiento de los datos personales de los trabajadores. Lógicamente, el punto de partida son las garantías legales previstas por la Ley, que comprenden desde los derechos de información hasta prohibiciones expresas para asegurar un correcto tratamiento del dato y cuya justificación última se halla en el derecho a la intimidad de los trabajadores en la relación laboral³⁸. Pero más allá de este papel de complementariedad, el artículo 91 puede servir para establecer garantías adicionales para proteger otros derechos fundamentales específicos o inespecíficos del trabajador, sin una conexión directa con el derecho a la intimidad del trabajador, en el tratamiento de sus datos personales, para ámbitos y contextos laborales

³⁷ Sepúlveda Gómez, M. “Negociación colectiva y derechos digitales en el empleo público”, op. cit., pág., 157.

³⁸ Sepúlveda Gómez, M. “Negociación colectiva y derechos digitales en el empleo público” op. cit., págs., 159 y ss.

concretos y determinados³⁹, lo que convertiría a la negociación colectiva en fuente principal normativa en el establecimiento de dichas garantías adicionales.

Pues bien, a priori dos serían las áreas prioritarias de actuación de la negociación colectiva. En primer lugar, preservar el tratamiento de datos especialmente sensibles del trabajador no incluidos en las categorías especiales de datos, así como reforzar las garantías de los datos sí incluidos y que sirven para el cumplimiento de obligaciones legales del empresario. Y, en segundo lugar, las garantías adicionales servirían para consolidar la protección de los derechos digitales frente a las facultades de control del empresario.

En relación con el primer grupo de garantías, es preciso recordar que la normativa comunitaria prohíbe, como regla general, el tratamiento de los datos personales que (artículo 9.1. RGPD) “*revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física*”. Entre las excepciones previstas en el Reglamento a esta prohibición es que el tratamiento del dato personal sea necesario para el cumplimiento de obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsable del tratamiento o del interesado por lo que el convenio colectivo podrá establecer garantías adecuadas para garantizar el respeto a los derechos fundamentales del trabajador (artículo 9.2.b). En cuanto al artículo 9.1 LOPD si bien no admite que el mero consentimiento del afectado sea suficiente para levantar la prohibición del tratamiento del dato que tenga por finalidad identificar su *ideología, afiliación sindical, religión, orientación sexual, creencias u origen racial o étnico*, no impide el tratamiento de estos datos en el resto de supuestos regulados en el artículo 9.2 del REPD, entre los que se encuentra, precisamente, la posibilidad de que los convenios colectivos regulen aspectos relacionados con estas categorías de datos del trabajador.

En un primer bloque de garantías adicionales habría que incluir el deber de confidencialidad específico para supuestos de accidentes de trabajo⁴⁰, de

³⁹ Sepúlveda Gómez, M. “Negociación colectiva y derechos digitales en el empleo público” op. cit., págs., 161 y ss.

⁴⁰ Artículo 32. Seguridad y salud en el trabajo del Convenio colectivo del comercio del vidrio, loza, cerámica y similares de Cataluña, DOGC, de 27 de junio de 2019: “*Siempre que se produzca un accidente, una copia del parte del mismo será facilitada al trabajador lesionado y otra al Comité de seguridad y salud, que deberá atenerse a la confidencialidad ya lo estipulado por la Ley 3/2018 de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*”. En idéntico sentido, el artículo 42 del Convenio colectivo de trabajo del sector del comercio textil de Barcelona y provincia para los años 2019-2021.

incapacidad temporal⁴¹, manifestaciones directas del derecho a la intimidad del trabajador en un ámbito muy concreto de la salud del trabajador, o respecto a la violencia de género⁴².

Un segundo bloque de garantías adicionales servirían para reforzar la prohibición de uso de los datos mencionados en el artículo 9 con fines discriminatorios. De hecho, ese es el fundamento que se da en la Exposición de Motivos del RGPD –Considerandos 51 y 52- y en la LOPD para regular las categorías especiales de datos –Artículo 9.1. “*A los efectos del artículo 9.2.a) del Reglamento (UE) 2016/679, a fin de evitar situaciones discriminatorias...*”. En este sentido, muchos convenios colectivos lo hacen respecto de los datos de salud, estableciendo que, además de respetar el derecho a la intimidad y dignidad de la persona, los datos no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador⁴³: “3. *Tales medidas de vigilancia y control de la salud de las*

⁴¹ Artículo 53.4 del II Convenio colectivo de trabajo de los hospitales de agudos, centros de atención primaria, centros socio sanitarios y centros de salud mental, concertados con el Servicio Catalán de la Salud, DOGC, de 5 de marzo de 2019: “*La documentación médica aportada por las personas interesadas es confidencial y la empresa debe regirse por la normativa de protección de datos de carácter personal. En este sentido, una vez se acredite por la persona interesada y se haga constar por la unidad de gestión correspondiente que se cumplen los requisitos para tener derecho a la obtención de las mejoras establecidas normativamente, se ha de devolver a la persona interesada la documentación aportada. Los datos médicos relativos a los motivos concretos de la incapacidad temporal no se han de escribir ni registrar en ninguna base de datos. Las personas que intervienen en la tramitación del procedimiento de reconocimiento de mejoras voluntarias tienen el deber de guardar el secreto*”.

⁴² Acuerdo de la Mesa general de negociación de los empleados públicos de la Administración de la Generalidad de Cataluña por el que se establece el procedimiento de movilidad de las empleadas públicas víctimas de violencia de género en la Administración de la Generalidad de Cataluña, DOGC, de 18 de noviembre de 2019: “*Asimismo, vista la naturaleza de la información contenida en estos procedimientos, y con el fin de garantizar la intimidad de todos los afectados, las personas intervinientes, incluidos los miembros de la Comisión de seguimiento, tienen el derecho y el deber de mantener confidencial la información y, en caso de enfermedad o ausencia, no podrán delegar su puesto en otra persona. El tratamiento de la información está sujeto a la normativa de protección de datos de carácter personal*”.

⁴³ Artículo 80. Vigilancia de la salud del XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad, BOE, de 4 de julio de 2019; artículo 24 del Convenio Colectivo Delver Logistics, BOE, de 25 de noviembre de 2019; artículo 23 del Convenio Colectivo Solutions 30 Iberia 2017, BOE, de 13 de diciembre de 2019; artículo 16 del Convenio Colectivo de Disa Corporación Petrolífera; artículo 44. Vigilancia de la salud del IV Convenio colectivo de trabajo para las empresas y trabajadores/as de transporte de enfermos/as y accidentados/as en ambulancia en la Comunidad Autónoma de Galicia, BOG, de 10 de junio de 2019. “4. *Los datos relativos a la vigilancia de la salud de los/las trabajadores/as no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio del trabajador. El acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que lleven a cabo la vigilancia de la salud de los/las trabajadores/as, sin que se pueda facilitar al empresario o a otras personas sin consentimiento expreso del/de la trabajador/a. No obstante lo anterior, el*

personas trabajadoras se llevarán a cabo respetando siempre el derecho a la intimidad y a la dignidad de la persona de la persona trabajadora, y la confidencialidad de toda la información relacionada con su estado de salud. Dichos datos no podrán ser usados con fines discriminatorios ni en perjuicio de la persona trabajadora”⁴⁴.

Un tercer bloque de garantías adicionales podrían articularse para aquellas situaciones en las que el empresario tenga que realizar un tratamiento de datos personales de carácter sensible de los trabajadores no incluidos en la lista de categorías especiales de datos de la norma comunitaria y española, como son la edad, el sexo, ..., con la finalidad de evitar situaciones potenciales de discriminación y reforzar la tutela antidiscriminatoria de aquellos colectivos privados de la protección de la normativa de protección de datos. Se trataría, en fin, de proteger el dato personal en sí mismo ya que su tratamiento puede dar lugar a discriminaciones ocultas de imposible prueba como derecho digital. De hecho, la propia LOPD en el artículo 9.1 habla de identificar el dato y lo vincula a evitar situaciones de discriminación.

Un ejemplo de ello son los datos obtenidos en el diagnóstico de situación que hay que realizar con carácter previo a la implantación del Plan de igualdad y que marcan las medidas que hay que adoptar para erradicar los efectos de las discriminaciones detectadas. Cabe recordar que la negociación e implementación de planes de igualdad es una obligación para empresas de más de 50 trabajadores por lo que el empresario va a tener que realizar tratamiento de datos especialmente sensibles basado en el sexo de los trabajadores y que no están incluidos en el artículo 9 RGPD y LOPD. Así, el artículo 26. 2 del VII Convenio colectivo estatal de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados regula que: “2. *Las empresas elaborarán un diagnóstico de situación cuya finalidad será obtener*

empresario y las personas y órganos con responsabilidades en materia de prevención serán informados de las conclusiones que se deriven de los reconocimientos efectuados en relación con la aptitud del/de la trabajador/a para el desempeño del puesto de trabajo o con la necesidad de introducir o mejorar las medidas de protección y prevención, a fin de que puedan desarrollar correctamente sus funciones en materia preventiva”; artículo 59 del VII Convenio colectivo estatal de yesos, escayolas, cales y sus prefabricados, BOE, de 13 de febrero de 2019. “*En el manejo de los datos de los reconocimientos médicos se velará por la confidencialidad de los mismos y serán desarrollados a modo de estadísticas para conocimiento del comité de seguridad y salud o delegados de prevención en lo que se refiere a los problemas que afectan a la plantilla. Se hará especial hincapié en las enfermedades de carácter común o profesional que afecten al conjunto de la plantilla”*; artículo 24 del Convenio Colectivo provincial de Comercio de curtidos y artículos para el calzado de Alicante, BO de Alicante, de 2 de diciembre de 2019 y artículo 31 del Convenio colectivo de tejidos en general, mercería, paquetería y quincalla de la provincia de Cádiz, BO de Cádiz, de 27 de agosto de 2019.

⁴⁴ Artículo 74. Vigilancia de la salud del III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal, BOE de 19 de diciembre de 2019.

datos desagregados por sexo en relación a las condiciones de trabajo, acceso al empleo, formación, retribución, clasificación y promoción profesional, etc.”, datos que servirán para cumplir con los objetivos del plan de igualdad que tendrán un impacto directo en todas las fases de la relación laboral y en todo su contenido⁴⁵. También habría que incluir en este apartado el derecho de los representantes de los trabajadores a⁴⁶: “recibir información, al menos anualmente, relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo”.

Por todo ello, sería oportuno establecer garantías adicionales para el tratamiento de los datos personales vinculados al Plan de igualdad para evitar usos discriminatorios encubiertos de los mismos. En relación con esta cuestión, en algunos convenios colectivos se protegen específicamente los datos de los protocolos de acoso sexual y por razón de sexo y acoso psicológico⁴⁷.

En segundo lugar, las garantías adicionales servirían para consolidar la protección de los derechos digitales frente a las facultades de control del empresario y el ejercicio de los derechos reconocidos.

En un primer bloque de garantías pueden ser aquellas que reconozcan competencias específicas de control de los poderes empresariales, como por ejemplo a la Comisión paritaria del Convenio colectivo a la que le corresponde⁴⁸: “14. *Elaborar y proponer acciones de formación y de sensibilización de las personas trabajadoras en relación con la protección de datos personales y derechos digitales, así como, el establecimiento de cualquier garantía adicional relacionada con estas materias. 15. Las tareas de vigilancia y control del cumplimiento de lo pactado sobre protección de datos y derechos digitales, e impulso de cuantas*

⁴⁵ Artículo 56. Diagnóstico de situación. Control de la jornada del III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal, BOE de 19 de diciembre de 2019.

⁴⁶ Artículo 69 del Convenio Colectivo Safety Klenn España, BOE, de 3 de diciembre de 2019.

⁴⁷ Artículo 41 del Convenio Colectivo Sectorial Comercio Vario de la provincia de A Coruña 2016-2019, BOPC, 24 de enero de 2019. Protocolo de actuación contra el acoso sexual, acoso por razón de sexo y acoso psicológico. Protección de datos. “*Toda la información relativa a los procedimientos desarrollados al amparo del presente Protocolo tiene expresa consideración de reservada y secreta, teniendo únicamente acceso a ella las partes implicadas, la dirección de la empresa y, si así lo solicita la víctima, la representación sindical, sin perjuicio de los casos determinados por el régimen de incompatibilidades, que quedarán excluidos de la misma*”.

⁴⁸ Artículo 19 del III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal, BOE de 19 de diciembre de 2019.

medidas sean convenientes de cara a observar la adecuación o la conveniencia de modificar los criterios de utilización pactados” o bien creando Comisiones ad hoc para la protección y salvaguarda de los derechos digitales quien deberá concretar los criterios de utilización de los dispositivos digitales; el establecimiento de garantías relativas a los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de datos personales de los trabajadores; las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión; la formación y medidas de sensibilización de los trabajadores en relación a sus derechos digitales, así como el establecimiento de cualquier garantía adicional relacionada con estas materias; la articulación de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión y “las tareas de vigilancia y control del cumplimiento de lo pactado en esta materia, e impulsará cuantas medidas sean convenientes de cara a observar la adecuación o la conveniencia de modificar los criterios de utilización pactados, o establecer salvaguardas”⁴⁹.

Un segundo bloque de garantías adicionales versarían sobre el control del tratamiento de los datos personales que realiza el empresario que tienen que ver con dinámica de la relación laboral, en aspectos como la implantación del registro de la jornada en las empresas, protegiendo especialmente datos de la esfera privada del trabajador⁵⁰: “1. Por parte de la persona trabajadora cualquier trabajador o trabajadora podrá acceder y descargar del sistema, en cualquier momento y de forma exclusiva su registro diario de jornada para consultar sus propios datos tal y como figuren en el citado registro. 2. Por los representantes legales de los trabajadores Con carácter mensual la Empresa facilitará a la representación legal de los trabajadores, mediante soporte informático que permita su tratamiento (hoja de cálculo o similares) el contenido del registro de jornada de las personas trabajadoras del centro de trabajo en el que ejerzan su representación” o reforzando la protección de los datos personales en la cesión de

⁴⁹ Artículo 47 del Convenio colectivo marco de la Unión General de Trabajadores 2019-2020, BOE, de 2 de octubre de 2019 y artículo 120 del III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal, BOE de 19 de diciembre de 2019.

⁵⁰ Punto Tercero del Acuerdo sobre registro diario de jornada del Convenio colectivo del sector de la banca, BOEN de 4 de febrero de 2020.

datos entre empresas⁵¹ o garantizando un uso correcto de los datos para acreditar la formación recibida⁵².

Finalmente, cabría regular otros aspectos, como el impacto que las nuevas tecnologías puedan tener sobre la salud de los trabajadores, estableciendo garantías específicas al respecto⁵³: *“Sin perjuicio de lo específicamente recogido en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (RCL 1995, 3053) y en el presente Convenio en el apartado relativo a la seguridad y salud de los trabajadores, es obligación de los organismos la de consultar a los mismos, con la debida antelación, sobre la adopción de cualquier decisión relativa a la planificación y la organización del trabajo en la empresa y la introducción de nuevas tecnologías, en todo lo relacionado con las consecuencias que éstas pudieran tener para la seguridad y la salud de los trabajadores, derivadas de la elección de*

⁵¹ Artículo 15 del Convenio colectivo de Kiwokopet, SLU y Kivet, SLU, BOE, de 1 de octubre de 2019. Estructura organizativa funcional. *“Conservando cada Empresa su autonomía jurídica e independencia empresarial, para que el modelo organizativo permita la realización de actividades en convergencia, podrán existir, a efectos organizativos y funcionales, responsables únicos para las Empresas, con poder de organización y dirección sobre todos los trabajadores de las mismas; todo ello sin perjuicio de la pertenencia de los trabajadores a sus respectivas Empresas a las que seguirán vinculados a todos los efectos. A tales efectos, en el desarrollo de la prestación de los servicios y a efectos exclusivamente laborales, las empresas podrán hacer un uso indistinto de las bases de datos correspondientes a sus empleados, cuando sea necesario y con sometimiento en cuanto a su utilización a lo establecido en la Ley de Protección de Datos y demás normativa de aplicación”*.

⁵² Artículo 88 del III Convenio colectivo estatal de la industria, la tecnología y los servicios del sector del metal, BOE de 19 de diciembre de 2019: *“La Tarjeta Profesional del Sector del Metal (TPM). 3. La FMF establecerá un sistema de acreditación de la formación en materia de prevención de riesgos laborales, recibida por las personas trabajadoras del Sector. Dicho sistema deberá permitir a la persona trabajadora el acceso telemático a sus datos y la obtención de certificaciones de los mismos. Asimismo, el sistema permitirá a las empresas acceder a los datos de las personas trabajadoras, que resulten necesarios para la acreditación de su formación en materia de prevención de riesgos laborales. La FMF garantizará, de acuerdo con la legislación vigente, la protección de los datos de carácter personal de las personas trabajadoras que se incluyan en el sistema”* y artículo 7 del VI Convenio colectivo general del sector de la construcción, BOE, de 5 de noviembre de 2019. Cláusula de protección de datos de carácter personal. *“En los formularios de alta o solicitudes de inscripción a los cursos se incluirá el siguiente texto: «A los efectos de lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre (RCL 2018, 1629), de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, el abajo firmante autoriza el tratamiento de sus datos personales incorporados en la solicitud y en otros documentos normalizados relativos al curso, incluyendo su incorporación en un fichero automatizado del que es responsable la Fundación Laboral de la Construcción, con el objeto de realizar la gestión administrativa relativa al seguimiento y verificación del cumplimiento de las condiciones establecidas para el desarrollo de la actividad formativa, según lo previsto en el vigente Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción.”*

⁵³ Artículo 46 del Convenio colectivo marco de la Unión General de Trabajadores 2019-2020, BOE, de 2 de octubre de 2019.

los equipos, la determinación y la adecuación de las condiciones de trabajo y el impacto de los factores ambientales en el trabajo” o plantear nuevos campos de actuación para el establecimiento de garantías adicionales, como la oportunidad de regular modalidades específicas de trabajo que presenten alguna relevancia en el tratamiento de los derechos digitales, como el teletrabajo o trabajo remoto⁵⁴ o trabajo a distancia⁵⁵.

5. RECAPITULACIÓN

El tratamiento y protección de los datos personales de los trabajadores supone un nuevo reto para la negociación colectiva a la hora de dar respuestas satisfactorias a la compleja problemática que supone el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador en un entorno digital, no limitado únicamente al ámbito de los derechos digitales. En este sentido, se hace necesario que los convenios colectivos concreten y adecúen el ejercicio de estos derechos a cada realidad específica empresarial a la hora de establecer nuevos contenidos o garantías. Con ello, además de racionalizar y limitar los poderes y facultades de control del empresario respecto de los derechos individuales, se incorporaría una vertiente normativa proactiva de carácter colectivo⁵⁶, tan necesaria en esta materia, que ayudaría a acabar con el carácter sesgado y parcial del contenido de muchos convenios colectivos, centrado sobre todo en regular el uso del correo electrónico e internet⁵⁷.

⁵⁴ Véase el artículo 43 del Convenio Colectivo del Sector de Oficinas y Despachos de la Comunidad de Madrid, BOCM, de 26 de octubre de 2019 y el artículo 42 del Convenio colectivo de ámbito estatal para las empresas de mediación de seguros privados para el período 2019-2022, BOE, de 7 de enero de 2020: “*La empresa, dentro de su poder de dirección y control que la Ley le confiere, podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por la persona teletrabajadora de sus obligaciones, deberes y jornada laborales, sirviéndose de las herramientas de control que considere necesarias, respetando en todo caso la dignidad de la persona teletrabajadora, su derecho a la protección de datos de carácter personal y el principio de proporcionalidad*”. Para las cuestiones relacionadas con el teletrabajo: Valle Muñoz, F.A. “La regulación de las tecnologías de la información y de la comunicación por la negociación colectiva”, op. cit., págs., 19 y ss.

⁵⁵ Artículo 19 del Convenio colectivo estatal del sector de prensa diaria, BOE, de 27 de agosto de 2019.

⁵⁶ Baz Rodríguez, J. *Privacidad y protección de datos de los trabajadores en el entorno digital*, op. cit., págs., 37 y ss.

⁵⁷ Valle Muñoz, F.A. “La regulación de las tecnologías de la información y de la comunicación por la negociación colectiva”, op. cit., pág., 47.

Dos son los campos de actuación prioritarios. Por un lado, establecer normas específicas para el ejercicio de los derechos digitales reconocidos en la LOPD, como, por ejemplo, qué ha de entenderse por uso social o razonable de los dispositivos tecnológicos puestos a disposición por parte de la empresa con fines privados y los mecanismos de control y, en su caso, de sanción por parte del empresario ante un uso abusivo o fraudulento por parte del trabajador⁵⁸; determinar el alcance del derecho subjetivo del trabajador a la desconexión digital o fijar el contenido de los principios de necesidad para la implantación de sistemas de geolocalización, como cuándo se debería de suspender la localización o condicionar su uso a la existencia de una necesidad específica de la empresa⁵⁹ o regular los derechos pasivos de desconexión para que el trabajador no pueda recibir ningún tipo de comunicación⁶⁰.

En este apartado, también puede desempeñar un papel innovador fundamental, con regulaciones específicas para evitar el riesgo de fatiga informática como riesgo psicosocial que afecte a las relaciones trabajo-familia y viceversa, con especial mención al teletrabajo⁶¹ o incorporar la perspectiva de género en los derechos digitales a través de normas específicas en la negociación colectiva para reforzar los derechos de desconexión digital para favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar⁶².

El segundo campo de actuación de la negociación colectiva, frente al carácter complementario del primero, es el establecimiento de garantías adicionales para preservar el ejercicio de derechos fundamentales que puedan verse afectados por el tratamiento del dato personal, como aquellos datos sensibles del trabajador no incluidos en las categorías especiales de datos, no tan vinculados al derecho a la intimidad como a la prohibición de discriminación del artículo 14 CE.

⁵⁸ Pérez De Los Cobos Orihuel, F. “Poderes del empresario y derechos digitales de los trabajadores”, op. cit., pág., 19.

⁵⁹ Baylos Grau, A. “Una nota sobre el papel de la negociación colectiva en la configuración de los derechos derivados de la Ley de Protección de datos personales y garantía de derechos digitales” en *Ciudad del Trabajo*, nº 14 (2019), pág., 155.

⁶⁰ González Labrada, M. “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance”, op. cit., pág., 106.

⁶¹ González Labrada, M. “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance”, op. cit., pág., 103; Moreno Vida, M.N. “Las facultades de control fuera de la jornada de trabajo: desconexión digital y control del trabajador” en *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 150 (2019) (Ejemplar dedicado a: Monográfico sobre las facultades de control empresarial ante los cambios tecnológicos y organizativos), pág., 183.

⁶² González Labrada, M. “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral: naturaleza y alcance”, op. cit., pág., 101.

Para conseguir estos objetivos sería conveniente que los convenios colectivos regulasen todas las cuestiones concernientes con el establecimiento de las normas específicas y garantías adicionales mediante protocolos de actuación en materia de protección de datos personales de los trabajadores con lo que se garantizaría una mayor seguridad para el ejercicio de los derechos fundamentales en la relación laboral⁶³.

⁶³ Rodríguez Fernández, M.L. “Sindicalismo y negociación colectiva 4.0*”, op. cit., pág., 33.

LA TRIPLE LEGITIMACIÓN NEGOCIADORA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE EMPRESA: DIFERENCIAS ENTRE ÓRGANOS UNITARIOS Y SECCIONES SINDICALES

SERGIO CANALDA CRIADO

Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universitat Pompeu Fabra

EXTRACTO

Palabras clave: representación unitaria, sección sindical, legitimación, negociación colectiva, libertad sindical

El siguiente trabajo analiza la aplicación de las reglas de legitimación negociadora de los artículos 87, 88 y 89.3 del Estatuto de los Trabajadores a los representantes unitarios y sindicales que pueden negociar convenios colectivos de empresa. Previamente, se aborda cuáles son los fundamentos constitucionales que habilitan cada una de los dos tipos de representaciones, discerniendo así el diferente papel que la Constitución guarda para cada uno de ellos. Desde esta perspectiva, la siguiente parte del trabajo aborda el objeto de estudio a través de la jurisprudencia existente sobre legitimación negociadora, tratándose por separado cada una de las legitimaciones: inicial, plena y decisoria. De esta forma, el trabajo destaca la estricta aplicación del ‘principio de correspondencia’ cuando los que negocian son órganos de representación unitaria, mientras que en el caso de las secciones sindicales las exigencias del cumplimiento de la triple legitimación negociadora se interpreta de acuerdo con la función social que cumplen las organizaciones sindicales en virtud del art. 7 de la Constitución.

ABSTRACT

Keywords: non-union representation, shop steward, legitimacy, collective bargaining, freedom of association

The following work analyses the application of the legitimacy rules provided for in Articles 87, 88 and 89.3 of the Statute of workers to the non-union and union representatives who can negotiate collective agreements of general application. Previously, the constitutional foundations that enable each of the two types of workers’ representative bodies are discussed, thus discerning the different role that the Constitution has for each of them. From this perspective the next part of the work analyses existing case law on negotiating legitimacy, separating each of the initial, full and decisive legitimization. Thus, the work highlights the strict application of the ‘correspondence principle’ when negotiating collectively unitary representation bodies while, in the case of the unions, the demands of compliance with the triple bargaining legitimization are interpreted according with the social function that trade unions fulfill under Article 7 of the Constitution.

ÍNDICE

1. EL PODER NORMATIVO DE LOS AGENTES SOCIALES: EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL DESARROLLO LEGAL DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE EFICACIA PERSONAL GENERAL
2. LOS PARÁMETROS CONSTITUCIONALES PARA LA DEFINICIÓN DE LA LEGITIMACIÓN DE LOS NEGOCIADORES
 - 2.1. Las secciones sindicales como negociadoras: la modulación de la función social de las organizaciones sindicales según su audiencia electoral
 - 2.2. La participación en la empresa a través de los órganos unitarios: la representatividad derivada de su carácter electivo
3. EL DESARROLLO LEGAL DE LA TRIPLE LEGITIMACIÓN PARA LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE EMPRESA DE EFICACIA GENERAL
 - 3.1. La legitimación inicial como poder genérico para negociar
 - 3.2. La legitimación plena para conformar válidamente la comisión negociadora
 - 3.3. La mayoría para adquirir la legitimación decisoria a través del principio de proporcionalidad
4. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LEGITIMACIÓN A LOS PROCESOS DE NEGOCIACIÓN EN EMPRESAS COMPLEJAS
5. CONCLUSIONES

1. EL PODER NORMATIVO DE LOS AGENTES SOCIALES: EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y EL DESARROLLO LEGAL DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE EFICACIA PERSONAL GENERAL

La Constitución Española (CE) reconoce en el artículo 37.1 el derecho a la negociación colectiva en los siguientes términos: «La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios». Dicho precepto configura el reconocimiento constitucional de los convenios colectivos «como un instrumento esencial, básico y hasta cierto punto preeminente de regulación y ordenación de las relaciones laborales tanto individuales como colectivas»¹. De conformidad con ello, y más allá de las diferentes tesis que se han planteado acerca de si la Constitución, cuando proclama la fuerza vinculante de los convenios, reconoce a éstos una fuerza normativa o si bien tienen una eficacia «real»², no hay duda que la máxima norma de nuestro ordenamiento jurídico guarda para el convenio colectivo un lugar preferente en nuestro sistema de

¹ García-Perrote Escartín, I. *Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, p. 120.

² Siendo predominante aquella que les otorga fuerza normativa. Ver Lahera Forteza, J. “Marco constitucional de la negociación colectiva” en AA.VV. *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*. (F. Valdés Dal-Ré, dir.), Las Rozas (Madrid): La Ley, 2008, pp. 88-90.

relaciones laborales, siendo por ello constitucionalmente relevante que sujetos pueden producirlo. A modo de resaltar dicha relevancia, es pertinente señalar lo afirmado por García-Perrote sobre que el poder normativo de los grupos sociales se equipararía al mismo poder normativo del Estado, descendiendo ambos de la propia Constitución³.

Respecto de los sujetos, la Constitución también reserva una posición especial para los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales, reconociendo en el artículo 7 CE que éstos «contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios». Como ha afirmado el Tribunal Constitucional (TC) en la STC 20/1985, de 14 de febrero, dicho artículo ha puesto de manifiesto el carácter de ‘asociaciones de relevancia constitucional’ y «la trascendencia de las funciones que de acuerdo con la Constitución les corresponden». Con todo, aunque a las citadas organizaciones se les reserva una posición preeminente para la defensa de los intereses respectivos, el artículo 37.1 reconoce el derecho a la negociación colectiva a los representantes de los trabajadores y empresarios, sin aludir ni tan solo a la fórmula asociativa como lo hace en relación al art. 7 CE. Ello es lo que ha motivado a la doctrina sostener que la negociación colectiva puede ser protagonizada por otros sujetos que no sean, por ejemplo, las organizaciones sindicales. En este sentido, Valdés Dal-Ré planteó que no sólo las asociaciones sindicales debían poder representar a los trabajadores sino que a ellas había que sumar «el mandato representativo como fuente del poder de representación, de manera que la actividad contractual puede ser legítimamente ejercida por las restantes formas de organización y agregación a través de las cuales se articula y manifiesta la autotutela de los intereses del trabajo»⁴.

Así pues, parecería que la norma suprema produciría una tensión si, por una parte, reconoce una posición especial de los convenios colectivos y de las organizaciones sindicales y, por otra parte, abriera la posibilidad de que otras formas de representación de los trabajadores pudieran ejercer el derecho a la negociación colectiva con la posible consecuencia de desplazar a los sindicatos restringiendo el ejercicio de una de las formas de promoción y defensa de los intereses respectivos por antonomasia. Sin embargo, sobra decir que la negociación colectiva forma parte del contenido esencial del derecho de libertad sindical⁵ por lo que dicha consecuencia restrictiva sobre el ejercicio del derecho reconocido en el

³ García-Perrote Escartín, I. *Ley y autonomía colectiva...* op.cit. p. 121.

⁴ Ver Valdés Dal-Re, F. “La negociación colectiva en la Constitución” en *Revista de Política Social*, núm. 121/1979, p. 487.

⁵ STC 70/2000, de 13 de marzo, FJ 4.

artículo 28.1 CE está prohibida en nuestro ordenamiento jurídico. Ello, como es obvio, limitará la labor del legislador ordinario cuando garantice por ley el derecho a la negociación colectiva laboral, respecto de lo cual se debe añadir que éste no será un derecho «de»⁶ negociación colectiva ni tampoco su acción legislativa atenderá a un contenido esencial⁷.

En este marco, el Título III del Estatuto de los Trabajadores (ET)⁸ regula un convenio colectivo específico, a saber, aquél cuyo alcance personal le otorga una eficacia *erga omnes*. Sin embargo, como se puede deducir de lo anteriormente comentado, la Constitución no determinaría la eficacia personal de los pactos fruto de la negociación colectiva, siendo que «[c]ualquier opción legal es constitucional porque el art. 37.1 CE no impone ningún límite ni orienta en el tipo de convenio colectivo adoptado»⁹. Es más, el propio Tribunal Constitucional ha afirmado que «la legítima opción legislativa en favor de un Convenio Colectivo dotado de eficacia personal general (...) no agota la virtualidad del precepto constitucional», por lo que la Constitución también ampararía la negociación colectiva de eficacia personal limitada.¹⁰ Al no encontrar referencia expresa en el texto constitucional al efecto *erga omnes*, no cabe duda de que ello responde a la voluntad del legislador, el cual es «soberano a la hora de promocionar una u otra modalidad convencional en función de las diferentes valoraciones que él mismo pueda efectuar»¹¹. Por lo tanto, la pregunta a responder es por qué optar por un convenio colectivo con extensión *erga omnes*.

La respuesta a dicha pregunta descansa en la función deseada que cumplan los convenios colectivos con dicha eficacia, esta es, «homogeneizar al máximo las condiciones de trabajo en un cierto ámbito, sea empresarial, supraempresarial, sectorial»¹². He aquí la principal razón para optar el legislador ordinario por un instrumento que, debido a su eficacia general personal, como han señalado Ruíz Castillo y Escribano Gutiérrez, deviene su caracterización como norma¹³.

⁶ Ver Valdés Dal-Re, F. “La negociación...” *op. cit.* p. 482-483.

⁷ Ver Ruíz Castillo, M. y Escribano Gutiérrez, J. *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo*. Albacete: Bomarzo, 2013.

⁸ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado núm. 255, de 24 octubre de 2015.

⁹ Lahera Forteza, J. “Marco constitucional...” *op. cit.* p. 95.

¹⁰ STC 73/1984, de 27 de junio, FJ 2.

¹¹ Escudero Rodríguez, R. *Los sujetos de los convenios de empresa: representantes unitarios y representantes sindicales*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985. p. 37.

¹² Ruíz Castillo, M. y Escribano Gutiérrez, J. *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo*. Albacete, Bomarzo, 2013. Pág. 113.

¹³ Ruíz Castillo, M. y Escribano Gutiérrez, J. *La negociación...* *op. cit.* p. 110.

También, como afirma Alarcón Caracuel, la atribución de fuerza normativa a los convenios colectivos estatutarios deriva de su carácter general y abstracto, características propias de las normas jurídicas¹⁴.

En definitiva, si fue interés del legislador promocionar un convenio colectivo que por su eficacia personal general se comportara como una norma, podemos volver a la pregunta primera: qué sujetos deben poder negociarlo si el 37.1 CE reconoce a todos por igual. La respuesta es que el legislador optó por dar este «plus de eficacia» a los convenios que cumplieran con unos requisitos de mayoría representativa previstos en el ET¹⁵. Por tanto, la representatividad opera en nuestro ordenamiento jurídico laboral como parámetro de la legitimación negociadora de convenios colectivos estatutarios y a su vez, como afirma Solans Latre, éste actúa como límite legal de la libertad de los sujetos negociadores a la hora de elegir la unidad negociadora, de tal forma que la representatividad de los negociadores y la unidad de negociación «deben estar, pues, indisolublemente relacionadas y son recíprocamente dependientes»¹⁶.

En este trabajo se pretende analizar la técnica prevista legalmente para dotar de representatividad a los sujetos negociadores como mecanismo de legitimación de la negociación colectiva estatutaria en la empresa. Concretamente, la técnica prevista para garantizar la representatividad es la regla de la ‘triple legitimación’, la cual ha sido reciente y abundantemente abordada por la doctrina en relación al principio de correspondencia. Dicho principio, que responde al mandato electoral de los órganos unitarios –y, por tanto, democrático– conforma el poder representativo de la representación unitaria, completando el cumplimiento de la triple legitimación. Sin embargo, el cumplimiento de la triple legitimación por parte de las secciones sindicales se fundamenta en un equilibrio entre la implantación en la unidad de negociación concreta y la función social que cumplen las organizaciones sindicales, condicionando así también la triple legitimación.

¹⁴ Alarcón Caracuel, M.R. “La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos”, en Alarcón Caracuel, MR, y del Rey Guanter, S. (coord.) *La reforma de la negociación colectiva.*, Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 64.

¹⁵ STC 108/1989, de 8 de junio, FJ 2.

¹⁶ Solans Latre, M.A. *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos.* Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004. p. 26.

2. LOS PARÁMETROS CONSTITUCIONALES PARA LA DEFINICIÓN DE LA LEGITIMACIÓN DE LOS NEGOCIADORES

2.1. Las secciones sindicales como negociadoras: la modulación de la función social de las organizaciones sindicales según su audiencia electoral

El art. 28.1 CE reconoce que «[t]odos tienen derecho a sindicarse libremente» comprendiendo la libertad sindical «el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas». Como ha afirmado el TC, el derecho constitucional de libertad sindical comprende además «el derecho a que los sindicatos fundados -y aquellos a los que la afiliación se haya hecho- realicen las funciones que de ellos es dable esperar, de acuerdo con el carácter democrático del Estado y con las coordenadas que a esta institución hay que reconocer, a las que se puede sin dificultad denominar ‘contenido esencial’ de tal derecho¹⁷». De acuerdo con ello, la Ley Orgánica de Libertad Sindical¹⁸ (LOLS) prevé, respecto de las organizaciones sindicales, derechos relativos a su organización¹⁹ y el «ejercicio de la actividad sindical en la empresa o fuera de ella» y que comprenderá, en todo caso y entre otros, el derecho a la negociación colectiva (art. 2.2.d LOLS).

Por su parte, el art. 8.1.a LOLS reconoce, en el ámbito de la empresa o centro de trabajo, el derecho de los trabajadores afiliados a un sindicato a constituir secciones sindicales de conformidad con lo establecido en los Estatutos de su sindicato. En palabras del TC, la «consagración de ciertas representaciones sindicales a nivel de centro de trabajo por la Ley Orgánica de Libertad Sindical (...) responde también a un propósito legislativo de profundización en la democracia sindical a través de la descentralización de las representaciones sindicales y de la toma de decisiones sindicales a nivel de centro de trabajo²⁰». Dichas secciones sindicales tienen un doble aspecto: «como instancias organizativas internas del Sindicato, y como representaciones externas a la que la ley confiere determinadas ventajas y prerrogativas, que suponen correlativamente cargas y costes

¹⁷ STC 70/1982 de 29 de noviembre FJ 3.

¹⁸ Boletín Oficial del Estado núm. 189, de 8 de agosto de 1985.

¹⁹ La LOLS reconoce el derecho de las organizaciones sindicales a «redactar sus estatutos y reglamento, organizar su administración interna y sus actividades y formular su programa de acción» (art. 2.2.a LOLS), su derecho a «[c]onstituir federaciones, confederaciones y organizaciones internacionales, así como afiliarse a ellas y retirarse de las mismas» (art. 2.2.b LOLS), el derecho a «[n]o ser suspendidas ni disueltas sino mediante resolución firme de la Autoridad Judicial, fundada en incumplimiento grave de las Leyes» (art. 2.2.c LOLS).

²⁰ STC 208/1993, de 28 de junio.

para la Empresa²¹». En el mismo sentido, la STC 229/2002, de 9 de diciembre (FJ 2), dice que cuando se define a éstas como «como representación externa, se está haciendo referencia a las funciones y facultades que esta entidad desarrolla como órgano de representación de los trabajadores»²².

Esta división sirve para poner de manifiesto la posición de la sección sindical como instrumento del sindicato para consumir la defensa de los intereses de los trabajadores. Así, entre otras funciones y facultades, el art. 8.2 LOLS reconoce a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos y de los que tengan representación en los comités de empresa y en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas o cuenten con delegados de personal, el derecho a la negociación colectiva «en los términos establecidos en su legislación específica». En este punto, cabe distinguir entre el sujeto al cual se refiere y el propio ejercicio del derecho sobre el cual opera la remisión. Respecto del sujeto, la LOLS se refiere a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos o de aquellos que tenga representación en los órganos de representación unitaria o en los órganos de representación en las administraciones públicas. Por lo tanto, está regulando el ejercicio del derecho a la negociación de los sujetos que cumplan con una cierta implantación general, en el caso de las primeras, o particular, en el caso de las segundas, eludiendo –que no prohibiendo– el derecho a las secciones sindicales que no cumplan ninguno de estos requisitos. Respecto del ejercicio del derecho, el legislador se remite a la legislación específica, sin concretar la norma a dónde se habrá de acudir para conocer el alcance del ejercicio de este derecho. Por lo tanto, el precepto no se decanta por ningún tipo concreto de producto de la negociación colectiva.

A pesar de la imprecisión del precepto, el preámbulo de la norma reconoce que el Título IV de la LOLS («De la acción sindical») en dónde se ubica el art. 8 LOLS vino a recoger con «carácter normativo las competencias, facultades y garantías que en esta materia se introdujeron en España por primera vez a través del Acuerdo Marco Interconfederal». En dicho Acuerdo Marco Interconfederal

²¹ STC 61/1989, de 3 de abril, FJ 3. Ahora bien, «/s/olo el aspecto estrictamente organizativo de la representación sindical en la empresa aparece como atinente al contenido esencial de la libertad sindical. (...) Por el contrario, la imposición de cargas a la empresa derivada de la actuación sindical implica la promoción de la actividad del sindicato en la empresa o en el centro de trabajo. Aparece así como un instrumento adicional que el Legislador puede lícitamente establecer, ordenar y delimitar sin incurrir en inconstitucionalidad puesto que no está incluido en el contenido esencial de la libertad sindical» (STC 173/1992, de 29 de octubre, FJ 4).

²² En otra resolución el Tribunal ha afirmado que la misma dualidad y proyección interna y externa expresan los delegados sindicales pues éstos son «una instancia organizativa interna del sindicato, e igualmente puedan ser, además, representantes externos de la sección sindical dotados por la ley de determinadas facultades, que generan, a su vez, cargas y costes para la empresa» (STC 84/1989, de 10 de mayo, FJ 3).

(AMI)²³ firmado en 1980 por la Unión General de Trabajadores (UGT) y la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), se recogían muchas de las facultades y garantías previstas en la LOLS, aunque sin mención entre ellas de la negociación colectiva. Ahora bien, la patronal admitía «la conveniencia de que todas las Empresas afiliadas a sus Organizaciones consideren a los Sindicatos debidamente implantados en los sectores y plantillas, como elementos básicos y consustanciales para afrontar a través de ellos las necesarias relaciones entre trabajadores y empresarios». Paralelamente, en ese momento se estaba tramitando la aprobación del ET de 1980, proyecto²⁴ sobre el cual las mismas organizaciones habían mostrado su deseo de influir a través del Acuerdo Básico Interconfederal (ABI) de 1979²⁵, pretendiendo que el Gobierno asumiera las conclusiones alcanzadas en el ABI²⁶, entre las cuales figuraba que «[e]n los convenios de empresa o centro de trabajo podrán ser interlocutores los comités de empresa, delegados de personal. en su caso, o las representaciones sindicales, si las hubiere, y ambas partes se reconociesen como interlocutores, y siempre que la representación sindical constituya la mayoría de los miembros del comité» (apartado 5º del Acuerdo Básico Interconfederal)²⁷. Como consecuencia de ello, es posible deducir que, cuando el art. 8 declara el derecho a la negociación colectiva para sólo algunas secciones sindicales y no todas, con la mención de dichos sujetos se está aludiendo a la negociación colectiva de eficacia general al estar refiriéndose a negociadores que denotan una representatividad en un ámbito específico como es la empresa.

En relación a las representaciones de los trabajadores, el ABI y el ET aprobado en 1980 únicamente hacían mención de las representaciones sindicales que

²³ Resolución del Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación por la que se acuerda la publicación del Acuerdo Marco Interconfederal para la negociación colectiva suscrito por la Unión General de Trabajadores (UGT) y la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE). Boletín Oficial del Estado núm. 21, de 24 de enero de 1980.

²⁴ Ver Proyecto de Ley de Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. Serie A. 4 julio 1979, núm.62-I.

²⁵ AA.VV. *25 años del Estatuto de los Trabajadores (1980-2005)*. Madrid: Fundación F. Largo Caballero, 2005.

²⁶ Sobre la función política de los diferentes acuerdos interconfederales, ver Canalda Criado, S. “Las funciones de los acuerdos interconfederales frente a la situación actual de la negociación colectiva”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 44/2016, pp. 350-381.

²⁷ AA.VV. *25 años del Estatuto de los Trabajadores (1980-2005)*. Madrid: Fundación F. Largo Caballero, 2005, p.127. Más adelante, en relación a la futura categoría de ‘representatividad’, el apartado 7º se afirma que «es forzoso recabar la existencia de determinada base representativa para constituirse como interlocutor, a los efectos de negociar Convenios Colectivos o ser llamada a la parte en defensa de los intereses representados por la Administración Pública u otras Entidades y Corporaciones».

sumaran la mayoría de miembros del comité de empresa respectivo. Sin embargo, no incluía ninguna referencia a las secciones sindicales de los sindicatos más representativos, los cuáles venían a ser los de mayor implantación en el sector, utilizando la terminología de los firmantes del AMI de 1980. La explicación de su no inclusión es simple: la aprobación de la LOLS y, por tanto, de la regulación en ella contenida respecto de la mayor representatividad, es posterior a las reglas de legitimación previstas en el ET de 1980. De ahí que, como figuraba en la exposición de motivos de la Ley 32/1984²⁸, la «Ley Orgánica de Libertad Sindical, como instrumento jurídico de desarrollo del derecho fundamental a la libre sindicación reconocido y garantizado por el número uno del artículo 28 de la Constitución, exige una adaptación normativa de determinados preceptos de los Títulos II y III del Estatuto de los Trabajadores, en orden a hacer coherente un sistema de representatividad sindical basado en la audiencia de los sindicatos en los centros de trabajo, en los sistemas de elecciones de representantes de los trabajadores en esos centros, así como una necesaria adaptación de las normas en materia de legitimación para la negociación colectivas».

Así pues, la LOLS supuso no sólo la reforma del ET en el sentido expuesto y que provocó, como después se verá, la ‘sindicalización’ de los procesos electorales, sino que además configuró por primera vez la regulación de la representatividad sindical. Vale la pena recordar que la opción de distinguir la representatividad de las organizaciones sindicales es una respuesta a la existencia de un sistema de pluralismo sindical y, por consiguiente, de una multiplicidad de organizaciones sindicales, derivando de ello, como afirmó el Tribunal Constitucional, el problema de «determinar a cuáles de éstas ha de corresponder la representación de los intereses de los trabajadores, que sería notablemente mermada en su eficacia si se atribuyese por igual a todos los sindicatos existentes²⁹». Desde esta perspectiva³⁰, el Título III de la LOLS («de la representatividad sindical») regula la condición de sindicato más representativo (arts. 6 y 7.1 LOLS), o de sindicato simplemente representativo (art. 7.2 LOLS), dependiendo de si el sindicato en cuestión supera o no determinados porcentajes de audiencia electoral en las elecciones a órganos de representación unitaria y de los correspondientes de los funcionarios públicos. Concretamente, la LOLS diferencia entre las organizaciones sindicales que tendrán la consideración de sindicatos más representativos a

²⁸ Ley 32/1984 de 2 de agosto, sobre modificación de determinados artículos de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado núm. 186, de 4 de agosto de 1984.

²⁹ STC 65/1982, de 10 de noviembre, FJ 3.

³⁰ La técnica de la representatividad no sólo existe en otros ordenamientos jurídicos nacionales sino que tiene respaldo en la normativa internacional (ver STC 53/1982, de 22 de julio, FJ 3).

nivel estatal³¹, a nivel de Comunidad Autónoma³² o las organizaciones sindicales que aun no teniendo la consideración de más representativas, sean consideradas representativas en un ámbito específico³³. Además, la LOLS también regula la ‘representatividad por irradiación’, reconociendo como sindicatos más representativos, por un lado, a nivel estatal a aquellos «sindicatos o entes sindicales, afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito estatal que tenga la consideración de más representativa» (art. 6.2.b LOLS) y, por otro lado, más representativos a nivel de comunidad autónoma a los «sindicatos o entes sindicales afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito de Comunidad Autónoma que tenga la consideración de más representativa» en dicho ámbito (art. 7.1.b LOLS)³⁴.

Con todo, la virtualidad de la representatividad se basa en la «singular posición jurídica a efectos tanto de participación institucional como de acción sindical» (art. 6.1 LOLS)³⁵. Así pues, para cada uno de estos niveles de representatividad, la Ley prevé una mayor o menor singular posición en las materias reguladas en el art. 6.3 LOLS al cual se remiten también el art. 7 cuando reconoce las funciones y facultades para los sindicatos más representativos de Comunidad Autónoma –adaptando el ejercicio de aquéllas al ámbito correspondiente– y para los sindicatos suficientemente representativos –no sólo adaptando sino también

³¹ Serán aquellos sindicatos que «acrediten una especial audiencia, expresada en la obtención, en dicho ámbito del 10 por 100 o más del total de delegados de personal de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas» (art. 6.2.a LOLS).

³² Aquellos sindicatos que en ese ámbito «acrediten en el mismo una especial audiencia expresada en la obtención de, al menos, el 15 por 100 de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa, y en los órganos correspondientes de las Administraciones públicas, siempre que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal» (art. 7.1.a LOLS). Como se puede apreciar, sólo en el caso de la mayor representatividad a nivel autonómico la LOLS exige un plus que responde a que dichas organizaciones ostentan no sólo las mismas prerrogativas que a los de nivel estatal en el ámbito específico de la respectiva Comunidad, sino también, «la capacidad para ostentar representación institucional ante las Administraciones Públicas u otras Entidades u organismos de carácter estatal» (STC 98/1985, de 29 de julio, FJ 14).

³³ Serán las que hayan obtenido el 10 por 100 o más de delegados de personal y miembros de comité de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas en un ámbito territorial y funcional específico (art. 7.2 LOLS), catalogándolas la doctrina como organizaciones ‘suficientemente representativas’ o de ‘representatividad simple’.

³⁴ Según el propio TC (STC 98/1985, de 29 de julio, FJ 13), responde a una opción del legislador «en favor de la potenciación de las organizaciones de amplia base territorial (estatal o comunitaria) y funcional (intersectorial), que asegure la presencia en cada concreto ámbito de actuación de los intereses generales de los trabajadores frente a una posible atomización sindical».

³⁵ El TC ha afirmado que de aquella se derivan ciertos privilegios de unas organizaciones sobre otras, derivándose de ello el problema de determinar su adecuación a los arts. 14 y 28.1 de la Constitución (STC 98/1985, de 29 de julio, FJ 8).

restringiendo algunas de ellas³⁶. Concretamente, entre las facultades y funciones reconocidas, se prevé «[l]a negociación colectiva, en los términos previstos en el Estatuto de los Trabajadores» para los sindicatos más representativos a nivel estatal (art. 6.3.b LOLS) pero también para los sindicatos más representativos de comunidad autónoma y los suficientemente representativos en sus ámbitos correspondientes (art. 7 LOLS).

En definitiva, la LOLS no establece *a priori* una consecuencia concreta del hecho de que una sección sindical pertenezca a una organización sindical más representativa o suficientemente representativa a efectos de negociación colectiva. Sin embargo, cuando la LOLS prevé el derecho a la negociación colectiva únicamente para aquellas secciones sindicales bajo el parámetro de un cierto nivel de implantación³⁷, está modulando la función social de los sindicatos, especialmente de los más representativos, con el cumplimiento de ostentar cierta audiencia electoral en los órganos de representación unitaria, configurando así su legitimación, como se verá más adelante.

2.2. La participación en la empresa a través de los órganos unitarios: la representatividad derivada de su carácter electivo

Como ha puesto de manifiesto el TC, la regulación por el legislador de la representación unitaria se fundamenta constitucionalmente en el art. 129 CE, el cual establece que «[l]os poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa³⁸» (art. 129.2 CE), o en el art. 103.3 CE en el caso de los delegados y juntas de personal de los funcionarios públicos. Así, centrando el análisis en el título II del ET («De los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa»), éste diferencia entre el derecho de representación colectiva, regulado en el capítulo 1º, y el derecho de reunión, regulado en el capítulo 2º. Además, el art. 61 ET proclama que «los trabajadores tienen derecho a participar en la empresa a través de los órganos de representación» regulados en el título II, y ello, «sin perjuicio de otras formas

³⁶No hay que olvidar, con todo, que otros privilegios aparecen en la misma norma, como son las especiales atribuciones que reciben sus secciones sindicales en el tablón de anuncios o el local adecuado (art. 8.2 LOLS).

³⁷Sobre ello, existe abundante jurisprudencia sobre la importante diferencia entre el concepto de representatividad y el de implantación, pues el de representatividad es «valorado por el Estatuto de los Trabajadores para atribuir legitimación para la negociación colectiva de eficacia general (art. 87) o para la representación institucional en defensa de los intereses generales de los trabajadores ante la Administración Pública u otras entidades u organismos que la tengan prevista (disposición adicional sexta)» (STC 37/1983, de 11 de mayo, FJ 3).

³⁸STC 95/1996, de 29 de mayo, FJ 3.

de participación»³⁹. La misma distinción se produce en el art. 4 ET cuando se establecen de forma separada como derechos básicos de los trabajadores el de reunión (art. 4.1.f ET) y el de información, consulta y participación en la empresa (art. 4.1.g ET).

Los trabajadores ejercen su derecho a la participación, por tanto, a través de los órganos de representación, a saber: los delegados de personal y los comités de empresa. Concretamente, le corresponderá a los delegados de personal la representación «de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo que tengan menos de cincuenta y más de diez trabajadores» (art. 62.1 ET), mientras que el comité de empresa es «el órgano representativo y colegiado del conjunto de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo para la defensa de sus intereses, constituyéndose en cada centro de trabajo cuyo censo sea de cincuenta o más trabajadores» (art. 63.1 ET). Así pues, la constitución de uno u otro se realiza en función del censo electoral que haya en cada centro, incluso aunque se denomine ‘comité de empresa’ pues, como ha repetido la doctrina⁴⁰, el uso de la expresión ‘empresa o centro de trabajo’ pretende distinguir entre las empresas de estructura u organización funcional simple (con un único centro de trabajo) y las de estructura más compleja (varios centros). Además, la unidad electoral es inalterable, porque «las normas que disponen la existencia de un solo Comité de Empresa son *ius cogens*, derecho necesario» sin poder constituirse dos en un mismo centro (ATC 45/1983, de 9 de febrero, FJ 2).

Más allá de ello, tanto los delegados de personal como los comités de empresa suponen la opción legislativa hacia la democracia representativa, regulándose en el mencionado título además de su mandato representativo, sus competencias, sus garantías y el procedimiento electoral. Como consecuencia de la configuración legal existente, se puede afirmar que el régimen de la participación de los trabajadores tiene las siguientes limitaciones: por un lado, como Sáez Lara afirma, la regulación estatutaria «no expresa gran confianza hacia las formas de democracia directa en la empresa»⁴¹. Ahora bien, Escribano matiza que «no existe una total imposibilidad para que en el futuro estos mecanismos pasen a un plano más destacado»⁴². Y por otro lado, no cabe olvidar que la ley excluye la posibilidad de

³⁹ Por ejemplo, la Ley 44/2015, de 14 de octubre, de Sociedades Laborales y Participadas, considera como sociedades participadas por los trabajadores aquéllas en las que los trabajadores posean capital social y derechos de voto. Ver Boletín Oficial del Estado núm. 247, de 15 de octubre de 2015.

⁴⁰ STS 31 de enero 2001, rec. 1959/2000.

⁴¹ Sáez Lara, C. “La representación colectiva de los trabajadores en la empresa”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. 58/2005, p. 318.

⁴² Escribano Gutierrez, J. “Eficacia de los acuerdos adoptados en asamblea de trabajadores y negociación colectiva”. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social* 103/2010, p. 205.

llevar a cabo los procesos electorales para la elección de representantes unitarios a los centros de trabajo que tengan menos de 5 trabajadores y tampoco posibilita que se pueden agrupar para escoger un comité⁴³.

Con todo, el sistema representativo pone las bases para la representatividad del órgano unitario. A modo de ejemplo, el ET cuando regula el procedimiento electoral prevé que los «delegados de personal y los miembros del comité de empresa se elegirán por todos los trabajadores mediante sufragio personal, directo, libre y secreto» (art. 69.1 ET). Además, para garantizar la proporcionalidad dentro de los comités de empresa, se prevé que el «censo de electores y elegibles se distribuirá en dos colegios, uno integrado por los técnicos y administrativos y otro por los trabajadores especialistas y no cualificados» distribuyéndose los puestos del comité proporcionalmente según el número de trabajadores que formen los colegios electorales (art. 71.1 ET). Finalmente, serán elegidos los delegados de personas que obtuvieran el mayor número de votos (art. 70 ET) mientras que en el caso de los comités de empresa se atribuirá a cada lista, mediante un sistema de representación proporcional, el número de puestos que le corresponda, «de conformidad con el cociente que resulte de dividir el número de votos válidos por el de puestos a cubrir» (art. 71.2.b ET)⁴⁴.

Finalizado el proceso electoral y durante su mandato, los comités de empresa y los delegados de personal representan a todos los trabajadores en el centro de trabajo (art. 62.1 y 63.1 ET respectivamente). La consecuencia más importante de ello es que su carácter electivo «justifica a su vez el carácter vinculante que para los representados tienen, con carácter general, las decisiones y acuerdos de la representación unitaria, a no ser, que dichas actuaciones no hayan sido acordes a derecho (STS de 21 enero 1988)»⁴⁵. Esa representatividad del órgano se impone al hecho de que éste se forme únicamente por candidaturas sindicales (en virtud del art. 69.3 ET), pues a pesar de ello éste vinculará a todos los trabajadores ya que los miembros no actuarán como representantes de un sindicato o de sus afiliados sino como representantes de todas las personas empleadas en el centro

⁴³ STS de 20 febrero 2008, rec. 77/2007.

⁴⁴ Sin embargo, el Comité intercentroa, como posible órgano de representación amparado por convenio colectivo según art. 63 ET, se rige por reglas diferentes a las de comités de empresa y delegados, ya que es órgano de segundo grado (ver STS de 16 junio 2014, rec. 175/2013) debiéndose ajustar la elección de los miembros «en función de los representantes elegidos, sin exclusión alguna, y ello con la equilibradora finalidad de constituir la mayor pluralidad posible, haciendo participar a las minorías en los órganos de representación intercentros» (STS de 4 diciembre 2000, rec. 4558/1999, FJ 2).

⁴⁵ Sánchez-Urán, Y., Aguilera, R., Gutiérrez-Solar, B. y De Nieves, N. “Los sujetos colectivos en la empresa: un estudio jurisprudencial”. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* 43/2003, p. 35.

de trabajo dónde se convoque la elección. Por ello mismo, el órgano unitario no gozará del amparo del artículo 28.1 CE⁴⁶.

En relación a ello, como se avanzaba anteriormente, se quiere llamar la atención sobre los efectos que tuvo la opción legal de medir la representatividad de las organizaciones sindicales en función de la audiencia electoral⁴⁷. Concretamente, como afirma Sáez Lara, la consecuencia más importante fue la sindicalización de las elecciones de los órganos de representación unitaria, produciéndose ésta «frente a su función primera de elección de los representantes unitarios en las empresas»⁴⁸. Por su parte, el TS ha recalcado también la sindicalización de los Comités intercentros desde la reforma que del art. 63.3 ET a través de la Ley 32/1984, lo cual «no elimina su indudable carácter de órgano de representación unitaria de segundo grado (...), sometido por tanto a las mismas reglas de legitimación que el resto de tales representantes»⁴⁹.

Pero además, como ha señalado la STC 95/1996, de 29 de mayo, (FJ 3) se puede afirmar que los canales de representación sindical y unitaria no están desconectados, puesto que, además de la necesaria audiencia electoral para alcanzar la representatividad, la promoción de elecciones y presentación de candidaturas forman parte del contenido adicional del derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE) tanto en su vertiente colectiva como en su vertiente individual y «la propia representación unitaria o electiva de los trabajadores es una vía de importante y muchas veces preferente actuación de los sindicatos, dada la regulación vigente de la acción propiamente sindical (STC 197/1990)».

Con todo, aquí se quiere destacar, como afirma Rodríguez-Sañudo, que la participación «conecta muy directamente con el campo de la negociación colectiva (bien sea entendiendo ésta como forma específica de participación, alternativa o complementaria o, desde otro punto de vista, como medio de introducción y regulación de otras formas de intervención de los trabajadores)»⁵⁰. En coherencia con ello, los órganos unitarios, además de los derechos de informa-

⁴⁶ STC 118/1983, de 13 de diciembre.

⁴⁷ Concretamente, la medición de la representatividad de los Sindicatos «ha de ser efectuada en función de la audiencia que hubieran alcanzado las respectivas candidaturas que hubieran presentado para la elección de representantes unitarios (...) Así resulta de las normas rectoras en materia de atribución de resultados, conforme a las cuales su imputación al Sindicato sólo procede cuando hubiera presentado candidaturas bajo su denominación o siglas (...) [por lo que] el cambio de afiliación del representante de los trabajadores, producido bajo la vigencia del mandato, no implicará la modificación de la atribución de resultados» (STS de 17 octubre 1994, rec. 3079/1993, FJ 3).

⁴⁸ Sáez Lara, C. “La representación...”. *op.cit.* pp. 320-321.

⁴⁹ STS de 25 octubre 1999, rec. 1385/1999.

⁵⁰ Rodríguez-Sañudo, F. “La participación de los trabajadores en la empresa”, *Revista de Política Social*, 121/1979, p. 416.

ción y consulta reconocidos en el art. 64 ET, tiene reconocido el derecho a la negociación colectiva de convenios colectivos de empresa de eficacia general.

3. EL DESARROLLO LEGAL DE LA TRIPLE LEGITIMACIÓN PARA LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE EMPRESA DE EFICACIA GENERAL

Como recuerda la STC 4/1983, de 28 de enero (FJ 3), «el valor normativo del convenio colectivo y de su fuerza vinculante, con una eficacia *erga omnes*, ha movido al legislador a sujetar su validez a unos presupuestos cuya intensidad va más allá de los límites generales a la autonomía negocial del derecho privado». En relación a ello, el TC asimismo ha afirmado que la legitimación negocial regulada en el ET «posee un preciso significado que impide valorarla desde la perspectiva del derecho privado, pues el Convenio, que constituye el resultado de la negociación, no es sólo un contrato sino una norma que rige las condiciones de trabajo de los sometidos a su ámbito de aplicación, estén o no sindicados y pertenezcan o no a las organizaciones firmantes⁵¹».

Como afirma López, el proceso de negociación colectiva diseñado en el ET «se garantiza con una regulación de la legitimación, composición de mesa negociadora y toma de acuerdos que, junto con los requisitos de validez de los acuerdos colectivos, aseguran una eficacia general de esta fuente de ordenamiento cimentada en la representación y en la representatividad de los actores»⁵². Concretamente, la regla de la triple legitimación se refiere a los requisitos de legitimación negocial para negociar convenios colectivos de eficacia general. Así, el título III «De la negociación colectiva y de los convenios colectivos», dentro del Capítulo I «Disposiciones generales», incluye la Sección 2ª «Legitimación», donde se ubican los artículos 87 («Legitimación») y artículo 88 («Comisión negociadora»). Ambos artículos se han identificado con la denominada ‘legitimación inicial o simple’ y la ‘legitimación plena interviniente o deliberante o complementaria’, respectivamente. Ahora bien, como se verá a continuación, la doctrina ha ubicado en el apartado tercero del artículo 89 («Tramitación») –correspondiente a la Sección 1ª («Tramitación, aplicación e interpretación») del Capítulo II («Procedimiento»)– la proclamada ‘legitimación negociadora o decisoria’. A pesar de su distinta ubicación en el texto legal, los arts. 87, 88 y 89.3, junto con los arts. 6, 7 y 8 de la LOLS, conforman el régimen de la triple

⁵¹ STC 73/1984, de 27 de junio, FJ 2.

⁵² López López, J. “Modalidad procesal de impugnación y convenios colectivos de empresa: notas sobre los debates en la jurisprudencia reciente” *Negociación colectiva y gobernanza de las relaciones laborales: una lectura de la jurisprudencia tras la reforma laboral*. Albacete: Bomarzo, 2016. p. 14.

legitimación para negociar los convenios colectivos estatutarios. Además, el Tribunal Supremo (TS) ha afirmado que «las legitimaciones inicial, deliberativa y plena son sucesivas y acumulativas, debiendo reunirse todas ellas para que el convenio colectivo sea estatutario⁵³».

Como se ha dicho, el cumplimiento de la triple legitimación debe interpretarse de acuerdo al sujeto que está negociando. Sin embargo, existen criterios comunes indistintamente de cuál sea el tipo de representación que haya desarrollado las negociaciones. En primer lugar, como declara la STC 73/1984, de 27 de junio (FJ 3), «legitimación negocial, tal y como aparece regulada en el Estatuto de los Trabajadores, constituye un presupuesto de la negociación colectiva que escapa al poder de disposición de las partes negociadoras que no pueden modificarlas libremente». En segundo lugar, es importante destacar no sólo la intrínseca relación entre las tres legitimaciones, sino también entre ellas y el ámbito de aplicación que pacten los negociadores en virtud del art. 83 ET. En relación a dicha necesaria relación, merece alusión la reflexión de Alarcón Caracuel quien señaló que el problema de legitimación en términos del ámbito personal del convenio se resolvía a través del criterio de la representatividad, la cual consistiría en una regla básica, esto es, que «cuando esa representatividad equivalga (...) a la mayoría absoluta de los destinatarios potenciales del convenio –dados el ámbito funcional y territorial previamente delimitados de dicho convenio – éste será aplicable a la totalidad de esos destinatarios potenciales: es decir, el ámbito personal ‘real’ del convenio coincidirá con su ámbito personal potencial⁵⁴. Desde este prisma, el cumplimiento de la triple legitimación es un mecanismo que garantiza la suficiente representatividad de los sujetos que firman el convenio, derivándose de dicha representatividad la eficacia general del convenio colectivo. Y en tercer lugar, que la falta de representatividad para dotar de eficacia general un convenio colectivo de empresa conllevará casi siempre a la nulidad de éste⁵⁵.

En los siguientes subapartados se irá desgranando cada una de aquellas legitimaciones con el fin de explorar en qué consiste cada uno de los tres tipos de legitimaciones previstas en el ET, para después valorar su diferente aplicación en función del tipo de representante, es decir, sea sindical o unitario.

⁵³ STS de 21 diciembre 2015, rec. 6/2015, FJ 2.

⁵⁴ Alarcón Caracuel, M.R. “La autonomía colectiva...” *op.cit.* p. 64.

⁵⁵ Es posible la «reconducción» del ámbito aplicativo del Convenio Colectivo a partir del principio ‘favor negotii’ que «informa toda la materia negociadora y se orienta a garantizar la validez del negocio jurídico y a limitar la ineficacia a los concretos preceptos nulos» (STS de 23 febrero 2017, rec. 146/2016)

3.1. La legitimación inicial como poder genérico para negociar

La legitimación negocial inicial ha sido definida como un ‘poder genérico’ para negociar que «da derecho a formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo estatutario a los representantes de los trabajadores o de los empresarios con la concreción derivada esencialmente del ámbito del convenio⁵⁶». Así, siendo un ‘poder genérico’ que se concretiza en no ser excluido de la legitimación negocial, la legitimación se reconoce para aquellas formas de representación que *a priori* pueden proyectar la suficiente representatividad en la unidad negocial.

En primer lugar, la legitimación negocial para negociar los convenios colectivos de empresa se reconoce, además de al empresario, en representación de los trabajadores al comité de empresa, a los delegados de personal o a «las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité» (art. 87.1 ET). Además, el ET otorga una preferencia a las secciones sindicales, pues a continuación señala el precepto que la «intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal». De acuerdo con la STS de 17 octubre 1994 (rec. 3079/1993), el ET «al consagrar legitimación dual para intervenir en la negociación de convenios de tal ámbito, cuida en precisar que dicha doble legitimación no es acumulativa, sino alternativa y excluyente». Además de ésta lógica alternativa, el ejercicio de la legitimación inicial por parte de cada una de las representaciones tiene importantes matizaciones.

Respecto de los órganos de representación unitaria, es importante recordar, por un lado, que a pesar de que el art. 87 ET sólo menciona al comité de empresa (entendiendo aquí incluido el comité conjunto) o a los delegados de personal, existe la posibilidad de elegir un comité intercentros, el cual esté dotado del poder de negociación siempre que esté previsto así en el convenio colectivo por el cual se crea (art. 63.3 ET). No así, se ha negado la legitimación para negociar de otras posibles formas de participación de los trabajadores, como a través de una comisión *ad hoc*⁵⁷.

Por otro lado, debido a su naturaleza electiva, la doctrina ha señalado que las distintas formas de presentación unitaria de los trabajadores sólo pueden negociar por los centros de trabajo que los han elegido, en aplicación del principio de correspondencia. En este sentido, se puede citar la STS de 22 marzo 2017, rec. 126/16, la cual afirma que «el principio de correspondencia exige que el ámbito

⁵⁶ STS de 28 junio, rec. 203/2016, FJ 2.

⁵⁷ SAN 26 abril 2018, proc. 46/2018, y STS de 28 junio 2017, rec. 203/2016

de actuación del órgano de representación de los trabajadores en el convenio de empresa ha de corresponderse estrictamente con el de afectación de éste, independientemente del hecho de que los restantes centros de trabajo no tengan representación unitaria» (FJ 2). Dicho de otra forma, en la SAN de 13 junio 2014 (proc. 104/2014) se afirma que el principio de representatividad está anudado al de correspondencia entre representación y unidad negociadora en la negociación colectiva. El mismo principio es aplicable para el comité intercentros, el cual sólo podrá negociar por los centros de trabajo a los cuales representa⁵⁸.

Por su parte, a pesar de que el art. 87 declara la legitimación inicial de las secciones sindicales «siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal» (art. 87.1 ET), ésta es, como ha señalado la doctrina, la regla a cumplir respecto de la legitimación plena. Por ello, como Olarte ha señalado⁵⁹, el reconocimiento legal de la legitimación inicial de la sección sindical debe encontrarse en la LOLS, en dónde sólo se exige que la sección sindical «lo sea de un sindicato más representativo o cuente con un miembro⁶⁰ del comité de empresa o entre los delegados de personal, excluyéndose, a sensu contrario las que no reúnan ninguna de las condiciones»⁶¹. Aquí es importante traer a colación la STS de 18 julio 2014 (rec. 91/2013) por cuanto que define la competencia de la organización sindical para definir su ámbito de acción en función del ámbito de elección del delegado sindical, por lo que si ésta se constituye a nivel de empresa debe poder negociar convenios colectivos en dicha unidad, siendo así que la SAN de 17 mayo 2018 (proc. 50/2018) admite dicha posibilidad. También se ha llegado a admitir la negociación directa con las organizaciones sindicales aunque no tengan secciones sindicales constituidas en la empresa⁶².

En este punto cabe una apreciación importante respecto de la posibilidad de los representantes sindicales de negociar colectivamente en un segmento de

⁵⁸ STS de 30 noviembre 2016, rec. 141/2015.

⁵⁹ Olarte Encabo, S. “Legitimación representativa en la negociación colectiva”. En *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 120/2013, p. 497.

⁶⁰ Como destaca Fuentes, aquellos sindicatos «cuyo modelo de acción sindical no pase por la participación en los órganos de representación unitaria no van a poder negociar convenios estatutarios, con independencia del volumen de afiliación que puedan tener en la empresa». Fuentes Rodríguez, F. (2017). “Legitimación y capacidad para negociar convenios colectivos estatutarios: los convenios de empresa” en Nogueira Guastavino, M., Menéndez Calvo, R., Cruz Villalón, J. (coord.) Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales. Albacete: Bomarzo, p. 497.

⁶¹ A modo de ejemplo, la STS de 27 octubre 2014 (rec. 267/2013) excluye la participación de un sindicato en una comisión negociadora al no pertenecer a un sindicato más representativo ni contar con representantes en los órganos de representación unitaria de la empresa al momento de constituirse la Comisión Negociadora.

⁶² SAN de 27 enero 2016, proc. 328/2015.

la empresa, es decir, de negociar convenios ‘franja’. Efectivamente, el art. 87 ET reconoce la legitimación inicial para negociar los convenios dirigidos «a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico», previendo que únicamente estarán legitimadas para negociar las secciones sindicales «que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta». Es decir, ya no nombra a los órganos de representación unitaria, por lo que éstos no podría negociar, y en consecuencia se ha afirmado que el precepto acentúa «aún más el principio de correspondencia que debe existir entre la base representada y los sujetos legitimados para concluir una negociación colectiva estatutaria»⁶³. Sobre la representación sindical, Nogueira⁶⁴ defiende que la referencia simple a las ‘secciones sindicales’ conlleva que cualquier sección sindical pueda ser designada para negociar por el grupo específico de trabajadores, sin distinguir entre las secciones comprendidas en el 8.2 LOLS y el resto de secciones sindicales, en virtud del art. 2.2 LOLS.

Otra segunda apreciación relevante es la opción de reconocer dicha legitimación inicial a las secciones sindicales y no sólo a los delegados sindicales. Como es sabido, la LOLS prevé la designación de delegados sindicales en representación de las secciones sindicales constituidas en las empresas o, en su caso, en los centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores, y que cuenten con presencia en los comités de empresa o en los órganos de representación que se establezcan en las Administraciones públicas (art. 10 LOLS). Sin embargo, como afirma la STC 173/1992, de 29 de octubre (FJ 6), «[e]l hecho de que determinadas secciones sindicales no pueden contar por imperativo legal con un delegado de los previstos en el art. 10 LOLS no impide en modo alguno el ejercicio de los derechos de los arts. 8 y 9 LOLS por sus respectivos titulares. Ni siquiera la negociación colectiva se ve afectada, pues la que pueda desarrollarse, con arreglo a la legislación específica, no corresponde a éstos sino a las secciones sindicales cuyos representantes cuentan, a estos efectos, con específicos apoyos».

3.2. La legitimación plena para conformar válidamente la comisión negociadora

Como afirma Nieves Nieto, «[l]a opción a favor del convenio colectivo de eficacia general que afecta a terceros no representados en su negociación lleva

⁶³ Nogueira Guastavino, M. “La legitimación negocial en la franja o grupo de trabajadores con perfil profesional específico”. En Nogueira Guastavino, M., Menéndez Calvo, R., Cruz Villalón, J. (coord.) *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales*. Albacete: Bomarzo, 2017, p. 462. Tampoco, como apunta Nogueira Guastavino, podrían delegar el comité de empresa a miembros que hubieran sido elegidos por el colegio electoral al que perteneciera el grupo de la franja.

⁶⁴ Nogueira Guastavino, M. “La legitimación negocial...” *op. cit.* pp. 463 y ss.

conigo que su válida celebración solo pueda lograrse por aquellos sujetos cuya implantación en el ámbito que se pretende negociar sea suficientemente cualificada»⁶⁵. En este sentido, la legitimación ‘plena’ o ‘complementaria’ se corresponde con el «derecho de los sujetos con capacidad convencional a intervenir en una concreta negociación colectiva»⁶⁶», es decir, que quienes tienen legitimación inicial participen de una comisión negociadora determinada de un proceso concreto y ceñido a un ámbito específico donde se medirá su implantación⁶⁷. Así, puede ocurrir que no todos los sujetos con legitimación inicial tengan automáticamente legitimación plena, ya que «se puede ser capaz para negociar y no estar legitimado para hacerlo en un supuesto singular»⁶⁸».

Ahora bien, aunque anteriormente se ha dicho que la legitimación plena se regula en el art. 88 ET, en el caso de los convenios colectivos de empresa no es así, por lo que la regulación de ésta debe extraerse de otros preceptos. Sin embargo, si encuentra ubicación en el art. 88.1 ET la composición de la comisión negociadora, según el cual «[e]l reparto de miembros con voz y voto en el seno de la comisión negociadora se efectuará con respeto al derecho de todos los legitimados según el artículo anterior y en proporción a su representatividad».

Respecto de la representación unitaria, Fuentes⁶⁹ señala que no hay previsión específica alguna sino que en su caso «serán coincidentes la legitimación inicial y la complementaria». Así, la legitimación plena de las representaciones unitarias se corresponde con la legitimación inicial, por cuanto que el legislador no habría previsto requisitos específicos «puesto que se considera que la representación unitaria de los trabajadores en la empresa o centro de trabajo representa de modo directo al conjunto de los trabajadores independientemente de su afiliación o no a los sindicatos que la componen al ser un producto del proceso electoral previo»⁷⁰. Ahora bien, como se comentó anteriormente, la legitimación deriva de su naturaleza electiva, por lo que los órganos unitarios sólo pueden representar a los centros de trabajo que los escogieron, respetándose así el principio de correspondencia. En el caso de ser varios centros de trabajo, sólo aquellos con representación podrían participar en la comisión negociadora. Tampoco sería válido que los

⁶⁵ De Nieves Nieto, N. “La legitimación para negociar convenios colectivos estatutarios” *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales* 4/2015, p. 54.

⁶⁶ STS 25 noviembre 2014, rec. 63/2014, FJ 3.

⁶⁷ Se ha señalado que «el momento crucial en que ha de existir y probarse la legitimación es el del inicio de las negociaciones del convenio colectivo, esto es, cuando se constituye su mesa o comisión negociadora» (STS de 3 febrero 2015, rec. 20/2014, FJ 5). También, «hay que excluir de cómputo las variaciones posteriores a la constitución de la comisión negociadora» (STS de 23 noviembre 199, rec. 1780/1991, FJ 2).

⁶⁸ STS de 25 noviembre 2014, rec. 63/2014, FJ 3.

⁶⁹ Fuentes Rodríguez, F. (2017). “Legitimación y capacidad...”. *op. cit.* p. 504.

⁷⁰ De Nieves Nieto, N. “La legitimación para negociar...”, *op. cit.* p. 54.

trabajadores de los centros sin representación delegaran su representación sobre un representante unitario de otro centro⁷¹.

Sobre el reparto proporcional de asientos de la comisión negociadora, en el supuesto de ser varios centros con varias representaciones unitarias, «la proporcionalidad en las mesas formadas a partir de órganos de representación unitaria ha de establecerse entre los distintos órganos representativos en función del número de trabajadores representados por cada uno de ellos. Solamente después y dentro de cada uno de esos órganos la proporcionalidad habrá de establecerse en función de la afiliación sindical⁷²». El mismo criterio es aplicable en el caso de un comité inter-centros⁷³.

En el caso de negociación por las secciones sindicales, como se dijo anteriormente, el propio artículo 87.1 establece la legitimación complementaria al exigir que en su conjunto sumen a la mayoría⁷⁴ de los miembros de los órganos de representación unitaria. En cuanto a la unidad de negociación, en el caso de existir un único centro de trabajo será el órgano de representación existente sobre el cual habrá de comprobarse si la sección sindical suma la mayoría de representantes unitarios. Si hay varios centros y todos ellos representados por un único comité las secciones sindicales firmantes tienen legitimación plena si suman la mayoría de dicho comité⁷⁵. Ahora bien, en el caso de existir varios centros de trabajo y no contar alguno de ellos con representación unitaria, la SAN de 8 octubre 2015, (proc. 211/2015)⁷⁶ ha afirmado que la concurrencia de centros de trabajo sin representación legal de los trabajadores no puede impedir a las secciones sindicales mayoritarias negociar convenios de ámbito empresarial por cuanto «las secciones sindicales, en su calidad de órganos básicos de los sindicatos de trabajadores, tienen entre sus fines constitucionales la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, reconociéndoseles, por ello en el art. 7.1 CE (SAN 13-06-2014, rec. 104/2014), una representación institucional que les habilita para negociar convenios de empresa (SAN 22-04- 2014, rec. 41772013)».

En cuanto al reparto de miembros bajo el criterio de representatividad, éste se realiza en relación a la audiencia electoral obtenida en las elecciones a representantes unitarios de la empresa⁷⁷. Concretamente, la proporcionalidad se

⁷¹ SAN 5 febrero 2014, proc. 47/2013.

⁷² SAN 27 de enero 2014, proc. 426/2013.

⁷³ Sentencia Tribunal Central del Trabajo de 1 abril 1987

⁷⁴ Se ha entendido que debe ser la mayoría absoluta. Ver STS de 4 de octubre de 2001 (rec. 4477/2000).

⁷⁵ STS de 27 septiembre 2016, rec. 123/2015.

⁷⁶ Confirmada por STS de 14 noviembre 2016, rec. 42/2016).

⁷⁷ STS de 19 noviembre 2010, rec. 63/2010.

predica del número de representantes elegidos y no por el número de trabajadores a quienes representen⁷⁸.

3.3. La mayoría para adquirir la legitimación decisoria a través del principio de proporcionalidad

La STS de 21 diciembre 2015 (rec. 6/2015, FJ 5) definía la legitimación decisoria como aquella por la cual se «determina quién puede aprobar finalmente el convenio estatutario partiendo del grado o nivel decisorio de representación necesario para alcanzar acuerdos dentro de la propia comisión negociadora». Dicha regla se concibe en el art. 89.3 ET, el cual prevé que los «acuerdos de la comisión requerirán, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones». Por su parte, la STS de 25 noviembre 2014 (rec. 63/2014, FJ 3) afirma que «solamente alcanzarán eficacia acuerdos que estén avalados con el voto favorable de cada una de las dos representaciones, interpretado jurisprudencialmente, en su caso, como voto proporcional o ‘mayoría representada en la mesa de negociación y no al número de los componentes de cada uno de los bancos que integran la mesa’». En el mismo sentido, la STS de 15 junio 2015 (rec. 214/2014) recuerda que en la forma de computar los votos en el seno de la comisión negociadora del Convenio Colectivo, los tribunales se han decantado por el criterio del cómputo de los votos en función de la representatividad de sus integrantes (sistema proporcional) en detrimento del sistema personal.

Así, respecto de la comisión negociadora compuesta por representaciones sindicales, lo relevante es «si el resultado representa a la mayoría de aquellos a quienes el sindicato representa, esto es un sistema proporcional del voto que se da en función de la representatividad de quien lo formula⁷⁹». También, aunque se descompensara el número de representantes por la distribución aritmética, se niega que los representantes de la minoría puedan impedir que se apruebe lo que aprobaron los representantes de la mayoría por cuanto que «equivale a tanto como a hacer ineficaz el principio de proporcionalidad sobre el que se asienta todo el régimen jurídico de la negociación de los convenios⁸⁰». También se ha admitido el establecimiento en su composición de un miembro por cada representación sindical pero ponderando el valor de su voto conforme a la representatividad que se acredite, respetándose «escrupulosamente, como es preceptivo, el derecho

⁷⁸ SAN 17 diciembre 2013, proc. 467/2013.

⁷⁹ STS de 27 septiembre 2017, rec. 121/2016.

⁸⁰ STS de 3 junio 2008, rec. 3490/2006.

a la negociación colectiva -proporcional- por parte de quienes ostentan plena legitimación⁸¹».

Más complejo resulta la legitimación decisoria cuando quien negocia son las representaciones unitarias. Si bien en el caso de un convenio colectivo aplicable a un único centro de trabajo dónde existiera representación unitaria, ésta no resulta controvertida aceptándose incluso el voto personal al entenderse éste ajustado al requisito de proporcionalidad por derivarse de su carácter electivo. Así, el único requisito es seguir el propio reglamento del órgano colegiado, en el caso de ser un comité de empresa, o de respetar los principios de actuación mancomunada, en el caso de existir varios delegados de personal. Por ejemplo, no sería válida la adopción de un acuerdo por la minoría de los miembros de un comité de empresa aunque después se ratificara en asamblea de trabajadores⁸². En cambio, cuando el convenio colectivo afectase a varios centros de trabajo con representación unitaria, se exigirá la correcta composición de la comisión negociadora en proporción a los centros que compusieran el ámbito funcional del convenio para la ponderación del voto en el momento de decidir o no la adopción del acuerdo y, como consecuencia de ello, satisfacer el cumplimiento de la legitimación decisoria. En este sentido, la STS de 28 septiembre 2015 (rec. 277/2014) ha rechazado la posibilidad de pactar previamente como requisito para determinar la validez del convenio la aceptación del acuerdo por todos los representantes legales de todos los centros de trabajo, por cuanto el art. 89.3 ET dice que «los acuerdos se toman por mayoría y no permite pactar la exigencia de una mayoría cualificada, ni, menos aún, la unanimidad que no se requiere en las sociedades democráticas ni para aprobar leyes. Imponer una mayoría cualificada es un pacto que vulnera el derecho a la negociación colectiva que establece la Ley y trata de fomentar».

4. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LEGITIMACIÓN A LOS PROCESOS DE NEGOCIACIÓN EN EMPRESAS COMPLEJAS

Las diferencias en cuanto al cumplimiento de los requisitos de ostentación de las tres legitimaciones negociales por la representación unitaria y la representación sindical en la negociación de convenios estatutaria a nivel de empresa son especialmente relevantes, más si cabe cuando la organización empresarial cuenta con varios centros de trabajo. En relación a la legitimación inicial, existe una gran diferencia entre ambos tipos de representaciones pues la representación unitaria está condicionada por el principio de correspondencia para definir el ámbito de

⁸¹ STS de 23 enero 2012, rec. 220/2010.

⁸² STS de 15 septiembre 2015, rec. 308/2014.

aplicación del convenio colectivo mientras que las secciones sindicales tienen libertad para configurar su ámbito de representación a nivel de empresa y, por lo tanto, de la unidad de negociación de un convenio colectivo estatutario en función de la estrategia del sindicato, cumpliendo alguna de las condiciones del art. 8.2 LOLS y a expensas de cumplir con el resto de las legitimaciones. Además, en el caso de la negociación de convenios franja que abarquen a toda la empresa con varios centros, la representación sindical sería la única que puede negociar. Respecto de la legitimación plena, como se ha podido contrastar, la diferencia entre las representaciones unitarias y las sindicales a efectos de ostentar dicha legitimación tiene especial incidencia cuando son varios los centros de trabajo afectados y no todos tienen representación. Así, como la SAN de 13 junio 2014 (proc. 104/2014) propone, frente a «las dificultades para negociar convenios de empresas complejas, con varios centros de trabajo, en los que no haya representantes de los trabajadores, (...) cabe otra fórmula, regulada también en el art. 87.1 ET, consistente en la negociación con las secciones sindicales, que acrediten la mayoría de los representantes unitarios, puesto que el ordenamiento jurídico ha sobreprimado, a estos efectos, a los sindicatos frente a los representantes unitarios, por cuanto el sindicato es el órgano de representación de los trabajadores por excelencia, cuyos intereses económicos y sociales le corresponde defender globalmente, a tenor con lo dispuesto en el art. 7 CE, desde la perspectiva general de la clase trabajadora». Además, el reparto de miembros de la comisión negociadora se realiza de forma distinta al mediar, en el caso de la representación unitaria, un reparto previo entre los centros de trabajo en función de los trabajadores empleados, para el posterior reparto de acuerdo con la audiencia electoral existente en cada centro de trabajo. Y finalmente, tanto las representaciones unitarias como las sindicales se rigen por los mismos requisitos de representatividad en el ejercicio de la legitimación decisoria. Ahora bien, en la negociación de un convenio colectivo para varios centros de trabajo, el voto favorable de las secciones sindicales mayoritarias es válido para que el convenio adquiera eficacia general, mientras que si negocian los representantes unitarios y se opone la mayoría de un centro afectado, puede ser controvertido que el convenio pueda incluir a dicho centro, por aplicación de las reglas de mayorías del 89.3 ET por las consecuencias que pudiera tener, por lo que la misma STS 28 septiembre 2015 (rec. 277/2014), afirma que, en el caso de que éste lesione los intereses de cierto colectivo, se podrá impugnar por discriminatorio o por cualquier otra causa.

En relación a los convenios colectivos de empresas complejas, la operatividad de las reglas de legitimación analizadas ha tenido un importante impacto en la negociación llevada a cabo por representantes unitarios de convenios colectivos a nivel de empresa conllevando la nulidad del convenio por el quebrantamiento del principio de correspondencia no sólo por incluir cualquier centro de trabajo

de la empresa en el territorio nacional sino también «los que en un futuro puedan constituirse⁸³», descartándose además la posibilidad de que se pueda reducir el ámbito funcional del convenio a los centros cuyos representantes negociaron, en tanto que la voluntad de las partes fue negociar un convenio de ámbito empresarial⁸⁴. Además, se ha desechado la posibilidad de reconvertir el convenio impugnado en convenio extraestatutario porque los representantes del centro que negociaron no estaban legitimados para negociar convenios que desbordaran su representatividad⁸⁵. Por último, se ha negado la posibilidad de modificar el ámbito de aplicación de un convenio a fin de subsanar defectos en la representatividad de la comisión negociadora una vez concluida la negociación de aquel⁸⁶.

Si bien la reciente STS 22 de febrero de 2019 (rec. 226/2017) sugiere la posibilidad de expandir la aplicación del convenio colectivo firmado por representantes unitarios de centro a otras demarcaciones a través de la configuración de aquéllas como nuevas «unidades de negociación y adherirse al mismo [*convenio*] durante su vigencia», es plausible considerar la representación sindical –siempre que estén constituidas a nivel de empresa, ostenten la mayoría en los órganos unitarios y hayan acordado su intervención⁸⁷– como aquella más idónea para desarrollar no sólo la negociación que culmine en la adopción de convenios colectivos estatutarios sino además el resto de procesos de negociación posibles en el seno de las empresas con alcance general.

Respecto de los posibles procesos de negociación diferentes del convenios colectivos estatutarios, la jurisprudencia del TS ha extendido la aplicación de las reglas de legitimación a la negociación de los acuerdos de empresa para conferir a éstos eficacia general siempre que se lleven a cabo por la representación unitaria o, en su caso, las secciones sindicales que cuenten con la mayoría de integrantes de la primera⁸⁸. Respecto de los acuerdos de empresa, se ha afirmado de éstos que pueden actualizar las disposiciones del convenio colectivo aplicable, suplir las lagunas del mismo y mejorar sus condiciones⁸⁹. Así pues, su estrecha relación con los convenios estatutarios impone la necesaria aplicación de la doctrina sobre el principio de correspondencia a la negociación y adopción de los acuerdos de empresa, por lo que la participación de las secciones sindicales que ostenten la mayoría de la audiencia electoral se presenta como la fórmula más idónea para conseguir la eficacia *erga omnes* de los acuerdos a nivel empresarial. En el

⁸³ STS 7 de marzo de 2017, rec. 58/16.

⁸⁴ SAN 17 de febrero de 2015, proc. 326/14.

⁸⁵ SAN 25 de noviembre de 2015, proc. 281/2015.

⁸⁶ SAN 8 de marzo de 2016, Proc 5/2016.

⁸⁷ Ver STS 16-1-18, Rec 262/2016.

⁸⁸ STS 24 de enero de 2013, Rec 42/2012.

⁸⁹ STS 21 de diciembre de 2009, rec 11/2009.

mismo sentido, el principio de correspondencia limita las posibilidades de la representación unitaria de alcanzar otros acuerdos que pueden ser dotados de eficacia de convenio colectivo (pacto que ponga fin a la huelga⁹⁰, acuerdos de mediación o el propio laudo arbitral de resolución de conflicto colectivo⁹¹) más allá de los centros a los cuales representan los negociadores.

Por otro lado, las reglas de legitimación estudiadas imperan también sobre los posibles acuerdos que se produzcan en la órbita de un convenio colectivo estatutario vigente. Dicho de otro modo, las legitimaciones negociales son exigibles a las propias vicisitudes que puedan afectar al convenio colectivo estatutario durante el tiempo de su vigencia. Así, el art. 86.1 ET prevé que durante la vigencia del convenio colectivo «los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 podrán negociar su revisión» e inclusive es factible que «las partes legitimadas para negociar un convenio colectivo estatutario en un determinado ámbito pueden modificar o dejar sin vigor anticipadamente el convenio estatutario anterior del mismo ámbito⁹²». En este sentido, la representación sindical que alcanzara la mayoría suficiente podría ser el interlocutor válido para alcanzar dichos acuerdos aunque el convenio afectado hubiera sido firmado por una comisión negociadora formada por representantes unitarios. Lo mismo podría predicarse del pacto de ultractividad previsto en el art. 86.3 ET pues éste puede alcanzarse en cualquier momento⁹³.

También, en relación a la doctrina recogida en la STS 2 de diciembre de 2016, rec. 14/2016) por la cual se afirma que la legitimación necesaria para la simple denuncia de convenio es la legitimación inicial y sólo cuando la denuncia se produce con la promoción de la negociación se exigirá además la legitimación plena, se plantea la duda sobre si la representación unitaria de un único centro pudiera denunciar un convenio de empresa que englobara a varios centros de trabajo al no poder negociar por sí sola dicho convenio, mientras que se presenta menos controvertida la capacidad de una sección sindical con presencia mayoritaria en los órganos unitarios. Igualmente, en el caso de haber pactado una cláusula de denuncia automática en un convenio cuyo ámbito de aplicación cubriera todos los centros de trabajo, los actos de negociación colectiva que materializasen el fin de la vigencia del convenio colectivo, «sanando» así el defecto formal⁹⁴, habrían de ser realizados por sujetos que ostentaran la misma legitimación para negociar dicho convenio, lo cual puede ser más plausible para

⁹⁰ Artículo 8 del Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

⁹¹ Artículo 24 del Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo.

⁹² STS 6 de noviembre de 2015, rec. 305/2014.

⁹³ STS 2 de julio de 2015, Rec 1699/2014.

⁹⁴ STS 30 de septiembre de 2013, rec. 97/2012.

las secciones sindicales que para la representación unitaria de un centro de trabajo si el convenio afectara a varios establecimientos.

5. CONCLUSIONES

En este trabajo se ha pretendido abordar la aplicación de las reglas sobre legitimación convencional estatutaria a los diferentes sujetos capaces de negociar colectivamente en la empresa, partiendo del hecho de que, como afirmó la STC 118/1983, de 13 de diciembre (FJ 4), la existencia de un doble canal de representación no significa «ni que exista una indefinición constitucional ni una identidad entre todos los sujetos susceptibles del ejercicio de funciones sindicales». Desde esta perspectiva, aquí se ha expuesto la relación entre la representación unitaria y la representación sindical con el ejercicio del derecho a la negociación colectiva, y concretamente, la negociación de convenios colectivos de eficacia personal general, siendo determinante una diferencia entre ambas, a saber: que los órganos de representación unitaria son electivos y tienen una «vocación originaria de representar a la totalidad de los trabajadores de la empresa», mientras que la representación sindical «solo adquiere este mandato de representación global a través de las técnicas de la representatividad»⁹⁵.

Con todo, la relevancia constitucional de la sección sindical como manifestación del ejercicio de los afiliados a un sindicato de su derecho a la libertad sindical, sitúa a cada una de las dos representaciones analizadas en dos planos jurídicos distintos, pues «los órganos de representación en la empresa, aparte de su indirecta vinculación con el art. 129.2 de la Constitución, son creación de la Ley y sólo poseen las competencias que ésta expresamente les atribuya, mientras que el Sindicato está reconocido en la Constitución y de ella recibe sus funciones, formando parte de la libertad sindical⁹⁶». Es más, como afirma López, el «modelo constitucional de relaciones laborales consagraba un derecho colectivo como base de los derechos laborales» siendo que los arts. 7, 9.2, 14, 28.1 y 2 y el art. 37 CE forman «un conjunto de instituciones que permiten mantener que la negociación colectiva no es sólo una fuente de regulación de las condiciones de trabajo, sino que es una pieza clave en el diseño de un modelo social y democrático de derecho»⁹⁷.

Así, el principio de correspondencia mediatiza la aplicación de las reglas de legitimación de los arts. 87, 88 y 89.3 ET, o dicho de otra forma, su «representatividad queda limitada a los ámbitos en los que fueron elegidos, a tenor con lo

⁹⁵ Sánchez-Urán, Y., Aguilera, R., Gutiérrez-Solar, B. y De Nieves, N. (2003), En “Los sujetos...”, *op. cit.* p. 35.

⁹⁶ STC 37/1983, de 11 de mayo, FJ 2.

⁹⁷ López López, J. “Modalidad procesal...” *op. cit.* 2016. p. 30.

dispuesto en los arts. 62 y 63 ET⁹⁸». Ello ha producido una importante cantidad de doctrina que declara la nulidad de los convenios por infringir los negociadores dicho principio y pretender incluir en el ámbito del convenio negociado a centros de trabajo en dónde no se hayan llevado procesos electorales y, por tanto, no existían órganos de representación. El mismo resultado se ha producido cuando existían representantes en los otros centros pero no hubieran participado en la negociación, pues excedería de las posibilidades de disposición de la comisión negociadora por «una falta de congruencia entre el ámbito de representación del banco social y el ámbito de eficacia del convenio⁹⁹» o inclusive si se quisiera incluir en el ámbito de aplicación a centros de trabajo aun no existentes¹⁰⁰.

En cambio, la legitimación de las secciones sindicales combina el respeto a su función social y la necesaria implantación en la unidad de negociación. En este sentido es necesario recordar que «toda la construcción de la categoría convenio colectivo/norma jurídica reposa sobre un punto de partida esencial: la representación institucional de los agentes sociales (...) en cuanto, por imperativo legal, tienen conferida la promoción y defensa de intereses de carácter general»¹⁰¹. Este principio se ha visto especialmente en cuanto a la legitimación plena cuando no exige la existencia de órganos de representación en todos y cada uno de los centros de trabajo. Y sin embargo, el requisito de implantación se respeta a través de la legitimación inicial *ex art. 8.2 LOLS*, puesto que esta exigencia no debe ser concebida como ajena a la acción sindical ya que, como ha señalado el TC, en «un sistema democrático de relaciones laborales, el llamado poder sindical no deriva de la Constitución ni de las leyes, sino que unas y otras establecen los instrumentos de autoorganización y acción que permiten la configuración de ese poder social de autotutela¹⁰²».

Los fundamentos para la existencia de las diferencias entre una y otra representación debe servir para abordar, como ha planteado parte de la doctrina, la necesaria reforma del modelo de representación colectiva en la empresa¹⁰³. Así, se ha afirmado que las propuestas de alternativas al modelo vigente de representación colectiva «deben conciliarse con el dato relevante de que hoy nuestro sistema sindical encuentra apoyo, además de en su configuración constitucional, en el principio democrático, en la voluntad de los trabajadores que con su voto

⁹⁸ STS de 14 julio 2016, rec. 219/2015.

⁹⁹ SAN de 9 abril 2018, proc. 9/2018.

¹⁰⁰ STS de 10 junio 2015, rec. 175/2014.

¹⁰¹ Alarcón Caracuel, M.R. “La autonomía colectiva...” *op.cit.* p. 70.

¹⁰² STC 208/1993, de 28 de junio, FJ 7.

¹⁰³ Por ejemplo, Menéndez Sebastián, P. “El modelo sindical español. Un balance imposterable en su cuadragésimo aniversario” en *Revista jurídica de Castilla y León* 44/2018, pp. 105-150.

dotan de legitimidad democrática la actuación de los sindicatos»¹⁰⁴. En el mismo sentido, la reforma del modelo para corregir las disfunciones introducidas durante la crisis en el modelo de negociación colectiva¹⁰⁵, debe operar no sólo sobre la negociación colectiva en la empresa o unidad inferior, sino también sobre las reglas de legitimación del convenio colectivo sectorial, tanto en la parte social como empresarial¹⁰⁶.

En lo relativo a este trabajo, se ha mostrado que la aplicación de las reglas de la legitimación negocial desde la perspectiva de la definición constitucional de las representaciones unitaria y sindical tiene importantes consecuencias no sólo a efectos de la capacidad de negociar convenios colectivos de empresa que abarquen diferentes centros de trabajo, con y sin representación, sino que además afecta a la legitimación para alcanzar acuerdos de empresa con eficacia general en el mismo ámbito y de los propios acuerdos relacionados con un convenio colectivo vigente relativos a su modificación, su prórroga, e inclusive su denuncia. Por todo ello, se hace necesario prestar especial atención a las siguientes cuestiones. En primer lugar, es importante remarcar que si la capacidad de negociar y, por tanto, la legitimación negocial, la ostentan las secciones sindicales y no los delegados sindicales, sería necesario revisar la protección y las garantías de sus miembros que participen en dicha negociación, éstos son, los delegados sindicales ‘internos’ o ‘delegados no LOLS’ designados de acuerdo con los estatutos de cada sindicato. En segundo lugar, si las administraciones públicas como los ayuntamientos, tal como se afirma en la STS de 6 de mayo de 2019 (rec. 608/2018), pueden excluirse del ámbito de aplicación de convenios sectoriales por cuanto las asociaciones empresariales que los negociaron no los representaban, ello puede provocar la apertura de negociaciones de convenios colectivos de carácter estatutario con los representantes de los trabajadores de dichas administraciones, lo cual implica la necesidad de configurar nuevas unidades de negociación en función de las legitimaciones correspondientes. En tercer lugar, en relación a las inaplicaciones de convenios colectivos estatutarios, aunque se ha reconocido la posibilidad de las comisiones *ad hoc* de negociar acuerdos de inaplicación¹⁰⁷, sería conveniente revisar la regulación prevista en el artículo 82.3 ET en relación al procedimiento del artículo 41.4 ET con el fin de garantizar la participación de la representación sindical existente en la empresa aunque el centro de trabajo afectado por la inaplicación no cuente con órganos de representación unitaria,

¹⁰⁴ Sáez Lara, C. “La representación...”. *op.cit.* p. 340.

¹⁰⁵ Chacartegui Jávega, C. (coord.) *Negociación colectiva y gobernanza de las relaciones laborales: una lectura de la jurisprudencia tras la reforma laboral*. Albacete: Bomarzo, 2016.

¹⁰⁶ Sobre posibles mejoras, ver Cruz Villalón, J. “La representatividad empresarial: diagnóstico y propuestas de reforma”. *Derecho de las relaciones laborales* 2/2019, pp. 147-166.

¹⁰⁷ Ver STS 28 de junio de 2017, rec. 203/2016.

por lo que la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal no debería exigirse únicamente sobre «los centros de trabajo afectados». Y finalmente, si es la voluntad del legislador promover la negociación de acuerdos de empresa con eficacia personal general, garantizando la flexibilidad¹⁰⁸ de su negociación al no prever reglas sobre el procedimiento a seguir, sería aconsejable garantizar normativamente la observación de las reglas de legitimación de los firmantes de estos acuerdos a través de una remisión a los artículos 87, 88 y 89.3 del ET.

¹⁰⁸ La doctrina ha señalado como la razón e ser de dichos acuerdos la mayor flexibilidad en términos procedimentales al carecer de un régimen legal aplicable comparable al Título III ET. Ver, por ejemplo, Rodríguez Escanciano, S. “El acuerdo de empresa como cauce de flexibilidad interna: contenido y régimen jurídico” en *Justicia laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 49/2012, pp. 63-116.

EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA REPRESENTACIÓN PREVENTIVA: PUNTOS CRÍTICOS SOBRE SU REGULACIÓN E INSTRUMENTACIÓN*

DAVID GUTIÉRREZ COLOMINAS

*Investigador Postdoctoral de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social***

Universitat Autònoma de Barcelona

EXTRACTO

Palabras clave: Delegados de prevención, representación preventiva, constitución y designación, empresas dispersas

La regulación de la constitución y designación de la representación preventiva de los trabajadores se enfrenta a nuevos desafíos, como consecuencia de la irrupción de nuevas formas de organización empresarial basadas en la economía colaborativa. La descentralización y la desaparición de la realidad física del centro de trabajo afectan negativamente a la defensa de la seguridad y salud en el trabajo, dado que atomizan la representación, e incluso puede llegar a eliminarla. Estas circunstancias obligan a repensar el papel de los agentes sociales, bien desde la perspectiva de la eficacia de las opciones que ofrece la LPRL, bien desde las previsiones que se instrumentan en los convenios colectivos.

Ante este escenario, este artículo se centra en analizar el estado actual del marco jurídico y convencional de la representación preventiva, examinando a tal efecto el papel que ha desempeñado la negociación colectiva para incrementar la eficacia de la figura del delegado de prevención.

ABSTRACT

Keywords: Prevention representative, constitution and appointment, small companies

The regulation of the constitution and designation of preventive representation of workers faces new challenges, as a result of the irruption of new forms of business organization based on the collaborative economy. Decentralization and the disappearance of the physical reality of the workplace negatively affect work occupational safety and health, since they atomize representation, and may even eliminate it. These circumstances make it necessary to rethink the role of social agents, either from the perspective of the effectiveness of the options offered by the LPRL or from the provisions implemented in collective agreements.

Given this scenario, this article focuses on analyzing the current state of the conventional framework of preventive representation, examining for this purpose the possibilities of collective bargaining to increase the effectiveness of the regulation of the LPRL.

* El presente trabajo se ha elaborado en el marco del Proyecto de I+D+I, del Programa estatal de investigación, desarrollo e innovación orientada a los retos de la sociedad, con el título “La representación laboral en las empresas dispersas y en red: problemática, disfunciones y propuestas correctoras” (DER2017-83189-R), IP’s: Xavier Solà Monells y Ricardo Esteban Legarreta.

** Acreditado a Profesor contratado doctor (ANECA) y Profesor lector (AQU).

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DELEGADO DE PREVENCIÓN
3. ESTUDIO DEL IMPACTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
 - 3.1. Resultados preliminares
 - 3.2. La remisión al artículo 35 de la LPRL por la negociación colectiva
 - 3.3. La previsión de modificaciones en el cómputo de los delegados de prevención
 - 3.4. El ámbito de actuación de la representación preventiva y la existencia de figuras de coordinación
4. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

La protección de los riesgos existentes en el trabajo ha sido una cuestión que ha generado un interés jurídico creciente a lo largo de las últimas décadas. La salud e higiene en el trabajo tiene enormes implicaciones para el bienestar social, y no es casualidad su constitucionalización como principio rector en el artículo 40.2 de la Constitución Española (en adelante, CE).

Este precepto sitúa a los poderes públicos como garantes de la seguridad e higiene en el trabajo, circunstancia esta que supuso una nueva dimensión en la materia¹, que hasta el momento se mostraba como una cuestión que concernía al empresario como obligación derivada de la prestación laboral asociada al contrato de trabajo.

Sin embargo, no fue hasta que se aprobó la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) que adquirió una cierta importancia. El esfuerzo legislativo por desarrollar una política de protección de la salud de los trabajadores mediante la prevención de los riesgos derivados partía de su constitucionalización, pero también de la necesidad de transponer la Directiva del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo (en adelante, Directiva 89/391/CE). Esta norma europea puso el foco de atención en asegurar un nivel de protección homogéneo en materia de seguridad y de salud en el puesto de trabajo, mediante el establecimiento de distintas obligaciones y derechos, que incluye la realización de actividades de prevención de los riesgos profesionales, de información y de formación, la evaluación de los riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores, determinar las medidas de protección

¹ La inclusión de este tipo de mandatos constitucionales supone, a la luz de la STC núm. 53/1985, de 11 de abril, “[...] *la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano*”.

que deberán adoptarse o proteger de forma específica a aquellos trabajadores especialmente sensibles, entre otras².

Y ante este escenario, no exento de problemas³, la LPRL ofreció un enfoque inédito hasta la fecha⁴, basado en la previsión de una serie de principios que guían las actuaciones en materia de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores⁵, y que pretende involucrar a todos los sujetos de la relación laboral⁶. En efecto, la norma parte de una concepción cooperativa en la instrumentación de las actuaciones preventivas, prevista mediante la información, consulta y la participación de los trabajadores y el empresario en el desarrollo de la actividad preventiva, actuación está ciertamente atípica en nuestro ordenamiento jurídico⁷.

Los artículos 34 a 39 de la LPRL, que se encargan de transponer y dar contenido legal al mandato de información de los trabajadores previsto en los

² Para un examen en detalle sobre su contenido y proceso de elaboración, véase Mateu Caruana, M.J., “Marco normativo de la prevención de riesgos laborales”, en *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, Bomarzo, Albacete, 2009, págs. 46-55.

³ Sobre las dificultades que presentó la transposición de la Directiva 89/391/CE, centradas esencialmente en la falta de eficacia directa, véase González-Posada Martínez, E., “El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad e higiene y salud en el trabajo. La Directiva 89/391/CE”, *Actualidad laboral*, vol. 32, 1991.; Fernández Marcos, L., “Reflexiones sobre la anunciada Ley de seguridad e higiene desde las normas de la OIT y C.E.E”, *Actualidad laboral*, 1, 1991., págs. 9-20; Cruz Villalón, J., “Los representantes de los trabajadores en materia de prevención de riesgos profesionales”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 26, 1993., págs. 11-14; Gómez Muñoz, J.M., “Claves normativas del desarrollo de la Seguridad e Higiene en el trabajo en la Unión Europea”, en Monereo Pérez, J.L. (Coord.), *La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral : XII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Universidad de Granada, Granada, 1996, págs. 627-640; Quesada Segura, R., *La autonomía colectiva en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, págs. 16 a 21,

⁴ El esquema asumido por la LPRL fue calificado como muy novedoso por la doctrina científica, dado que abandonó un planteamiento de principios y criterios intervencionistas y autoritarios, que supuso una mayor armonización y alineación con la política internacional, tal y como señalan Cámara Botía, A.; González Díaz, F.A., “Derechos de participación y representación en materia de seguridad y salud laborales: un estudio de su aplicación”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, vol. 53, 2004, pág. 220.

⁵ Véase el artículo 15 en relación con el artículo 2.1 de la LPRL, que integra un total de 8 principios, entre los que se encuentran evitar y combatir los riesgos, evaluar aquellos que no puedan evitarse, adaptar el puesto de trabajo a la persona, adoptar medidas preferentemente colectivas o dar las debidas instrucciones a los trabajadores, entre otros.

⁶ En este sentido, González Ortega, S., “La aplicación en España de las Directivas comunitarias en materia de salud laboral.”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 27, 1993, pág. 18, destaca el carácter general de la Directiva 89/391/CE, que ofreció al legislador flexibilidad para adoptar disposiciones nacionales que van desde la consulta o mera información a hasta una participación que consista en una facultad de codecisión sobre estas cuestiones.

⁷ Vid. Cruz Villalón, J., “Los representantes de los trabajadores en materia de prevención de riesgos profesionales”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 26, 1993,

artículos 10 y 11 de la Directiva 89/391/CE, contemplan la creación de un sistema de representación preventivo sustentado en dos figuras: el delegado de personal (arts. 35 a 37 de la LPRL) y el comité de seguridad y salud (arts. 38 y 39 LPRL). Para ello, se considera como variable fundamental la plantilla de la empresa o centro de trabajo, que determinará la creación de uno u otro y el número de personas que constituirán la representación preventiva de los trabajadores⁸, si bien la norma opta por conectar estas figuras a los órganos de representación unitaria que ya existan en la empresa o centro de trabajo⁹.

En líneas generales, nos encontramos ante un marco jurídico sumamente protector que si bien utiliza frecuentemente términos referidos a la participación y en menor medida a la representación¹⁰, consolida un marco de colaboración en materia de seguridad y salud entre el empresario y la representación de los trabajadores, que permite reducir la conflictividad entre trabajadores y empresarios¹¹.

págs. 3 y 10, que sostiene que el legislador no había prestado demasiada atención a esta materia, como consecuencia de un bajo rango normativo en la jerarquía de fuentes y la falta de actualización normativa sobre la cuestión.

⁸ Véase los arts. 35.2 y 38 de la LPRL, cuya conceptualización ha sido sometida a un extenso debate doctrinal, a propósito de la idoneidad de la LPRL para cuantificar el número de delegados de prevención. Sobre esta cuestión, véase González Ortega, S.; Aparicio Tovar, J., *Comentarios a la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales*, Trotta, Madrid, 1996., pág. 224; Quesada Segura, R., *La autonomía colectiva...*, *op. cit.*, pág. 42-43; Mella Méndez, L., “Los delegados de prevención: algunos puntos críticos”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 6, 2003., pág. 5 (versión electrónica), que se muestran especialmente críticos con los intervalos numéricos previstos en la ley, dado que no ofrecen un marco representativo adaptado a las circunstancias de cada empresa, y en consecuencia, propone que sean los propios representantes de los trabajadores quienes decidan el número necesario *ad casum*.

⁹ Buena muestra de ello puede encontrarse en el artículo 35.2 de la LPRL, que confiere la facultad de designar a los delegados de prevención a por los representantes unitarios del personal, sin embargo, el modelo adoptado por el ordenamiento jurídico español no era la única opción. A propósito de esta discusión, véase Cruz Villalón, J., “Los representantes de los trabajadores...”, *op. cit.*, págs. 14 y ss.

¹⁰ Esta circunstancia, que puede apreciarse de un estudio sistemático de la terminología utilizada por la LPRL y el TRLET, suscitó una cierta controversia entre la doctrina. Así, González Ortega, S.; Aparicio Tovar, J., *Comentarios a la Ley 31/1995...*, *op. cit.*, pág. 230 sostenían que las referencias normativas a la participación de los trabajadores en materia preventiva invitan a pensar en una contraposición a representación, término este reservado para los órganos unitarios o sindicales. Por otro lado, Valdés Dal-Re, F., “La participación de los trabajadores en la Ley de prevención de riesgos laborales”, *Tribuna Social*, 73, 1997, págs. 50-51 y Agustí Julià, J., *Estudio de la Prevención de riesgos laborales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1999., pág. 221 sostienen que la participación es el núcleo esencial del derecho de participación; una materialización sin la que el ejercicio del derecho no sería posible, y por lo tanto, constituyendo una relación género-especie.

¹¹ Vid. Durán López, F.; Sáez Lara, C., *El papel de la participación en las nuevas relaciones laborales*, Civitas, Madrid, 1997., pág. 13.

Sin embargo, la evolución legal de la representación de los trabajadores en las empresas se ha mantenido especialmente estática a los cambios organizativos acontecidos en los últimos años¹². La irrupción de nuevas formas de organización empresarial basadas en la economía colaborativa ha supuesto un cambio significativo en la dinámica de la prestación laboral. La descentralización y la desaparición de la realidad física del centro de trabajo, que son fenómenos asociados a estas nuevas formas de organización empresarial, pueden llegar a cuestionar la actual configuración del concepto de centro de trabajo.

Ciertamente, la definición de centro de trabajo se halla formalmente en el artículo 1.5 del TRLET, que considera centro de trabajo aquellas unidades productivas con organización específica. Su reconocimiento se somete a que sean dadas de alta ante la autoridad laboral, si bien su exigencia normativa ha sido considerada judicialmente como una condición no constitutiva, pero de una cierta eficacia probatoria¹³, y definida doctrinalmente como un elemento formal no constitutivo que funciona a modo de presunción *iuris tantum*¹⁴. De esta manera, nos encontramos ante un concepto que pone el foco exclusivamente en la autonomía desde el punto de vista técnico¹⁵, y que ha sido calificada acertadamente por la doctrina como obsoleta¹⁶, y poco satisfactoria¹⁷, esencialmente por la falta de adaptación a las estructuras empresariales.

Se trata, pues, de un concepto que ha evolucionado legalmente de forma poco dinámica. En efecto, el legislador no ha procurado adaptarlo a los cambios

¹² De las tres reformas que ha sufrido la LPRL, derivadas de la Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y profesional, la Ley 54/2003, de reforma del marco normativo en materia de prevención de riesgos laborales y la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, ninguna de ellas ha abordado una actualización de la representación preventiva, diseñada a la luz de la Directiva 89/391/CE.

¹³ Vid. Lousada Arochena, J.F., “El centro de trabajo”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 27, 2011, págs. 177 y 178.

¹⁴ Vid. Cruz Villalón, J., *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente*, Editorial Trotta, Valladolid, 1992., pág. 32.

¹⁵ Véase *Ibid.*, pág. 33.

¹⁶ Vid. Cabeza Pereiro, J., *Las elecciones sindicales*, Bomarzo, Albacete, 2009., pág. 23, que atribuye la desactualización del concepto de centro de trabajo al aumento del grado de autonomía del que disponen los trabajadores en la actualidad, la mejora de las cualificaciones y el impacto de nuevos modelos productivos, que son factores que se suman a un proceso de desaparición de la realidad física del centro de trabajo.

¹⁷ Vid. Cruz Villalón, J., *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo. Un marco legal insuficiente*, *op. cit.*, pág. 35.

económicos y organizativos¹⁸, que se concretan en la desaparición de la dimensión física¹⁹.

Tal circunstancia plantea múltiples interrogantes en materia de prevención de riesgos laborales, a los que la Directiva 89/391/CE y la LPRL no ofrecen respuestas, y precisamente uno de ellos es el ámbito de constitución y composición de la representación preventiva en aquellas empresas o centros de trabajo de menor dimensión. Es cierto que el planteamiento de la LPRL parte de asegurar un marco jurídico de mínimos, derivado del carácter de Derecho necesario mínimo indisponible atribuido a las disposiciones de la LPRL *ex* artículo 2.2. de la LPRL, y, por lo tanto, traslada la actualización y adaptación del marco jurídico a las nuevas formas de organización empresarial a la negociación colectiva²⁰.

Así las cosas, este artículo se encarga de analizar el impacto de la negociación colectiva en la instrumentación de la representación preventiva de aquellas empresas de menor dimensión, que adolecen en muchas ocasiones de órganos de representación unitaria²¹, y por lo tanto, dificulta la ejecución de una política de prevención de riesgos laborales. A tal efecto, este estudio se encarga de seleccionar específicamente la figura del delegado de prevención, descartando así el estudio y análisis del comité de seguridad y salud en el trabajo. La razón detrás de esta decisión no es otra que centrar la atención en aquellas unidades empresariales de menor dimensión, y por lo tanto, la figura idónea es el delegado de prevención²². Todo ello permitirá valorar la conveniencia o no de modificar el

¹⁸ Tal y como señala Lahera Forteza, J., “Reformas y alternativas a la representatividad sindical en España”, en V.V.A.A. *Representación y libertad sindical. Límites a la libertad sindical negativa, la mayor representación sindical y su necesaria revisión*, Comisión ejecutiva confederal de UGT, Madrid, 2015, pág. 195, situar al centro de trabajo como unidad electoral principal tuvo sentido en el pasado, ya que pretendía acercar los representantes a los lugares de trabajo, pero no así en la actualidad.

¹⁹ *Vid.* Cabeza Pereiro, J., *Las elecciones sindicales*, *op. cit.*, pág. 23.

²⁰ A título de ejemplo, el artículo 35.4 de la LPRL habilita a la negociación colectiva a establecer sistemas de designación de la representación preventiva, siempre que se garantice que la facultad de designación corresponde a los representantes del personal o a los propios trabajadores.

²¹ Desde un punto de vista sociológico, algunos estudios ya han indicado el reducido margen de representación que ostentan un elevado número de empresas con menos de 6 trabajadores en plantilla, como consecuencia del escaso tratamiento de fenómenos como la descentralización productiva. En este sentido, véase Alós Beneyto, P.J.; Jódar, P.; Molina, O. y Vidal, S.: *La representación sindical en España*. Fundación 1º de Mayo, 2015.

²² El artículo 35 de la LPRL constata la existencia de dos figuras claramente diferenciadas: el delegado de prevención y el comité de seguridad y salud. La constitución de uno u otro órgano vendrá condicionada al número de trabajadores de la empresa, correspondiendo la existencia de los delegados de prevención en las empresas que ocupen hasta cuarenta y nueve trabajadores *ex* artículo 35.2 *in fine* LRPL. En consecuencia, el comité de seguridad y salud existirá en todas las empresas o centros de trabajo que cuenten con 50 o más trabajadores (Art. 38.2 de la LPRL).

marco jurídico, a fin de garantizar el ejercicio del derecho a la participación de los trabajadores en materias preventivas en las empresas de menor dimensión.

Para examinar si la negociación colectiva ha tomado conciencia del impacto que suponen las nuevas formas de organización empresarial en la representación preventiva, y ha actuado en consecuencia, este estudio analizará el contenido de la negociación colectiva durante el intervalo temporal enero 2018 a diciembre 2019, que será precedido de un examen inicial del marco legal del artículo 35 de la LPRL. En cuanto al lapso temporal, se ha considerado el periodo enero 2018 a diciembre 2019, toda vez que se trata de un intervalo suficiente para detectar cuáles son las prácticas habituales de la negociación colectivas en el marco de las opciones que le ofrece el artículo 35 de la LPRL, permitiendo así identificar la repercusión de los agentes sociales en esta materia.

2. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DELEGADO DE PREVENCIÓN

El delegado de prevención es una figura regulada en los artículos 35 a 37 de la LPRL, de necesaria creación como consecuencia de la transposición de la Directiva 89/391/CEE²³.

El delegado de prevención ostenta una finalidad de representación de los trabajadores dentro de un ámbito muy específico de protección: la prevención de riesgos en el trabajo. En otras palabras, el ámbito de actuación en el que se sitúa está íntimamente relacionado con el derecho a la salud de los trabajadores, y en consecuencia, el legislador concibe esta figura como un pilar básico del derecho a la integridad física *ex* 4.2.d del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23

²³ La regulación anterior a la LPRL, concretada en la Orden de 9 de marzo de 1971 por la que se aprueba la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo y el Decreto 432/1971 de 11 de marzo, por el que se regulan la constitución, composición y funciones de los Comités de Seguridad e Higiene en el Trabajo, entre otros, no incluía una figura que cumpliera con las exigencias de representación y protección de la salud exigidas por la Directiva 89/391/CEE.

Para un examen más detallado sobre la cuestión, véase Pérez de los Cobos Orihuel, F., “La Directiva marco sobre medidas de seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y la adaptación del Ordenamiento español (I y II)”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 1, 1991, págs. 50-51; Junco Cachero, M. S. “Derecho de información de los representantes de los trabajadores en materia de seguridad e higiene en el trabajo”, en Ojeda Avilés, A. (Coord.), *Los derechos de información en la empresa, las prestaciones no contributivas: X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Trotta, Madrid, 1992, pág. 197; Sancho Cuesta, F.J., *La seguridad e higiene laboral en el ordenamiento jurídico comunitario*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, pág. 191.

de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, TRLET).

Así, se diseña la previsión de una representación específica, o de segundo grado²⁴, para un ámbito muy concreto, respetando el sistema vigente de representación de los trabajadores (delegados de personal, delegados sindicales y comités de empresa), sin introducir variaciones, modificaciones o derogaciones.

Su designación corresponderá a los representantes unitarios de los trabajadores, en el ámbito de las empresas o del centro de trabajo, al amparo del artículo 35.2, si bien el artículo 35.4 de la LPRL habilita que los convenios colectivos puedan establecer otros sistemas de designación²⁵, siempre que se garantice que la facultad de designación corresponde a los representantes del personal o a los propios trabajadores.

Este sistema ha suscitado debates doctrinales y judiciales de sumo interés a lo largo de los años de vigencia, que desafortunadamente son ajenos a la temática abordada en el presente artículo, y que, en consecuencia, no pueden ser abordados en profundidad por razones de espacio.

Así, por ejemplo, la LPRL no se pronuncia sobre los criterios que deben seguir los representantes de los trabajadores al nombrar los delegados de prevención²⁶, el momento en el que debe producirse el cálculo de trabajadores a efectos

²⁴ Así lo ha denominado la doctrina judicial en diversas sentencias, entre las que destaca la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia núm. 1044/1997 de 16 de julio, que señala: *“Ahora bien, no se establece con ello una nueva vía o instancia de representación de los trabajadores, que vendría a sumarse a las representaciones unitaria y sindical; la representación «especializada» que ahora se instituye en temas de seguridad y salud es un órgano representativo de segundo grado, cuya composición y designación se vincula a los preexistentes órganos de representación legal”*.

²⁵ Sobre las posibilidades que ostenta el convenio colectivo para su designación, véase Valdés Dal-Re, F., “La participación de los trabajadores...”, *op. cit.*, págs. 93-96 y Purcalla Bonilla, M.A., “Delegados de prevención y Comités de Seguridad y Salud: notas a propósito de pronunciamientos judiciales recientes”, *Revista de Derecho Social*, 6, 1999, págs. 182-183, entre otros.

²⁶ Sobre esta cuestión, Sempere Navarro, A.V., “Criterios para designar a los Delegados de Prevención”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. II, 1997., pág. 2 (versión electrónica) sugiere que sean los propios representantes de los trabajadores quienes decidan los criterios, que serán legítimos siempre que no incurran en discriminación o inconstitucionalidad. No obstante, la cuestión plantea problemas incluso de constitucionalidad, dado que las dos opciones (proporcionalidad o mayorías) relacionados con el impacto al derecho a la libertad sindical, tal y como ha señalado Ballester Laguna, F., “Cuestiones de legalidad y de constitucionalidad implicadas en la designación de los delegados de prevención”, *Revista de Derecho Social*, 18, 2002, págs. 76-94.

El poder judicial se ha decantado por afirmar que en el marco de la representación preventiva no rige el principio de proporcionalidad, dado que no se trata de un órgano de negociación, sino de un órgano de naturaleza estrictamente técnica (Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1998 -Rec. 3997/1998- y de 15 de junio de 1999 -Rec. 4863/1997-, doctrina que ha sido reiterada

de designar un número determinado de delegados de prevención, si debe preservarse algún tipo de proporcionalidad representativa entre las listas²⁷, o si existe obligación de escuchar también a la representación sindical en la designación de los delegados. Técnicamente el artículo 35.4 de la LPRL sitúa al convenio colectivo como instrumento normativo que permite ofrecer respuestas de forma adaptada a las necesidades de cada sector o empresa, pero en la práctica, la negociación colectiva no se ha pronunciado hasta la fecha sobre este tipo de cuestiones²⁸, trasladando la responsabilidad, como hemos visto, al poder judicial.

El haz de facultades y competencias de las que dispone un delegado de prevención está contemplado en el artículo 36 de la LPRL, y es especialmente amplio. Así, por ejemplo, se incluyen la colaboración con la dirección de la empresa en la mejora de la acción preventiva, la vigilancia, el control y el fomento del cumplimiento de la normativa sobre prevención de riesgos laborales por parte de los trabajadores, acompañar a los técnicos/as en las evaluaciones de carácter preventivo del medio ambiente de trabajo o tener acceso a la información y documentación relativa a las condiciones de trabajo que sean necesarias para el ejercicio de sus funciones, entre otras.

Una mención destacable que conviene señalar es la asunción de las competencias atribuidas al Comité de Seguridad y Salud en aquellos supuestos en los que no exista dicho organismo en las empresas. A efectos prácticos, ello significa

y sigue vigente hoy en día al amparo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2006 -Rec. 2466/2004-, lo que se constituye como una razón legítima que permite el tratamiento desigual de los Sindicatos (Auto del Tribunal Constitucional núm. 98/2000 de 6 de abril).

²⁷ Esta cuestión fue resuelta por la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1998 (Rec. 4863/1997), que concluyó que la LPRL no somete la designación de los delegados de prevención a un criterio de proporcionalidad, toda vez que el artículo 35.4 de la LPRL ofrece plena libertad al convenio colectivo, y en cualquier caso, guarda silencio sobre el respeto a la norma de proporcionalidad.

Un análisis detallado sobre este pronunciamiento y sus consecuencias, que siguen aún vigentes hoy en día, puede hallarse en Cardenal Carro, M., “Criterio del Tribunal Supremo acerca de la elección de los Delegados de Prevención y el respeto a la proporcionalidad con la representación unitaria.”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, vol. 52, 1998., págs. 2571-2575.

Sobre este debate, véase también Purculla Bonilla, M.A., “Delegados de prevención y comité de seguridad y salud: Reflexiones a propósito de su interpretación judicial”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, 204, 2000, págs. 92-100, Cámara Botía, A.; González Díaz, F.A., “Derechos de participación...” , *op. cit.*, págs. 221-227, que ilustran con exactitud el debate desde una perspectiva judicial.

²⁸ *Vid.* Merino Segovia, A., “Negociación colectiva y prevención de riesgos laborales”, en De Vicente Pachés, F. (Coord.), *Derecho de la Prevención de Riesgos Laborales*, Bomarzo, Albacete, 2009, pág. 373-374, que destaca la poca innovación de los convenios colectivos sobre esta materia, que se limitan a reproducir el contenido de la LPRL o se remite al marco legal vigente. En este mismo sentido, véase Méndoza Navas, N., *Prevención de riesgos laborales: La regulación convencional*, Bomarzo, Albacete, 2007, págs. 107-169.

que los delegados de prevención asumirán las competencias previstas en el artículo 39 de la LPRL, que supone la participación del delegado de prevención en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes de prevención de riesgos en la empresa, el conocimiento directo de la situación relativa a la prevención de riesgos en el centro de trabajo o conocer y analizar los daños producidos en la salud o en la integridad física de los trabajadores, al objeto de valorar sus causas y proponer las medidas preventivas oportunas, entre otras facultades.

Como puede observarse, el legislador ha convertido la salud y seguridad en una condición de trabajo en la que los trabajadores están obligados a participar, optando por situar a la representación de los trabajadores como sujeto principal, enfoque ciertamente lógico, dado que las condiciones de salud y seguridad se encuentran colectivizadas²⁹. El refuerzo de la participación de los trabajadores en este tipo de cuestiones, como consecuencia de su singularización dentro de los derechos colectivos³⁰, otorga un papel central del delegado de prevención en la protección de la salud y seguridad en el trabajo, incluso reforzando sus facultades en aquellos supuestos en los que no exista Comité de Seguridad y Salud.

Por último, el artículo 37 de la LPRL define qué garantías les corresponde a los delegados de prevención. Este precepto se encarga, en líneas generales, de efectuar una asimilación entre los representantes de los trabajadores y los delegados de prevención en materia de garantías. En efecto, el primer apartado del citado artículo 37 LPRL contempla la aplicación de las garantías del artículo 68 del TRLET, y en consecuencia, tendrán idéntica protección que la conferida a los representantes unitarios de los trabajadores³¹.

Esta previsión tiene un cierto sentido cuando la persona designada no es representante de los trabajadores, pero si tenemos en cuenta el contenido del artículo 35.2 LPRL, puede observarse que su aplicación en la práctica es muy reducida, y por lo tanto, se trata de un mandato de escasa efectividad.

A propósito de la aplicación de las garantías del artículo 68 TRLET, las consecuencias prácticas para la representación preventiva de los trabajadores son de un gran calado, ya que supone el reconocimiento del derecho a la apertura de

²⁹ Vid. Cruz Villalón, J., “Los representantes de los trabajadores...”, *op. cit.*, pág. 8.

³⁰ Vid. Sala Franco, T.; Arnau Navarro, F., *Comentarios a la ley de prevención de riesgos laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996., pág. 137.

³¹ Ello incluye incluso el reconocimiento del crédito horario correspondiente, *ex art.* 68.e TRLET, tanto a los delegados de prevención designados por la ley o mediante otras formas de designación al amparo del art. 35.4 de la LPRL, doctrina esta dictada en sede casacional por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de noviembre de 2016 (Rec. 3757/2014).

Para un estudio en profundidad sobre el impacto judicial de esta cuestión, véase Cámara Botía, A.; GONZÁLEZ DÍAZ, F.A., “Derechos de participación...”, *op. cit.*, pág. 228-229.

un expediente contradictorio en el supuesto de sanciones por faltas graves o muy graves o la prioridad de permanencia en la empresa o centro de trabajo respecto de los demás trabajadores, en los supuestos de suspensión o extinción por causas tecnológicas o económicas, entre otras.

Sin embargo, el artículo 37 de la LPRL mejora este régimen de garantías básicas, mediante la previsión de prerrogativas específicas para la representación preventiva, como por ejemplo la consideración del tiempo destinado al desempeño de las funciones previstas en la LPRL³², y del tiempo de formación en materia preventiva³³, como tiempo de trabajo efectivo. En términos prácticos, ello supone un incremento *de facto* del crédito horario, que pretende potenciar la existencia y desarrollo adecuado de las funciones de representación preventiva, sin que ello afecte negativamente a la persona que ejerza tales funciones.

3. ESTUDIO DEL IMPACTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Tal y como ha podido observarse, el marco jurídico de constitución y ejercicio de la representación preventiva de los trabajadores deja un amplio margen para la intervención de la negociación colectiva. Esta circunstancia cobra una especial importancia en la actualidad, en la que han aparecido nuevas formas de organización empresarial que exigen, o bien una reforma legal del marco jurídico de constitución de la representación preventiva, o bien una intervención de los agentes sociales. Teniendo en cuenta que la primera de las posibilidades es poco probable a corto plazo, la segunda de ellas parece la más plausible, sobre todo a la luz del artículo 2 de la LPRL, que ofrece un amplio espectro de posibilidades a la negociación colectiva. Es cierto que el artículo 2.2 de la LPRL obstaculiza una intervención libre de la negociación colectiva, ya que el planteamiento de la LPRL parte de asegurar un marco jurídico de mínimos, derivado del carácter de Derecho necesario mínimo indisponible atribuido a las disposiciones de la LPRL

³² Algunas de las actuaciones que pueden incluirse dentro de esta expresión son la asistencia a las reuniones del comité de seguridad y salud o a cualesquiera otras convocadas por el empresario, así como el tiempo destinado a acompañar a los técnicos en las evaluaciones de carácter preventivo que se realicen en los centros de trabajo para comprobar el cumplimiento de la normativa, todo ello de conformidad con el artículo 37.1 tercer párrafo de la LPRL.

³³ Véase el art. 37.2 de la LPRL, que ha planteado un debate doctrinal interesante a propósito de qué sucede con la formación en materia de prevención asumida voluntariamente, y que por lo tanto constituye una mejora o perfeccionamiento que va más allá de la formación exigida *ex lege*, por el delegado de prevención. Sobre esta cuestión, véase Cardenal Carro, M., “La representación de los Trabajadores para la salud laboral, los Tribunales y el Derecho Comparado: Un buen momento para Evaluar la figura”, *Aranzadi Social: Revista Doctrinal*, 5, 2000., pág. 370.

ex artículo 2.2. de la LPRL. Es precisamente este carácter de derecho necesario el que podría reducir la eficacia de la negociación colectiva.

Sin embargo, esta contribución parte de la idea de que la negociación colectiva no ha agotado las posibilidades de mejora o desarrollo de la regulación legal que ofrece el esquema de derecho necesario plasmado en la LPRL, y que permitirían realizar una adaptación de la configuración de la representación preventiva a las circunstancias económicas actuales. Los estudios doctrinales sobre esta materia elaborados hasta la fecha, que son previos a la irrupción de las nuevas formas de organización empresarial basadas en plataformas colaborativas,³⁴ constatan la falta de eficacia en el planteamiento que ha realizado la negociación colectiva.

Así pues, este apartado procederá a examinar cómo ha influido la negociación colectiva en la constitución de la representación preventiva *ex* artículo 35.4 de la LPRL en un lapso temporal reciente (2018-2019), en el que se ha producido una mayor expansión de las nuevas formas de organización empresarial. En particular, se pretende analizar si se han ofrecido respuestas efectivas para las empresas de menor dimensión, teniendo en cuenta el fenómeno de la desaparición de la dimensión física del centro de trabajo referido al inicio del presente trabajo. A tal efecto, este artículo presenta a continuación un examen exhaustivo del contenido de todos los convenios colectivos publicados en el Boletín Oficial del Estado (BOE) durante el periodo enero 2018 a diciembre 2019, circunstancia que incluye tanto convenios colectivos sectoriales como de empresa.

Las razones por las que se ha escogido únicamente el ámbito estatal son básicamente dos: a) reproducen fielmente la diversidad del tejido empresarial existente en España, pues el BOE publica convenios colectivos tanto de grandes como pequeñas empresas; y b) permiten obtener un volumen manejable de resultados. En este sentido, el examen desde un punto de vista estrictamente estatal ofrece una visión adecuada de cómo instrumenta la negociación colectiva la figura del delegado de prevención, ya que la posibilidad de que las empresas dispongan de más centros de trabajo deslocalizados en distintas partes del territorio español es mayor desde una perspectiva estatal.

Por último, el análisis del universo de instrumentos colectivos contenidos en el mencionado lapso temporal se ha realizado de forma individualizada. De esta forma, se han examinado uno por uno todos los convenios colectivos publicados en el BOE durante el periodo enero 2018 a diciembre 2019, seleccionando

³⁴ *Vid.* Cámara Botía, A.; González Díaz, F.A., “Derechos de participación...”, *op. cit.*; Mendoza Navas, N., *Prevención de riesgos laborales: La regulación convencional*, Bomarzo, Albacete, 2007; Quesada Segura, R., *La autonomía colectiva...*, *op. cit.*, Merino Segovia, A., “Negociación colectiva...”, *op. cit.*

aquellos instrumentos negociales que contienen disposiciones relacionadas con el objeto de análisis de este artículo.

3.1. Resultados preliminares

La intervención de la negociación colectiva en materia de designación de delegados de prevención en el periodo temporal seleccionado es una cuestión ciertamente minoritaria. En efecto, tan sólo 84 de los 613 convenios colectivos publicados contienen disposiciones relacionadas con el artículo 35.4 de la LPRL, y ello supone un total del 13,70 %. En líneas generales, los convenios colectivos publicados en el BOE no muestran una gran preocupación por regular aspectos de la representación preventiva de los trabajadores, pues, como se verá, una gran parte se dedica a efectuar remisiones al texto legal vigente³⁵, circunstancia que pone de manifiesto la necesidad de fomentar, en términos generales, la intervención de la negociación colectiva sobre estas cuestiones

En primer lugar, resulta de interés examinar el contenido habitual que la negociación colectiva ha plasmado con relación a las opciones ofrecidas por el artículo 35.4 de la LPRL.

Dentro de los 84 convenios colectivos señalados, se observan un total de tres tendencias que merece la pena destacar en esta contribución: a) disposiciones relativas al ámbito de actuación de la representación preventiva y la existencia de figuras de coordinación; b) la modificación del cómputo de delegados de prevención previsto en el artículo 35.2 de la LPRL; y finalmente, c) la realización de remisiones sobre la materia al artículo 35 de la LPRL.

Desde un punto de vista cuantitativo, la que mayor protagonismo ha asumido ha sido la realización de remisiones al contenido de la LPRL³⁶, seguida por la previsión de cláusulas relativas al cómputo de delegados de prevención³⁷, y en menor

³⁵ Véase apartado 3.2 de este artículo.

³⁶ Un total de 50 convenios colectivos incluyen remisiones genéricas al artículo 35 de la LPRL, lo que supone 59,52 % sobre los convenios colectivos que incluyen disposiciones que afectan a la instrumentación de la representación preventiva por la negociación colectiva (84) y 8,15 % sobre la totalidad de convenios colectivos publicados en el BOE entre enero 2018 y diciembre 2019 (613).

³⁷ Un total de 26 convenios colectivos incluyen cláusulas relacionadas con el cómputo de los delegados de prevención, lo que supone 30,95 % sobre los convenios colectivos que incluyen disposiciones que afectan a la instrumentación de la representación preventiva por la negociación colectiva (84) y 4,24 % sobre la totalidad de convenios colectivos publicados en el BOE entre enero 2018 y diciembre 2019 (613).

medida las disposiciones convencionales relacionadas con el ámbito de actuación de la representación preventiva y la existencia de figuras de coordinación³⁸.

Como puede observarse, la negociación colectiva es consciente de las posibilidades que ofrece la LPRL para instrumentar una representación preventiva de los trabajadores más efectiva y adaptada a las dimensiones de cada empresa, si bien puede afirmarse, de forma provisional, que la posición de los agentes sociales sobre esta cuestión es ciertamente pasiva, tal y como puede apreciarse de las cifras constatadas anteriormente.

En este sentido, es especialmente negativo que la tendencia mayoritaria consista en la mera remisión al contenido del artículo 35 LPRL, sin efectuar ninguna aportación significativa en el ámbito de aplicación del convenio colectivo. Sin embargo, desde un punto de vista cualitativo, la cuestión central, relativa a la representación preventiva en las empresas dispersas, exige valorar si el contenido plasmado por la negociación colectiva ofrece soluciones para incrementar la presencia de delegados de prevención, especialmente en el marco de las empresas dispersas.

Y para ello, es absolutamente imprescindible examinar de forma individual el contenido de las cláusulas incardinadas en las cuatro categorías señaladas anteriormente, ya que, de una manera u otra, todas ellas suponen aportaciones de interés para la representación preventiva en las empresas dispersas, y de ahí que se proceda a su análisis.

3.2. La remisión al artículo 35 de la lpri por la negociación colectiva

Las remisiones convencionales al contenido del artículo 35 de la LPRL es la tendencia que mayor presencia cuantitativa ha asumido. En particular, las remisiones al marco legal son ciertamente diversas, y encontramos desde la existencia de delegados en aquellas empresas que asuman una determinada dimensión³⁹, la

³⁸ Un total de 10 convenios colectivos incluyen la previsión de otras unidades de adscripción distintas al centro de trabajo, lo que supone 11,90 % sobre los convenios colectivos que incluyen disposiciones que afectan a la instrumentación de la representación preventiva por la negociación colectiva (84) y 1,63 % sobre la totalidad de convenios colectivos publicados en el BOE entre enero 2018 y diciembre 2019 (613).

³⁹ Véase, por ejemplo, el art. 22.4 del Convenio colectivo del sector de mataderos de aves y conejos. (BOE de 13 de febrero de 2018), el art. 64 del Convenio colectivo para el sector de prensa diaria (BOE 28/02/2018), el art. 54.c del Convenio colectivo de Al Air Liquide España, SA; Air Liquide Medicinal, SLU y Air Liquide Ibérica de Gases, SLU, para el periodo 2016 a 2019. (BOE de 30/06/2018), el art. 87 del III Convenio colectivo marco del Grupo Viesgo España. (BOE 02/08/2018), el art. 155 del IX Convenio colectivo entre Iberia, Líneas Aéreas de España, Sociedad Anónima Operadora, Sociedad Unipersonal y sus tripulantes pilotos. (BOE de 07/09/2018), el art.

designación de los delegados de prevención entre los representantes de los trabajadores⁴⁰, la remisión al número de delegados previsto legalmente⁴¹, o la realización de las funciones y competencias previstas por la ley⁴², hasta remisiones genéricas al cumplimiento de la normativa⁴³. Si bien este tipo de actuaciones muestra la

56 del IV Convenio colectivo de Centrales Nucleares Almaraz-Trillo, AIE. (BOE de 24/01/2019), el art. 87.1 del Acuerdo de modificación del III Convenio colectivo marco del Grupo Viesgo España. (BOE de 19/03/2019), el art. 58 del VIII Convenio colectivo del Personal de Tierra de la E.P.E. Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR). (BOE de 31/07/2019), el art. 63 del Convenio colectivo estatal del sector de prensa diaria. (BOE de 27/08/2019), y el art. 22 del Convenio colectivo de Solutions 30 Iberia 2017, SL. (BOE de 13/12/2019), entre otros.

⁴⁰ Véase el art. 42 del Acta de acuerdo para el V Convenio colectivo de Síntax Logística, SA. (BOE de 26/01/2018), el art. 46.1 del Convenio colectivo de pilotos de Norwegian Air Resources Spain, SL. (BOE de 28/07/2018), el art. 48 del Convenio colectivo del grupo Marítima Davila, SA. (BOE de 11/10/18), el art. 54 del Convenio colectivo de Electro Depot España, SLU. (BOE de 12/04/2019), el art. 8 del Convenio colectivo de tripulantes de cabina de pasajeros de EasyJet Airline Company Limited, Sucursal en España. (BOE de 08/05/2019), el art. 90.1 del Convenio colectivo de Compañía Logística Acotral, SA, y Acotral Distribución Canarias, SA. (BOE de 23/05/2019) y el art. 8.5 del Convenio colectivo de pilotos de easyJet Airline Company Limited, sucursal en España. (BOE de 19/08/2019).

⁴¹ Véase el art. 79 del Convenio colectivo de BP Oil España, SAU, para sus centros de trabajo en Madrid y Las Palmas. (BOE 06/02/2018), el art. 55 del Convenio colectivo de Atlas, SA, Combustibles y Lubrificantes (BOE de 28/02/2018), el art. 39.6 del XVII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública (BOE 06/03/2018), el art. 49.3 del Convenio colectivo de ámbito estatal de radiodifusión comercial sonora. (BOE de 01/10/2019), el art. 32 del Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA, Servicio BSH al cliente, zona 5, Levante. (BOE de 03/10/2019), el art. 32 del Convenio colectivo de BSH Electrodomésticos España, SA, (servicio BSH al cliente, zona 1), para sus centros de trabajo en La Coruña, Orense, Oviedo y Vigo. (BOE de 25/10/2019), el art. 35.III.d del Convenio colectivo de Disa Corporación Petrolífera, SA. (BOE de 21/11/2019), entre otros.

⁴² Véase el art. 33 del IV Convenio colectivo de Axión Infraestructuras de Telecomunicaciones, SAU. (BOE 28/02/2018), el art. 32.1 del Convenio colectivo de Thyssenkrupp Elevadores, SLU. (BOE 06/03/2018), el art. 26 del Convenio colectivo del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos. (BOE de 4/06/2018), el art. 59 del Convenio colectivo de Seguros Catalana Occidente, Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguros; Bilbao Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, Sociedad Anónima; Grupo Catalana Occidente Tecnología y Servicios, Agrupación de Interés Económico; Plus Ultra Seguros Generales y Vida, SA, de Seguros y Reaseguros, Sociedad Unipersonal; Grupo Catalana Occidente, SA, y Grupo Catalana Occidente Gestión de Activos, SGIIC. (BOE 27/08/2018) y el art. 29 del V Convenio colectivo para la acuicultura marina nacional. (BOE de 05/06/2019).

⁴³ Véase el art. 59 del Convenio colectivo del Grupo Hermanos Martín. (BOE de 16/11/2018), el art. 51 del V Convenio colectivo de Consum, Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE de 01/03/2019), el art. 40 del II Convenio colectivo de la Asociación Centro Trama. (BOE de 09/04/2019), el art. 38 del Convenio colectivo de Mahou, SA. (BOE de 11/05/2019), el art. 79 del XV Convenio colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (BOE de 04/07/2019), el art. 86 del Convenio colectivo general de trabajo de la industria textil y de la confección. (BOE de 16/07/2019), el art. 46 del Convenio colectivo de Ilunion Tecnología y Accesibilidad, SA. (BOE de 19/08/2019).

voluntad de respetar el contenido legal por parte de los agentes sociales, ello deja escapar la oportunidad de mejorar el marco legal a fin de adaptarlo a las circunstancias concurrentes en cada sector.

La flexibilidad inherente en los agentes sociales para modelar el contenido de materias como la que este artículo analiza es una característica muy positiva⁴⁴, que permite introducir mejoras en un marco legal anquilosado desde 1995, especialmente con la finalidad de adaptar el ejercicio y constitución de la representación preventiva a las nuevas formas de organización empresarial. En este sentido, debe destacarse negativamente la realización de remisiones genéricas al cumplimiento de la normativa o a la posibilidad de constituir la representación preventiva, dado que no realizan ningún tipo de aportación al marco legal.

No obstante, existe una práctica que debe ser destacada positivamente, que consiste en la plasmación del contenido legal en los convenios colectivos. Concretamente, el artículo 39.6 del XVII Convenio colectivo estatal de empresas de consultoría y estudios de mercado y de la opinión pública (BOE 06/03/2018) plasma las escalas numéricas previstas actualmente en el artículo 35 de la LPRL. Esta práctica, que puede parecer a primera vista poco efectiva en situaciones, como la actual, de no previsión de reforma de la norma que se reproduce explícitamente, puede llegar a ser beneficiosa, dado que permite mantener a salvo las cifras de distribución de los delegados de prevención constatados en la norma de rango legal. Si bien es criticable la omisión del texto del párrafo final del art. 35.2 de la LPRL⁴⁵, que resulta especialmente de interés para las empresas dispersas, pero que, a efectos prácticos, no supone pérdida alguna de derechos al estar prevista actualmente en la LPRL.

Sin embargo, también se ha detectado algún convenio colectivo que no respeta las cifras plasmadas en el artículo 35.2 de la LPRL. A título de ejemplo, el artículo 87.b del Convenio colectivo de Altadis, SAU, Imperial Tobacco España, SLU, y Tabacalera, SLU. (BOE de 20/08/2019)⁴⁶, constata 5 delegados

⁴⁴ En este sentido, véase Merino Segovia, A., “Negociación colectiva...”, *op. cit.*, págs. 374-376 y Mendoza Navas, N., *Prevención de riesgos laborales...*, *op. cit.*, págs. 9 y ss, que identifican el avance en la cultura de la prevención, dar cumplimiento y ejecutar las obligaciones legalmente establecidas y desarrollar una función integradora del contenido legal.

⁴⁵ El texto literal del último párrafo del artículo 35.2 de la LPRL es el siguiente: “*En las empresas de hasta treinta 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*”.

⁴⁶ El texto literal del mencionado precepto es el siguiente: “*1. Se constituirán Comités de Seguridad y Salud paritarios en los centros de trabajo de las Empresas, de acuerdo con la siguiente escala:*

– *De 50 a 100 trabajadores: 2 Delegados de Prevención.*

de prevención en los centros de trabajo con más de 1001 trabajadores, cifra esta que es inferior a los intervalos que fija el artículo 35.2 de la LPRL a partir de 2.000 trabajadores⁴⁷.

Tal configuración es contraria al contenido normativo de la LPRL, que tiene el carácter Derecho mínimo indisponible *ex* artículo 2.2 de la misma, y por lo tanto, podrá ser objeto de impugnación y posterior nulidad.

En conclusión, este tipo de previsiones, consistente en la copia literal del texto legal, garantiza el mantenimiento de la presencia de delegados de prevención en aquellas empresas con 50 trabajadores, independientemente de la existencia de cambios normativos. Tal circunstancia ofrece una cierta estabilidad a la presencia de esta figura de representación, pero, sin embargo, sería interesante que la negociación colectiva tomase conciencia de la importancia de mejorar el marco legal en aquellas materias que la ley lo permita, evitando la remisión o reproducción literal de contenido legal.

3.3. La previsión de modificaciones en el cómputo de los delegados de prevención

La constatación de cifras distintas a las plasmadas en el artículo 35.2 de la LPRL ha sido una de las actuaciones más utilizadas por la negociación colectiva para garantizar e incrementar la presencia de los delegados de prevención en las empresas. El citado precepto garantiza la presencia escalonada de delegados de prevención, de tal suerte que, a partir de 30 trabajadores, deberán existirán órganos de representación preventiva en las empresas⁴⁸.

Una cuestión previa que conviene aclarar es el margen de actuación que tiene la negociación colectiva sobre esta materia. Si examinamos el artículo 35 de la LPRL, el precepto parece autorizar única y exclusivamente las modificaciones del sistema de designación de los Delegados de Prevención, vedando *a priori* la posibilidad de introducir cambios en las cifras previstas en el apartado 2 del artículo 35 de la LPRL. Sin embargo, el legislador abrió la puerta a que el contenido

– De 101 a 500 trabajadores: 3 Delegados de Prevención.

– De 501 a 1.000 trabajadores: 4 Delegados de Prevención.

– Más de 1.001 trabajadores: 5 Delegados de Prevención.”

⁴⁷ Concretamente, el artículo 35.2 de la LPRL establece la existencia de 5 delegados de prevención para el intervalo situado entre 1001 a 2000 trabajadores. A partir de 2001 trabajadores, la norma refleja 6 delegados de prevención (2001 a 3000 trabajadores), 7 delegados de prevención (3001 a 4000 trabajadores) y 8 delegados de prevención (4001 trabajadores en adelante).

⁴⁸ A propósito del carácter obligatorio de la constitución de representación preventiva en las empresas o centros de trabajo de menos de 50 trabajadores y más de 6, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1998 (Rec. 4863/1997), entre otras.

de la LPRL pueda ser mejorado por la negociación colectiva, dado que el artículo 2 de la LPRL establece el carácter de Derecho necesario mínimo indisponible de todas las disposiciones de carácter laboral, e incluso las normas reglamentarias, de la citada norma.

En consecuencia, la negociación colectiva puede mejorar las escalas previstas en el artículo 35.2 de la LPRL, ya sea reduciendo el número de trabajadores exigido, incrementando el número de delegados de personal, o incluso, estableciendo relaciones numéricas de trabajadores y delegados de prevención no previstas en la LPRL. La actuación más habitual de la negociación colectiva ha consistido en la reproducción del contenido ya previsto en el artículo 35.2 de la LPRL.

Dentro de este grupo se observan dos tendencias: la designación de un delegado de prevención en el intervalo de 31 a 49 trabajadores, que es la opción más utilizada⁴⁹, y la remisión, sin reproducción, al contenido de la LPRL⁵⁰, que ambas suponen prácticamente 69 % sobre el grupo de convenios colectivos que contemplan previsiones sobre el cómputo de delegados de prevención⁵¹.

La existencia de este tipo de cláusulas, que es una práctica ciertamente extendida en la negociación colectiva, resulta especialmente negativa dado que cubre un espacio ya abarcado por la norma⁵², y, por lo tanto, no favorece la

⁴⁹ Véase el art. 104 del Convenio colectivo de CLH Aviación, SA. (BOE 26/04/2018), el art. 74 del Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado. (BOE de 11/07/2018), el art. 60 del VIII Convenio colectivo nacional de colegios mayores universitarios privados. (BOE de 04/01/2019), el art. 52 del Convenio colectivo de General Óptica, SA. (BOE de 01/02/2019), el art. 67 del XII Convenio colectivo de centros de asistencia y educación infantil. (BOE de 26/07/2019), el art. 60 del III Convenio colectivo de Cash Converters, SL, y Sociedades Vinculadas. (BOE de 19/08/2019), el art. 67.2 del Convenio colectivo estatal de perfumería y afines. (BOE de 20/08/2019), el art. 37 del VIII Convenio colectivo nacional de universidades privadas, centros universitarios privados y centros de formación de postgraduados. (BOE de 14/09/2019) y el art. 46 del Convenio colectivo de Servicios Logísticos de Combustibles de Aviación, SL. (BOE de 01/10/2019).

⁵⁰ Véase el art. 46 del Convenio colectivo del Grupo Parcial Cepsa. (BOE 28/02/2018), el art. 51 del Convenio colectivo de Repsol Lubricantes y Especialidades, SA. (BOE de 14/05/2018), el art. 51 del XII Convenio colectivo de Repsol Petróleo, SA. (BOE 16/05/2018), el art. 57 del XIV Convenio colectivo de Repsol Química, SA. (BOE de 30/06/2018), el art. 11 del VII Convenio colectivo de Repsol, SA. (BOE de 17/07/2018), el art. 87 del Convenio colectivo de Repsol Butano, SA. (BOE de 20/08/2018), el art. 42 del Convenio colectivo de Repsol Exploración, SA (BOE 17/11/2018), el art. 55 del Convenio colectivo de Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, SA. (BOE de 23/11/2018) y el art. 38 del Convenio colectivo de IQVIA Information, SA. (BOE de 07/11/2019).

⁵¹ El número total de convenios que pertenecen a este grupo es 26, de los cuales 9 convenios colectivos se limitan a reproducir el último párrafo del artículo 35.2 de la LPRL, y otros 9 convenios colectivos efectúan remisiones al contenido de la LPRL.

⁵² Si bien el artículo 35.2 de la LPRL inicia la relación de trabajadores y delegados de preven-

presencia de representación preventiva en pequeñas empresas. Y en este sentido, la previsión literal del intervalo previsto en la norma, esto es, de 31 a 49 trabajadores, no considera un fenómeno habitual en estos días, como es la proliferación de microempresas y/o empresas dispersas.

Afortunadamente, esta falta de sensibilidad mayoritaria es paliada, que no compensada, por la existencia de previsiones que sí ofrecen un valor añadido real ante las nuevas formas de organización del trabajo. Los dos ejemplos más interesantes se hallan en el artículo 90 del Convenio colectivo de Ferrovial Servicios, SA, y los trabajadores adscritos al servicio de restauración y atención a bordo de los trenes (BOE 26/01/2018) y el artículo 22 del Convenio colectivo de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias. (BOE de 29/03/2019).

Ambos instrumentos se encargan de contemplar la existencia de representación preventiva especializada en aquellos segmentos en los que la representación sería asumida por el delegado de personal, esto es, de 1 a 29 trabajadores, pero utilizan métodos distintos para dicha instrumentación. Si bien el primero de ellos se centra en señalar la existencia de un delegado de prevención en aquellos centros de trabajo con menos de 50 trabajadores⁵³, el segundo instrumento convencional centra su atención en garantizar la existencia de un delegado de prevención por cada 25 trabajadores⁵⁴.

La aportación significativa del primer instrumento convencional es la desvinculación entre la existencia de representación unitaria y preventiva,

ción a partir de 50 trabajadores, su último párrafo constata que: “*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*”.

⁵³ El texto literal del artículo 90 del Convenio colectivo de Ferrovial Servicios, SA, y los trabajadores adscritos al servicio de restauración y atención a bordo de los trenes (BOE 26/01/2018) es el siguiente:

“*Artículo 90. Equipo de seguridad y salud en el trabajo.*

El Equipo de Seguridad y Salud en el trabajo de la empresa estará formado por los siguientes órganos:

[...]

- Delegado de Prevención: habrá un delegado de prevención en aquellos centros de trabajo con menos de 50 trabajadores, y dependerán directamente de un Comité de Seguridad y Salud”.

⁵⁴ Concretamente, el artículo 22 del Convenio colectivo de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias. (BOE de 29/03/2019):

“*Delegados de prevención. Los delegados de prevención son los representantes de los trabajadores/as con funciones específicas en materia de prevención de riesgos laborales. el número de delegados de prevención se fijará en un delegado de prevención por cada 25 trabajadores o fracción en las empresas de hasta 100 trabajadores”.*

prevista de forma indirecta en el artículo 35.2 último párrafo de la LPRL. En particular, dicho precepto contempla que en las empresas de hasta treinta trabajadores el Delegado de Prevención será el Delegado de Personal, circunstancia que condiciona la constitución de representación preventiva a la existencia de representación unitaria, y deja sin representación preventiva a aquellas empresas con menos de 6 trabajadores al amparo del artículo 62.1 del TRLET.

El segundo convenio colectivo, en cambio, aboga por una fórmula mixta, que mantiene la proporción trabajadores/delegados de prevención prevista en el art. 35.2 de la LPRL a partir de 50 trabajadores, y focaliza su atención en el intervalo de 1 a 49 trabajadores. Tal disposición garantiza la existencia de un delegado de prevención en cualquier escenario, abogando, al igual que el instrumento convencional anterior, por desconectar la representación unitaria de la representación preventiva, prevista en el art. 35.2 último párrafo de la LPRL. De esta manera, la representación preventiva en microcentros de trabajo o microempresas está garantizada, lo que es ciertamente positivo.

Existen además actuaciones de la negociación colectiva en esta misma línea que también son positivas, si bien en menor medida. Un ejemplo lo encontramos en el artículo 58.b del Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias (BOE de 06/03/2018), que prevé la existencia de un delegado de prevención en la horquilla de 6 a 49 trabajadores⁵⁵. Tal práctica asegura la existencia de representación preventiva en empresas de menor tamaño, pero deja desprovistas de protección aquellas con un número menor a 6 trabajadores. Paralelamente, el artículo 67.2 del Convenio colectivo estatal de perfumería y afines. (BOE de 20/08/2019) también realiza aportaciones que mejoran la ratio de trabajadores/delegados de prevención, si bien las mejoras centran su atención en la franja de 50 a 100 trabajadores⁵⁶. En efecto, este convenio colectivo incrementa el número

⁵⁵ La redacción literal de dicho precepto es la siguiente:

“b) Delegados de prevención a elegir: El número de delegados de prevención a elegir, estará en función del número de trabajadores adscritos al respectivo contrato de acuerdo a la siguiente tabla:

*Núm. de trabajadores Delegados
De 6 a 49 trab. Un delegado.
De 50 a 100 trab. Dos delegados.
De 101 a 500 trab Tres delegados”*

⁵⁶ Concretamente, el citado precepto señala: “2. Delegados de Prevención. En los centros de trabajo de las Industrias de Perfumería y Afines se nombrarán Delegados de Prevención de acuerdo con los siguientes criterios:

- a) En los centros de trabajo de hasta 30 personas trabajadoras en los que exista Delegado de Personal, éste asumirá la condición de Delegado de Prevención.*
- b) En los centros de trabajo con un número de personas trabajadoras comprendido entre 31 y 49, los Delegados de Personal designarán un Delegado de Prevención.*

de delegados de prevención de 2 a 3 en el intervalo de 50 a 100 trabajadores, manteniéndose el resto de las cifras idénticas a las previstas en el artículo 35.2 de la LPRL.

Este tipo de regulaciones son relevantes, en tanto que mejoran el régimen jurídico de la representación preventiva, pero poco deseables en términos generales, toda vez que son situaciones en las que ya existe protección, y sería de interés que los actores sociales focalizasen su atención en otros supuestos, como por ejemplo el intervalo de 1 a 29 trabajadores, requieren de mayor atención por falta de regulación legal.

Finalmente, conviene asimismo llamar la atención de dos circunstancias que no se han detectado en el estudio de la negociación colectiva sobre esta materia. En primer lugar, la negociación colectiva no introduce mejoras en el número de delegados de prevención en intervalos con mayor número de trabajadores. En otras palabras, los incrementos plasmados por la negociación colectiva se concentran en las franjas de menor números de trabajadores (de 1 a 50, e incluso hasta los 100 trabajadores), sin que se aprecien mejoras en los intervalos restantes constatados legalmente, esto es, desde los 101 trabajadores hasta los 4001 trabajadores en adelante. En segundo lugar, ninguno de los convenios colectivos publicados en el BOE en el lapso temporal objeto de estudio introducen una regulación que reduzca las cifras constatadas legalmente, escenario que, como hemos visto, si se produce en otras tendencias⁵⁷, y que sería contrario al contenido normativo de la LPRL, que tiene el carácter Derecho mínimo indisponible *ex* artículo 2.2 de la misma.

Estas dos apreciaciones, junto con las tendencias detectadas, permiten observar que la negociación colectiva muestra una leve preocupación por garantizar la constitución de la representación preventiva en aquellas empresas o centros de trabajo de menor tamaño, ciertamente descompensada por el abuso a la remisión y copia literal de contenido ya previsto en el artículo 35.2 de la LPRL. El incremento del número de delegados en aquellas empresas con mayor plantilla no es una circunstancia que la negociación colectiva detecte como prioritaria, y en consecuencia, los esfuerzos, cuando se producen, se dirigen hacia la mejora

c) En los centros de trabajo con 50 o más personas trabajadoras se designarán los Delegados de Prevención de acuerdo con la siguiente escala:

De 50 a 500 personas trabajadoras: 3 delegados/as.

De 501 a 1.000 personas trabajadoras: 4 delegados/as.

De 1.001 a 2.000 personas trabajadoras: 5 delegados/as.

De 2.001 a 3.000 personas trabajadoras: 6 delegados/as.

De 3.001 a 4.000 personas trabajadoras: 7 delegados/as.

De 4.001 personas trabajadoras en adelante: 8 delegados/as⁵⁷.

⁵⁷ Véase el apartado 3.2 de este artículo.

o constitución en aquellas parcelas en las que la ley no ofrece margen para la representación preventiva.

3.4. El ámbito de actuación de la representación preventiva y la existencia de figuras de coordinación

Otro de los planteamientos que ha ostentado una cierta presencia en la negociación colectiva ha sido la modificación del ámbito de actuación de los delegados de prevención.

Desde una perspectiva legal, el artículo 34.1 de la LPRL establece como ámbito de constitución y actuación de los delegados de prevención el centro de trabajo o empresa, pero, en virtud del artículo 2.2 de la LPRL, esta visión ha sido modificada por la negociación colectiva. En particular, los agentes sociales no han sido especialmente prolífica en términos de actividad⁵⁸, si bien algunas de las tendencias convencionales resultan de interés para mejorar cualitativamente la representación preventiva de los trabajadores.

Las actuaciones más extendidas consisten en la previsión de delegados de prevención en el ámbito estatal⁵⁹, provincial⁶⁰, o en el ámbito del centro de trabajo u oficina⁶¹. Ambas figuras no se diseñan para sustituir a las unidades de adscripción previstas legalmente en el ámbito de la empresa o el centro de trabajo, sino para mejorar la coordinación entre los delegados de prevención o comités de seguridad existentes a nivel empresarial. De esta manera, el texto literal de los instrumentos convencionales citados se encarga de constatar el carácter añadido

⁵⁸ Tan sólo 10 convenios colectivos incluyen disposiciones convencionales relacionadas con la creación de otras unidades de adscripción distintas a al centro de trabajo o empresa, lo que supone 11,90 % sobre los convenios colectivos que incluyen disposiciones que afectan a la instrumentación de la representación preventiva por la negociación colectiva (84) y 1,63 % sobre la totalidad de convenios colectivos publicados en el BOE entre enero 2018 y diciembre 2019 (613).

⁵⁹ Véase el art. 26 del Convenio colectivo de Ilunion Seguridad, SA. (BOE 28/02/2018) y el art. 11 del VIII Convenio colectivo de Ilunion Outsourcing, SA. (BOE de 14/12/2018).

⁶⁰ Véase el art. 58 del Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias (BOE 06/03/2018).

⁶¹ Véase el art. 57 del Convenio colectivo de Praxair España, SLU, para sus centros de trabajo en las provincias de Barcelona, Castellón, Córdoba, Guipúzcoa, Madrid, Málaga, Murcia, Navarra, Pontevedra, Valencia, Vizcaya y Zaragoza. (BOE 31/07/2018), el art. 47 del II Convenio colectivo para las empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas España (UNaAE). (BOE de 18/08/2018) y el art. 83.2 del XVI Convenio colectivo de la ONCE y su personal. (BOE 18/01/2018).

o de mejora⁶², mediante la plasmación del respeto a las disposiciones legales mínimas en materia de representación preventiva de los trabajadores.

Sin embargo, la negociación colectiva también se ha encargado de introducir otras formas interesantes de mejorar la eficacia de la representación preventiva, mediante la creación de figuras de coordinación que escapan al ámbito de una empresa concreta. Si bien se trata de una tendencia minoritaria⁶³, encontramos algunas prácticas ciertamente interesantes, como, por ejemplo, la previsión de delegados de prevención con carácter sectorial⁶⁴, en el que la Comisión Paritaria se encarga de designar, entre los miembros de la representación sindical en función de su representatividad sindical, a una o varias personas para actuar en aquellas empresas fijadas por la Comisión paritaria.

Las posibilidades no se agotan aquí, y de hecho, los agentes sociales han previsto fórmulas de coordinación internas a fin de actuar en nombre del colectivo de delegados de prevención en aquellos casos en los que un asunto afecte a más de un centro de trabajo o a personas de distintos centros de trabajo⁶⁵, e incluso, hasta la creación de nuevas figuras no previstas en la norma⁶⁶.

Como puede observarse, los agentes sociales muestran una cierta sensibilidad a la necesidad de conectar la representación preventiva, bien en el marco

⁶² Así, por ejemplo, el Convenio colectivo de Ilunion Seguridad, SA. (BOE 28/02/2018) y el VIII Convenio colectivo de Ilunion Outsourcing, SA. (BOE de 14/12/2018) constatan: “*Delegado de prevención estatal. A efectos de impulsar la prevención de riesgos laborales en el ámbito de la empresa, y respetando las disposiciones mínimas legales existentes, ambas partes acuerdan crear la figura del Delegado de Prevención Estatal, elegido por los miembros del Comité intercentro con un crédito horario igual a la jornada anual establecida para cada año de vigencia del convenio, para poder realizar las funciones propias referentes a la materia de prevención de riesgos laborales y trabajar de forma coordinada con todos los delegados de prevención de la empresa*”.

Y en esta misma línea, si bien en relación a otro ámbito de adscripción (centro de trabajo u oficina) véase también el Convenio colectivo de Praxair España, SLU, para sus centros de trabajo en las provincias de Barcelona, Castellón, Córdoba, Guipúzcoa, Madrid, Málaga, Murcia, Navarra, Pontevedra, Valencia, Vizcaya y Zaragoza. (BOE 31/07/2018) y el II Convenio colectivo para las empresas integradas en la unidad de negocio de Abertis Autopistas España (UNaAE). (BOE de 18/08/2018).

⁶³ Tan sólo existen 3 convenios colectivos que contemplan este tipo de figuras, lo que supone 2,52 % sobre los 84 convenios colectivos que contemplan disposiciones relativas a la representación preventiva y 0,48 % respecto a la muestra total en el intervalo seleccionado.

⁶⁴ Véase el art. 53 del IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios. (BOE de 11/06/2018).

⁶⁵ En este sentido, véase el art. 42 del Convenio colectivo de tripulantes de cabina de pasajeros de Norwegian Air Resources Spain, SL. (BOE 05/01/2018) y el art. 46.3 del Convenio colectivo de tripulantes de cabina de pasajeros de Norwegian Air Resources Spain, SL. (BOE 05/01/2018).

⁶⁶ Así, por ejemplo, el art. 43 del Convenio colectivo de Refresco Iberia, SAU, para los centros de trabajo de Oliva (Valencia) y Alcolea (Córdoba) (BOE de 21/06/2019), contempla la posibilidad de crear un delegado de medio ambiente, que será designado entre los delegados de preven-

de los distintos centros de trabajo de una empresa o incluso a nivel sectorial, a fin de incrementar la eficacia y protección de los trabajadores. Este tipo de actuaciones son especialmente interesantes en el marco de las empresas dispersas con microcentros de trabajo, dado que garantizan, de una manera u otra, la presencia de órganos de representación preventiva, y en consecuencia, una protección para la salud y la prevención de riesgos en el trabajo.

Una característica apreciada en las disposiciones convencionales que refuerza esta idea es precisamente el carácter de mejora, y no de suplantación del marco legal, que asegura que los trabajadores de empresas dispersas puedan beneficiarse de la existencia de representación preventiva, que en otras circunstancias, no existiría.

Desafortunadamente, esta tendencia no es generalizada entre los agentes sociales, de hecho es más bien minoritaria si atendemos a las cifras expuestas anteriormente, y ello redunda en la conveniencia de introducir este tipo de figuras en el articulado de la LPRL, valorando el impacto especialmente positivo que supondría la creación de coordinadores de prevención para aquellas empresas con centros de trabajo inferiores a 6 trabajadores, o la previsión de delegados de prevención sectoriales, que ofrecerían un canal de representación preventiva a aquellas empresas con un único centro de trabajo que no alcancen la cifra de trabajadores señalada anteriormente.

4. CONCLUSIONES

La introducción de la representación preventiva en la empresa, que fue consecuencia de la transposición de la Directiva 89/391/CE, otorgó a la LPRL un enfoque inédito hasta la fecha, basado en la participación de todos los sujetos de la relación laboral en materia de salud e higiene en el trabajo. La concepción cooperativa en la instrumentación de las actuaciones preventivas, prevista mediante la información consulta y la participación de los trabajadores y el empresario en el desarrollo de la actividad preventiva, se sustenta en la existencia de dos figuras excluyentes, en función de la plantilla de la empresa o centro de trabajo, a saber, el delegado de personal (art. 35 a 37 de la LPRL) y el comité de seguridad y salud (arts. 38 y 39 LPRL).

Sin embargo, lo que pudiera parecer un marco jurídico protector, genera, en la actualidad, situaciones en las que la representación preventiva no puede constituirse. La principal causa de esta circunstancia se fundamenta en la falta de adaptación normativa de la LPRL a las nuevas formas de organización empresarial

ción, y se regirá por las mismas pautas y garantías que los delegados de prevención.

basadas en la economía colaborativa, que han supuesto la descentralización masiva y la desaparición de la realidad física del centro de trabajo.

Ante este escenario, la instrumentación de la representación preventiva se ha mantenido prácticamente intacta desde 1995, y plantea especiales problemas en aquellas empresas o centros de trabajo de menor dimensión, en las que si no existe representación unitaria, no será posible constituir representación preventiva *ex lege*.

Si bien es cierto que la LPRL tiene vocación de flexibilidad al diseñar un marco jurídico de Derecho necesario mínimo indisponible (art. 2.2 de la LPRL), y por lo tanto, autorizar la intervención de la negociación colectiva, la realidad es que el papel de la negociación colectiva es muy reducido y no ofrece soluciones efectivas que garanticen la representación preventiva en aquellas empresas o centros de trabajo de menor dimensión.

La intervención de los agentes sociales sobre estas cuestiones es muy minoritaria: tan sólo 84 de los 613 convenios colectivos publicados en el BOE durante el intervalo Enero 2018- Diciembre 2019 contienen disposiciones relacionadas con el artículo 35.4 de la LPRL, y ello supone un total de 13,70 %.

En aquellas ocasiones en las que los instrumentos convencionales establecen algún tipo de mención a la figura de la representación preventiva, se observan un total de tres tendencias: a) disposiciones relativas al ámbito de actuación de la representación preventiva y la existencia de figuras de coordinación; b) la modificación del cómputo de delegados de prevención previsto en el artículo 35.2 de la LPRL; y finalmente, c) la realización de remisiones sobre la materia al artículo 35 de la LPRL.

La realización de remisiones al contenido del artículo 35 de la LPRL es, con diferencia la que asume un mayor protagonismo cuantitativo⁶⁷. Dentro de esta tendencia, encontramos desde la existencia de delegados en aquellas empresas que asuman una determinada dimensión, la designación de los delegados de prevención entre los representantes de los trabajadores, la remisión al número de delegados previsto legalmente, o la realización de las funciones y competencias previstas por la ley, hasta remisiones genéricas al cumplimiento de la normativa. En líneas generales, que este tipo de actuaciones sean las que mayor presencia ostentan no es un indicador positivo, ya que no suponen ningún tipo de aporta-

⁶⁷ Un total de 50 convenios colectivos incluyen remisiones genéricas al artículo 35 de la LPRL, lo que supone 59,52 % sobre los convenios colectivos que incluyen disposiciones que afectan a la instrumentación de la representación preventiva por la negociación colectiva (84) y 8,15 % sobre la totalidad de convenios colectivos publicados en el BOE entre enero 2018 y diciembre 2019 (613).

ción al marco legal y deja escapar la oportunidad de mejorar el marco legal a fin de adaptarlo a las circunstancias concurrentes en cada sector.

La previsión de cláusulas relativas al cómputo de delegados de prevención ocupa el segundo lugar dentro de las actuaciones efectuadas por los agentes sociales sobre esta materia⁶⁸. La actuación más habitual de la negociación colectiva ha consistido en la reproducción de las escalas del artículo 35.2 de la LPRL, apreciándose dos tendencias: la designación de un delegado de prevención en el intervalo de 31 a 49 trabajadores, que es la opción más utilizada, y la remisión, sin reproducción, al contenido de la LPRL. Ambas previsiones son cuestiones ya incluidas en el artículo 35 de la LPRL, y no suponen aportaciones significativas para garantizar la representación preventiva en las empresas dispersas. Sin embargo, esta categoría incluye cláusulas convencionales que sí que suponen un verdadero valor añadido. A título de ejemplo, la existencia de representación preventiva en aquellos intervalos numéricos de trabajadores más expuestos a no ostentar representación preventiva, esto es, de 1 a 29 trabajadores, bien a través de la existencia de un delegado de prevención en aquellos centros de trabajo con menos de 50 trabajadores⁶⁹, bien mediante la existencia de un delegado de prevención por cada 25 trabajadores⁷⁰, e incluso contemplando la existencia de un delegado de prevención en la horquilla de 6 a 49 trabajadores⁷¹. Ambas prácticas resultan ciertamente positivas, toda vez desconectan la existencia de representación unitaria y preventiva, prevista de forma indirecta en el artículo 35.2 último párrafo de la LPRL, garantizando así la existencia de representación preventiva en microcentros de trabajo o microempresas.

Por último, las disposiciones convencionales relacionadas con el ámbito de actuación de la representación preventiva y la existencia de figuras de coordinación son las actuaciones que menor protagonismo han asumido⁷². Dentro de

⁶⁸ Un total de 26 convenios colectivos incluyen cláusulas relacionadas con el cómputo de los delegados de prevención, lo que supone 30,95 % sobre los convenios colectivos que incluyen disposiciones que afectan a la instrumentación de la representación preventiva por la negociación colectiva (84) y 4,24 % sobre la totalidad de convenios colectivos publicados en el BOE entre enero 2018 y diciembre 2019 (613).

⁶⁹ Véase el artículo 90 del Convenio colectivo de Ferrovial Servicios, SA, y los trabajadores adscritos al servicio de restauración y atención a bordo de los trenes (BOE 26/01/2018).

⁷⁰ Véase el artículo 22 del Convenio colectivo de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias. (BOE de 29/03/2019).

⁷¹ Véase el artículo 58.b del Convenio colectivo para el sector de contratistas ferroviarias (BOE de 06/03/2018).

⁷² Un total de 10 convenios colectivos incluyen la previsión de otras unidades de adscripción distintas al centro de trabajo, lo que supone 11,90 % sobre los convenios colectivos que incluyen disposiciones que afectan a la instrumentación de la representación preventiva por la negociación colectiva (84) y 1,63 % sobre la totalidad de convenios colectivos publicados en el BOE entre enero 2018 y diciembre 2019 (613).

esta tendencia, se observa que los agentes sociales modifican el ámbito de constitución y actuación de los delegados de prevención a ámbitos de mayor alcance que el centro de trabajo o la empresa, como son, por ejemplo, el ámbito estatal⁷³, o provincial⁷⁴. Llama la atención la pretensión convencional de no sustituir las unidades de adscripción previstas legalmente, sino de mejorar la coordinación entre los delegados de prevención o comités de seguridad existentes a nivel empresarial, que se suman a otras actuaciones de interés encaminadas a mejorar la eficacia de la representación preventiva. Entre estas, encontramos la creación de figuras de coordinación, que escapan del ámbito de una empresa concreta, y que contemplan la previsión de delegados de prevención con carácter sectorial, en el que la Comisión Paritaria se encarga de designar, entre los miembros de la representación sindical en función de su representatividad sindical, a una o varias personas para actuar en aquellas empresas fijadas por la Comisión paritaria⁷⁵.

⁷³ Véase el art. 26 del Convenio colectivo de Ilunion Seguridad, SA. (BOE 28/02/2018) y el art. 11 del VIII Convenio colectivo de Ilunion Outsourcing, SA. (BOE de 14/12/2018).

⁷⁴ Véase el art. 58 del Convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias (BOE 06/03/2018).

⁷⁵ Véase el art. 53 del IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios. (BOE de 11/06/2018).

Comentarios de Jurisprudencia

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Universidad de Almería

COMISIONES *AD HOC* Y ASAMBLEA DE TRABAJADORES EN SUPUESTOS DE AUSENCIA DE REPRESENTACIÓN

Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2019 (Rec. núm. 966/2017)

ECLI: ES:TS:2019:3652

CRISTINA ROLDÁN MALENO*

SUPUESTO DE HECHO: una empresa cuenta con dieciséis trabajadores repar-tidos en once centros de trabajo, a razón de un trabajador por cada centro de trabajo excepto en uno de ellos. Todo ellos tienen en común la ausencia de representantes de los trabajadores. La empresa, alegando causas productivas, tiene la intención de iniciar el correspondiente periodo de consultas con vistas a llevar a cabo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Ante el inminente inicio del procedimiento y de cara a la constitución de la comisión *ad hoc* que hará de interlocutora, la parte empresarial envía a los trabajadores implicados una misiva en la que indica que, dada la falta de representación unitaria, en cada centro de trabajo los trabajadores podrán optar por crear una comisión *ad hoc* por y entre los trabajadores de un máximo de tres miembros o, si lo desean y atendiendo al tamaño de la plantilla, formar todos parte de la comisión representativa. Añade, por último, que también pueden atribuir su representación a un solo trabajador. La totalidad de la plantilla afectada acabará negociando con el empresario, si bien se producen algunos movimientos previos que parecen indicar falta de consenso. Pese a ello, constituida la comisión en los términos descritos, en la tercera reunión se alcanza un acuerdo, por siete votos a favor y tres en contra, mediante el que se acepta reducir una hora diaria la jornada de trabajo. Posteriormente, uno de los trabajadores que se opuso al acuerdo, decide interponer demanda frente a la empresa y a los siete que votaron favorablemente, en proceso seguido en materia de impugnación individual de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo y vulneración de derechos fundamentales.

RESUMEN: el Tribunal Supremo conoce de un recurso de casación para la unificación de doctrina contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 20 de diciembre de 2016 (rec. 2417/2016). Superado el juicio de contradicción, el debate jurídico girará únicamente en torno a si el periodo de consultas y, en concreto, la designación de los sujetos legitimados para la negociación de la modificación sustancial se ha llevado a cabo conforme a lo establecido legalmente. No se debate sobre la causa ni la idoneidad de la medida aplicada, pues el actor no las discute. El Tribunal validará la sentencia de la que trae causa, admitiendo a la asamblea como interlocutora del periodo de consultas, matizando que dicha postura se fundamenta en, por un lado, la ausencia de representantes formales y, por otro, la reducida dimensión del tamaño de la plantilla. El acuerdo, por lo tanto, será válido, reiterando que su naturaleza es colectiva y no plural, conforme a la doctrina que se viene aplicando en los últimos años.

* Contratada predoctoral FPU, Derecho del Trabajo y la SS.

ÍNDICE

1. LOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPACIÓN DIRECTA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. SENTENCIAS SIGNIFICATIVAS
2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE OCTUBRE DE 2019 (RECURSO NÚM. 966/2017)
3. OPCIÓN DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO EN FAVOR DE LAS COMISIONES *AD HOC*. DUDAS DE CONSTITUCIONALIDAD. LA OPCIÓN DEL DERECHO FRANCÉS COMO CONTRAPUNTO
4. CONCLUSIONES

1. LOS INSTRUMENTOS DE PARTICIPACIÓN DIRECTA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. SENTENCIAS SIGNIFICATIVAS

Es un lugar común afirmar que nuestro legislador no ha manifestado particular interés por los instrumentos de participación directa. Si nos ceñimos a nuestro derecho positivo, el Estatuto de los Trabajadores tan sólo alude a la asamblea, guardando silencio, por el contrario, respecto del referéndum¹. En cuanto a las contribuciones doctrinales, coinciden en señalar las deficiencias de dicho régimen jurídico e, incluso, se ha llegado a afirmar que su característica más destacable reside en las cortapisas que prevé para su ejercicio². Ciertamente, tras una lectura de los arts. 77 al 80 ET, pueden extraerse algunas conclusiones, llamando especialmente la atención que el sindicato no tenga, por sí mismo, capacidad de convocatoria³. A este régimen jurídico -cuyo fundamento constitucional se encuentra en el art. 21 CE- se le ha criticado tanto por exceso -formalidades, requisitos- como por defecto -clarificación de materias, naturaleza de los acuerdos, regulación del referéndum-. Por su parte, la jurisprudencia, en consonancia con el diseño legal -y en ocasiones podría considerarse que más allá-, ha establecido una tendencia marcadamente restrictiva respecto de estos instrumentos.

¹ Al que sin embargo confunde en el art. 80 ET. Cfr. Gallardo Moya, R., «Asamblea y referéndum, posibles válvulas de seguridad del sistema de representatividad», *C.R.L.*, N. 1, Madrid, 1992, pág. 59.

² Cfr. Escribano Gutiérrez, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes de derecho del trabajo*, Madrid, CES, 1998, pág. 252.

³ La capacidad de convocatoria (art. 77.1 ET), como es sabido, la ostentan los representantes unitarios o los propios trabajadores directamente, siempre que sean capaces de representar al menos al 33% de la plantilla. Es cierto que las reuniones del sindicato con sus afiliados cuentan con el art. 8.1b LOLS, pero también lo es que se obstaculiza legalmente la convocatoria sindical para tratar cuestiones generales que trasciendan ese ámbito interno, y ello independientemente de las cuestiones a tratar.

Un ejemplo paradigmático de la facilidad con la que el derecho de asamblea cede ante otros derechos es la Sentencia del Tribunal Constitucional 88/03, de 19 de mayo, en la cual se declara constitucional la condena penal a unos trabajadores sobre los que pesaba acusación de allanamiento de morada. Para ello, se sitúa el derecho a la propiedad y a la libertad de empresa por encima de otros derechos, aun cuando éstos últimos estén incardinados entre los fundamentales.

Igualmente ilustrativa es la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1995 (rec. núm. 1996/1994), y nos dirige a donde pretende enfocarse este trabajo: las injerencias empresariales en la conformación de la voluntad de los trabajadores. En esta ocasión, el Supremo consideró que no podía calificarse como conducta antisindical el hecho de que la parte empresarial pagase las dietas por asistencia a diversas reuniones asamblearias a los representantes de las organizaciones sindicales favorables al preacuerdo que debía ser, posteriormente, refrendado por la plantilla. En esta misma línea permisiva puede verse el pronunciamiento del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 1998 (rec. núm. 1580/1998). Ante el bloqueo del banco social durante una negociación, los sujetos legitimados deciden convocar un referéndum y que sea la plantilla quien tome la decisión. Pese a que la empresa se encarga, a través de sus mandos intermedios, de transmitir a los trabajadores las ventajas del acuerdo y las desventajas de no alcanzarlo, el Tribunal no ve en ello injerencias empresariales, sino mera libertad de expresión. No le hará cambiar de opinión, tampoco, el hecho de que durante el día de la votación altos cargos de la empresa acudiesen al lugar y permaneciesen próximos a las cabinas de votaciones, siendo necesarias dos advertencias para que accediesen a marcharse, manteniendo por lo tanto que el empresario no se ha inmiscuido en la decisión que corresponde únicamente a los trabajadores.

Otro pronunciamiento significativo en la materia lo constituye la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 2007 (recud. 3179/2005)⁴. A lo largo de su argumentación, la Sala se pronuncia *obiter dicta* sobre extremos que no le eran requeridos -pero que dejan entrever la desconfianza hacia la participación directa-, eludiendo la verdadera cuestión controvertida: las injerencias empresariales. Para ello, se opta por restarle toda importancia, como si en realidad se estuviese ante una problemática que, en cualquier caso, carece de gravedad. De entre las cuestiones que repasa *obiter dicta*, es particularmente interesante -y con cierta relación con la sentencia objeto de este comentario- la duda manifestada sobre si la asamblea podría concluir acuerdos vinculantes en forma de convenios colectivos extraestatutarios⁵. Tal duda venía a contribuir a un amplio debate entre

⁴ Vid. Escribano Gutiérrez, J., «Eficacia de los acuerdos adoptados en asamblea de trabajadores y negociación colectiva», *T.L.*, N. 103, 2010, págs. 197-207.

⁵ El TS razona que los acuerdos asamblearios extralegales carecen de fuerza vinculante, y que, por lo tanto, no han de seguir las exigencias del art. 80 ET, reservadas para los supuestos

la jurisprudencia que no era pacífico y que no quedaba, por lo tanto, cerrado⁶. Unos meses más tarde, la cuestión era retomada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 2008 (rcud. 4103/2006), en la cual la Sala debía, esta vez sí, pronunciarse sobre si un acuerdo alcanzado entre el empresario y la totalidad de la plantilla tenía naturaleza de convenio colectivo. La respuesta fue negativa, por la ausencia de legitimidad del sujeto. En coherencia con ello, le atribuye naturaleza plural y no colectiva, puesto que esta última sólo puede tener su origen en la representación sindical o legal de los trabajadores en cuyo ámbito opere el convenio. Es conocido que ese hilo argumental se ha utilizado en materia de autonomía individual en masa⁷, y, hasta la reforma de 2010, en materia de representaciones *ad hoc*⁸. Respecto de estas comisiones, hay autores que sostienen que el camino seguido por los reformadores de 2010, 2011 y 2012, no es sino un intento de conseguir los objetivos de la autonomía individual en masa a través de un instrumento dotado de apariencia colectiva⁹.

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE OCTUBRE DE 2019 (RECURSO NÚM. 966/2017)

La sentencia objeto de este comentario asume una doctrina que difiere de la apenas referida. Como se acaba de exponer, el Supremo tomó posición en el largo debate jurisprudencial sobre la fuerza vinculante de los acuerdos adoptados por la asamblea que se salen de los supuestos previstos por el legislador para este instrumento de participación directa. Y lo hizo estableciendo que su naturaleza es plural y no colectiva, dada la ausencia de legitimidad del sujeto negociador. Si se hubiese aplicado esta doctrina, se habría podido colegir que la naturaleza de los

previstos legalmente y, «en último extremo, aunque es más dudoso, para acordar, con igual carácter, medidas de conflicto colectivo o la conclusión de convenios colectivos extraestatutarios». Puede verse en el Fundamento Jurídico Quinto.

⁶ Vid. Benavente Torres, M.^a I., ««Representación extraestatutaria, participación directa y posible inconstitucionalidad de la comisión *ad hoc* no sindicalizada», R.T.S.S., N. 385, 2015, págs. 72-76. La autora analiza las diferentes líneas jurisprudenciales al respecto.

⁷ Vid. García-Perrote Escartín, I., «Autonomía individual «en masa» y antisindicalidad (1)», R.L., 1989-2, pág. 256. Más recientemente, véase Fernández Márquez, O., «Pactos individuales en masa y regulación de las condiciones de trabajo: sentencia TC 238/2005, de 26 de septiembre», en GARCÍA MURCIA, J. (dir.), *Libertad sindical y otros Derechos de acción colectiva de trabajadores y empresarios*, Navarra, Cizur Menor, 2014, págs. 525-558.

⁸ Vid. Benavente Torres, M.^a I., «Representación extraestatutaria, participación directa... *cit.*, págs. 72-76.

⁹ Escribano Gutiérrez, J., «Las fuentes reguladoras del tiempo de trabajo», ponencia presentada en las XXXVIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. *El nuevo escenario en materia de tiempo de trabajo*, Sevilla, 12 y 13 de diciembre de 2019, pág. 14. Puede consultarse en https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=916f031b-a432-4e24-ba9c-09bc4b5e4a29&groupId=10128

acuerdos como el que nos ocupa es plural y no colectiva. Así lo hace la sentencia aportada en contraste¹⁰, estableciendo que una cosa es estimar que la ley permite que el periodo de consultas se lleve a cabo con los trabajadores en caso de no constituirse la comisión *ad hoc*, y otra bien distinta es la validez del acuerdo. Respecto de dicha validez, concluye que el acuerdo carece de la eficacia necesaria para poder afectar a los disidentes, pues entender lo contrario sería tanto como reconocer la licitud de acuerdos individuales de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

Un punto de vista diferente fue aportado poco después por la Audiencia Nacional¹¹, que directamente consideró nulo un despido colectivo apreciando fraude de ley en el periodo de consultas, por haberse asumido por la totalidad de la plantilla y no por representantes de los trabajadores, que en tal supuesto debían haber sido los sujetos que establece el 41.4 ET, a los que remite el 51.2 ET. Así, estimó que se trata de requisitos de orden público que no son, por tanto, disponibles. Para casar y anular esta sentencia, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de marzo de 2015 (rec. núm. 287/2014) asumió una posición muy distante de tal planteamiento, pero también de aquel otro que propugnaba que la naturaleza de estos acuerdos es plural y no colectiva. Su tesis interpretativa será la doctrina seguida en la sentencia que nos ocupa -también en la de instancia-, pues reproduce literalmente su hilo argumental, insertándose en una tendencia cada vez menos novedosa, donde se va apreciando la conformación de una línea común¹².

Así, comienza afirmando que la norma que fija los sujetos del 41.4 ET es disponible para aquellas empresas que carecen de representantes, en cuyo caso los trabajadores podrían escoger entre negociar por sí mismos o por vía representativa en los términos que el precepto establece¹³. Aunque el legislador aluda a la comisión de un máximo de tres miembros, no podría considerarse, por el hecho de que haya negociado toda la plantilla, que existe un vicio del procedimiento susceptible de provocar la nulidad. A partir de aquí, la justificación parte de una premisa que no alcanzamos a comprender. El órgano juzgador plantea que la

¹⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña núm. 7335/2013, de 11 noviembre. Véase el Fundamento Jurídico Segundo.

¹¹ Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 232/2013, de 20 diciembre de 2013.

¹² Tras la sentencia de 23 de marzo de 2015 (rec. núm. 287/2014), la argumentación en ella esgrimida es traída a colación por el Supremo en otras sentencias posteriores. Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2015 (rec. núm. 144/2014); Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2015 (rec. núm. 180/2014); Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2019 (rec. núm. 140/2018).

¹³ Aunque la Sentencia que estamos analizando no lo especifica, el fundamento sería que la previsión legal establece que la falta de constitución de la comisión representativa no impide el inicio y transcurso del periodo de consultas (Cfr. STS 23 de marzo de 2015, FJ 2º).

limitación numérica de las comisiones *ad hoc* tiene dos finalidades: una sería favorecer la fluidez de las negociaciones y, la otra, facilitar una equiparación entre las partes. Sobre esta equiparación, razona que, tratándose de empresas muy reducidas, es presumible que el empleador acuda al periodo de consultas por sí mismo o con escaso personal asesor, y de ahí la conveniencia de limitar las comisiones a tres miembros. Lo siguiente será afirmar que la parte empresarial es el sujeto débil en este tipo de negociaciones, porque al negociar con la totalidad de la plantilla, la diferencia numérica le sería perjudicial. Por tanto, la Sala no comprende el motivo por el cual el trabajador podría reclamar la nulidad del acuerdo, pues, desde su punto de vista, es el empresario el sujeto perjudicado por la desproporción numérica entre los interlocutores. Es decir, ¿podemos presuponer que el empresario pasa a ser la parte más débil por esta diferencia numérica? ¿Realmente puede entenderse, como pretende el tribunal, que es el empresario el sujeto que precisa de mecanismos de equiparación? No debe olvidarse que, en la modificación sustancial de condiciones de trabajo, al igual que en otras figuras cuya razón de ser es responder a las necesidades patronales, el empresario podrá imponer unilateralmente sus condiciones aun cuando no se alcance un acuerdo. Y esta unilateralidad, sin duda, no puede aducir falta de espacios. Es más, algunas voces doctrinales recuerdan que la modificación sustancial es una institución propia de nuestra disciplina, que permite algo que sería impensable en el ámbito de la teoría general de contratos¹⁴. En definitiva, no nos resulta plausible que una potencial diferencia numérica sea capaz de invertir el presupuesto del que debemos partir respecto de la asimetría de las partes.

Prosigue la argumentación con una terminología que, aplicada a nuestro caso concreto como la Sala pretende, podría llevar a error, puesto que hay algo desde nuestro punto de vista trascendente que diferencia a este supuesto del de la sentencia que sigue el Tribunal. Tal y como se describe, pareciera que la iniciativa de conformar la comisión de manera asamblearia parte de los propios trabajadores, cuando lo cierto es que sucedió al contrario: queda sobradamente acreditado que es la empresa, por carta, quien sugiere a los trabajadores que toda la plantilla podría formar parte de la comisión. A nuestro entender, se trata de un elemento que puede ser clave a la hora de determinar si en este caso concreto se han producido interferencias empresariales a la hora de conformar la voluntad de la contraparte, y no se señala esta diferencia en la construcción del pretendido paralelismo con el supuesto de hecho que toma como referencia. Del contenido de la mencionada carta, podría interpretarse, o al menos sostenerse la duda, de si acaso la parte empresarial orienta -cuanto menos- a sabiendas la información

¹⁴ Vid. Ruiz Castillo, M.M., «El pacto individual tras la reforma del mercado de trabajo», en Cruz Villalón, J., (Coord.), *Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo*, Madrid, CES, 1995, págs. 315-347.

que traslada a los trabajadores al objeto de evitar a los sindicatos. De manera que, sobre las opciones que ofrece la ley refiere solo la mitad (comisión *ad hoc* interna no sindicalizada, pero omite la posibilidad de la comisión externa sindicalizada), mientras que añade dos posibilidades que no están en el texto legal: negociar con la totalidad de la plantilla y que negocie un único trabajador (interpretando que una comisión ha de estar conformada por una pluralidad de personas, tres sería el número máximo pero también el único posible¹⁵). Por todo ello, no nos atreveríamos a afirmar ni a dar por hecho -como sí hace la Sala- que la actuación empresarial ha sido neutral y sin ánimo de interferir en la decisión de los trabajadores. Sin embargo, esta posibilidad no es, como decimos, ni siquiera traída a colación. No es necesario abundar mucho en la idea de que, para el empresario, es preferible una comisión *ad hoc* interna y no sindicalizada -o la totalidad de la plantilla- que sentarse frente a un sindicato. Es cierto que, según el precepto legal, la opción corresponde a los trabajadores, pero concurren elementos que llevan a pensar que en realidad se facilita que su elección se oriente hacia la preferencia empresarial de evitar a los sindicatos allí donde sea posible¹⁶. Como se ha señalado doctrinalmente, se da una flagrante contradicción entre la capacidad de desplazamiento que se otorga a las secciones sindicales frente a la representación unitaria -condicionada, aun así, a que las segundas existan y las primeras alcancen legitimación plena- con el hecho de que, en ausencia de esos mismos representantes unitarios, la intervención sindical esté supeditada a que resulten la opción *voluntariamente* escogida por los trabajadores¹⁷.

En opinión del Tribunal, no puede, por tanto, rechazarse la validez del acuerdo, puesto que estaríamos ante una representación voluntaria y no legal. A continuación, se apresura a advertir que todo ello no significa que la voluntad de las partes pueda libremente sustituir la legal comisión *ad hoc* por la participación directa, algo que será posible solo y exclusivamente en presencia de una serie de criterios de excepcionalidad, a saber: plantilla de escasas dimensiones, voluntad unánime de negociar personalmente y aprobación “claramente mayoritaria” del acuerdo. En cuanto a las dimensiones de la plantilla, superan ampliamente el mínimo para poder realizar elecciones, cosa que no se ha hecho, como por otra parte es habitual. Respecto de la voluntad unánime, como hemos planteado, no nos resulta claro que se haya producido -los hechos probados invitan a pensar lo

¹⁵ Vid. De La Villa Gil, L.E., «Comisiones laborales y comisiones sindicales una sorpresa escondida en la reforma laboral de 2010», *R.G.T.S.S.*, N. 23, 2011, pág. 23.

¹⁶ Vid. Terradillos Ormaechea, M.E., «La evolución de las estructuras de participación de los trabajadores en España a consecuencia de la crisis: sobre su consonancia (o disonancia) con la normativa internacional», *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, N. 1, 2016, pág. 12.

¹⁷ Vid. Olarte Encabo, S., «El papel de los interlocutores sociales ante la reforma de la negociación colectiva: retos y opciones», *R.D.S.*, N. 58, 2012, pág. 38.

contrario-, tanto menos la libre conformación de la misma. Por último, el concepto de “claramente mayoritario”, en ausencia de claridad sobre qué requisitos procedimentales aplicar en este tipo de votaciones, (¿la votación por mayoría del 41.4 ET, no siendo un sujeto de los allí previstos? ¿El art. 80 ET, no siendo este un supuesto previsto legalmente?), puede resultar un tanto indeterminado y ser generador de zonas grises.

Prosigue, en fin, aludiendo de forma genérica las interferencias empresariales que pueden «subvertir el necesario carácter colectivo de la negociación», pero no para razonar por qué, bajo su punto de vista, en este caso no se han producido, sino simplemente para advertir de que la comisión conformada por toda la plantilla debe estar libre de tales injerencias. Se echa en falta, por tanto, un análisis sosegado y certero de los hechos acaecidos y su significación jurídica, pues creemos que habría podido llevar a conclusiones distintas. Por último, y relativo a la eficacia, como es fácil intuir, establece que no estamos ante acuerdos plurales de naturaleza individual, y por tanto sólo aplicables a los trabajadores que votaron a favor. En opinión de la Sala, el acuerdo es colectivo porque, desde el momento en que los trabajadores sustituyen a las comisiones *ad hoc*, «se han constituido en representantes colectivos de toda la plantilla en las mismas condiciones de representatividad que hubiere ostentado aquella comisión»¹⁸.

La cuestión de la eficacia de estos acuerdos, como se observa, es consustancial al debate, si bien es cierto que el objetivo es centrarnos en las interferencias empresariales. Se trata de un problema recurrente en supuestos de empresas de pequeña dimensión, hábitat por excelencia, por razones obvias, de este tipo de situaciones, algo a tener en cuenta dadas las características de nuestro tejido productivo, donde predominan las microempresas¹⁹. Así, y sorteando el debate de la eficacia (¿por qué aplicar a trabajadores individualmente considerados acuerdos peyorativos negociados por sujetos distintos de los que establece la ley, si ya hay dificultades y debate sobre la constitucionalidad de las propias comisiones *ad hoc*?), puede que en realidad no resulte tan relevante el instrumento utilizado -asamblea o comisión *ad hoc*- como el hecho de que en estos niveles la permeabilidad a las presiones empresariales es máxima. Por tanto, los mecanismos tendentes a evitar tal escenario deberían extremarse. Dado el panorama legal, el control judicial podría ser uno de ellos, pero, en su lugar, la jurisprudencia del Supremo ha trazado una línea muy permisiva en este sentido, que contribuye a agravar un problema de por sí inherente a la propia dinámica y caracterización de tales supuestos. La iniciativa e intromisión empresarial no

¹⁸ Puede verse, esto y cuanto se ha referido, en el Fundamento Jurídico Tercero.

¹⁹ Pueden verse los datos de 2018 en el siguiente enlace: <http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/estadisticas/anuarios/2018/EMP/EMP.pdf>, consultado el 06/03/2020.

debería ser admisible en ningún caso, y a nuestro juicio podría sostenerse que es lo que ha ocurrido aquí. En ese sentido, estamos ante una sentencia continuista, por más que difiera en otras cuestiones relevantes.

De cuanto se ha dicho hasta el momento, ha pretendido exponerse, de un lado, la restrictiva visión de la jurisprudencia respecto de las posibilidades de la participación directa, a la que mira con desconfianza manifiesta -salvo, al parecer, y desde la reforma que introduce las comisiones *ad hoc*, en determinados supuestos en el ámbito de la flexibilidad interna y externa-; y, de otro, que esta jurisprudencia ha sido decisivamente laxa a la hora de valorar las injerencias empresariales en la determinación de la voluntad de los trabajadores. Se detecta una inclinación por la libertad de empresa y en general por los derechos de la parte empresarial que aboca a cuestionar las tesis resultantes, ya que los trabajadores difícilmente podrán expresar libremente su voluntad si se permite que el sujeto del que depende su puesto de trabajo pueda interferir en la conformación de ésta.

En el siguiente apartado, se pretende analizar la opción que toma nuestro ordenamiento en favor de las comisiones *ad hoc*, para confrontarla con la solución del ordenamiento francés. Las potenciales injerencias empresariales harán de hilo conductor.

3. OPCIÓN DE NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO EN FAVOR DE LAS COMISIONES *AD HOC*. DUDAS DE CONSTITUCIONALIDAD. LA OPCIÓN DEL DERECHO FRANCÉS COMO CONTRAPUNTO

Como es sabido, las comisiones *ad hoc* fueron introducidas hace apenas una década, viéndose su ámbito de actuación incrementado con las restantes reformas laborales de aquel periodo, tan marcado por la crisis económica del año ocho²⁰. Se salvaba por esta vía el obstáculo que en la práctica supondría la falta de interlocutores válidos a la hora de hacer uso de los instrumentos empresariales previstos legalmente al objeto de facilitar la flexibilización de las condiciones de trabajo o, según el caso, de la mano de obra. Dadas las características de las empresas que conforman nuestro tejido productivo, parece lógico que, desde la perspectiva de los objetivos buscados por la reforma, se reparase en esa cuestión. Además, no es un fenómeno extraño que en empresas donde numéricamente no hay impedimento alguno, en la práctica no se haya tomado la iniciativa que dé origen al proceso electoral²¹. No faltaron, ya se sabe, las reacciones doctrinales que ponían

²⁰ Se introducen con el Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, y se amplía su ámbito una vez entra en vigor la Ley 35/2010. Un nuevo incremento se produjo con el Real Decreto-Ley 3/2012.

²¹ Se ha calculado que el 37,3% de los trabajadores que podrían tener representantes carecen

en cuestión la constitucionalidad de estas comisiones. Subyacente a todo este debate, se encuentra una anomalía innegable: un órgano sin capacidad negociadora tiene en cambio capacidad de inaplicar o modificar lo previamente pactado²². Su colisión con la arquitectura constitucional puede desentrañarse siguiendo el hilo que une a los arts. 7, 28 y 37 CE y haciendo una interpretación sistemática de los mismos. Así, parte de la doctrina considera inconstitucional tratar de equiparar al sindicato con la intervención directa de los trabajadores, independientemente de la forma que esta adopte²³. Se añade, desde estos posicionamientos, que el legislador no puede ignorar, por imperativo constitucional y de los Convenios de la OIT, el papel que está reservado a las organizaciones sindicales²⁴.

Si la reforma de 1994 supuso una retirada de la fuente legal, y las posteriores a la crisis del año ocho hicieron otro tanto con lo pactado en convenio colectivo, lo que queda no es otra cosa que una individualización de las relaciones laborales. Siguiendo a Benavente, esa sería la trampa de la democracia directa o de la equiparación de otros representantes con la legitimidad del sindicato «o, más ampliamente, del representante de los trabajadores», señalando lo oportuno de estas opciones para provocar escenarios de presión, máxime cuando hablamos de plantillas de muy escasas dimensiones²⁵. La peligrosidad de dicho escenario estará presente sea cual sea el instrumento utilizado. Dicho esto, bajo nuestro punto de vista no puede compartirse el encaje constitucional de las comisiones ad hoc no sindicalizadas, pues no son sujeto portador de interés colectivo sino un conjunto de trabajadores sin apoyo ni formación sindical que difícilmente pueden afrontar una negociación con la contraparte mínimamente equiparable²⁶. Por lo tanto, nos parece una posibilidad muy real no estar ante verdaderos acuerdos sino ante decisiones unilaterales cuya presunta bilateralidad es predicable solo formalmente. Es notorio que no fue esta la posición del Tribunal Constitucional²⁷, en una línea no novedosa a la que ya se ha hecho alusión, caracterizada por ser

de ellos, mientras que el 15,5% de los trabajadores no tiene derecho a representación. Véase Jódar, P., Alós, R., Beneyto, P. y Vidal, S., «La representación sindical en España: cobertura y límite», *Cuadernos de Relaciones Laborales*, N. 36, 2018, págs. 26-27.

²² Vid., ampliamente, Ruiz Castillo, M.M.; Escribano Gutiérrez, J., *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del derecho del trabajo*, Albacete, Bomarzo, 2013.

²³ Vid. Benavente Torres, M.^a. I «Representación extraestatutaria, participación directa... *cit.*, págs. 72-76.

²⁴ Vid. Terradillos Ormaechea, M.E., «La evolución de las estructuras de participación... *cit.*, págs. 66-96.

²⁵ Vid. Benavente Torres, M.^a. I «Representación extraestatutaria, participación directa... *cit.*, pág. 76.

²⁶ Vid. Correa Carrasco, M., «La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales», *R.D.S.*, N. 59, 2012, págs. 47 y 48.

²⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 119/2014, de 16 de julio.

extremadamente cautelosa con la afectación de la libertad de empresa, en detrimento de otros bienes constitucionales -libertad sindical y negociación colectiva- que debieran gozar de una protección preeminente. Nos detendremos aquí, siendo conscientes de la cantidad de cabos sueltos que serían susceptibles de mención y diferenciación, pero que excederían las pretensiones de este trabajo.

Por ello, sin más dilación, queremos plantear como contrapunto a nuestras comisiones *ad hoc* la opción escogida por el ordenamiento francés para situaciones análogas a las que se han venido analizando. Debe partirse, en primer lugar, de que el legislador francés no ha contemplado los instrumentos de participación directa con la desconfianza y reticencia de nuestro ordenamiento²⁸. Partiendo de este dato, con la progresiva expansión en cada reforma de la negociación colectiva a nivel de empresa -repárese en la tradicional obligación gala de negociar determinadas materias en este ámbito-, hubo de afrontarse el problema de la ausencia de interlocutores válidos, algo habitual habida cuenta de las características compartidas del tejido productivo de ambos países. La solución no ha sido abrupta, sino que se ha venido fraguando durante décadas. En la redacción actual, producto de la trascendente *reforma Macron*²⁹, lo cierto es que en el país vecino la ausencia de interlocutores sociales no constituye ya obstáculo alguno, pues el legislador ha previsto soluciones diversas para que no se produzca la imposibilidad de negociar, yendo un paso más allá que la legislación precedente. La participación directa sigue estando muy presente, y el referéndum ratificador está en la base de muchas de las respuestas. Nos centraremos, por economía y consonancia con el objeto de este comentario, solo y exclusivamente en el supuesto de empresas de reducidas dimensiones carentes de representación, y, en concreto, en el particular referéndum ratificadorio de un acuerdo directamente propuesto por el empresario. Una aclaración previa: la opción del ordenamiento galo sirve no sólo para inaplicar condiciones pactadas en el contrato de trabajo, sino también para negociar cualquier materia que pueda ser objeto de este ámbito de negociación. Es decir, va un paso más allá, pues nuestro 87.1 ET no ha abierto la negociación colectiva a otros sujetos que no sean representantes sindicales o unitarios. Así, en la actualidad, el derecho francés, para las empresas con menos de 11 trabajadores³⁰ que no cuenten con delegado sindical, establece la habilitación del empleador para directamente proponer un *proyecto* de acuerdo, sobre los temas *abiertos* legalmente a este ámbito de negociación (C. Trav. art. L. 2232-21). La consulta deberá hacerse como mínimo tras un periodo de 15 días desde la comunicación. El siguiente precepto establece que tal acuerdo será

²⁸ Vid. Escribano Gutiérrez, J., *Autonomía individual y colectiva... cit.*, págs. 255-259.

²⁹ Ordenanza n. 2017-1385 de 22 septiembre de 2017.

³⁰ Para las empresas de entre 11 y 20 trabajadores, véase C. Trav. Art. L. 2232-23. Véase igualmente, en relación con este último, el art. L. 2232-23-1.

válido si es ratificado por una mayoría de dos tercios de los trabajadores. Como cabe esperar, tal regulación fue objeto de duras críticas, entre otras cuestiones por considerar acuerdo colectivo lo que bien podría considerarse meras adhesiones individuales³¹. Pese a ello, el Consejo Constitucional ha validado esta opción legislativa³². Recientemente, una Decisión del Consejo de Estado³³ ha vuelto a incidir en ello con una orientación similar. Considera, pese a la capacidad del empresario de disponer de todo lo relativo a la organización de la consulta, que hay ciertos elementos que contribuyen a la suficiencia garantista: los quince días mínimos entre la comunicación y la consulta (que darían la posibilidad a los trabajadores de consultar con un sindicato de su elección), el voto personal y secreto, y la ausencia del empleador durante la consulta.

Como vemos, si nuestras comisiones *ad hoc* generan un fuerte debate, otro tanto ocurre con este particular referéndum a propuesta empresarial, en el cual, al contrario de lo que era tradicional en el ordenamiento francés, ya no se produce un control sindical. Bajo nuestro punto de vista, la presencia sindical podría contribuir a disipar ciertas dudas de constitucionalidad, pero en ambos ordenamientos se prescinde de ella llegado el caso.

Observamos, entonces, dos ordenamientos jurídicos cuya regulación para paliar la ausencia de interlocutores válidos es sustancialmente distinta. Pero ¿realmente son tan diferentes? ¿Están muy alejadas las dos soluciones? Más allá de lo evidente -diferencias hay, claro-, volvemos a incidir en que independientemente del instrumento utilizado, en estos escenarios los riesgos de injerencias empresariales son muy altos, y no desaparecen por el mero hecho de convocar un referéndum, tanto menos si la iniciativa es empresarial como en el caso francés. Los trabajadores no dejan de encontrarse frente a su empresario, que le expone sus necesidades y propuestas, y le deja elegir si las aceptan o no -en nuestro caso no será necesario ni siquiera el acuerdo- con todas las consecuencias que de ello pueden derivarse. En ese sentido, no nos parece que la solución gala elimine los peligros a los que hemos ido haciendo referencia en este trabajo. ¿O acaso es posible entender que la voluntad de estos trabajadores de empresas de

³¹ Jeammaud, J., «La reforma Macron del Código del Trabajo Francés», *TL.*, N. 139, 2017, pág. 32.

³² Véase la Decisión del Consejo Constitucional n. 2018-761, de 21 de marzo de 2018. El Consejo defiende que hay que atender al objetivo perseguido por el legislador y a lo limitado de su aplicación (empresas pequeñas sin representación alguna). Por otra parte, tiene en consideración las garantías previstas durante la consulta.

³³ Decisión del Consejo de Estado N. 417652 de 1 de abril de 2019.

dimensiones muy reducidas se conforma de manera verdaderamente libre a la hora de aceptar o rechazar la propuesta de su empleador?

La democracia directa es sin duda seductora, y sus argumentos suelen estar muy bien valorados. Sin embargo, entendemos que en estos escenarios, y vistas las relaciones de poder que en ellos tienen lugar, conviene ser extremadamente cautelosos, pues apostar por instrumentos participativos no es garantía de ausencia de injerencias empresariales. Ni siquiera la presencia de representantes de los trabajadores -sindicales también- lo es, tanto menos puede serlo si están ausentes (¿acaso los representantes no son permeables a estas interferencias?)³⁴. En este sentido, eliminar toda iniciativa empresarial nos parece, cuanto menos, el punto de partida a través del cual poder tratar de encontrar un camino adecuado y compatible con el diseño de las leyes internacionales y constitucionales de los ordenamientos comparados. Diseños constitucionales cuyo protagonismo sindical no puede, bajo nuestro punto de vista, dejarse a un lado en favor de estos instrumentos. Su inclusión, además de responder a la arquitectura jurídica prevista, daría respuesta -al menos parcialmente- al problema de la ausencia de preparación y cultura de contrapoder. Se trata de una cuestión nada desdeñable, que está presente en todas estas soluciones improvisadas para obtener los resultados esperados de la negociación colectiva de empresa, ámbito negocial por excelencia de los acuerdos y convenios de gestión. El desequilibrio de poderes es evidente, y dejar fuera al sindicato no contribuye a una igualación que probablemente no se daría tampoco, habida cuenta del contexto, incluyéndolo, pero desde luego sería más consonante con nuestra Constitución.

¿Habría tenido encaje su solución en nuestro ordenamiento? Desde el punto de vista del art. 87.1 ET, está claro que no. Distinto podría ser desde el punto de vista del 41.4 ET. Desde nuestra posición, como decimos, la opción francesa no resuelve, ni mucho menos, el problema de las interferencias empresariales³⁵, pues toma como punto de partida una iniciativa empresarial que entendemos que no debe, jurídicamente, admitirse. Los sindicatos de trabajadores contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que le son propios, y la libertad sindical tiene una vertiente funcional que comprende, para defender y promover esos intereses de clase, el derecho a la libre actividad sindical sin injerencias de terceros³⁶. Nuestro texto constitucional ha otorgado al ejercicio

³⁴ Cfr. Escribano Gutiérrez, J., *Autonomía individual y colectiva... cit.*, pág. 261-262. Esta es la reflexión del autor frente a la doctrina italiana que ve en estos mecanismos una potencial deslegitimación del sindicato.

³⁵ Según Lyon-Caen, en realidad, el referéndum no aleja el conflicto, sino que lo hace evolucionar, generando nuevas tensiones. Véase en Lyon-Caen, A., «Referéndum», *Revue de Droit Social*, N. 5, 2018, pág. 337.

³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 94/1995 de 19 junio, Fundamento Jurídico

de esos derechos su más alta protección. La negociación colectiva es parte de esa actividad sindical, y que la regulación de las condiciones de trabajo se deje a una iniciativa empresarial como la expuesta, posteriormente ratificada por los trabajadores sin mediar negociación alguna y obviando al sindicato, no nos parece que pueda tener cabida en nuestro ordenamiento. Pero como sabemos, la visión del Tribunal Constitucional sobre el 41.4 ET es diversa, y admite sin mucha resistencia cuanto ahí se regula. Desde ese punto de vista, ¿podrían las comisiones *ad hoc* no sindicalizadas ser sustituidas por un referéndum ratificador a propuesta empresarial o, de alguna manera, *negociado* mediante participación directa? La pregunta verdadera, si se concluyese con respuesta afirmativa, es si ello cambiaría algo. Quizá la sentencia objeto de este comentario sea la respuesta.

4. CONCLUSIONES

Nuestro ordenamiento jurídico ha sido parco con los instrumentos de participación directa, y la jurisprudencia restrictiva salvo, como se ha expuesto, en supuestos de flexibilidad interna y externa que responden a necesidades empresariales allí donde no hay representantes de los trabajadores. Por lo demás, se ha venido manifestando con una orientación claramente hostil, siendo por el contrario permisiva con las injerencias empresariales. En ese sentido, la sentencia analizada es continuista respecto de aquellas que le preceden a la hora de valorar con laxitud las maniobras empresariales dirigidas a influir en las decisiones de los trabajadores, en ocasiones con menoscabo de la libertad sindical. Derivado de lo anterior, se inserta en la línea jurisprudencial que interpreta la libertad de empresa de forma muy amplia, a costa de erosionar otros bienes constitucionales que en ocasiones gozan de niveles más altos de protección. En cuanto a la discutida cuestión de la eficacia, se suma a la tesis de que estamos ante acuerdos colectivos y no plurales, contribuyendo a consolidar una línea reciente que contradice a aquella otra que calificaba a estos acuerdos como plurales en lugar de colectivos, dada la ausencia de legitimidad del sujeto negociador. De seguir este último razonamiento, se habría llegado a la conclusión de que el acuerdo no podía afectar a los discrepantes. En su lugar, el Supremo reafirma la tesis interpretativa contraria, en una tendencia que como decimos es reciente pero que cuenta ya con varias sentencias confirmatorias, conformando una línea común que parece que seguirá resultando de aplicación en supuestos similares. Para que ello sea posible, deberá de tratarse de plantillas de escasas dimensiones, donde la voluntad de los trabajadores de negociar personalmente sea unánime, y el acuerdo deberá ser claramente mayoritario. En realidad, si nos ceñimos al caso concreto aquí analizado, se trata de una plantilla de 17 trabajadores, una cifra más que suficiente para tener

Segundo.

representación. Por otra parte, pese a la ausencia de datos concluyentes, no parece que la voluntad de negociar personalmente fuese en absoluto unánime, sino que más bien se evidencia que hubo discusión y diferencias entre los interesados. El Tribunal Supremo hace caso omiso de ese dato, y parece partir de la base de que fueron los trabajadores los que libre y espontáneamente decidieron formar todos parte de la comisión. Pero ello es contradictorio con el hecho acreditado de que la iniciativa fue del empresario, que simultáneamente a su propuesta de comisión conjunta, omitía otras opciones que sí aparecen en el texto legal. Todo ello, sin embargo, no resulta relevante para el órgano juzgador, que se centra en confirmar que se cumplen todos los requisitos para aplicar esta tesis interpretativa. Para justificar su postura, se aventura incluso a reproducir el planteamiento de que en una negociación entre el empresario y la totalidad de la plantilla, la diferencia numérica haría que el empresario se encuentre en una posición de debilidad que resultaría peyorativa para sus intereses. Como se ha puesto de relieve, no compartimos dicha posición.

En las últimas décadas, como es sabido, la negociación colectiva ha ido progresivamente asumiendo más funciones y contenidos en detrimento de la ley. Respondiendo igualmente a una finalidad flexibilizadora, se han ido perfeccionando instrumentos que permitan modificar y/o inaplicar condiciones de trabajo. Para que la ausencia de representación -que no solo se da en las microempresas- no suponga un obstáculo en su aplicación, se crean las comisiones *ad hoc*, o, en el caso francés, el referéndum ratificador a iniciativa empresarial. Se trata de soluciones, por tanto, diseñadas para facilitar los acuerdos y pactos de gestión. Se han manifestado las dudas de constitucionalidad que suscitan las comisiones *ad hoc* no sindicalizadas, e igualmente la solución francesa provoca escepticismo. No nos parece que el debate sea tanto qué instrumento es mejor o peor, sino que ambos resultan vulnerables a la presión empresarial y dejan fuera al sindicato. Dificilmente puede compartirse que constituyan un sujeto portador de interés colectivo, sino que más bien se trata de trabajadores cuyas posibilidades de ejercer un contrapoder real son, como es fácil adivinar, escasas, cuando no directamente inexistentes. Como ha venido señalando la doctrina, a la luz de los Convenios de la OIT y de nuestra Constitución, no parece que estas soluciones puedan tener cabida.

PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES
Universidad de Cádiz
A VUELTAS CON LOS DATOS SALARIALES DE LA COPIA BÁSICA DEL
CONTRATO DE TRABAJO

Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 118/2019, de 18 de octubre

ECLI: ES:AN:2019:3862

FRANCISCA BERNAL SANTAMARÍA *

SUPUESTO DE HECHO: El supuesto versa sobre la validez de la información suministrada por la empresa a los representantes de los trabajadores en lo que afecta al salario especificado en la copia básica del contrato de trabajo, al constar “según pacto” o “según convenio” y sin concretar pues el salario real pactado.

FICA- UGT (Federación integrada en los sectores de la Industria, la Construcción y el agrario) demanda a CARGILL SLU por conflicto colectivo que afecta a todos los trabajadores de la misma, con la pretensión de que se declare el derecho de los representantes a que la copia básica de los contratos que la empresa les entrega contenga la expresión del salario real pactado, sin que sean válidas otras expresiones como “según pacto”, o la referencia al salario mínimo del Convenio Colectivo si este no es el real.

La Audiencia Nacional desestima la demanda presentada y absuelve a la empresa. Para llegar a este fallo se cobija en jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo, principalmente las sentencias de 24 de marzo de 1998 y de 19 de febrero de 2009.

RESUMEN: La empresa entrega la copia básica de los contratos a la representación legal de los trabajadores y mientras que en algunos centros se indica el importe real del salario, en otros se evita su mención acudiendo a expresiones como “según pacto” o remitiendo al Convenio aplicable en atención a la categoría y al departamento del trabajador. La representación de los trabajadores considera que la información salarial así suministrada en la copia básica es insuficiente y que no cumple las exigencias previstas en la norma estatutaria en lo que se refiere al derecho de información de los representantes de los trabajadores. Frente a tal pretensión, la empresa alega que en las copias básicas que se facilitan no es preciso concretar el salario individualizado.

Ante tales hechos y pretensiones, la Sentencia de la Audiencia Nacional desestima la pretensión realizada por la representación de los trabajadores, quebrando de este modo el principio de funcionalidad del derecho de información en materia de contratación.

Un debate colateral que suscita la lectura y análisis de la sentencia es si el dato de la retribución de los trabajadores entra en la esfera o no de los datos personales, y correlativamente si el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos de carácter personal debe actuar como límite al derecho a la información de los representantes de los trabajadores

* Profa. acreditada contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. MARCO NORMATIVO:
 - 1.1. Aplicación del supuesto de hecho: Información y explicación del supuesto que se va a analizar y comentar
 - 1.2. El derecho de información de los representantes de los trabajadores y la copia básica del contrato de trabajo: normas de aplicación
2. MARCO APLICATIVO PARA SITUAR EL CONFLICTO
 - 2.1. La ordenación del derecho de información al caso planteado: el principio de funcionalidad
 - 2.2. A vueltas con los datos salariales de la copia básica del contrato de trabajo
 - 2.3. El salario ¿es un dato personal o es el poder empresarial a no divulgar determinados datos?
 - 2.4. Protección del efectivo ejercicio del derecho de información como copia básica
3. Valoración final

1. MARCO NORMATIVO

1.1. Aplicación del supuesto de hecho: Información y explicación del supuesto que se va a analizar y comentar

La empresa CARGILL SLU tiene diferentes centros de trabajo repartidos en diferentes Comunidades Autónomas, en territorios de Barcelona, como Sant Cugat del Vallés o Martorell, de Tarragona, como Reus, y ya otros centros de trabajo como en La Roda (Albacete), en Zaragoza, y en Madrid (aunque también cuenta con otros centros de trabajo en Portugal). En los antecedentes de hecho de la Sentencia de la Audiencia Nacional que se comenta (en adelante, SAN) se hace constar que la empresa se rige por tres convenios colectivos diferentes, dos de ámbito funcional de empresa (CARGUILL SLU y otro Convenio norte que se aplica a centros de Barcelona y de Reus), y un tercer Convenio de ámbito nacional de fabricación de alimentos compuesto para animales en Mequinenza y en Colmenar Viejo.

Para una mejor comprensión de esta SAN es adecuado dibujar el planteamiento de la controversia. La empresa demandada viene facilitando a los representantes de los trabajadores copias básicas de los contratos de trabajo de los trabajadores. En las mismas se hace constar el nombre del trabajador contratado, la duración del contrato, su objeto, el grupo o categoría profesional en que se le encuadra, el centro de trabajo donde debe prestar sus servicios, la fecha de finalización, la norma específica aplicable y la duración del periodo de prueba pactado. Sin embargo, en relación al salario, la copia básica entregada por la

empresa se limita a reproducir el contenido de los contratos originales, y lo que en ellos consta en la mención del salario.

La empresa demandada basa su defensa en que su obligación se circunscribe únicamente en facilitar la copia básica y en transcribir literalmente el contenido de los contratos de trabajo (con la única excepción de los datos relativos al derecho a la privacidad del trabajador). A la par, alega que ni los tres convenios colectivos aplicables, ni la norma estatutaria indican ampliación legal en este extremo. Además, aduce que la representación legal de los trabajadores no concreta ninguna justificación que haga necesario el conocimiento de los datos solicitados en relación con el ejercicio de las funciones que constitucionalmente tiene reconocidas. En base a esta limitación, FICA UGT plantea una demanda de conflicto colectivo al considerar la insuficiencia de los datos proporcionados en la copia básica y el incumplimiento de las exigencias contenidas en el artículo 8.4 del Estatuto de los Trabajadores¹.

Los representantes de los trabajadores fundamentan su pretensión en la vulneración del artículo 8.4 del Estatuto de los Trabajadores y en la Sentencia del Tribunal Constitucional 142/1993, de 22 de abril². Esta STC será clave para ir montando el escenario e interpretativo general, de modo que nos permitirá aplicarlo al caso estudiado.

El supuesto que se va a analizar y a comentar gira en torno la suficiencia y la funcionalidad de la información que la empresa suministra en la copia básica en cuanto a la retribución. En la sentencia se advierte la cuestión de si una simple remisión al convenio colectivo para determinar el salario en la copia básica es

¹ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

² Esta sentencia conoció del recurso de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación. Es derogada por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo. En el marco de la legitimidad constitucional de evitar el fraude y los abusos en la contratación laboral, obligaba al empresario a entregar a la representación legal de los trabajadores una copia básica de todos los contratos que deban celebrarse por escrito, con la excepción de los de alta dirección. Pues bien, se presentó recurso de inconstitucionalidad basado principalmente en considerar que en la medida que existe un derecho fundamental a la intimidad en sus aspectos económicos, la divulgación de datos retributivos particulares de cada trabajador resultaría contraria al contenido esencial del artículo 18.1 de la Constitución Española. Esta conclusión se fundamenta en lo que denominan “intimidad económica” que impide cualquier intromisión en los datos económicos (importe concreto de las ganancias y de los ingresos) de los trabajadores. Finalmente, la STC declara la desestimación del recurso de inconstitucionalidad. El artículo 8.4 del Estatuto de los Trabajadores tiene su origen precisamente en la Ley 2/1991, de 7 de enero, sobre los derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación. En extenso sobre sobre la Ley 2/1991 en todos sus aspectos, véase los artículos contenidos en el monográfico publicado en *Revista de Trabajo*, número 100, 1990.

un elemento suficiente para que los representantes de los trabajadores puedan ejercer su función de control de la legalidad vigente. Del mismo modo, en relación al ámbito general de información de los representantes de los trabajadores se plantea si la retribución es un dato o no de carácter personal e íntimo, que pueda ser un elemento limitante a la hora de que la empresa informe a los representantes sobre este extremo.

En definitiva, en el marco fáctico de la controversia del presente litigio se discute básicamente si la representación legal de los trabajadores tiene derecho o no a que se le entregue la copia básica con los datos que recojan el salario real pactado, sin que se entre a valorar la suficiencia o no de la información aportada en relación a las restantes condiciones laborales. Ante tal pretensión, la SAN mantiene un criterio tradicional, y en nuestra opinión totalmente obsoleto, en el que considera que la empresa no tiene tal obligación al no figurar ese dato concreto en los contratos originales.

A la misma vez, y de forma colateral, en el proceso se recogen discusiones sobre cuestiones aparentemente “menores” pero sin duda de especial relevancia: por un lado, si el salario es un dato personal que limite el derecho a esa información, es decir, que deba mantenerse reservado para respetar el derecho a la intimidad del trabajador afectado.; y por otro lado, la extensión de este derecho de información a los representantes sindicales y con ello el particular amparo que el derecho de libertad sindical podría extender sobre aquél.

1.2. El derecho de información de los representantes de los trabajadores y la copia básica del contrato de trabajo: normas de aplicación

Así las cosas, cabe limitar el análisis a las normas aplicables al derecho de información en materia de copia básica, aunque situándolo en el contexto general de los derechos de información de los representantes del personal.

La norma estatutaria dedica dos preceptos al derecho de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratos. El artículo 64.4 se limite a recoger el general derecho del comité a recibir la copia básica de los contratos; mientras es el art.8.4 el precepto que concreta y delimita el alcance de tal derecho. En consecuencia, este último precepto debe interpretarse, en cuanto a su alcance y fin, dentro del mas general marco de contemplación jurídica de los derechos de información de los representantes del personal, y en particular en lo que refiere a su funcionalidad. Si tales derechos se conceden a las instancias de representación para el mejor y mas efectivo ejercicio de las funciones que le competen de defensa de los derechos e intereses de los trabajadores representados en el marco de la relación laboral, tal función puede ser concretada e identificada

detrás de cada concreto ámbito material sobre el que recae un derecho de información. En particular, en este que nos ocupa de la información de la copia básica, y a tal efecto, cabe partir del siguiente considerando principal. El contrato de trabajo es un instrumento de control y de poder del empresario que hay que someter a cierto control por parte de los representantes de los trabajadores. Así la finalidad del derecho de información es vigilar que las condiciones recogidas en el contrato de trabajo sean conforme a la normativa vigente. De alguna manera, el derecho de información se erige como una herramienta de control ese poder empresarial, para delimitar y vigilar la actuación empresarial. Y es a tal fin que se concede el derecho a ser informado de la copia básica, como expresión formal de ese control del empresario.

Conviene advertir al lector del significado jurídico de la copia básica y de su contenido. Como se ha expuesto con anterioridad, el artículo 8.4 del Estatuto de los Trabajadores dispone la obligación del empresario de entregar la copia básica de los contratos. Lo cierto es que el Estatuto de los Trabajadores no concreta de forma explícita el contenido exacto de la copia básica, lo que obliga a analizar cuál es el sentido que se pretende otorgar a los términos “copia” y “básica”. De la interpretación de este precepto se ha resaltado dos conceptos: el de copia y el de básica. Respecto al de copia, se concibe como el traslado o la reproducción de un escrito, y en cuanto al la adjetivación, básica, ha de concluirse que cumple este requisito la copia que recoge lo fundamental, aunque no sea facsímil³.

En el orden apuntado, se dan pronunciamientos judiciales que atienden el significado de copia básica y entienden (conforme al Diccionario de la Real Academia Española) como copia la reproducción literal de un escrito, “sin que el adjetivo añadido (“básica”) desvirtúe el sentido anterior, pues, según el mismo diccionario, equivale a lo que tiene carácter de base o constituye un elemento fundamental de algo”, esto es, aquello que integra la esencia o lo más importante, pero no accesorio, nimio o intrascendente del contrato; lo que parece excluir -en una primera lectura- cualquier dato que no pudiese ser calificado como tal y no parecería que elementos que no integrasen su fundamento o lo elemental del contrato de trabajo”. Es mas, judicialmente se continúa exponiendo que “la copia básica no es el contrato mismo, ya que mientras éste está suscrito por las partes contratantes, trabajador y empleador; aquélla la realiza el empresario a los

³ Sin duda, de referencia obligada es Cruz Villalón, J. *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Ed. Lex Nova, 4ª edición, 2016. Las observaciones de este precepto por San Cristóbal Villanueva, J.M.: *Estatuto de los Trabajadores, Comentado con jurisprudencia sistematizada y concordancias*, Lefebvre, El Derecho, 8ª edición, 2018, p. 103.

solos efectos de ser entregada al representante de los trabajadores al objeto de comprobar la adecuación de la contratación a la legalidad vigente”⁴.

Con ello, en esa ocasión la STSJ de Galicia no entiende que la copia básica sea una reproducción literal del completo contenido del contrato, aunque resumida o glosada en sus características fundamentales, es decir, copia, pero no necesariamente facsímil, en el sentido de fotocopia del mismo, sino reproducción y traslado a un documento de los elementos esenciales de aquél. No obstante, y en interpretación del artículo 8.4 del Estatuto de los Trabajadores la misma Sala apunta que la copia básica no sólo se refiere, pese a lo que podría indicar su denominación, a lo que tiene carácter de elemental, sino que también incluye el resto de datos del contrato (el empleo del adjetivo “todos” es muy revelador), con la excepción de los protegidos. Desde luego, cabe apuntar que la STSJ de Galicia es una más, de las que ya se han vertido en igual o parecida opinión.

La concreción de la finalidad del derecho de información sobre la copia básica del contrato, permitirá delimitar a su vez el alcance de este derecho y desde este aspecto cabe apuntar que el ámbito de contemplación del derecho se circunscribe por dos límites⁵.

Por un lado, se distingue el límite subjetivo que determina a qué colectivos alcanza el deber de la copia básica y a qué otro colectivo no se aplica. Al respecto, la única excepción que prevé el artículo 8.4 se refiere a los contratos del personal de alta dirección sobre los que se impone tan solo un deber de notificación a la representación legal. La norma incluye a los trabajadores con menor capacidad de negociación sobre sus condiciones laborales como los destinatarios de esta tutela. No obstante, cabe advertir que existen prácticas empresariales tendentes a excluir a otros trabajadores de la regla del artículo 8.4 del Estatuto de los Trabajadores.

Con ello, se pretende vía negociación colectiva ampliar la excepción prevista en el artículo 8.4, de forma que la empresa no tenga la obligación de entregar la copia básica de otros trabajadores distintos al personal de alta dirección. Es esta una cuestión que ya ha sido conocida y resuelta por los tribunales de justicia, proclamando el derecho de los representantes de los trabajadores a conocer los contratos que rigen la relación laboral de todos los trabajadores, estén o no sometidos al ámbito del convenio colectivo. De este modo, se impone a la empresa el deber de facilitar todos los datos referentes al contenido de la relación laboral, ya se encuentren estipulados en un contrato inicial, como en anexos, suplementos o

⁴ STSJ de Galicia, 8 de mayo de 2019. (Procedimiento 8/2019). Fundamento de Derecho 3.1.

⁵ Sobre estos límites léase, Garrido Pérez, E. “Los poderes de información en la empresa: visión y perspectivas en el contexto español” En *Derecho de información de los sindicatos* (Palomo Vélez, R. Dir.), pp. 129-190, LibroTecnía, 2017.

cualquier tipo de añadidos, siempre que se refieran a las correspondientes prestaciones empresa-trabajador⁶.

Con respecto a la situación narrada, no se puede permitir el recurso a la negociación colectiva para incumplir la finalidad de la norma, pues se trata de garantizar que los representantes de los trabajadores tengan un control de los contratos de trabajo.

Por otro lado, está el límite material que determina el contenido de la copia básica, hasta donde alcanza la mención de sus elementos integrantes. Pues bien, el contenido de la copia básica debe incluir todos los datos del contrato de trabajo a excepción de datos personales de los trabajadores, como son: el número del documento nacional de identidad o del número de identidad de extranjero, el domicilio o el estado civil⁷.

En relación a este criterio obra apuntar que se refiere a los datos personales de los trabajadores, pero, en ningún caso los datos derivados de la relación contractual son datos personales. Por mucho que la ley de protección de datos utilice un concepto amplio de los datos personales cuando se traslada a las relaciones laborales no se puede considerar como tales datos aquellos que surgen en virtud de un contrato de trabajo. En fin, estos no pueden ser datos personales protegidos como datos íntimos, pues si fuera así, se impediría que la representación legal de los trabajadores pueda comprobar la adecuación del contenido de los contratos a la legalidad vigente. Aun cuando en virtud de la copia básica los representantes de los trabajadores pueden llegar a conocer determinados datos de

⁶ Al respecto, es de total referencia y de gran interés la STSJ de Asturias de 15 de mayo de 2018 (Recurso de suplicación 833/2018), conociendo de un conflicto sobre una empresa con trabajadores incluidos en la regulación de un Convenio Colectivo de empresa y de otros trabajadores que quedan excluidos del mismo por la firma de un contrato denominado individual. Los contratos individuales tienen unos anexos con información sobre las condiciones laborales de los trabajadores y que no son facilitados a los representantes de los trabajadores. La representación de los trabajadores demanda a la empresa y solicita que se declare su derecho, bajo el estricto sigilo profesional, a obtener de la empresa, la lista completa de todos los trabajadores sujetos al contrato individual, y la entrega de todos los anexos y de cualquier información relativa a los mismos.

⁷ El artículo 8.4 del Estatuto de los trabajadores deja una cláusula abierta para que se tenga en cuenta cualquier otro dato que, de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, pudiera afectar a la intimidad personal. Es decir, todos los datos relativos a la vida íntima o privada de los trabajadores. No obstante, este límite tendría que quedar actualizado conforme a la Ley Orgánica de Protección de Datos y garantía de los derechos digitales.

los trabajadores, no son propiamente datos personales, aunque afecten a lo que se ha dado en llamar intimidad retributiva⁸.

Pues bien, la STC 142/1993 expone que no queda claro qué sucede si el trabajador se opone expresamente a que la copia básica se entregue a los representantes de los trabajadores invocando su derecho a la intimidad. Esta laguna legal se basa en el deseo de evitar presiones que puedan hacer peligrar el fraude y el abuso en la relación laboral y asegurar la adecuación del contenido del contrato a la legalidad vigente. Así, el principio de autonomía de la voluntad es sacrificado en aras del fin perseguido por la ley. De esta manera, cabe preguntarse si la finalidad de la norma puede quedar limitada por el hecho que el trabajador entienda que estos datos son íntimos o no cabría invocarlo. Ciertamente, no podrían negarse porque lo ha dicho la jurisprudencia con carácter general, como en la STC señalada. Se trata de este modo de evitar el fraude en la contratación, dando información del contrato a los representantes legales de los trabajadores para que comprueben si es legal o no los términos del contrato.

En refuerzo de esta posición, el propio artículo 8.4 prevé que la información facilitada quede sometida a los principios y garantías previstos en la normativa aplicable en materia de protección de datos. Igualmente, señala que los sujetos colectivos que tengan acceso a la copia básica de los contratos observarán sigilo profesional, sin que puedan utilizar esa documentación para fines distintos de los que motivaron su entrega y conocimiento.

Así, el derecho a obtener la copia básica como conjunto de competencias debe quedar ajustada al deber de sigilo. El artículo 65 del Estatuto de los Trabajadores contempla el deber de sigilo que afecta a estos representantes con respecto a la información que les haya sido expresamente comunicada con carácter reservado. De modo que, aunque a esta información se le aplique el deber de sigilo, a su vez es un mecanismo o un instrumento de protección de los propios datos que han llegado a conocer los representantes de los trabajadores a través de la copia básica.

Pues bien, con mención ahora a los datos personales y en referencia al ámbito limitado o excepcionado por la protección de datos personales, se analiza el contenido necesario que a tal respecto se deriva de la actual Ley Orgánica de Protección de datos, en transposición del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/

⁸ El TS considera que el salario no es un dato de carácter personal e íntimo susceptible de reserva para salvaguardar el respeto a la intimidad. Así lo ha señalado STS de 19 de febrero de 2009 (Recurso de Casación 6/2008).

CE (Reglamento general de protección de datos). Este marco normativo puede, además, servir de referencia integradora para determinadas cuestiones interpretativas de la propia Ley.

En efecto, estas normas nos sirven de base para definir datos personales (objeto de protección) como “toda información sobre una persona física identificada o identificable (...); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona”], siquiera -es lo esencial- el tratamiento y comunicación a tercero (representante de los trabajadores) realizada por el empleador se produce por una obligación legal⁹. De esta manera, se indica la información que puede integrarse dentro de los datos personales que son objetos de su protección.

Hasta aquí hemos partido, como no podía ser de otra manera, del derecho contemplado en el artículo 8.4 del Estatuto de los Trabajadores, de su finalidad y de su alcance, pero en conexión aplicativa e interpretativa con otros preceptos que refieren a derechos de información de los representantes de los trabajadores (artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores) incluido sus posibles condiciones (por sigilo), y con las conexiones obligadas a la debida protección de datos personales de conformidad a la normativa actualmente vigente y referida *supra*.

2. MARCO APLICATIVO PARA SITUAR EL CONFLICTO

2.1. La ordenación del derecho de información al caso planteado: el principio de funcionalidad

En efecto, como se indicó al principio, la cuestión central se situaba en que la empresa no había incluido en la copia básica que se entregó a la representación del personal ningún dato que reflejara fehacientemente el salario que percibía el trabajador, especificándose tan solo la remisión a lo establecido en el convenio, tal y como por lo demás aparecía en el contrato original.

Desde luego, el problema principal se centra en que ni en el contrato de trabajo (original), ni en la copia básica se indica el salario real que percibe el trabajador. No hay un problema en sí mismo de disconformidad entre uno y otro documento. El problema es tanto en la copia, como en el original, al remitirse al

⁹ STSJ de Galicia, de 27 de septiembre de 2019. Fundamento de Derecho Tercero.

convenio colectivo en la mención del salario. En suma, esto es una crítica general a la falta de especificación, ya sea en el contrato de trabajo original o en la copia básica, de la cuantía salarial específica, utilizando pretendidamente el recurso inespecífico a lo dispuesto en el convenio colectivo.

Ante el debate de si tal proceder es conforme o no al dictado del artículo 8 ET, la SAN declara que en la medida en que los datos salariales no figuran en los contratos originales, no es posible incluir tales datos formando parte de la copia básica, pues se limita a reproducir el contenido de los contratos originales utilizando modalidades como según convenio, o según pacto. La sentencia se basa en dos postulados para defender esta postura. En primer lugar, que la parte actora no ha acreditado que el salario reflejado en esos casos no sea el real, sin que el convenio colectivo amplíe en esta materia los derechos establecidos en el artículo 8.4 del Estatuto de los Trabajadores. Y, en segundo lugar, que el mandato legal en ningún caso amplía la obligación de suministrar datos que no figuren en el contrato original¹⁰.

Con este dudoso planteamiento, la sentencia se acoge a un claro criterio de expresividad normativa de reconocer solo y exclusivamente lo que recoge de forma expresa por la norma e interpretada de forma literal, provocando un efecto restrictivo que perjudica el cumplimiento del fin de la información sobre el contrato. Téngase en cuenta que los representantes pueden necesitar una información que no está prevista en la ley, y no ya por razones caprichosas o por antojo, sino para ejercer adecuada y eficazmente su función representativa. Y en materia de contrato, esta función se destina esencialmente a constatar en su caso y a corregir las desviaciones de los empresarios en la fijación de las cláusulas de los contratos, para comprobar las condiciones reales de los trabajadores a través de sus contratos, no de sus convenios.

Desde esta postura, demandamos una interpretación del artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores que favorezca la finalidad y la función de los derechos de

¹⁰ Con base en la emblemática STS de 24 de marzo de 1998 (Número de recurso 2714/1997), en la que razona que “el empresario ha de entregar una copia, por tanto, no está obligado a suministrar datos distintos de los que figuran en el documento original. Es más, si así lo hiciera no cumpliría el precepto”. En este controvertido pronunciamiento se llega a las siguientes conclusiones: 1.- El empresario ha de entregar una copia. Por tanto, no está obligado a suministrar datos distintos de los que figuran en el documento original. Es más, si así lo hiciera no cumpliría el precepto. No sería cumplir el mandato el que en el contrato original se exprese que el salario será según convenio y, posteriormente, en la copia fijar la cantidad numérica que corresponde. 2.- El mandato legal excluye del deber de comunicar la copia básica, respecto a determinados contratos (los de alta dirección) y determinados datos (los estrictamente personales), pero en ningún punto amplía la obligación de suministrar al Comité datos que no figuran en el contrato original. En el mismo sentido, TSJ Madrid de 19 diciembre 2005. Desde luego, esta línea es criticable al no entender el sentido finalista de la información.

información, que permita el ejercicio de este derecho, que permita que los representantes puedan controlar el clausulado de los contratos de trabajo. Para ello, se deben impedir actuaciones empresariales que remitan al convenio. En efecto, la función de los representantes de los trabajadores, en relación al derecho de información contemplado en el artículo 8 del Estatuto de los Trabajadores, no es controlar el convenio colectivo, sino controlar el contrato de trabajo. Pues podría darse el caso que el convenio de aplicación sea de sector, y los representantes de los trabajadores tengan un ámbito menor. En este sentido, no sería eficaz una remisión al convenio que impida el ejercicio de la función de control.

Del razonamiento expuesto deviene este apunte crítico a la falta de información real para los representantes de los trabajadores, y, por tanto, la pérdida de funcionalidad del propio derecho de información cuando no hay nada sobre lo que vigilar o controlar su adecuación o corrección legal.

Ahora bien, la copia básica no puede entenderse en el sentido de favorecer el fácil incumplimiento de la obligación por parte de la empresa. Es decir, a nuestro entender, no se cumple el mandato de la norma estatutaria si la empresa se limita a entregar una copia del contrato con los datos mínimos, no esenciales, sino solo unos aspectos del contrato de tipo general. En este punto, es importante subrayar qué se entiende por copia básica sin que tenga cabida que la empresa califique como tal unos datos mínimos que supongan una lectura sesgada de la norma estatutaria que propicie su incumplimiento, sino una copia íntegra del contrato en que se traslade lo fundamental del mismo¹¹.

Desde luego, no se puede permitir que las empresas continúen con la práctica habitual de completar la mención al salario contenida en los contratos con la genérica expresión “según convenio”, sin especificar el específico convenio aplicable, ni dónde se encuentra disponible el texto del mismo, ni si éste es accesible

¹¹ La ya citada STSJ de Asturias de 15 de mayo. En este pleito, la empresa entregaba a los representantes legales de los trabajadores una copia básica del contrato, eliminando cuestiones como salario, condiciones particulares que integran la prestación recíproca. Estos datos los recogía en anexos, ampliaciones, suplementos que ya no entregaban a los representantes de los trabajadores, es decir, que ya no integraba parte del contrato cuya copia básica está obligada a facilitar. Ante ello, la Sala concluye que se trata de una interpretación o lectura sesgada de la ley para propiciar su incumplimiento. Con esta interpretación de lo que se entiende por copia básica las ya citadas STSJ de Galicia de 8 de mayo de 2019 y STSJ de Galicia de 27 de septiembre de 2019 que vienen a señalar el alcance material de la copia básica que debe entregarse con todos los datos. Una doctrina recogida ya en el STS de 11 de diciembre de 2003 (Número de Recurso: 62/2003), y en la emblemática ya citada STS de 24 de marzo de 1998.

para las personas trabajadoras. De esta manera, se ha reiterado en la obligación de este extremo¹².

La cuestión que suscita este planteamiento es si con ello se quiebra el principio de funcionalidad del derecho de información y del espíritu de la copia básica. En respuesta a esta cuestión, la doctrina confirma que la jurisprudencia se somete al criterio de la expresividad normativa, tan extendido entre los tribunales, para interpretar el sentido y el alcance de los derechos de información, olvidando el criterio de la funcionalidad de la información que permite reconocerlos más allá de lo que indica la norma cuando se justifique su necesidad para cumplir sus fines. En efecto, las respuestas están en valorar el fin de la norma al prever el derecho del artículo 8.5 del Estatuto de los Trabajadores, cuál era la pretensión del legislador. Desde luego, no podría ser otra que los representantes de los trabajadores controlaran la corrección contractual realizada por el empresario. Siendo así, si se persigue este fin, entendemos que, si la empresa no entrega a los representantes legales de los trabajadores los datos necesarios para cumplir esa labor de control, se está atacando la propia función finalista de la norma¹³.

Desde este principio, se puede esgrimir que la obligación de suministrar datos se debe extender a todos aquellos que sean precisos para verificar la legalidad de los contratos, para comprobar el acomodamiento del contrato a la legalidad.

En este punto, recuérdese que el empresario está obligado, en virtud de la Directiva 2002/14/CE en el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, a informar (y consultar) a los representantes de los trabajadores sobre cualquier cuestión que ataña a sus representados¹⁴. Así las cosas, los representantes de los trabajadores deben conocer cualquier cuestión que afecte a los trabajadores,

¹²En este sentido, léase el comentario a la sentencia la STS de 21 enero 2011 (rec. 77/2010) publicado en prensa electrónica por Burriel Rodríguez-Diosdado, P. al que se puede acceder en: <https://www.catalunyapress.es/textodiario/mostrat/1677075/estatuto-trabajadores-siglo-xxi> (Último acceso: 24 de febrero de 2020).

¹³Entre su labor investigadora, se puede mencionar Garrido Pérez, E. “La impronta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el tratamiento de los derechos de información y consulta, en especial en despidos colectivos”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Nº 130, 2015 págs. 351-394. Sobre el alcance del derecho de información Del Junco Cachero, M. “El alcance de la información a los representantes de los trabajadores”, *Temas Laborales*, nº 109, 2011; y ante otras situaciones Ribes Moreno. “Derechos de información de los representantes de los trabajadores”, *Temas Laborales*, nº 134, 2016, pp. 247-257; Soriano Cortés, D. “El derecho de información de los representantes de los trabajadores en los supuestos de subcontratación”, *Temas Laborales*, nº 56, 2000, pp. 121-134.

¹⁴Realmente, esta Directiva no modificó otros contenidos del artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, sino que incorporó un concepto de información (y consulta) que aparece ahora en este precepto.

incluyendo los salarios. Y también en conexión con la función de vigilancia y control del artículo 64.7 a) 1º del Estatuto de los Trabajadores, y con la eficacia y el respaldo que esboza el artículo 8.5 del Estatuto de los Trabajadores en cuanto al control de cumplimiento de la norma.

Se podría concretar el principio de funcionalidad de la información en que “si no se conocen las condiciones, no se pueden defender, y si no se pueden defender, estamos impidiendo de facto a estos representantes ejercer sus funciones”¹⁵. Es decir, los representantes de los trabajadores tienen derecho a obtener información alegando que su carencia o denegación obstaculizaría su labor de control del cumplimiento de los derechos laborales. El problema es que por lo general los tribunales desconocen este criterio de la funcionalidad, y le es más fácil acudir, a modo de mantra, al de expresividad normativa, acogiéndose a lo que disponga la norma de forma expresa, sin entrar en más análisis, siendo este su manual de operaciones y resolución.

A ello se suma que la información de la copia básica es más relevante si cabe respecto de contratos temporales, más susceptibles a posibles desviaciones o abusos de poder por parte de los empresarios a la hora de fijar las condiciones de trabajo, y cuyo control o contención por lo demás era uno de los fines últimos de la norma al contemplar el derecho de información de la copia básica.

Desde esta perspectiva, resulta proporcionado y adecuado incluir en la copia básica el importe del salario realmente pactado entre empresa y trabajador.

En efecto, la finalidad de comprobar la adecuación del contenido del contrato a la legalidad vigente no solo es contrario a la Constitución en cuanto enderezada a comprobar el cumplimiento de las normas dictadas por los poderes legítimos, sino que puede también ser fundamentada positivamente en la norma suprema. La finalidad de evitar fraudes y abusos en la contratación laboral asegurando su legalidad no es solo un fin constitucionalmente lícito sino incluso una tarea constitucionalmente obligada¹⁶.

La SAN ofrece argumentos críticos ante su propia posición de apoyar la demanda de los representantes, y decantarse por un criterio “literalista y formalista”. Y es que, de forma totalmente insospechada e incoherente, la Sala se aparta de la tesis realista sin valorar el ámbito de la actividad sindical, ni los derechos, ni las funciones, ni las competencias, desvirtuando claramente con ello el principio de funcionalidad del derecho de información. Desde luego, la tesis mantenida por la Audiencia Nacional no favorece la labor de control de la representación legal

¹⁵ La ya citada STSJ de Asturias de 15 de mayo de 2018. Fundamento Jurídico 5.

¹⁶ STC 76/1990 de 26 de abril. Aunque el mandato va hacia los poderes públicos, no hacia los privados.

de los trabajadores, al debilitar sobremanera el derecho de acceso a una información real sobre los términos contractuales realmente pactados, lo que haría necesario abrir un espacio de reflexión para futuras reformas laborales que eviten la desnaturalización del principio de funcionalidad del derecho de información¹⁷.

2.2. A vueltas con los datos salariales de la copia básica del contrato de trabajo

En el caso que se analiza en la Sentencia se vuelve a discutir nuevamente sobre el contenido que debe aparecer en las copias básicas de los contratos de trabajo, centrándose en esta ocasión solo en la cuestión salarial.

En esta sede de análisis, el interés de la sentencia descansa en examinar si la práctica empresarial por la que no se incluye en el contrato de trabajo el salario real pactado con los trabajadores es lícita o no. Desde luego, es sabido que viene siendo una práctica común entre las empresas utilizar expresiones como las señaladas en la Sentencia, tipo “según convenio” o “según pacto”. El hecho de considerar que la copia básica sea una reproducción del contrato de trabajo tiene como consecuencia que en aquella no aparezca el salario real que ha sido pactado entre empresa y trabajador. A su vez, dificulta seriamente la labor de control encomendada a representantes legales de los trabajadores.

A pesar de ello, la Audiencia Nacional y en relación a los datos salariales de la copia básica, se apoya en una serie de argumentos para avalar su decisión¹⁸. Entre ellos, que la información facilitada por la empresa cumple con las exigencias del artículo 8.4 del Estatuto de los trabajadores, sin que el convenio colectivo aplicable amplíe en esta materia los derechos establecidos en dicho precepto. Así,

¹⁷ Esta sentencia ha sido objeto de comentarios por parte de la doctrina en blogs y páginas web, como en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/11/permite-la-copia-basica-del-contrato.html> (Último acceso: 20 de febrero de 2020). En este comentario se expresa que “Parecería pues que la AN, con aplicación del realismo jurídico, pudiera decantarse por la tesis de la parte demandante, pero no será así como veremos a continuación, acudiendo la Sala a una interpretación literalista y meramente formalista del precepto legal en disputa que deja abierto un claro interrogante, a mi parecer, de si la representación del personal, ya sea unitaria o sindical conocerá realmente el salario percibido por un trabajador cuando en su contrato se indica que es “según convenio””. Con respecto a la solución dada, el profesor Rojo señala que “Desde luego, no parece técnicamente muy difícil, aunque está por ver si habrá voluntad política, y posterior negociación parlamentaria, para que una propuesta en dicha línea acabara convirtiéndose en realidad”.

¹⁸ Con estas argumentaciones justifica su decisión la Audiencia Nacional en el caso planteado (Fundamento Jurídico 2 *in fine*).

se suma al criterio de expresividad normativa, al ajuste exacto a lo que dice o no la norma.

En la misma línea, la Audiencia plantea que, en cualquier caso, si la parte actora solicita que se declare el derecho a que la copia básica de los contratos figure determinados datos, y en la medida que esos datos no figuran en los contratos originales, no es posible incluirlos, sin que tampoco el mandato legal amplíe la obligación empresarial de suministrar a los representantes legales de los trabajadores datos que no figuran en el contrato original. Esto es, en ningún momento, ni el mandato legal ni el convenio aplicable amplían la obligación de suministrar a la representación legal de los trabajadores datos que no figuran en el contrato original, aunque sea el salario.

Además, la Audiencia Nacional señala que el sindicato demandante no ha expuesto algún tipo de concreta justificación que hiciera necesario el conocimiento de los datos solicitados en relación al ejercicio de las funciones que constitucionalmente tiene reconocidas. Esto es, se basa en que la parte actora conforme a la regla *onus probandi* tendría que haber acreditado o probado que el salario no era real, esto es, que la parte actora no ha acreditado que el salario reflejado en las copias básicas no fuera el real¹⁹. Cuando en realidad lo que debería pedirse, conforme al criterio de funcionalidad, es que los representantes de los trabajadores alegaran y probaran que el dato informativo solicitado es esencial para el cumplimiento de sus funciones de representación y defensa de los intereses de los trabajadores, en general, y de la corrección legal de los datos contractuales, en particular.

En las consideraciones jurídicas o argumentales de la STC 142/1993 se detallan una serie de apreciaciones que merece la pena traer a coalición:

Es natural que si el trabajador pacta unas condiciones económicas que superan el mínimo legal o convencional pueda situarle en una posición incómoda frente al resto de sus compañeros y que ello incida negativamente en el ambiente laboral de la empresa. En este escenario, el trabajador puede desconfiar de la discreción de los representantes de los trabajadores pues ello puede ocasionar tensiones entre los intereses de unos y de otros. Ahora bien, tampoco se puede afirmar que el trabajador tenga mayor confianza en la discreción del empresario que en la de sus propios compañeros que lo representan. Todo lo contrario, se

¹⁹ El Tribunal se basa en el enunciado del artículo 217 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7 de 08 de enero de 2000) “Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención”.

mantiene que por lo general cabe presumir una mayor concordancia de intereses entre el trabajador y sus representantes²⁰.

La STC 142/1993 prima los derechos de los trabajadores, el interés colectivo, y se entiende que no hay datos personales. El íter interpretativo de los tribunales aboga por considerar que los datos salariales no son un dato personal protegido y que puede ser entregado a los representantes de los trabajadores en el seno del derecho a la información. Después de la STC 143/1993 se han dado otros pronunciamientos que vienen a reiterar la doctrina constitucional expuesta con respecto a la problemática de la intimidad de la información retributiva, considerando que la retribución o salario sino es un dato de carácter personal ni íntimo susceptible de reserva para salvaguardar el respeto a la intimidad, sino que se trata de un elemento esencial del contrato de trabajo, de naturaleza contractual, laboral y profesional, no siendo necesario recabar el consentimiento previo del trabajador individual para que los representantes de los trabajadores puedan acceder a dicho dato. Por tanto, el detalle de las retribuciones no supone una intromisión a la intimidad del trabajador²¹.

En este escenario, el Tribunal se refiere al carácter compensador de la desigualdad que tiene el ordenamiento laboral en su conjunto. Ello permite justificar suficientemente que la entrega de la copia básica no quede a voluntad del trabajador, pues el momento de la contratación es aquel en el que la desigualdad real entre empresario y trabajador cobra mayor intensidad. En efecto, si se prima la voluntad del trabajador, puede dibujarse una escena en la que se supedita la contratación a la suscripción de una renuncia expresa a la entrega de la copia básica con total menoscabo del propósito legal.

En esta línea, la STC 142/1993 recuerda otros pronunciamientos judiciales en el que el principio de autonomía de la voluntad aparece fuertemente limitado en el Derecho del Trabajo, por virtud, entre otros factores, precisamente del principio de igualdad y que es por ello constitucionalmente justificable el virtual sacrificio de la esfera de lo individual en función de los intereses colectivos tutelados por la representación de los trabajadores. Ello “no es no solo incompatible con ámbitos de libertad personal, sino que los asegura actuando como garantía básica de situaciones jurídicas individualizadas y contribuyendo decisivamente

²⁰ STC 142/1993 de 22 de abril.

²¹ SSTs de 3 de mayo de 2001 (número de recurso 168/2010); de 19 de febrero de 2009 (ya citada); de 7 de noviembre de 2007 (número de recurso). SAN de 3 de junio de 1998. (Proceso en primera instancia: 88/2015). STSJ de Cataluña, de 14 de noviembre (número de recurso 3254/2013).

tanto a la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores como al bienestar general²².

Igualmente, se ha reiterado que en el Derecho del Trabajo la autonomía privada queda sometida a límites estrictos, y de relevancia constitucional, como es la prohibición de discriminación. En este mismo debate, no se requiere la conformidad expresa del trabajador respecto a la entrega de la copia básica, pues ello iría sería contradictorio con la función de tutela colectiva. Es decir, si se exigiera tal conformidad individual, se haría depender la función de tutela colectiva a un asentimiento individual. Sobre esta base, se han dado pronunciamientos que justifican un acceso a cláusulas contractuales, especialmente las de carácter retributivo²³.

En cualquier caso, si el trabajador manifiesta su oposición a que en la copia básica figuren datos que él estima de carácter reservado o íntimo, será el órgano judicial el encargado de resolver el conflicto. De esta forma, la intervención judicial garantizaría razonablemente que la oposición del trabajador a que figuren sus datos en la copia básica no es producto de las presiones del empresario contratante²⁴. Aquí se apunta a una función de tutela legal frente a la autonomía individual, a una libertad de decisión del trabajador respecto del conocimiento de sus datos personales, aun considerando que el salario no es un dato personal íntimo en atención a la doctrina apuntada.

2.3. El salario ¿es un dato personal o es el poder empresarial a no divulgar determinados datos?

El pronunciamiento del TC 142/1993 examina si es posible o no extender la intimidad a la esfera económica de las personas y señala que no es cierto que acoja un concepto restrictivo del derecho a la intimidad (cuando excluye del mismo los datos económicos de la persona). Así, señala que los datos sobre la retribución y las condiciones económicas del trabajador entran en la esfera del concepto de intimidad y deben ser protegidos frente a injerencias ilegítimas. No obstante, señala que la cuestión se desplaza a conocer si existen otros derechos

²² Con estos argumentos, STC 142/1993 de 22 de abril. Un estudio sobre esta sentencia y el objeto de estudio por Pérez Amorós, F. *Derecho de información de los representantes de los trabajadores en materia salarial y derecho a la intimidad* (STCO, 22 abril 1993). Homenaje al profesor Juan García Abellán, 1994, pp. 279-294.

²³ Vid. STC 136/1988 de 4 de julio. Fundamento Jurídico 5 y STC 126/1987 de 16 de julio, Fundamento Jurídico 3; STC 142/1993. Antecedente de Hecho 8 b).

²⁴ STC 142/1993 de 22 de abril. Antecedente de Hecho 3 e).

o intereses constitucionalmente protegidos que legitimen la intromisión en esa esfera de la intimidad.

El derecho de información encuentra su fundamento en el derecho de participación de los trabajadores (artículo 129), en el derecho a la actividad sindical en la empresa (artículo 28), e incluso en el propio interés público por cumplir las normas laborales (artículo 9).

De la manera relatada, no se quiebra el derecho a la intimidad pues para controlar la legalidad de las condiciones laborales es suficiente con eliminar los datos que puedan revelar la identidad del trabajador y ejercer la verificación a través de aquellos sujetos que están sometidos a “severas responsabilidades si infringen el deber de sigilo a que la ley les obliga”²⁵. Así las cosas, es suficiente con cumplir estas mínimas garantías formales y materiales en orden a no sacrificar la intimidad de los trabajadores afectados.

La doctrina expuesta en la STC 142/1993 no excluye que en la intimidad protegida en el artículo 18.1 de la Constitución Española puedan incluirse también los datos de carácter económico. La protección constitucional de la reserva de estos datos como íntimos “está en función de la protección de la privacidad, que es también protección de la libertad y de las posibilidades de autorrealización del individuo”.

En este punto, el elemento que determina la licitud o ilicitud de los datos económicos es analizar si de la lectura de estos datos se puede acceder de forma detallada a la información sobre la vida íntima y familiar de los sujetos afectados. La finalidad de ello es respetar un ámbito de su vida personal y familiar que debe ser excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo que medie autorización del interesado²⁶.

Además, el Tribunal Constitucional plantea que el problema es determinar en qué medida entran dentro del derecho a la intimidad del art.18 CE los datos

²⁵ Esta teoría se enunció ya en la STC 110/1984, de 26 de noviembre que anota un deber de sigilo estricto y completo especialmente protegido. Este pronunciamiento realiza una especial mención al “deber de sigilo que pesa sobre quienes tengan conocimiento por razón de su cargo de los datos (...), asegurando al máximo, en los límites de lo jurídicamente posible, la efectividad del secreto”.

²⁶ Es sabido que el Derecho a la intimidad se relaciona con libertades tradicionales como la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, y como la inviolabilidad de la persona del trabajador (registro de taquillas). No obstante, el avance de la tecnología y el desarrollo de los medios de comunicación extiende el alcance de este derecho a la intimidad de estas libertades tradicionales a cualquier medio de conocimiento de aspectos de la vida privada de la personal. En efecto, ya en los años ochenta del siglo pasado se daban pronunciamientos judiciales en el que se reconocía un derecho global a la intimidad o a la vida privada que tenga en cuenta los avances en la tecnología y los medios de comunicación. Si ya por aquel tiempo se apuntaba la dificultad de acotar con nitidez

sobre la situación económica de una persona y sus vicisitudes. Así, termina argumentando que el acceso a la información sobre la retribución no permite en modo alguno reconstruir la esfera de la intimidad del trabajador, pues el dato de la cuantía retributiva por sí solo podría indicar la potencialidad del gasto del trabajador, pero no permite deducir nada con respecto a las actividades que desarrolla en su tiempo de ocio. Es más, los representantes de los trabajadores pueden acceder a las retribuciones a través de los correspondientes documentos de cotización²⁷.

En la misma línea, el Tribunal Constitucional sostiene que la retribución “no es un dato de carácter personal ni íntimo susceptible de reserva para salvaguardar el respeto a la intimidad”, sino que es “un elemento esencial del contrato de trabajo, de naturaleza contractual, laboral y profesional, no siendo necesario recabar el consentimiento previo del trabajador individual para que los representantes sindicales puedan acceder, en su caso, a dicho dato”²⁸.

Con ello, no tendría sentido invocar o hacer referencia a una interpretación restrictiva del derecho a la información y consulta en base al artículo 6 de la Ley Orgánica de Protección de Datos, que trata el consentimiento del sujeto afectado cuando el tratamiento de datos sea para una pluralidad de finalidades²⁹. Además, recuérdese que los representantes de los trabajadores tienen reconocido el derecho a ser informados (y consultados) por el empresario sobre cualquier cuestión que atañe a sus representados. De modo que no es ajustado que las condiciones de trabajo permanezcan ocultas por una supuesto protección de datos inexistente. En este punto, recuérdese de nuevo el principio de funcionalidad del derecho a la información, que se podría resumir en que “si no se conocen las condiciones, no se pueden defender, y si no se pueden defender, estamos impidiendo de facto a estos

el contenido de la intimidad, en la actualidad lo es aún mas. Es decir, es potencialmente posible en la sociedad actual reconstruir no ya solo la situación patrimonial de las personas, sino el desarrollo de su vida íntima y personal.

²⁷ Los representantes de los trabajadores pueden conocer y comprobar los documentos de cotización, por lo que pueden tener conocimiento de los salarios de los trabajadores pues el salario es uno de los elementos principales para determinar la cuantía de las prestaciones a la Seguridad Social. En este sentido, se pronuncia la STC 142/1993, de 22 de abril.

²⁸ La Audiencia Nacional se apoya en este criterio jurisprudencial recogido en la que se recuerda que las retribuciones “no pueden en principio desgajarse de la esfera de las relaciones sociales y profesionales que el trabajador desarrolla fuera de su ámbito personal e íntimo, para introducirse en este último”. Con la misma opinión de la AN comentada la STS de 19 de febrero de 2019.

²⁹ El artículo 6. 2 señala que “Cuando se pretenda fundar el tratamiento de los datos en el consentimiento del afectado para una pluralidad de finalidades será preciso que conste de manera específica e inequívoca que dicho consentimiento se otorga para todas ellas”.

representantes ejercer sus funciones”³⁰. Así, el salario no es un derecho protegible al estar limitado por otros derechos tal y como se expone a continuación.

En la misma línea expresada, se ha comentado que el derecho a intimidad personal no se vulnera por que se imponga a la persona limitaciones de su libertad si es consecuencia de los deberes y de las relaciones jurídicas reguladas por el ordenamiento. Así, la eventual limitación de este derecho es constitucionalmente legítima si se encuentra suficientemente justificada en la tutela de otros intereses de derechos fundamentales y no exija sacrificios de aquél que sean desproporcionados a la finalidad perseguida³¹.

En otro orden de cosas, el hecho de que los representantes de los trabajadores conozcan el dato salarial de los trabajadores no significa que dejen de hacer un uso correcto de esta información, pues, aunque tengan conocimiento de estos datos, pesan sobre ellos determinadas garantías sobre el destino adecuado que hagan de aquellos, y ello a pesar que, como se ha expresado, el salario no sea un dato íntimo. Así, los datos que obtienen los representantes de los trabajadores quedan afectados por el deber de sigilo que garantiza el correcto destino de la información que reciben. La STC 142/1993 señala que si bien el artículo 65.2 del Estatuto de los Trabajadores no incluye de forma explícita el deber de secreto respecto a los datos de la copia básica, no es menos cierto que se puede extender por analogía el deber de sigilo a esta hipótesis. Además, el propio precepto reconoce que la empresa pueda marcar expresamente el carácter reservado de la información comunicada.

Si el salario no es un dato reservado, aunque no esté propiamente sometido al deber de sigilo, entendemos quedar en cierta manera bajo la protección de sigilo: Aun siendo el salario un dato que debe ser conocido por los representantes de los trabajadores, no obstante se tiene que garantizar a los trabajadores que sus datos salariales se van a guardar, se van a mantener reservados dentro de ciertas cautelas, de forma que solo se podrán tratar y/o utilizar con un fin legítimo por parte de los representantes de los trabajadores, es decir, para la vigilancia y el control de la legalidad vigente en materia laboral (artículo 64.7 del Estatuto de los Trabajadores). Por ejemplo, los representantes de los trabajadores pueden comprobar si los salarios de los contratos respetan los mínimos legales, y en caso contrario pueden articular y ejercer las acciones oportunas, como plantear una demanda judicial o acudir a la inspección de trabajo, de modo que, en estos casos, los datos salariales saldrían a luz, pero por un fin legítimo. Del modo dibujado, se

³⁰ STSJ de Asturias de 15 de mayo. Fundamento Jurídico 5.

³¹ STC 73/1982 de 2 de diciembre.

estaría perfilando una interpretación muy amplia del deber de sigilo y de secreto ubicado en el artículo 65 del Estatuto de los Trabajadores.

Por supuesto, el deber de sigilo (y de secreto) limita de algún modo el derecho y deber de información de los representantes legales de los trabajadores, tanto de la representación unitaria, como de la sindical. En efecto, el derecho de información no resulta ilimitado, sino que queda condicionado por la imposición legal del deber de sigilo. A través del mismo se impone a los representantes legales de los trabajadores la obligación de no difundir determinada información proporcionada por la empresa.

No obstante, es criterio del Tribunal Constitucional señalar que este deber de sigilo no es irrestricto, pues se debe acotar en los términos del artículo 65.2 del Estatuto de los Trabajadores para permitir el correcto desenvolvimiento de la labor de representación, garantizando así una base de confianza entre el empresario como informante y el representante de los trabajadores como informado³².

En esta misma línea, el artículo 65.2 *in fine* del Estatuto de los Trabajadores prohíbe tajantemente que los documentos que la empresa entrega a los representantes legales de los trabajadores pueda ser utilizado fuera del ámbito de la empresa, ni para fines distintos de los que motivaron su entrega.

A ello se ha añadido que de vulnerarse este mandato se podría reaccionar por los cauces del ordenamiento general, como las civiles, o más concretamente las sanciones laborales que les pueda corresponder. Éstas serían las mismas que el trabajador tiene a su disposición ante una divulgación injusta de la información protegida por el derecho a la intimidad cuando la divulgue el empleador³³. De forma que el respaldo sancionador que se impone a los representantes legales de los trabajadores es congruente con la naturaleza del deber de sigilo que les afecta.

Pues bien, en primer lugar, es plausible el acceso a datos protegidos por parte de terceros que tengan el carácter de autoridad pública, pero también por terceros particulares. Así, es lícito que estos terceros particulares puedan acceder a esos datos con base a un negocio jurídico o en el consentimiento de su titular sea con base en la ley.

En este punto, se han dado pronunciamientos judiciales en los que se ha cuestionado si la labor de los representantes legales de los trabajadores infiere o viene a sustituir a la labor de la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social en cuanto a la función de vigilancia y control de la norma laboral. Es decir, si debe ser solo la Inspección de Trabajo el organismo para controlar la copia básica

³² STC 213/2002 de 11 de noviembre. Fundamento Jurídico 4 *in fine*.

³³ STC 142 /1993 de 22 de abril. Fundamento Jurídico 10 *in fine*.

de los contratos dada las atribuciones que tiene encomendadas, y considerando que su labor garantizaría mejor la integridad de los derechos al ser funcionarios públicos y al garantizar que los datos íntimos no se divulgarían.

Desde luego, las instancias representativas del personal en la empresa no tienen funciones públicas, no se integran en el poder público, pero expresan intereses colectivos y pueden colaborar en los fines y en las funciones públicas en cooperación con la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social³⁴. Con esta premisa, las funciones de control de la legalidad de los contratos de trabajo no suponen injerencia alguna en la labor de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sino que limitan su función a promover las actuaciones inspectoras.

Con ello, desde estas líneas, se aboga por la ampliación de los derechos de información y por el refuerzo de sus facultades de información. Con esta premisa, los representantes legales de los trabajadores están llamados a colaborar con las autoridades competentes en esta materia. Y ello “ha de redundar necesariamente en una mayor efectividad de la actuación de estas últimas, y también de la Inspección de Trabajo, y consiguientemente, en un más exacto cumplimiento de las normas laborales”³⁵.

Se ha expuesto que ello corresponde a un interés público relevante, de suficiente entidad como para autorizar intromisiones en esferas personales que en principio pudieran considerarse reservadas en aplicación del artículo 18 de la Constitución Española³⁶.

Además, los terceros privados pueden acceder datos de otras personas cuando estén en juego el cumplimiento de cargas y obligaciones de relevancia pública. A mayor abundamiento, se expone que los representantes legales de los

³⁴ El artículo 65.1 del Estatuto de los Trabajadores les reconoce el ejercicio de acciones administrativas o judiciales en todo lo relativo al ámbito de sus competencias. A nivel internacional, el Convenio sobre la Inspección del Trabajo, 1947 (núm. 81), en su artículo 5 b) señala que la autoridad competente deberá adoptar las medidas pertinentes para fomentar (a) la cooperación efectiva de los servicios de inspección con otros servicios gubernamentales y con instituciones, públicas o privadas, que ejerzan actividades similares; (b) la colaboración de los funcionarios de la inspección con los empleadores y trabajadores o sus organizaciones. Por último, la Recomendación sobre la inspección del trabajo, 1923 (núm. 20) señala que es esencial que se conceda toda clase de facilidades a los trabajadores y a sus representantes para que señalen libremente a los inspectores cualquier falta o infracción de la ley en el establecimiento en que estén empleados. Además, sostiene que, con objeto de lograr una estrecha cooperación de los empleadores, de los trabajadores y de sus organizaciones respectivas, y a fin de mejorar las condiciones concernientes a la salud y a la seguridad de los trabajadores, es de desear que la inspección consulte de vez en cuando a los representantes de las organizaciones de empleadores y de trabajadores acerca de las mejores disposiciones que puedan tomarse al efecto (Apartados 19 y 20).

³⁵ STC 142/1993 de 22 de abril. Fundamento Jurídico 10.

³⁶ STSJ de 15 de mayo. Fundamento Jurídico 8.

trabajadores no son *per se* terceros (ajenos) respecto a los trabajadores, sino que son una manifestación de la participación de los trabajadores en la empresa (artículo 129.2 de la Constitución Española). Con este contexto, los representantes legales de los trabajadores son los encargados de velar por el cumplimiento de la norma laboral en el seno de la empresa (artículo 64.1. 8 del Estatuto de los Trabajadores)³⁷.

Una vez dilucidada cómo opera por lo general el derecho de información de copia básica en relación a los datos personales, como cuestión objetiva (derecho de información), obra plantear otra cuestión relativa al elemento subjetivo, esto es, los sujetos que ejercen este derecho y a los mecanismos de protección del mismo.

2.4. Protección del efectivo ejercicio del derecho de información de la copia básica

En este sentido, se trata de esbozar si el criterio de la funcionalidad debe entenderse aún más aceptable cuando quien reclama esa información es un sujeto sindical, considerando esa asociación al derecho de libertad sindical que se trata *ipso facto*.

Hay un principio de equiparación informativa entre la representación unitaria y sindical por efecto del artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical³⁸. En el plano nacional, esta ley reconoce, a la representación sindical, por un lado, las mismas garantías que las establecidas legalmente para la representación unitaria; y, por otro lado, le reconoce el tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición de aquellos. Igualmente,

³⁷ STC 142/1993 de 22 de abril Fundamento Jurídico 10; Es interesante acudir nuevamente a la STSJ de Asturias de 15 de mayo. Fundamento Jurídico 6 cuando señala que el derecho fundamental (a la intimidad) solo pueda ser limitado por razones de interés público, pues “Es perfectamente legítima por razones de interés privado para hacer posible el respeto a los derechos de otros particulares (art. 10.1 C. E. (RCL 1978, 2836)) o para preservar bienes jurídicos privados, sin que pueda discutirse que el respeto al Derecho objetivo (art. 9.1 C.E .) sea un imperativo de interés público preponderante. Los órganos de representación laboral no se integran en el poder público, pero realizan el mandato constitucional del art. 129.2 C. E., expresan intereses colectivos y colaboran en ocasiones en fines y funciones públicas. Por ello la existencia de la Inspección de Trabajo y las funciones que le competen no impiden a los representantes legales de los trabajadores vigilar el cumplimiento de la legalidad, pues nada obsta a que éstos cooperen con aquélla (art. 65.1 E. T., arts. 5 b) y 15 c) del Convenio 81 de la O.I.T. (RCL 1961, 6, 144) y núm. 19 de la recomendación núm. 20 de la O.I.T.)”.

³⁸ Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

obliga a los delegados sindicales a guardar sigilo profesional en aquellas materias en las que legalmente proceda.

La cuestión de la información sindical tiene el interés de evidenciar cómo esa se encuentra más protegida que la misma información que pudieran recibir los órganos unitarios, precisamente por la conexión de la información como instrumento al servicio de la acción sindical, entendida ésta, además, como parte del derecho de libertad sindical.

En este punto, la SAN que se comenta recoge lo ya reconocido por el Tribunal Supremo y asevera el derecho a los delegados sindicales vinculándolo al desarrollo de su actividad sindical. De modo que el derecho a la información (y con ello la entrega de las copias básicas de sus contratos) es aplicable a los delegados sindicales. Disponen así del derecho de información contemplado en los artículos 8 y 64 del Estatuto de los Trabajadores. De hecho, se viene sosteniendo sin discusión la extensión de este derecho a estos sujetos colectivos, considerando que está reconocido en el artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. Así, se recoge un principio de equiparación informativa con los comités de empresa, de modo que lo concedido a éstos por la Ley (incluida la información de la copia básica del artículo 8.4 del Estatuto de los Trabajadores), también se concede a los delegados sindicales.

En efecto, la SAN acude a la doctrina del Tribunal Constitucional en la que se descarta que el artículo 28. 1 de la Carta magna quede revestido únicamente de una vertiente organizativa o asociativa³⁹. De tal forma que ha declarado reiteradamente en virtud de una interpretación sistemática de los artículos 7 y 28 que en el contenido de este precepto se integra también una vertiente funcional del derecho. Es decir, “el derecho de los sindicatos a ejercer aquellas actividades dirigidas a la defensa, protección y promoción de los intereses de los trabajadores, en suma, a desplegar los medios de acción necesarios para que puedan cumplir las funciones que constitucionalmente les corresponden”⁴⁰.

De manera que, para el ejercicio cabal del derecho a una libre acción sindical, se otorga a los delegados sindicales iguales derechos y garantías que la

³⁹ STC 213/2002, de 11 de noviembre. Tiene por objeto la lesión de los derechos de información sobre materias de interés laboral y sindical como un instrumento de la función representativa en la condición de delegado sindical y a través del cual se ejerce la acción sindical que integra el contenido esencial del derecho fundamental de libertad sindical. Esa transmisión de noticias de interés sindical, ese flujo de información entre el sindicato y sus afiliados, entre los delegados sindicales y los trabajadores, “es el fundamento de la participación, permite el ejercicio cabal de una acción sindical, propicia el desarrollo de la democracia y del pluralismo sindical y, en definitiva, constituye un elemento esencial del derecho fundamental a la libertad sindical” (SSTC 94/1995 de 19 de junio Fundamento Jurídico 4; y 168/1996 de 25 de noviembre Fundamento Jurídico 6).

⁴⁰ Por todas, SSTC 105/1992 de 1 de julio Fundamentos Jurídicos 2 y 5; 173/1992, de 29 de

norma estatutaria destina a la representación unitaria. Entre estos, el derecho a acceder a la misma documentación e información que la empresa ha de poner a disposición de la representación unitaria.

El propio Convenio Colectivo de la empresa en el litigio conocido y resuelto por la SAN, reproduce la equiparación entre los derechos de información de la representación sindical con la representación unitaria. En efecto, el artículo 76.2 del Convenio señala que los delegados o delegadas sindicales, en el supuesto de que no formen parte del Comité de Empresa, tendrán las mismas garantías que las establecidas legalmente para los miembros del Comité de Empresa, así como una serie de derechos y de funciones, entre las que lista, el acceso a la misma información y documentación que la empresa deba poner a disposición del Comité de Empresa, estando obligados a guardar sigilo profesional en las materias en las que legalmente proceda⁴¹.

Desde luego, es reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional en la que se expone que, para la actividad propia del ejercicio de libertad sindical, se les otorga a los delegados sindicales iguales derechos y garantías que la norma estatutaria otorga a los miembros del Comité de empresa, y a éstos como instituciones de representación electiva de los trabajadores.

La naturaleza individual del artículo 10.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical ha sido reconocida en la doctrina del Tribunal Supremo que ha razonado que de la propia literalidad del precepto se desprende que el derecho de acceso a la información tiene como sujetos a los delegados sindicales, con la condición de que éstos no formen parte del comité de empresa. Y que esta excepción es coherente sobre la base que ese derecho tiene una naturaleza autónoma, independiente y con sustantividad separada del derecho del comité. El fundamento de ello descansa en que este derecho facilita la actividad sindical, distinta de la que corresponde al Comité, aunque el contenido material de esa información sea el mismo⁴².

En el orden expuesto, se apunta a la naturaleza y a la finalidad del derecho de acceso a la información, que queda vinculado a libre y eficaz ejercicio de la libertad sindical contenida en el artículo 28.1 de la Constitución Española y en el artículo 2.1. d) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical. En definitiva, el Tribunal aprecia que no es un derecho vinculado con el del órgano unitario, pues si fuera

octubre Fundamento Jurídico 3; 164/1993 de 18 de mayo Fundamento Jurídico 3; 145/1999 de 22 de julio Fundamento Jurídico 3 y 308/2000 de 18 de diciembre Fundamento Jurídico 6).

⁴¹ Convenio Colectivo de Trabajo de la Empresa CARGILL, SLU, para el periodo 28.11.2017-31.12.2019. (Boletín Oficial de Barcelona núm. 61 de 27/03/2018).

⁴² STS 14 de marzo de 2014 (número de recurso 2014 2533); 28 de marzo de 2011, (número de recurso 145/2010).

así, un eventual incumplimiento de este derecho con respecto a la representación unitaria, eliminaría el derecho de los delegados sindicales. De la manera relatada, la expresión legal “tener acceso a la misma información y documentación que la empresa ponga a disposición del comité” indica realmente que este derecho tiene igual alcance legal, no que “su extensión física o material sea dependiente”⁴³. Hasta aquí son ideas referidas a la naturaleza y alcance del derecho previsto en el artículo 10.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Esto es, los “Delegados Sindicales tienen el derecho a acceder a la misma documentación e información que la empresa ha de poner a disposición de la representación unitaria, integrando ello un aspecto importante de su libertad sindical. De forma que un comportamiento contrario u obstaculizador a dicho derecho supondría una acción antisindical, en la medida en que se infringe un derecho fundamental de aquellos delegados, concretados en la información a la que tienen derecho, por una decisión empresarial. Por lo tanto, si falta la entrega de determinada información, a la que estaría obligado el empresario, se habría producido un comportamiento antisindical, del que habría que ordenar su inmediato cese”⁴⁴.

En la misma línea, se ha argumentado si la entrega de la información resulta trascendente, la negativa empresarial a hacerlo (o su omisión) aboca a una infracción injustificada de la acción sindical del sindicato, dado que dicha copia básica debería haberse entregado con todos los datos, y de hacerlo de manera incompleta, supone que no se está respetando el derecho fundamental de libertad sindical. Así, la actuación empresarial que excluya datos salariales esenciales de la copia básica podría suponer una vulneración de este derecho, en la medida en que esos datos fueran precisos para un adecuado ejercicio de libertad sindical⁴⁵.

Lo que se trata al fin y al cabo es de señalar que, en tanto que el derecho de información es un instrumento de acción sindical, que es parte integrante del derecho de libertad sindical, toda transgresión de aquel derecho de información lo es también de este derecho de libertad sindical. Como tal debe entenderse no solo cuando el empresario no informa al delegado sindical, sino cuando lo hace de manera incompleta, sustrayéndole elementos esenciales para el ejercicio de la acción sindical a través de la oportuna información, como sería el caso que hemos

⁴³ STS 615/2019 de 6 de febrero de 2019. (número de recurso 224/2017).

⁴⁴ En tal sentido, las ya citadas STSJ de Galicia de 8 de mayo de 2019. Fundamento Jurídico 4; STSJ de Galicia de 27 de septiembre de 2019. Fundamento Jurídico 3.

⁴⁵ STSJ de Galicia de 8 de mayo de 2019. Fundamento Jurídico 5.

estudiado, cuando no incluya en la información de la copia básica aquellos datos esenciales.

En definitiva, del mismo modo que la representación unitaria, la representación sindical tiene competencias de vigilancia y control en el cumplimiento de la norma laboral, y así no se alberga ninguna duda que las organizaciones sindicales tengan un interés directo en ello y amparado en los intereses económicos y sociales que les son propios y cuya defensa les encomienda la Carta Magna en su artículo 7⁴⁶.

3. VALORACIÓN FINAL A MODO DE CONCLUSIONES

Primera: se hace complicado entender el criterio seguido por la Audiencia Nacional en el caso planteado pues vacía de contenido el significado y la funcionalidad de la copia básica del contrato de trabajo. Esto es, la Audiencia Nacional ignora de forma incomprensible e insostenible, la finalidad normativa de atribuir el conocimiento de la copia básica de un contrato, y que no es otra que la de controlar la corrección de las condiciones de trabajo recogidas en el contrato. Pues en el trasfondo del Fallo al que llega la Audiencia Nacional se vislumbra una inquietante tesis, que es afirmar que la copia del contrato del trabajo puede ocultar el salario real pactado entre empresa y trabajador simplemente remitiendo en el contrato original al salario convencional o pactado.

Segunda: De la lectura de la sentencia se desprende que la Audiencia Nacional ha desaprovechado una ocasión magnífica para que apuntara el criterio de la funcionalidad del derecho a la información, esto es, exigir que apareciera la remuneración real y pactada en la copia básica. Si hubiera optado por esta tesis, lanzaría una baza para romper esa dinámica de las empresas de no precisar el salario en el contrato de trabajo. Con ello, hubiera fortalecido y ampliado los derechos de información de los representantes de los trabajadores y garantizado el desarrollo de los mandatos legales enunciados en la Constitución Española.

Tercera: La empresa debe entregar información relativa a la retribución real percibida por los trabajadores, sin que quepa que lo haga de forma incompleta o remitiéndose de forma genérica al dictado del convenio colectivo, pues la función de los representantes de los trabajadores no es vigilar y controlar en sí el cumplimiento del convenio, sino el cumplimiento del contrato de trabajo. Esta teoría descansa en equilibrar de alguna manera el intenso poder que tiene la empresa en el proceso de contratación. Es decir, la SAN realiza una interpretación limitada y ajustada de contrato original/copia básica sin dato alguno salarial, con un

⁴⁶ STC 142/1993 de 22 de abril. Fundamento Jurídico 10.

seguimiento del criterio de expresividad normativa que no reconoce aquel otro del de la funcionalidad de la información, que tiene como misión defender el derecho de los representantes a informarse y a controlar y vigilar, derechos que solo estarían limitados o excepcionados en tanto que deben protegerse determinados datos personales. En esta dirección, el dato retributivo no debe considerarse como un dato personal íntimo a los efectos de que la empresa ejerza una malentendida función de preservación y tutela de ese supuesto dato personal.

Cuarta: Se plantea que el criterio de la funcionalidad del derecho de información está totalmente justificado y cobra gran trascendencia cuando lo ejerce la representación sindical. De modo que es un derecho más protegido, y tendrá una mejor defensa ante la negativa empresarial de dar este tipo de información. Toda acción conectada con la actividad sindical está protegida por la libertad sindical. Así, si la empresa incumple su deber de información frente a la representación sindical se estaría incumpliendo un derecho fundamental. Y aunque no se trate de una medida coercitiva, si que está protegida por el Código Penal, en concreto en el artículo 315. Mientras que si es frente a la representación unitaria se trataría de un mero incumplimiento del Estatuto de los Trabajadores con la única consecuencia de la correspondiente infracción calificada como grave y tipificada en el artículo 15. 4 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social. De la forma relatada, la representación sindical va a defender el derecho de información a la copia básica de forma más eficaz y efectiva que la representación unitaria.

Quinta: A pesar de esta aseveración, es complicado obligar a las empresas, pues son obligaciones de hacer y son incoercibles. La norma no va más allá de declarar la infracción de la norma por parte del empresario. No hay medio o garantía de que finalmente la información se proporcione de forma completa y efectiva. Los incumplimientos del empresario en cumplir con su obligación informativa solo arrastran una multa pecuniaria por infracción de la ley o en un escenario último como delito penal si implica un grave atentado a la libertad sindical.

Sexta: La ampliación de los derechos de información es el instrumento adecuado para garantizar el respeto de las normas laborales, de forma que garantiza la consecución de la finalidad de la norma estatutaria.

Séptima: Esta ampliación precisa de una manifestación legislativa clara tendente a favorecer el ejercicio efectivo del derecho de información de los representantes de los trabajadores que prohíba referencias genéricas y ambiguas a aspectos esenciales del contrato de trabajo, como es el salario. Del modo dibujado, es necesaria una reforma de *lege ferenda* en relación a los preceptos estatutarios, artículos 8.5 y 64 del Estatuto de los Trabajadores, para que recojan de

forma concisa un derecho de la representación legal de los trabajadores a conocer de forma real el salario recibido por éstos.

PODER DE DIRECCIÓN

Universidad de Córdoba

PODER DE DIRECCIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA JORNADA

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2019

A la memoria de mi abuela

Carmen Gordillo Vega

M^a INMACULADA BENAVENTE TORRES*

SUPUESTO DE HECHO: El demandante presta servicios en régimen de jornada a turnos de 24 horas para Aena Aeropuertos S.A. a través de contrato de trabajo de carácter indefinido, siéndole de aplicación el I Convenio Colectivo del Grupo de Empresas Aena. Su categoría profesional es la de jefe de dotación de bomberos y se encuentra integrado en el Servicio de Salvamento y Extinción de Incendios del Aeropuerto de Palma de Mallorca. Todos los trabajadores de dicho Servicio de Salvamento comienzan y finalizan su prestación de servicios en el Parque SSEI Norte y en el Parque SSEI Sur, ambos situados en el Lado Aire del Aeropuerto, donde permanecen, además, cuando no están realizando actuación o intervención en el recinto portuario. En ningún caso se realiza el relevo en el Bloque Técnico del Aeropuerto. Los trabajadores a turnos de 24 horas, tienen la obligación de realizar el relevo de conformidad con la Instrucción Técnica IT-00065, y se hace necesariamente en las dependencias del Parque SSEI Norte y del Parque SSEI Sur, donde se comprueba que ha llegado el relevo correspondiente a cada trabajador y se dan las novedades sobre el material, equipos y vehículos. También el convenio colectivo regula las condiciones del relevo y su incidencia en la duración y cómputo de la jornada, así como la compensación de los excesos respecto de aquélla en sus arts. 59.7, 61.2 y 128. De los referidos preceptos se extrae que los trabajadores sujetos a régimen de turnicidad no podrán abandonar sus puestos de trabajo en tanto no hayan sido relevados y hasta transcurridas un máximo de dos horas después de finalizada su jornada laboral. Estas horas tendrán carácter de extraordinarias y se abonarán (incrementado el valor de la hora ordinaria en un 75%) o compensarán con tiempo de descanso equivalente, a elección del trabajador (art. 59.7). Por otra parte, la duración del turno se incrementa en concepto de tiempo de relevo en 15 minutos por relevo, de manera que se distribuye en 7.5 minutos para cada trabajador que entra y 7.5 minutos para cada trabajador que sale (art. 61.2). En relación a la definición y abono o compensación de las horas extraordinarias, el art. 128 del Convenio Colectivo de la empresa establece que, en el caso de la jornada anual programable, que es la que corresponde al actor, se considerarán horas extraordinarias aquellas horas o medias horas completas realizadas sobre la jornada anual programable, computándose las fracciones de tiempo comprendidas entre una y media hora y las inferiores a media hora como una o media hora respectivamente. Finalmente, la Comisión de Interpretación, Vigilancia, Conciliación y Arbitraje y Solución Arbitral de Conflictos (CIVCA) consideró que una vez finalizada la jornada laboral y superados los 7.5 minutos de solape, el tiempo de exceso tiene la consideración de horas extraordinarias, y deberán compensarse como tales. El demandante considera que también son horas extras los tiempos que exceden del relevo, entendiéndose que debe computarse la jornada desde la llegada del trabajador al recinto aeroportuario, zona de fichaje, hasta la llegada del trabajador a su concreto puesto de trabajo donde realiza el relevo, así como el tiempo que media desde que es relevado y sale de dicha zona de fichaje en las instalaciones aeroportuarias.

RESUMEN: Es pertinente el recurso de suplicación en aplicación del art. 191.3.b) LRJS, dado que queda demostrado que un número significativo de trabajadores cuestiona el carácter del tiempo que transcurre entre el fichaje y la incorporación al puesto de trabajo, de manera que la afectación múltiple del conflicto ha trascendido del plano potencial al real. En relación a la cuestión de fondo, tal y como la sentencia de contraste expone (STSJ. núm. 97/2015 de Madrid 30-1-2015, rec. 501/2014), no es computable el tiempo anterior a la llegada al SSEI o después de abandonado el mismo, pues es allí donde se toma y deja el relevo en las condiciones contempladas en el convenio colectivo; son las incidencias en este trámite del relevo las que sí pueden dar lugar a que deba contabilizarse como tiempo de trabajo un lapso mayor del habitual.

*Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. EL TIEMPO DE TRABAJO Y LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
2. EL CÓMPUTO DE LA JORNADA: TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO, TIEMPO DE DISPONIBILIDAD Y TIEMPO DE PRESENCIA
3. EL CÓMPUTO DE LA JORNADA: TIEMPOS PRECEDENTES Y POSTERIORES A LA PRESENCIA EN EL PUESTO DE TRABAJO

1. EL TIEMPO DE TRABAJO Y LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

En términos elementales, la relación laboral dependiente y por cuenta ajena, supone la venta del tiempo de trabajo. Esta formulación supone la implicación de la persona trabajadora en su integridad, luego, tiene que ser atendida desde una dimensión constitucional del derecho a la salud. En este sentido, no puede dejar de mencionarse, en lo que a nosotros ahora nos atañe, tanto el art. 15 CE (derecho a la vida e integridad física y moral), como muy en especial al art. 40.2 CE, por el que se encomienda a los poderes públicos velar por la seguridad e higiene en el trabajo, así como garantizar el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas¹.

El tiempo de trabajo se encuentra regulado en el Estatuto de los Trabajadores en la sección 5^a del Capítulo II (contenido del contrato de trabajo), del Título primero (De la relación individual de trabajo). Se trata, por consiguiente, de los arts. 34 a 38 ET. Claro está, el tiempo de trabajo es un elemento esencial del contrato de trabajo, y su determinación en el mismo condicionará la validez de aquél. Así deriva del art. 1261 CCiv. que exige para la existencia de contrato que concurren los requisitos de consentimiento, objeto cierto que sea materia del contrato y causa de la obligación que se establezca.

El art. 34 ET es el precepto central en el régimen jurídico de la jornada en el Estatuto de los Trabajadores. Además, otros artículos se ocuparán monográficamente de abordar otras cuestiones de este elemento esencial del contrato de trabajo: horas extraordinarias (art. 35 ET), trabajo nocturno, a turnos y ritmo de trabajo (art. 36 ET), descanso semanal, fiestas y permisos (art. 37 ET) y vacaciones anuales (art. 38 ET). El régimen heterónimo básico se completa, de

¹ Respecto de la normativa internacional, véase, por ejemplo: Martín Rodríguez, Olaya, “Las directrices de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español”, Revista Española de Derecho del Trabajo num.194/2017 parte Estudios, versión Westlaw.

momento, con el RD. 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo.

Pese a la necesaria atención que merece la jornada para la regulación heterónoma, es la autónoma la protagonista de su determinación. Como hemos advertido, el contrato de trabajo requiere de un objeto cierto y legítimo, y ese objeto entraña forzosamente la concreción de la jornada de trabajo. Por consiguiente, su determinación última corresponderá al contrato de trabajo, siempre con respeto a los límites previstos por la regulación legal y la negociación colectiva. También a esta última le corresponde un papel esencial. Si bien se mira, el art. 34 ET no ofrece sino un esquema de mínimos a concretar y desarrollar por la negociación colectiva. Así, el art. 34.1 ET comienza estableciendo claramente que la jornada de trabajo es la que se fije en el convenio colectivo aplicable o, siempre en respeto de éste, en el contrato de trabajo. El Estatuto en dicho precepto lo que establece es una jornada ordinaria máxima, es decir, el límite cuantitativo que no puede trasvasarse ni por uno ni por otro: cuarenta horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual. Por consiguiente, será el convenio colectivo el máximo protagonista del desarrollo de sus potencialidades.

Como puede observarse, aquí ya se está dando paso a diversas problemáticas relacionadas con la jornada, cuales son su distribución, la diferenciación entre una jornada ordinaria y otra extraordinaria, el cómputo de la misma y la diferenciación entre tiempo de trabajo efectivo y de descanso, y, en relación a esto último, el tratamiento particular del tiempo de disponibilidad, de presencia, así como de los tiempos dedicados a trabajos preparatorios o de cierre. Pero, ¿qué nivel de negociación será el competente para determinar tales extremos?

La dimensión colectiva de la jornada tiene un específico tratamiento en la regulación de la estructura de la negociación colectiva (arts. 83.2 y 84 ET), como en los supuestos de descuelgue de convenio (art. 82.3 ET) y modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), por lo que será muy útil la distinción terminológica entre jornada, distribución y horario. Tradicionalmente la distinción entre tales conceptos se resuelve de la siguiente forma:

Jornada: responde a la cuantificación de la misma en un módulo temporal determinado por el Estatuto de los Trabajadores o, en su caso, por el convenio colectivo.

Distribución: es el modo en que se reparte el tiempo de trabajo en ese módulo temporal de cuantificación como en otros menores.

Horario: es la distribución diaria de la jornada de trabajo.

Como decíamos más arriba, la distinción entre tales conceptos y muy en particular entre “Jornada” y “distribución de la jornada” es fundamental desde la

perspectiva de la estructura de la negociación colectiva. Así, en principio, y salvo que otra cosa se establezca a través de los AI estatales ó de los convenios colectivos sectoriales estatales (art. 83.2 ET), los convenios evasivos sectoriales de Comunidad Autónoma no podrán regular, entre otros, la «*jornada máxima anual de trabajo*». Tampoco la preferencia aplicativa de los convenios de empresa y de grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas, podrá afectar a la “Jornada” fijada por los convenios colectivos superiores y anteriores en el tiempo (art. 82.3 a) cfr art. 84.2 ET), como puedan ser los sectoriales provinciales, o de Comunidad Autónoma o Estatales. Tales “prioridades” aplicativas se refieren, exclusivamente, al *horario y a la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones*. Sin embargo, sí cabe la modificación de la “jornada”, ya sea a través de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), como, si se trata de una modificación de convenio colectivo, a través del procedimiento de inaplicación del mismo (art. 82.3 ET).

Como señala la STS núm. 940/2016 de 10 noviembre, rec. 290/2015, «*la determinación de la jornada anual no se halla entre las materias del listado del art. 84.2 ET, por lo que, respecto de ella, no existiría en ningún caso prioridad aplicativa del convenio de empresa mientras la vigencia del convenio sectorial provocara la concurrencia de ambos convenios*». Por otra parte, insiste el Tribunal Supremo en su sentencia (Sala de lo Social, Sección 1^a) de 1 abril 2016, rec. 147/2015, en que la prioridad aplicativa del convenio de empresa se limita a las materias tasadas en el art. 84.2 del ET, sin poder hacer compensación alguna y sin que a ello sea obstáculo la aplicación del resto de materias si la regulación es más favorable que la del sectorial (como expresamente lo admite en el caso el convenio de sector). Conforme a aquél pronunciamiento, entre otras, no están incluidas en esa preferencia aplicativa²: la determinación de la jornada máxima anual, que no puede confundirse con las normas sobre su distribución (horario); tampoco lo están la duración de las vacaciones, que por consiguiente tampoco pueden calificarse de distribución ni confundirse con la «*planificación anual*» de las mismas³.

² Tampoco considera incluidas: las mejoras prestacionales de la Seguridad Social, sin que quepa hacer, una compensación de materias; ni tampoco puede el convenio de empresa tener prioridad aplicativa para suprimir el pago de conceptos salariales regulados en el convenio sectorial, con lo que no pueden confundirse con «la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa» (art. 84.2 ET).

³ En materia de vacaciones cfr. la STS 7 de marzo de 2018, rec. 267/2016); también la STS 1 de abril de 2016, rec. 147/2015.

Esta ordenación de los contenidos de la estructura de la negociación colectiva no supone la imposibilidad de que cualquier convenio colectivo, sea del ámbito que sea, pueda regular la jornada máxima en la empresa o sector, por ejemplo, provincial o de Comunidad Autónoma. En este sentido, no debe interpretarse el art. 84 ET, ni en su 2º apartado (prioridad aplicativa del convenio de empresa⁴) ni, pese a su literalidad, en su apartado 4 (salvo que otra cosa se establezca mediante acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal, *se considerarán materias no negociables en el ámbito de una comunidad autónoma...*), como una prohibición absoluta de regulación de la jornada. Por el contrario, debe entenderse en el marco de las reglas específicas y excepcionales de la concurrencia de convenios colectivos, de manera que lo que no podrán es regular la jornada en contra de lo que establezca el convenio sectorial (respectivamente, de cualquier nivel, o estatal en el segundo caso), pudiendo establecer perfectamente condiciones más ventajosas⁵. Es más, la regla general de aplicación del convenio *ante tempus* sigue siendo plenamente aplicable en este campo, luego si el primero en el tiempo ha sido el convenio de empresa o el de sector inferior al estatal, es claro que deben aplicarse las cláusulas de aquél también en esta materia de jornada. El art. 83.2 ET y el art. 84.3 y 4 ET, en una nueva tendencia centralizadora sectorial, sí erigen al acuerdo o al convenio estatal como el negociador preferente –frente al de CCAA o provincial- de la estructura de la negociación colectiva, sin que ello suponga vulneración de la libertad sindical ni del derecho a la negociación colectiva⁶.

Más dudas pueden suscitarse si una vez ultraactivo el sectorial superior, se trata de negociar un convenio de empresa o de sector inferior. En este caso, la ultraactividad, conforme a la doctrina tradicional, abriría la posibilidad de una regulación autónoma en las unidades inferiores a aquél, con lo que ya no estaríamos hablando de una prioridad aplicativa del convenio de empresa, ni

⁴ La prioridad aplicativa se predica del convenio de empresa, no de otros pactos, ni del convenio extraestatutario ni, tampoco, del convenio estatutario de centro de trabajo o de ámbito inferior a la empresa: SSTS. (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 404/2017 de 9 mayo, rec. 115/2016, núm. 773/2016 de 22 septiembre, rec. 248/2015.

⁵ De conformidad con la STS. núm. 940/2016 de 10 noviembre, rec. 290/2015, « *la jornada anual de los trabajadores afectados sólo se determinará por el convenio de empresa en aquellos casos en que no exista convenio de ámbito superior que señale un número inferior de horas.*».

Tampoco esa prioridad aplicativa del convenio de empresa (o del evasivo –vid. art. 84.4 ET) puede alcanzar a la clasificación profesional, introduciendo, por ejemplo, una categoría nueva no prevista en el convenio sectorial –en su caso, estatal- (vid. STS. núm. 773/2016 de 22 septiembre, rec. 248/2015 –"vigilante novel"-). Sin embargo, el descuelgue de convenio y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sí pueden suponer una alteración de las funciones más allá de los límites de la movilidad funcional del art. 39 ET.

⁶ STS. (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 269/2018 de 13 marzo, rec. 54/2017.

estaríamos en el supuesto del convenio posterior evasivo del art. 84.3 y 4 ET. Teóricamente, conforme a las tesis tradicionales, estaríamos ante la posibilidad de regulación eficaz completa en el ámbito inferior sin limitación alguna, con la salvedad –a lo sumo y por razones de gobernabilidad de las relaciones laborales- de las cláusulas de estructura de la negociación colectiva de los acuerdos o convenios estatales o autonómicos. Por el contrario, la ultraactividad del convenio inferior blindaría la unidad de negociación en tanto perdurasen las negociaciones del renovado convenio.

¿Sigue vigente tal doctrina?. ¿Sigue siendo predicable la doctrina asimétrica aún hoy en que la preferencia aplicativa del convenio de empresa la hace innecesaria en gran medida?. Hay quien defiende que ahora debe hacerse tabla rasa al respecto y adoptar soluciones homogéneas a uno y otros niveles. No obstante, considero que no hay evidencia alguna de que se haya abandonado tales postulados, como tampoco razones suficientes para negar la recuperación de un espacio de negociación pleno ante la ultraactividad del superior o, visto desde otra perspectiva, afirmar la pérdida –en caso de ser un convenio de empresa, parcial- de las unidades inferiores cuando entren en vigencia ultraactiva⁷.

⁷No es claro que resuelva esta cuestión la STS. (Sala de lo Social, Sección 1^a), núm. 404/2017 de 9 mayo, rec. 115/2016, en un supuesto de concurrencia del convenio de centro de trabajo (no de empresa), pues, cuando se refiere a la cláusula de la vigencia temporal del convenio estatal previo a aquél, ésta prevé su prórroga hasta su sustitución por otro, una vez concluida la vigencia inicial. Por tanto, y por decisión de los negociadores del convenio nacional, se trata de una situación de prórroga indefinida que, en principio, es diferente de la ultraactividad. No obstante, la interpretación de dicha cláusula es una cuestión que tampoco se plantea en dicho caso. También, respecto del mismo convenio nacional de empresas de seguridad, la STS. núm. 773/2016 de 22 septiembre, rec. 248/2015 vuelve a referirse a esa prórroga tras la vigencia pactada hasta sustitución por otro convenio. Como puede observarse, ésta fórmula indica una vía que podrían utilizar los negociadores para la elusión de la ultraactividad mediante prórrogas indefinidas, más que una equiparación total de la ultraactividad a la vigencia a efectos de apertura de unidades de negociación inferiores.

Por la doctrina, considera Cruz Villalón que no está clara la posición de nuestro Tribunal Supremo al respecto, existiendo pronunciamientos no demasiado claros a favor de una u otra postura (Cruz Villalón, J, “Incidencia de la norma laboral sobre la estructura y concurrencia de los convenios colectivos”, en AAVV –dir. Cruz Villalón, J-, La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio, Cinca, Madrid, 2017, pág. 31). Por el contrario, no parece albergar duda al respecto Barrios Baudor, GL, “Prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa: cuestiones prácticas”, Aranzadi Doctrinal num.6/2018 parte Jurisprudencia. Fichas de Jurisprudencia, BIB 2018/9312 (versión westlaw). En su opinión, la prioridad aplicativa del convenio de empresa exige, en puridad, la vigencia del convenio superior, considerándose por aquélla tanto la inicial como la prorrogada e, incluso, la ultraactiva. Por su parte, Gómez Gordillo, R, “La preferencia del convenio colectivo de empresa. Análisis de los límites materiales de aplicación de uno de los pilares de la reforma de 2012, en AAVV –dir. Cruz Villalón, J-, La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio, Cinca, Madrid, 2017, pág. 62, se pronuncia a favor de la tutela del convenio de

De hecho, sí está en principio claro que caso de negociarse un convenio sectorial estatal superior, no podría establecer la eficacia inmediata e imperativa de sus reglas sobre los inferiores *ante tempus* ni aún en su vigencia ultraactiva⁸. Claro está, una vez concluida la vigencia de cuales quiera de los convenios concurrentes, «*el que reste vigente ocupará el completo ámbito aplicativo y pasará a ser el único convenio de aplicación.*» (STS. 1-4-2016, rec. 147/2015).

Entonces, caso de que exista ese convenio superior plenamente vigente, ¿cuáles serían los efectos de la regulación concurrente?. Es claro que para el convenio de empresa sería tan sólo la su ineficacia parcial transitoria (STS.

empresa durante su ultraactividad frente al sectorial. No obstante, queda en el aire si el convenio sectorial ultraactivo puede novedosamente impedir, ante las facilidades conferidas por la preferencia applicativa, la apertura de nuevas unidades de negociación o la completa eficacia de los preceptos del convenio de empresa concurrente.

Tampoco puede considerarse que descarte la aplicación de la doctrina tradicional, sino –al menos parcialmente- todo lo contrario, los siguientes pronunciamientos. En primer lugar, la STS. (Sala de lo Social, Sección 1ª) núm. 631/2017 de 13 julio, rec. 246/2016, ante la pretensión de aplicación de la jornada máxima anual prevista en el convenio sectorial nacional, rechaza con contundencia la aplicación del convenio sectorial estatal y su estructura en tanto el convenio de empresa es anterior a aquél y aun cuando se encuentra en situación de ultraactividad. Lo cierto es que este convenio de empresa ultraactivo está plenamente vigente y es anterior al estatal, sin que pueda pretenderse tampoco la aplicación retroactiva e inmediata de sus cláusulas y estructura, toda vez que dicho efecto no está previsto en el art. 83.2 ET y contravendría al art. 84.1 ET. Por consiguiente, y puesto que el convenio de empresa no ha perdido su vigencia, no cabe invocar la aplicabilidad del sectorial cuando continúan las negociaciones para su renovación y no se ha alcanzado ningún pacto en tal sentido. Por el contrario, el convenio estatal podrá condicionar, en todo caso, la negociación futurible de los convenios inferiores, pero no afectar a los ya vigentes. Por lo demás, el convenio sectorial nacional que se pretende aplicar en detrimento de la mayor jornada prevista en el de empresa se encuentra igualmente denunciado y en situación de ultraactividad.

En segundo lugar, la STSJ Andalucía, Málaga, núm. 778/2018, de 9 mayo, rec. 2286/2017. No contradice la tesis tradicional porque en la misma se resuelve sobre un supuesto de prórroga tácita del convenio provincial anterior frente al autonómico, para afirmar la aplicación del primero. Además, aun partiendo de una situación de ultraactividad indefinida prevista por el convenio tras su denuncia y en tanto no sea sustituido por otro, lo cierto es que afirmando su pervivencia frente al superior estaríamos, precisamente, aplicando esa tutela asimétrica durante la ultraactividad a favor de las unidades inferiores.

⁸No es el caso de la STS. núm. 698/2017 de 21 septiembre, rec. 205/2016, en que se pasa de aplicar el convenio provincial al estatal por adscripción de la empresa de ámbito nacional; la aplicación de las condiciones derivadas del provincial anterior se justifican por la propia aplicación del convenio estatal que se autocalifica como de mínimos y respetuoso con las condiciones de trabajo más favorables que viniesen disfrutando los trabajadores con anterioridad a su entrada en vigor. Lo cuestionable de tal sentencia estriba, en mi opinión, en la falta de atención a su Disp. Transit., en la que, precisamente, parece afirmar la regla general de sucesión de convenios de los arts. 82.4 y 86.4 ET.

Por la doctrina, véase: Cabeza Pereiro, J, “Vigencia y ultraactividad de los convenios”, en AAVV –dir. Cruz Villalón, J-, La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio, Cinca, Madrid, 2017.

1-4-2016, rec. 147/2015), hasta –en mi opinión- el momento en que el/los convenios sectoriales aplicables entrasen en ultraactividad, salvadas –en principio- las reglas derivadas de la estructura de la negociación colectiva. También la regulación convencional sectorial, aun cuando suponga una vulneración de la estructura de la negociación colectiva, ya sea la prevista en el AI ó Acuerdo marco estatal, como en el art. 84.2, 3 y 4 ET, es tan sólo ineficaz, habiéndose rechazado la declaración de nulidad de las mismas como si de un supuesto más de concurrencia se tratase. Es el caso, por ejemplo, del Acuerdo sectorial de Comunidad Autónoma posterior al estatal y que contraviene claramente a éste anterior y que goza, por consiguiente, de una indudable prioridad temporal⁹.

Pues bien, si retomamos la delimitación de la jornada frente a la distribución de la misma en el marco de la estructura de la negociación colectiva, por jornada debe entenderse su cuantificación, de manera que de la jornada máxima anual no se encontraría prevista en el listado del artículo 84.2 ET, con lo que no resultaría de aplicación al respecto la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa [vid. las SSTs 1 de abril de 2016, rec. 147/2015 y 10 de noviembre de 2016, rec. 290/2015, antes reseñadas]¹⁰. ¿Equivaldrían entonces, a estos efectos, “jornada” y “jornada máxima anual”? . En mi opinión, a efectos competenciales, así es.

Los estudios sobre la negociación colectiva en materia de tiempo de trabajo reflejan una clara tendencia a la anualización de la misma. Anualización propiciada desde la reforma de 1994, en que la jornada máxima de 40 horas semanales ya se fijó en promedio, admitiéndose su distribución irregular a lo largo del año mediante acuerdo o convenio colectivo. Con la reforma de la Ley 3/2012, de 10-2, el porcentaje del 5% de distribución irregular¹¹, se incrementa en defecto de pacto, a un 10% de la misma. De la conjunción de ambos elementos, un importante sector doctrinal ha concluido, y como digo con más seguridad ya en este último tramo de la regulación legal, que ha desaparecido la jornada máxima semanal legal, sólo superable antes mediante pacto colectivo o convenio colectivo, para servirse de aquella tan sólo en un promedio anual¹². No obstante,

⁹ STS (Sala de lo Social, Sección 1^a), núm. 332/2019 de 25 abril, rec. 40/2018, que confirma la STSJ. País Vasco, 2085/2017, de 26 de octubre, autos n^o 19/2017.

¹⁰ Tampoco lo están la duración de las vacaciones, que por consiguiente tampoco pueden calificarse de distribución ni confundirse con la «*planificación anual*» de las mismas (véase, STS 7 de marzo de 2018 (rec. 267/2016); también la STS 1 de abril de 2016 (rec. 147/2015).

¹¹ Será del 5%, salvo pacto en contrario, previsto en el art. 85.3.i).1 ET como contenido mínimo de los convenios, con su modificación a partir de la L. 7/2011. Se integra por el RDL 372012 en el art. 34 ET.

¹² Véase: Igartúa Miró, M^a Teresa, “Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 78 y ss y 107. En contra, considera que hay un límite semanal de 40 horas/semana, que no se puede superar salvo que se pacte la distribución irregular

también un importante sector doctrinal ha denunciado que desde la perspectiva del Derecho de la UE esa pretendida desaparición de la jornada máxima semanal es más que cuestionable y aun más que pueda superar el año la regularización de la misma¹³. En cualquier caso, como hemos visto, el art. 84.4 ET se refiere a la jornada máxima anual¹⁴.

A efectos de estructura de la negociación colectiva, ¿significa eso que por jornada tenemos que entenderla limitada a la anual, y catalogar las posibles regulaciones hechas eventualmente por los convenios colectivos, que supongan cuantificaciones en módulos inferiores, como límites a la distribución y no como jornada a efectos competenciales?. Pues bien, aun cuando el grueso de autores admite, como evidencia el art. 84 ET, que cabe pacto en contrario y el establecimiento por la negociación colectiva de unos módulos de cuantificación inferiores al anual, lo cierto es que la tendencia legal indicada parece limitar el concepto de jornada a la anual, y reconducir sus posibles límites inferiores al concepto de distribución, aun cuando puedan tener repercusión sobre aquella y aun cuando puedan ocasionalmente integrarse y justificarse como normas mínimas de prevención de riesgos laborales en el art. 84.4 ET.

Para concluir el tratamiento del tiempo de trabajo en la estructura de la negociación colectiva, será conveniente hacer referencia a la regulación convencional de los mecanismos de su control. Como bien se sabe¹⁵, tras un breve pero

y su anualización por acuerdo o convenio colectivo: Gorelli Hernández, J, “El tiempo de trabajo y jornada. Regulación y tratamiento en la negociación colectiva”. Ponencia a las XXIX Jornadas de estudio sobre negociación colectiva de la CCNCC, Madrid, 10/11/2016, págs. 39 y 40.

¹³ En este sentido: Gorelli Hernández, J, cit.. También SÁEZ LARA señala que, conforme a la jurisprudencia del TJUE, el consentimiento del trabajador para la superación de las 48 horas en 7 días de promedio en 4 meses (art. 22) no puede ser sustituida por el acuerdo o convenio colectivo, sino que debe ser individual, expreso, y libremente manifestado (SÁEZ LARA, Carmen, “Jurisprudencia comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo”, *Temas Laborales*, núm. 130/2015, págs. 265 y ss).

En relación al período de referencia para la duración máxima de la jornada semanal de 48 horas, incluidas las extraordinarias, procede recordar este se remite a un máximo de cuatro meses en el régimen común, ampliable excepcionalmente a seis, y que también en virtud del artículo 19, párrafo segundo, de la Directiva 2003/88, cuando un Estado miembro desee ampliar el período de referencia a más de seis meses, será necesario a tal efecto un convenio colectivo o un acuerdo entre interlocutores sociales (STJUE Caso *Syndicat des cadres de la sécurité intérieure* contra varios. Sentencia de 11 abril 2019, C-254/18). También respecto del descanso mínimo semanal, véase: STJUE de 9 noviembre 2017, António Fernando Maio Marques da Rosa contra Varzim Sol, C-306/16.

¹⁴ En cualquier caso, la mayoría de los convenios anualizan la jornada y lo hacen, además, por debajo de la máxima. Puede decirse que la jornada máxima anual está calculada en 1826 horas y 27 minutos.

¹⁵ Véase una exposición de los antecedentes en: López Álvarez, M^aJ, *Jornada laboral. Control horario, desconexión, flexibilidad y conciliación*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019, págs. 12 y ss.

intenso periplo de posturas contrarias entre la Audiencia Nacional y la Inspección de Trabajo¹⁶ por un lado, y el Tribunal Supremo por otro¹⁷, las obligaciones de registro han sido reformadas por el RDL. 8/2019, de 8 de marzo, afectando sus arts. 10 y 11 al art. 34 ET, (aplicable a partir del 12 de mayo, según Disp. Final 6): se añade un nuevo apartado 9; se modifica el art.34.7 ET, para facultar al Gobierno para regular especialidades en las obligaciones de registro de jornada, para aquellos sectores, trabajos y categorías profesionales que por sus peculiaridades así lo requieran; y se altera también el art. 7.5 LISOS, para calificar como infracción grave en materia de relaciones laborales individuales y colectivas, la transgresión de normas y límites legales o pactados en materia de registro de jornada. Por otra parte, la necesidad de esa obligación de registro ha sido posteriormente confirmada por la STJUE 14 de mayo de 2019¹⁸, que rectifica la jurisprudencia del Tribunal Supremo antes referida.

El segundo párr. del art. 34.9 ET, encomienda a la negociación colectiva la “organización y documentación” del registro de la jornada. Ello se llevará a efecto mediante convenio colectivo, o acuerdo de empresa. El ET no identifica el ámbito del convenio, luego podrá ser de cualquier nivel, tanto de empresa, como de centro, como supraempresarial. Repárese que el control de jornada no es una materia en la que el convenio de empresa tenga preferencia aplicativa¹⁹, como tampoco parece que conste entre las materias posibles de descuelgue (art. 82.3 ET).

Pero, a la luz de art. 34.9 ET, el papel de la negociación colectiva no es absolutamente determinante. Por el contrario, el empresario está obligado, y debe cumplir su obligación con independencia de que haya o no acuerdo con los representantes de los trabajadores²⁰. Lo que sí exige el art. 34.9 ET, en defecto de negociación colectiva en estricto, es que se haga por decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores (caso de que

¹⁶ Véase Instrucción 3/2016, y SSAN 4-12-2015 y 19-2-2016.

¹⁷ SSTS de 23-3-2017 y 20-4-2017. Estas sentencias, una vez rectificadas la doctrina de la Audiencia Nacional, dan pie a una nueva instrucción de la ITSS, complementaria de la anterior, la Circular 5/2017.

¹⁸ Caso Federación de Servicios de Comisiones Obreras (CCOO) contra varios, C-55/18.

¹⁹ López Álvarez, M^aJ, Jornada laboral. Control horario, desconexión, flexibilidad y conciliación, Francis Lefebvre, cit., pág. 40.

²⁰ Por consiguiente, el empresario tendrá que negociar o al menos consultar con los representantes de los trabajadores. Ante la lectura del precepto es dudoso que pueda afirmarse un deber de negociación que vaya más allá del deber de consulta y el derecho de los representantes a emitir informe en el plazo máximo de 15 días. El legislador parece hacer prevalecer la obligación de establecer el registro sobre la potenciación del acuerdo. Por ello a fecha de 12-5-2019 debería haber sistema de registro, mediando o no acuerdo (Véase: Guía sobre el registro de jornada, MTAS, pág. 7). En contra, LÓPEZ ÁLVAREZ, M^aJ, cit, pág. 39, que afirma que basta iniciar las negociaciones para justificar que en ese momento no haya sistema de registro.

los haya), delegados sindicales (art. 10.3 LOLS) y delegados de prevención (art. 18.2 LPRL, puesto que tiene implicaciones en la seguridad y salud laborales)²¹. También el art. 64 ET se refiere a la consulta previa a los representantes de los trabajadores para el establecimiento de los sistemas de control del trabajo. La negociación colectiva, por consiguiente, podrá entre otras cosas, definir qué períodos tienen la consideración de trabajo efectivo y cómo se deja constancia de ellos en el registro²². Pero, como veremos seguidamente, sus posibilidades nunca pueden alcanzar a ser plenamente dispositivas.

2. EL CÁMPUTO DE LA JORNADA: TIEMPO DE TRABAJO EFECTIVO, TIEMPO DE DISPONIBILIDAD Y TIEMPO DE PRESENCIA

En puridad, cuando nos referimos a la fijación por el convenio colectivo de los criterios de cómputo de la jornada, no estamos regulando en estricto ésta, como tampoco de la distribución de la misma, ni del horario. Por el contrario, de lo que se trata es de la definición de sus márgenes, de la identificación de qué sea trabajo y qué no lo es. En consecuencia, en este ámbito no compete al convenio colectivo una labor puramente dispositiva, siendo su papel bien suplementario, bien de complementación aun con ciertas dosis de libertad contractual.

Es necesario señalar que en todo momento la jornada máxima o, en general, las previsiones legales sobre tiempo de trabajo se refieren al “trabajo efectivo”. Este es un concepto que no define el art. 34 ET. Tan sólo el art. 34.5 ET establece el modo de cómputo de la jornada, de manera que “*tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo*”. Entonces, podría deducirse como regla general, esos períodos previos o posteriores no computarán. Sin embargo hay muchas excepciones, como refleja la jurisprudencia, como también posibles particularidades plasmadas en regulaciones específicas según sea la tarea a realizar²³. Por otra parte, también cabe,

²¹ López Álvarez, M^aJ, cit, pág. 42.

²² López Álvarez, M^aJ, cit, pág. 41.

²³ Así, deben computar como tiempo de trabajo efectivo aquellos que suponen el cumplimiento de cargas empresariales o realizadas a instancias del empresario, por ejemplo: los tiempos de formación de los trabajadores, ya sean de prevención de riesgos laborales (art. 19.4 ET y art. 19.2 LPRL, y, respecto de los delegados de prevención, art. 37.2 LPRL), ya sea de adaptación a las modificaciones operadas en el puesto de trabajo (art. 23 d) y 52 b)ET); ya sean los tiempos destinados a las labores de representación de los trabajadores, ya sea como consecuencia del uso del crédito horario (art. 68.e) ET), como a aquéllas otras que no puedan imputarse a dicha bolsa de horas por ser, por ejemplo, horas de negociación de convenio colectivo (vid. art. 9.2 LOLS), o bien tareas o reuniones realizadas a instancia del empresario o de asistencia al Comité de Seguridad y Salud, o el tiempo empleado en acompañar a los técnicos en las evaluaciones de carácter preventivo y a los Inspectores de Trabajo en sus visitas o en personarse en el lugar donde se han producido los daños

sencillamente, el pacto más favorable al respecto, de manera que por acuerdo -colectivo o individual- compute como tiempo de trabajo efectivo aquello que en puridad no lo es (ej.art. 34.4 ET, respecto del descanso de un mínimo de 15 minutos cuando la jornada diaria continuada exceda de seis horas). También cabe en relación a estos tiempos “críticos” en la delimitación de la jornada, que el convenio clarifique cuándo se trata de tiempo de trabajo efectivo en el comienzo y en la finalización de la misma. E igualmente es posible, dada la amplia dispositividad del marco legal regulador del tiempo de trabajo, prever tiempos de disponibilidad y tiempos de presencia.

Por tanto la negociación colectiva puede jugar un papel trascendente en la delimitación del tiempo computable como tiempo de trabajo efectivo, bien para recoger tales posturas jurisprudenciales y así dar seguridad jurídica a las partes, bien para aclarar las situaciones límite, bien para acordar lo que sencillamente serían “mejoras”.

En relación a los tiempos de disponibilidad o localización, la negociación colectiva puede regular estos períodos, a veces designados como de retén o guardia²⁴. La indudable ventaja que tiene para el empresario este tipo de pactos sobre jornada es la de maximizar el tiempo de trabajo, reduciendo al mínimo los costes frente a la alternativa de un servicio de mantenimiento o de atención a usuarios de presencia permanente. Y, efectivamente, el papel de la negociación colectiva al respecto puede ser muy importante, tanto más cuanto la regulación legal de la jornada no se refiere a tales conceptos, aun cuando desde luego no alcance a legitimar regulaciones abusivas por desproporcionadas, como tampoco, aquéllas que no garanticen los preceptivos descansos inter o intrajornadas o el descanso semanal²⁵.

El TJUE ha afirmado en reiteradas ocasiones que la Directiva 2003/88 distingue sólo entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso (art. 2.1) y 2.2), sin que admita un *tertium genus* cual es el tiempo de disponibilidad, que tendrá que integrarse en uno y otro concepto mutuamente excluyentes²⁶. Esta dualidad es indisponible para los Estados miembros, que deben atenerse a tales conceptos

(art. 37.1 LPRL); el tiempo destinado a la votación en las elecciones a delegados de personal y comités de empresa (art. 75.1ET); los registros en la persona del trabajador o en sus taquillas y efectos personales, que sólo podrán realizarse dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo (art. 18 ET).

²⁴ Gorelli Hernández, Juan, “Tiempo de trabajo y jornada. Regulación y tratamiento en la negociación colectiva”, XXIX Jornada de estudio sobre negociación colectiva de la CNCC, Madrid 10-11-2016 pág. 60.

²⁵ Gorelli Hernández, Juan, cit, pág. 62.

²⁶ Por todas: SSTJUE de 3 de octubre de 2000, Simap, C-303/98 y 10 de septiembre de 2015, Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras, C-266/14, EU:C:2015:578, asunto TYCO.

comunitarios. De hecho la regulación de aquéllos como la interpretación que se haga del Ordenamiento interno, no puede prescindir de dicha dualidad conceptual, ni aun para introducir regulaciones más favorables. Debe tenerse presente que las disposiciones del capítulo 1 de dicha Directiva, que comprende los artículos 1 y 2 de ésta, establecen las definiciones necesarias para delimitar el objeto de la Directiva 2003/88 y su ámbito de aplicación. Por consiguiente, y puesto que la Directiva tiene por objeto garantizar en los ámbitos comprendidos en su ámbito de aplicación, una protección mínima aplicable a todos los trabajadores de la Unión, las definiciones que proporciona su artículo 2 no pueden recibir una interpretación variable en función de los Derechos nacionales, sino que tienen un alcance autónomo propio del Derecho de la Unión, como también el concepto de trabajador tiene que tener esa dimensión comunitaria²⁷. Por otra parte, y pese a que la Directiva admite en su art. 17 excepciones a determinados preceptos de su regulación, no tiene prevista excepción alguna respecto de los conceptos integrados en su art. 2.1) y 2), con lo que tales excepciones no se extienden a los conceptos de tiempo de trabajo y tiempo de descanso para ninguna de las actividades que se encuentren en su ámbito de aplicación²⁸.

Partiendo ya de esa unidad conceptual, es necesario tomar en consideración que los diversos pronunciamientos del TJUE respecto de los tiempos de disponibilidad y similares, han descartado que la delimitación entre uno y otro dependa de la intensidad del trabajo desempeñado por el trabajador por cuenta ajena ni del rendimiento de éste²⁹.

Por el contrario, el criterio delimitador es el de la valoración de las restricciones que durante la guardia sufre el trabajador para dedicarse a sus intereses personales y sociales, siempre teniendo en consideración el sistema y a la finalidad de la Directiva, que es establecer unas disposiciones mínimas destinadas a mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores. El descanso no sólo tiene que ser efectivo sino adecuado, permitiendo al trabajador apartarse del entorno laboral y distraerse³⁰. Por consiguiente, es determinante la valoración de la autonomía del trabajador en la gestión interna de dichos tiempos, de lo que

²⁷ STJUE de 21 de febrero de 2018, Caso Ville de Nivelles contra Rudy Matzak. asunto C-518/15. En similar sentido, también: SJCE de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C-151/02.

²⁸ STJUE de 21 de febrero de 2018, Caso Ville de Nivelles contra Rudy Matzak. asunto C-518/15.

²⁹ STJUE 21 de febrero de 2018, SSTJCE de 1 de diciembre de 2005, Dellas y otros, C-14/04, de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C-151/02.

³⁰ Sáez Lara, Carmen, "Jurisprudencia comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo", *Temas Laborales*, nº 130/2015, págs. 261 y 262. Véase también: Martín Rodríguez, Olaya, cit.

es guía principal la libertad o, por el contrario, la restricción del trabajador en la elección de su lugar de guardia³¹.

Conforme a tales apreciaciones, en la actualidad es pacífico que los tiempos de presencia, de manera similar a como se hace en determinados sectores (sanidad, hogar familiar RD. 1620/2011, y transporte –incluido el mar- vid. RD. 1561/1995)³², deben calificarse indubitadamente como de trabajo efectivo, tanto conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo³³ como del TJCE³⁴; excluir tales tiempos pondría en peligro la finalidad de la Directiva. Verdaderamente, la presencia física y la disponibilidad del trabajador en el lugar de trabajo durante el período de guardia a los efectos de prestar sus servicios profesionales, debe considerarse comprendida en el ejercicio de sus funciones, aun cuando la actividad efectivamente desempeñada varíe según las circunstancias. Por consiguiente, estas obligaciones que impiden que los trabajadores afectados elijan su lugar de estancia durante los períodos de guardia, deben considerarse comprendidas en el ejercicio de sus tareas.

También es doctrina sentada que los tiempos de mera disponibilidad, como son las guardias localizadas no presenciales, no son calificables como “tiempo de trabajo efectivo”, limitándose su consideración como tal, una vez localizados, a la prestación efectiva de servicios³⁵. En tal caso, la compensación económica de esa especial disponibilidad, normalmente establecida por los convenios colectivos, procederá sin que medie esa prestación efectiva.. Sin embargo, al ser diferente la

³¹ STJUE 21 de febrero de 2018. Véase también en este sentido: STJCE de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C-151/02.

³² El esquema que distingue entre tiempo de trabajo, tiempo de descanso y tiempo de presencia en estas relaciones especiales responden respectivamente al art.2 ET y no pueden extenderse a la relación laboral común (Gorelli Hernández, Juan, cit, pág. 70).

³³ Por todas: SSTS. de 21 de febrero de 2.006, rec 2831/2004 y 3338/2004, 29-5-2006, rec. 2842/04, 10-7-2006, rec.- 3938/04, 7-10-2014, rec. 2283/13, 11 y 17-11-2014, rec. 2246/13 y 711/14 y, núm. 582/2016 de 29 junio, rec 3113/2014. Véase también: Morales Vallez, Esther, “Sobre si el tiempo empleado para desplazarse desde determinadas instalaciones aeroportuarias hasta su puesto de trabajo debe computarse o no a efectos retributivos”, Revista Aranzadi Doctrinal num.2/2020 parte Jurisprudencia. Doctrina, versión Westlaw.

³⁴ Por todas: SSTJCE de 3 octubre 2000, Caso Sindicato de Médicos de Asistencia Pública(-SIMAP) contra Consellería de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, C - 303 / 98 y de 9 de septiembre de 2003, Jaeger, C-151/02.

³⁵ STJCE de 3 octubre 2000, Caso Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) contra Consellería de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana, C - 303 / 98. También el Tribunal Supremo: STS. 29 de noviembre de 1994, rec. 752/1994 –siempre con respeto de los límites legales y convencionales de descanso y horas extraordinarias-; STS. 23-4-1991 (*«tal disponibilidad, siempre que no afecte a la libertad de movimientos y de actividad del trabajador, y en tanto no se traduzca en reincorporación al servicio, no equivale a trabajo efectivo, y no cuenta por tanto para el cómputo de horas extraordinarias, sin perjuicio de las compensaciones económicas a que pueda dar lugar -sentencia de 11 de julio de 1990»*).

naturaleza del tiempo una vez que se produce la prestación de servicios, no sólo deberá computar como tal, sino también –con carácter general- ser retribuida al margen de ese complemento de disponibilidad, bien como trabajo ordinario o extraordinario, según corresponda o indique el convenio colectivo, siendo obvio que no podrá abonarse por debajo de la hora ordinaria³⁶.

Ahora bien, una calificación diferente merecen los tiempos de disponibilidad en los que se impone al trabajador unas importantes restricciones que coartan su libertad de movimientos y su actividad. En este sentido, en una línea que ya anticipó un sector de la doctrina³⁷, la STJUE de 21 de febrero de 2018, Caso Ville de Nivelles contra Rudy Matzak. asunto C-518/15, ha aportado, como se verá seguidamente, nuevos matices a una doctrina comunitaria que bascula, cada vez con mayor claridad, sobre la valoración del sometimiento real del trabajador, lo que es tanto como hablar del poder de dirección.

Así, aun sin obligación de estar en el lugar de trabajo, también será necesario valorar las circunstancias impuestas en la guardia que limiten en exceso y de manera objetiva esa autonomía del trabajador en la gestión de su tiempo de descanso. De tal manera, la obligación de permanecer presente físicamente en el lugar determinado por el empresario, aunque este lugar impuesto sea el del domicilio del trabajador, y la restricción que, desde un punto de vista geográfico y temporal, supone la necesidad de presentarse en el lugar de trabajo en un plazo de ocho minutos, limitan de manera objetiva las posibilidades que tiene un trabajador de dedicarse a sus intereses personales y sociales, con lo que dicha guardia debe calificarse como tiempo de trabajo, con independencia de los efectos retributivos que de ello se pueda derivar³⁸.

Por otra parte, en relación al tema específico que nos concierne, en definitiva el inicio y fin del cómputo de la jornada, los estudios sobre negociación colectiva describen que en no pocas ocasiones los convenios prevén que una vez llamado el trabajador, comienza a computar el tiempo de trabajo efectivo, de manera que los desplazamientos se integran igualmente en dicho concepto. En mi opinión así debe ser en el común de los casos, en consonancia con lo que tendré la oportunidad de exponer en el siguiente epígrafe y en función de la libertad o,

³⁶ Vid: STS. 19-4-2002, rec. 2740/2001.

³⁷ En esta línea, con anterioridad un sector doctrinal calificó estas prácticas o similares como abusivas (Gorelli Hernández, Juan, cit., pág. 62).

³⁸ STJUE de 21 de febrero de 2018, Caso Ville de Nivelles contra Rudy Matzak. asunto C-518/15. Por el contrario, no concurren tales circunstancias y el tiempo de mera disponibilidad no computa a efectos de jornada: SAN. núm. 137/2018 de 20 septiembre, rec. 125/2018.

por el contrario, constricción que imponga el tiempo de incorporación y/o las facultades de dirección del empleador durante el trayecto.

3. EL CÓMPUTO DE LA JORNADA: TIEMPOS PRECEDENTES Y POSTERIORES A LA PRESENCIA EN EL PUESTO DE TRABAJO

Como exponíamos en el primer epígrafe de este comentario, la regulación prevista en el convenio colectivo es importantísima a los efectos de delimitar qué sea jornada efectiva. Tanto que en la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1994³⁹, llegó a erigirse en el argumento transcendental para negar que fuese jornada el tiempo de desplazamiento desde el garaje donde se recogían los coches, al centro de trabajo. Se trataba de un conflicto suscitado en el Ente Público «Retevisión», cuya actividad consistía en atender la red de transmisiones de las bandas de televisión, estando ubicados sus centros de trabajo en zonas altas y alejadas de cascos urbanos. En tales condiciones, los empleados, normalmente en equipos de dos, antes de comenzar la jornada acudían a los almacenes y al garaje de la empresa situados en zonas urbanas donde tomaban las furgonetas-taller para acudir seguidamente al centro de trabajo y, en algunas ocasiones, dirigirse directamente al punto donde tuviesen que realizar una reparación. En ambos casos, la empresa computaba el comienzo de la jornada cuando llegaban al centro o, en su caso, al lugar de la reparación. A la inversa, daba por concluida la jornada cuando abandonaban el centro o el lugar de la reparación debiendo los interesados llevar los coches-taller a su garaje. Por su parte, el convenio colectivo establecía también una jornada inferior a la máxima legal y prescribía expresamente que la jornada diaria comenzaba y concluía en la sede de la unidad de explotación, es decir, en cada centro de trabajo. Pues bien, la citada sentencia del Tribunal Supremo declaró que, efectivamente, dicho tiempo no debe considerarse tiempo de trabajo efectivo ni computarse en la jornada del trabajador, dado que el artículo 34 del ET, al regular la jornada de trabajo, se remite a lo pactado en los convenios colectivos o contratos de trabajo. Por tanto es lo que disponga el Convenio Colectivo, en cada caso concreto, la primera norma que hay que tener en cuenta en todo lo referente a la organización de la jornada laboral. A tal pacto y a la calificación que hace de dichos períodos debe estarse, con independencia que por el convenio colectivo puedan dictarse normas más favorables para los trabajadores, retribuyendo en alguna forma el tiempo de desplazamiento.

Como puede intuirse después de lo expuesto en el epígrafe precedente, y según hemos anticipado, los postulados de la referida sentencia tendrían que revisarse a la luz de la doctrina del TJUE sobre delimitación del concepto de tiempo

³⁹ STS. 12 diciembre 1994, rec. 1320/1994.

de trabajo. Y por supuesto, habría que negar esa facultad exorbitada de delimitación para el convenio colectivo, en tanto queda al margen de las facultades de los negociadores designar como descanso lo que no lo es desde la perspectiva comunitaria, con independencia de los efectos que pueda tener sobre la retribución. La negociación colectiva puede complementar y puede mejorar, pero no puede privar de la calificación de tiempo de trabajo aquello que efectivamente lo es. Y el criterio para distinguir entre tiempo de trabajo y tiempo de no trabajo exige un análisis mucho más complejo que la mera referencia al pacto; no puede ser otro, nuevamente, que el de la libertad del trabajador *versus* poder de dirección del empresario, atendidas las condiciones particulares del caso, siempre a la luz de la finalidad de garantizar un auténtico descanso.

Así, considero que en la actualidad cabría oponer frontalmente a dicha resolución la doctrina recogida en la STJUE de 10 de septiembre de 2015, asunto TYCO⁴⁰.

Tyco, dedicada a la actividad de instalación y mantenimiento de sistemas de detección de intrusión y sistemas antihurto en comercios, operaba en la mayor parte de las provincias españolas a través de sus oficinas provinciales. Los trabajadores técnicos de Tyco se dedicaban a la instalación y mantenimiento de los aparatos de seguridad en domicilios y establecimientos industriales y comerciales sitos en la totalidad o parte de la provincia —o, en ocasiones, a varias provincias— a la que estaban adscritos. En tales condiciones, la empresa calculaba la jornada de trabajo diaria de sus trabajadores desde su entrada en las referidas oficinas para retirar el vehículo puesto a su disposición, la lista de los clientes que debían visitarse y la hoja de ruta hasta el momento de su regreso a dichas oficinas por la tarde, para depositar allí ese vehículo. Los trabajadores fijaban el trayecto o itinerario, cuya duración en la mayoría de los casos no se podía reducir, pero la empresa sí fijaba el orden, hora y lugar del servicio, pudiendo modificarlo durante los desplazamientos.

En 2011 Tyco procedió al cierre de las oficinas provinciales, adscribiendo a todos los trabajadores orgánicamente a las oficinas centrales de Madrid. Como consecuencia de ello, cada uno de sus trabajadores, que tenían a su disposición un vehículo de la empresa, se desplazaban diariamente desde su domicilio a los centros donde tuviesen que realizar las tareas de instalación o mantenimiento de los aparatos de seguridad. También con dicho vehículo volvían a su domicilio al terminar su jornada. Y Tyco dejó de contabilizar como tiempo de trabajo el tiempo de desplazamiento del domicilio al primer y último cliente, considerándolo de este modo tiempo de descanso.

⁴⁰ STJUE 10-9-2015, C 266/14, asunto TYCO.

El TJUE en el asunto Tyco, resuelve recordando que el factor determinante –según analizamos en el precedente epígrafe- es el hecho de que el trabajador esté obligado a estar físicamente presente en el lugar que determine el empresario y a permanecer a disposición de éste para poder realizar de manera inmediata las prestaciones adecuadas en caso de necesidad.

Más concretamente, para que se pueda considerar que un trabajador está a disposición de su empresario, este trabajador debe hallarse en una situación en la que esté obligado jurídicamente a obedecer las instrucciones de su empresario y a ejercer su actividad por cuenta de éste. Por el contrario, la posibilidad de que los trabajadores gestionen su tiempo con menos limitaciones reales y se dediquen a sus asuntos personales, es un elemento que permite afirmar que el período de tiempo examinado no constituye tiempo de trabajo en el sentido de la Directiva 2003/88. Y siempre, con independencia de la libertad de la empresa –al menos desde la perspectiva de la Directiva 2003/88- para determinar la retribución del tiempo de desplazamiento domicilio-clientes.

Por consiguiente, partiendo de la definición de tiempo de trabajo del art. 2.1) de la Directiva, el tiempo dedicado al trayecto desde la casa del trabajador al primer cliente y desde el último cliente a su domicilio, debe considerarse tiempo de trabajo dado que cumple los tres elementos de dicha definición. Por un lado, el trabajador se encuentra en ejercicio de su actividad, puesto que es un tiempo instrumental a la prestación técnica del trabajo. Por otra parte, se encuentra a disposición del empresario pues debe considerarse tiempo de trabajo en la medida en que el trabajador carece de la posibilidad de disponer libremente de su tiempo y gestionar sus asuntos personales, correspondiendo al empleador poner en práctica los instrumentos de control necesarios para prevenir posibles abusos. Y, por último, el trabajador permanece en el trabajo durante el trayecto, dado que éste es necesario y consustancial para quien carece de centro fijo o habitual. Repárese, por lo demás, que los trabajadores perdieron la posibilidad de determinar libremente la distancia que separa su domicilio del lugar habitual de inicio y fin de su jornada laboral, por lo que no pueden estar obligados a asumir el coste de la decisión de su empresario de suprimir las oficinas provinciales.

A pesar de lo expuesto, de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2019, rec. 1249/2017, no se desprende que dicho Tribunal, tras una abundante exposición de la jurisprudencia del TJUE como de la suya propia, aprecie contradicción alguna entre su sentencia de 1994 y la STJU Tyco. Por el contrario, mantiene expresamente en sus consideraciones generales la doctrina de la referida STS 12 diciembre 1994, rec. 1320/1994, reafirmando como doctrina general aquélla que persiguió establecer con tal pronunciamiento. En definitiva, persiste el Tribunal Supremo en que *«el art. 34.5 ET pretende impedir que se tenga como tiempo de trabajo todo aquel conducente a tomarlo o dejarlo*

materialmente: desplazamientos, actos preparatorios, cambio de indumentaria, actos de control mediante firma o fichaje, traslado dentro de la empresa desde el garaje donde están los vehículos a la sede de la unidad y regreso, o similares». Y advierte, fortaleciendo a la inversa tales consideraciones, que «Esta regla general, desde luego, admite excepciones como las referidas al tiempo invertido para recoger el uniforme en lugar distinto del centro de trabajo, o recoger el arma situada, igualmente, en lugar distinto al centro de trabajo (SSTS 18 septiembre 2000, rec. 1696/1999⁴¹ y 24 septiembre 2009, rec. 2033/2008)».

En ambas sentencias, recuérdese, el Tribunal Supremo calificó como tiempo de trabajo el invertido en tales actividades, *«porque tales desplazamientos no son los propios de ida y vuelta al trabajo desde el domicilio o residencia del trabajador, sino que están determinados por un deber impuesto por la empresa en atención a necesidades o conveniencias del servicio. Como ha señalado nuestra sentencia de 24 de junio de 1992, cuando «el horario se anticipa para el trabajador a fin de realizar una actividad concreta en un determinado lugar» que no es el de trabajo el «tiempo dedicado a desplazarse desde el centro de trabajo a distinto lugar» debe considerarse o computarse como «jornada de trabajo».*

¿Cómo supera el Tribunal Supremo la contradicción entre el asunto Tyco y tales consideraciones?. La fórmula es la de reducir la STJU de 10 de septiembre de 2015 a una mera excepción condicionada por su particular casuística. En definitiva, circunscribe las razones de dicho pronunciamiento y, por consiguiente, la calificación como tiempo de trabajo de los desplazamientos entre el domicilio y el primer y último lugar de servicio, únicamente a los casos en que la empresa prescinde de su centro de trabajo físico preexistente y además, cabría deducir, en las condiciones concretas que se dieron en ese supuesto particular: la puesta a disposición de un vehículo de la empresa con el que se desplazan desde su domicilio, la enorme variabilidad de la distancia hasta el primer lugar de prestación de servicios, el hecho de que cuando se partía del centro logístico sí computaba desde la entrada en las referidas oficinas.... De hecho, con tal justificación ha descartado expresamente la aplicación de tal doctrina a los trabajadores de atención domiciliaria; es evidente que para el Tribunal Supremo adolece de carácter general para todos aquéllos trabajadores que carezcan de un centro fijo o habitual⁴².

En mi opinión, tal interpretación se aleja de la doctrina del TJUE en tanto toma el caso por el todo, y pierde la perspectiva de una cuestión que es mucho más

⁴¹ «... el tiempo invertido en los desplazamientos entre el depósito de armas y el centro donde presta sus servicios el vigilante de seguridad es tiempo de trabajo».

⁴² SSTS. núm. 1008/2018, de 4 diciembre, rec. 188/2017 y de 1 de diciembre de 2015, rec. 284/2014. En cambio, la SAN núm. 127/2019, de 31 octubre, ECLI:ES:AN:2019:4025, si aplica

compleja. Aun siendo cierto que el TJUE se extiende en consideraciones relativas al contraste entre la situación anterior y posterior a la supresión del centro de trabajo, en absoluto, al menos en mi opinión, condiciona o vincula su doctrina a tales extremos, sino que lo hace, podríamos decir, «*a mayor abundamiento*» y como prueba de la irrazonabilidad de tal postura empresarial que va contra sus propios actos⁴³. Por el contrario, el TJUE da unas pautas claras de carácter general coherentes con sus pronunciamientos tanto posteriores como precedentes, y que basculan sobre las ideas arriba expuestas, que son las que deben servir de referente para la solución de la diversa casuística posible en función de tales criterios objetivos. Elevar a esenciales elementos que son circunstanciales supone, como de hecho está sucediendo, negar la corrección de situaciones en que nunca se computó la jornada, cuando tuvo que hacerse, o en las que no hay desaparición del centro físico, o en las que la empresa no pone a disposición el vehículo para el desplazamiento –lo que fomentaría el ahorro de costes para la empresa, y un mayor deterioro de las condiciones de trabajo-, etc. Éstos no pueden ser sino elementos adicionales a tener en consideración, pero no erigirse en determinantes pues, en definitiva, tan sólo sancionan modificaciones sustanciales, pero no atienden a un concepto de jornada independiente de las opciones organizativas del empleador.

En mi opinión es evidente que es tiempo de trabajo el desplazamiento desde el taller donde por orden del empresario, se recoge el vehículo de la empresa hasta el centro de trabajo donde se prestan los servicios técnicos. Claro está, en principio y salvo que otros datos indiquen lo contrario, a tenor de la libertad real que goce el trabajador para disponer de su propio tiempo y gestionar sus asuntos privados, a la luz de la protección de su seguridad y salud.

la doctrina Tyco en un supuesto muy similar, en el que concurren las notas esenciales comunes, según destaca el propio Tribunal: históricamente se abonaban desde la salida del centro, para pasar después, sin que se computase en la jornada, a salir desde el domicilio de los trabajadores con el vehículo de la empresa, con una distancia también variable entre 15 y más 30 minutos, en la misma o diferentes provincias, y con contacto durante el trayecto con la empresa a través de móvil, y sin disponibilidad de tiempo propio. Además, hay un mayor control que en Tyco (cuentan con GPS), facturan a los clientes por un desplazamiento que no pagan a los trabajadores (enriquecimiento injusto), y no hay justificación para que se pague la salida –y no la entrada- y, además, de los trabajadores del distrito centro y no, en cambio, al resto. Concluye la sentencia que es tiempo de trabajo el empleado en el desplazamiento de inicio y fin, desde y hasta el domicilio, aun cuando por coherencia con el *petitum*, lo limita al momento en que se enciende el GPS.

⁴³ En este sentido, no descarta que en el futuro el TJUE desautorice la interpretación restrictiva de la doctrina Tyco: Pérez De Los Cobos Orihuel, Francisco, “El concepto de tiempo de trabajo”, Revista de Derecho vLex - Núm. 185, Octubre 2019, Link: <http://vlex.com/vid/concepto-tiempo-trabajo-818996677>.

Por otra parte, desde la valoración del respeto a la finalidad de la Directiva, como desde la perspectiva el abuso del derecho, quizá podría admitirse que no se computen tales trayectos para los trabajadores de ayuda a domicilio, en atención, en el caso particular de que se trate, de la ausencia de perjuicio. Así, la STSJ. de Galicia, (Sala de lo Social, Sección 1ª), núm. 2746/2017 de 23 mayo, rec. 1135/2017, niega la calificación de tales trayectos de inicio y fin como tiempo de trabajo en la ayuda a domicilio, en tanto no se ha probado, sino más bien todo lo contrario, que existan distancias significativas entre el domicilio de los trabajadores y los domicilios de los usuarios como tampoco la necesidad de utilizar algún medio de transporte. También, como reza en aquélla, podría utilizarse como argumento de apoyo que así se acordó por la propia regulación convencional, que sólo califica como trabajo efectivo los desplazamientos entre servicios consecutivos. También la STS. 1 de diciembre de 2015 niega, entre otros extremos, que se realicen desplazamientos –en kilómetros y diferentes provincias- similares a los de la sentencia Tyco. Quizá detrás de tales planteamientos, late el contraste entre estos trayectos iniciales y finales “a la orden”, y los comunes de desplazamiento al centro de trabajo; si éstos últimos no computan, tiene que concurrir una razón muy particular para que lo hagan aquéllos. En definitiva, un perjuicio claro que perturbe desproporcionadamente el descanso del trabajador.

Sin embargo, ante tales consideraciones se pierde de vista que en que en todos estos casos, el trabajador carece de la posibilidad de elección de su domicilio en función de la ubicación de su trabajo y, sobre todo, que se desplaza a un determinado lugar obedeciendo órdenes del empleador. Tampoco se valora la injerencia que pueda apreciarse en su vida privada en atención a los instrumentos de organización y control de su actividad laboral (ej. hora de la comunicación de los servicios, cronología de los mismos, posibles alteraciones en el trayecto, control y comunicación durante el mismo, tiempo de incorporación, la variabilidad de la zona de prestación de servicios...). Carecer de centro de trabajo puede ser una estrategia de ahorro de costes, pero no de traslado de éstos a cargo del subordinado. Por otra parte, aun de aceptar tal interpretación del convenio sectorial aplicable a los trabajadores de atención domiciliaria, pues ni siquiera es el convenio de empresa, tendría que valorarse en su justa medida, dado que no puede descartar que en la dinámica de la empresa o en la concreta actividad del trabajador, los trayectos sean efectivamente tiempo de trabajo.

De nuevo, insisto y dicho sea con el debido respeto, la cuestión no puede bascular en la intensidad del esfuerzo, como tampoco necesariamente en la entidad del lapso temporal o en el hecho de que el desplazamiento se haga en vehículo de la empresa. Por el contrario, el criterio determinante, debe ser el de encontrarse el trabajador bajo las órdenes y dirección de la empresa –que pueden ser más o menos constrictivas, pero que descartan la autonomía del trabajador-,

en un marco de instrumentalidad y consustancialidad del trayecto, como es el supuesto de la prestación del servicio a domicilio. Y claro está, correspondería el abono de los gastos resarcibles ya cuantiosos, ya mínimos (art. 29.2 ET). Finalmente, repárese en que la calificación de los desplazamientos como jornada o no, tendrá consecuencias importantes en otros órdenes, como es en la aplicación o no, de la presunción de accidente de trabajo⁴⁴.

Tampoco resulta tan evidente que el tiempo destinado al control de la jornada corra en todo caso a cuenta exclusiva del trabajador. En el común de los casos, la aplicación del art. 34.5 ET excluirá la calificación como tiempo de trabajo el lapso que transcurre desde que se ficha hasta la incorporación al puesto de trabajo. Pero no cabe descartar, por ejemplo, la concurrencia de situaciones abusivas que no pueden ser amparadas con tal fundamento. Tampoco se ampararía si en tal periodo el trabajador se encuentra bajo las órdenes de la empresa. Ni lo uno ni lo otro pueden descartarse por el hecho de que tales condiciones o parte de ellas hayan sido negociadas colectivamente. Es más, la inocuidad e independencia del trabajador que parece desprenderse de la STS. de 19 de noviembre de 2019 respecto del tiempo que transcurre desde que se ficha hasta que se incorpora efectivamente al puesto de trabajo –y a la inversa–, despierta como poco cierta incomodidad si se contrasta con los hechos probados de otra sentencia firme, respecto de la misma actividad y aeropuerto, cual es la STSJ. de Islas Baleares, (Sala de lo Social, Sección 1^a), núm. 133/2014 de 4 abril, rec. 47/2014, similar a la revocada –si bien ésta aplica además expresamente la doctrina TJUE– por la referida sentencia del Tribunal Supremo.

Esta sentencia del TSJ de Baleares describe con detalle cómo se desenvuelve el trabajador en tal lapso de tiempo, y es más que cuestionable que se encuentre en período de descanso conforme a la doctrina comunitaria. Los trabajadores deben fichar en el bloque técnico, sin que puedan desplazarse a pie hasta su puesto de trabajo ubicado en la llamada “Zona Aire”, bastante alejada del Bloque Técnico. Por el contrario, deben ser trasladados por vehículos autorizados para ello. Igualmente deben someterse a los controles de seguridad establecidos en el Aeropuerto, así como desplazarse por zona restringida de pistas y plataforma. Antes de incorporarse a su puesto de trabajo deben equiparse con sus correspondientes EPIS, así como la ropa de protección y prendas de vestuario. A continuación, se procede a la comunicación de incidencias y novedades entre los trabajadores del turno saliente y los del turno entrante. Hecho esto los trabajadores del turno saliente pueden abandonar su puesto de trabajo, tras quitarse sus correspondientes EPIS así como la ropa de protección y prendas de vestuario, debiendo esperar a

⁴⁴ Véase, por ejemplo: SSTS. 22 diciembre 2010, rec. 719/2010 y 25 enero 2007, rec. 3641/2005.

que todos los trabajadores de su turno hayan sido relevados para abandonar la dependencia en grupo por medio de un vehículo autorizado a la zona de control de seguridad, llegar al Bloque Técnico de AENA y fichar a la salida.

En todo este periplo, en que en mi opinión parece evidente el trabajador carece de libertad, es tiempo de trabajo; se encuentra en el lugar señalado por el empleador, y ejecutando órdenes instrumentales a la prestación técnica de su trabajo, derivadas o no de necesidades de seguridad y prevención. Y si el lapso tiempo que se invierte en tales actividades es de media hora, como señala la sentencia de Baleares, y no los 7.5 minutos que asume el convenio colectivo, es razonable que se concluya, como hace la referida sentencia que *«El problema es que en el aeropuerto de Palma ese tiempo se sobrepasa y no encuentra la sala ninguna razón legal por la que el tiempo trabajado en exceso por encima de la jornada laboral no deba considerarse y retribuirse como hora extraordinaria. Antes al contrario, esto es lo que resulta de lo establecido en el artículo 128 del convenio colectivo cuya infracción se denuncia y el artículo 35.1ET»*.

Así razona también la sentencia revocada -STSJ. de Islas Baleares, núm. 9/2017, de 12 enero, rec. 319/2016-; el tiempo invertido en ese desplazamiento no depende ya de la voluntad del trabajador, sino de la actividad en la que se integra su trabajo. Es llamativo que la sentencia de suplicación revocada denuncie una irregularidad en el relato de los hechos probados cual es la ausencia –que considero tendría que ser elemental para la valoración- de a qué dedica el trabajador el tiempo que transcurre desde que ficha su llegada y hasta que llega al parque SSEI Norte o Sur, y que el TSJ conoce muy bien a cuenta del asunto precedente citado. ¿Ha podido permitir este déficit la decisión del Tribunal Supremo?

Finalmente, es claro que aquellos períodos previos necesarios de preparación indispensable para el desenvolvimiento del trabajo deben conceptuarse como jornada⁴⁵. Sin embargo, la STS. de 19 de noviembre de 2019 descarta que

⁴⁵ Es el caso, por ejemplo y puesto que así lo establece la normativa específica, del tiempo dedicado al aseo personal de los trabajadores expuestos a riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos y cancerígenos durante el trabajo (arts. 7.2RD 664/1997 y 6.2 RD 665/1997 -«*Los trabajadores dispondrán, dentro de la jornada laboral, de diez minutos para su aseo personal antes de la comida y otros diez minutos antes de abandonar el trabajo.*»-). También el destinado a ponerse los equipos de protección individual: STS. de 4 octubre 2012, rec. 3402/2011 –se aplica la presunción de accidente de trabajo al producido tras fichar y mientras se provee del EPI obligado por convenio colectivo: *«TS haya considerado “tiempo de trabajo” determinados lapsos temporales en que el trabajador no se halla estrictamente en su puesto de trabajo pero sí realizando operaciones indispensables para incorporarse al mismo...- se trata del empleo de un cierto tiempo en el cumplimiento de una obligación que es ineludible para el trabajador, siendo ésta la razón por la que debe considerarse tiempo de trabajo a los efectos de su remuneración* »-; STSJ. Islas Baleares, núm. 133/2014, de 4 de abril de 2014, rec. 47/2014 (vid. Martín Rodríguez, Olaya, “Las directrices

lo sea, pese a las condiciones particulares que se dan y que no se analizan, el del trayecto desde el fichaje -como hemos visto-, e incluso el destinado a ponerse los EPIS.

En cambio, es tiempo de trabajo el correspondiente a los tiempos de solape en el cambio de turno y que son necesarios para la transmisión de la información entre los sucesivos trabajadores. Calificación que no se cuestiona en la STS. 19 noviembre de 2019, y que viene recogida en el propio convenio colectivo, pero que sí ha sido objeto también de aclaración por la STS. núm. 534/2017, de 20 junio, rec. 170/2016 en un supuesto en que el convenio colectivo no recoge ni tales tiempos y actividad, ni su calificación. Conforme a la meritada sentencia, atendiendo al concepto de jornada que se desprende del art. 34.1 y 5 ET, como de la doctrina comunitaria⁴⁶, no cabe duda que los, aproximadamente, 15 ó 20 minutos, de tiempo de solape entre turnos de enfermería, dedicados a transmitirse información sobre los pacientes para garantizar la continuidad asistencial de los mismos, son necesariamente tiempo efectivo de trabajo, en tanto que se trata de obvia actividad profesional [transmitir información médico/sanitaria de los pacientes], de absoluta necesidad -que no ya mera conveniencia- para el adecuado tratamiento y seguridad de los enfermos ingresados, y se lleva a cabo en el respectivo puesto de trabajo, antes de iniciarse y concluirse el turno.

Por el contrario, la STSJ de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1^a) núm. 2128/2019, de 26 abril, rec. 6809/2018, a partir de la doctrina comunitaria, e identificando claramente jornada con los márgenes temporales de ejercicio del poder de dirección, ha rechazado que sean calificables como tiempo de trabajo, los 11 minutos de solape interturnos de los auxiliares de enfermería; no deriva de una exigencia de la empresa que se haga con antelación al fijado por ella para el inicio del turno, por lo que no tienen obligación a permanecer en el centro más allá de dicho turno ni, por consiguiente, a obedecer las órdenes de la empresa

de la Unión Europea sobre tiempo de trabajo, su interpretación por el Tribunal de Justicia y sus repercusiones en el sistema español, Revista Española de Derecho del Trabajo num.194/2017 parte Estudios, versión Westlaw.

⁴⁶ Añade la sentencia que la Directiva tiene «directa eficacia» en este caso, por tratarse -la demandada- de una Agencia pública y ser las Directivas invocables -a consecuencia de su efecto directo- también contra los organismos, cualquiera que sea su forma jurídica, a los que un acto de la autoridad pública ha encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo el control de esta última y que disponen, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares. Finalmente, también recuerda que, aunque se tratase de una persona privada, también tendría que tomarse en consideración tal doctrina comunitaria, pues si bien las Directivas carecen de eficacia en plano «horizontal», tanto la Directiva como su interpretación comunitaria han de tenerse en cuenta en el recto entendimiento de la normativa nacional, puesto que «el órgano jurisdiccional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva.

desde que fichan hasta que efectivamente comienza su turno⁴⁷. Datos, por lo demás, que se corresponden con el hecho de que el traspaso de información entre auxiliares sea de escasa entidad, al ser los DUIS los competentes para recoger los partes de incidencias.

⁴⁷ «No están obligados estos auxiliares de enfermería a entrar al trabajo con antelación a la hora de inicio de su turno correspondiente y por tanto no existen desde el momento en que fichan o marcan tal entrada hasta que efectivamente comienza su turno de trabajo la que se define por la antes referida jurisprudencia como “hallarse en una situación en la que esté obligado jurídicamente a obedecer las instrucciones de su empresario y a ejercer su actividad por cuenta de éste” con lo que difícilmente esa presencia en el centro de trabajo puede responder e integrarse en el concepto de tiempo de trabajo en el sentido del artículo 2, punto 1, de la Directiva 2003/88/CE».

RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad de Lleida

LA INAPLICACIÓN POR PARTE DE LOS TRIBUNALES LABORALES DEL DESPIDO POR ABSENTISMO DEL TRABAJADOR ENFERMO POCO ANTES DE SU DEFINITIVA SUPRESIÓN POR PARTE DEL LEGISLADOR*

STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 ECLI: ES:TSJCAT:2020:1

JOSEP MORENO GENÉ**

SUPUESTO DE HECHO: Nos encontramos ante la extinción del contrato de trabajo de una trabajadora por causas objetivas por ausencias al trabajo, en base a lo dispuesto por el entonces vigente art. 52 d) ET. Disconforme con el despido que se la había comunicado, la trabajadora interpuso demanda por despido que fue desestimada en instancia, declarándose el despido objetivo como procedente al considerarse acreditadas las ausencias al trabajo alegadas por la empresa, así como el cumplimiento de los porcentajes de absentismo exigidos al respecto por el art. 52 d) ET. Frente a la sentencia de instancia la trabajadora interpone recurso de suplicación, que es finalmente resuelto mediante la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020. En dicha resolución, tras efectuarse el correspondiente control de convencionalidad del art. 52 d) ET, el Tribunal concluye que dicha norma es inaplicable por cuanto que las normas internacionales en conflicto deben prevalecer sobre lo dispuesto por dicho precepto. En consecuencia, a criterio del Tribunal, al no resultar aplicable el art. 52 d) ET al supuesto enjuiciado, el despido efectuado por la empresa en base a dicho precepto constituye un despido sin causa legal que lo ampare y, por tanto, debe ser declarado como improcedente.

RESUMEN: Poco antes de la supresión definitiva del art. 52 d) ET llevada a cabo mediante el Real Decreto-Ley 4/2020 y, en consecuencia, del despido objetivo del trabajador por sus ausencias al trabajo que se regulaba en dicha norma, la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 concluye que el mismo era contrario a diferentes normas internacionales, en particular, al art. 6.1 del Convenio núm. 158 OIT, a los arts. 4.1 y 5 del Convenio núm. 155 OIT, al art. 3 de la Carta Social Europea y, finalmente, al art. 11 CEDAW, y, como consecuencia de ello, no resultaba de aplicación al supuesto enjuiciado, en la medida en que, conforme al art. 31 de la Ley 25/2014, las normas convencionales deben prevalecer en caso de conflicto. Aunque la posterior derogación del despido por absentismo del trabajador ha quitado cierta trascendencia a los efectos prácticos que la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 pudiera tener, no cabe duda que se trata de una resolución judicial de gran relevancia, no en vano, el juicio de convencionalidad que dicho tribunal lleva a cabo de la norma interna, a saber, el art. 52 d) ET, que, a la sazón, le permite inaplicarla al supuesto enjuiciado, puede extenderse a otros supuestos.

* Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación RTI2018-097947-B-I00, concedido por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades que lleva por título “Nuevas tecnologías, cambios organizativos y trabajo: una visión multidisciplinar”.

** Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. miembro del grupo de investigación consolidado “Social and Business Research Laboratory” (SBRLab). Ref. 2017 SGR 1572.

ÍNDICE

1. LA PERSISTENTE INSUFICIENCIA DE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES E INTERNACIONALES COMO FRENO DEL DESPIDO OBJETIVO DE LOS TRABAJADORES ENFERMOS PREVISTO EN EL ART. 52 D) ET
2. LA STSJ DE CATALUÑA DE 17 DE ENERO DE 2020
 - 2.1. El supuesto de hecho y solución de instancia
 - 2.2. La doctrina contenida en la STSJ de Catalunya de 17 de enero de 2020: el juicio de convencionalidad como vía de inaplicación del art. 52 d) ET
3. VALORACIÓN Y ALCANCE DE LA STSJ DE CATALUNYA DE 17 DE ENERO DE 2020

1. LA PERSISTENTE INSUFICIENCIA DE LOS LÍMITES CONSTITUCIONALES E INTERNACIONALES COMO FRENO DEL DESPIDO OBJETIVO DE LOS TRABAJADORES ENFERMOS PREVISTO EN EL ART. 52 D) ET

La modificación del despido por absentismo del trabajador a la sazón previsto en el art. 52 d) ET que llevó a cabo la reforma laboral de 2012 enseguida levantó fuertes críticas en un amplio sector de la doctrina, que tras mantener que “el nuevo art. 52 d) ET permite el despido del trabajador por enfermedad justificada por los servicios médicos salvo que la enfermedad sea de larga duración” y que “la finalidad de la norma es clara, establecer un principio de sospecha sobre la morbilidad de corta duración, y otorgar la amenaza del despido como forma de conseguir que el trabajador y la trabajadora acudan enfermos al trabajo y no hagan uso de la asistencia sanitaria a la que tienen derecho”, concluía que “es evidente la contradicción de este precepto con el art. 6 del Convenio núm. 158 OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo (en adelante, Convenio núm. 158 OIT), y asimismo su contraste con el reconocimiento constitucional del derecho a la salud de los ciudadanos españoles”¹.

Asimismo, también se consideró que el nuevo diseño del art. 52 d) ET vulneraba el derecho al trabajo contemplado en el art. 35.1 CE, cuyo contenido esencial y, en especial, en lo que respecta al derecho del trabajador a no ser despedido sin justa causa, debe ser respetado por el legislador al diseñar o reformar el régimen jurídico de cualquier causa de despido y, por tanto, también la del despido por ausencias al trabajo del trabajador contemplada en el citado precepto estatutario.

Finalmente, también se cuestionó si la extinción del contrato de trabajo en base a ausencias motivadas por bajas por enfermedad del trabajador podía constituir una causa de discriminación de las prohibidas por el art. 14 CE. A tal efecto,

¹ Vid. Baylos Grau, A.: “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, pág. 13.

se planteaba si la enfermedad o estado de salud del trabajador en el contexto de la relación laboral debería ser considerado con carácter general un factor de discriminación incardinable en el art. 14 CE y no únicamente cuando concurre un excepcional elemento segregacionista, debido a la situación de debilidad o vulnerabilidad –física, pero también jurídica-, que esta situación le provoca². Estas dudas alcanzaban su máxima expresión en aquellos supuestos en que se tratara de ausencias motivadas por enfermedades crónicas o de larga duración las que justificaran la extinción del contrato vía art. 52 d) ET³.

En este contexto de críticas a la causa de despido por absentismo del trabajador recogida en el entonces vigente art. 52 d) ET, llama especialmente la atención que, en muy pocas ocasiones, una norma jurídica ha sido tan atacada desde diferentes frentes como ha sucedido con el art. 52 d) ET y, al mismo tiempo, ha mostrado semejante capacidad de supervivencia. A tal efecto, desde que esta causa de despido por causas objetivas fuera modificada por la reforma laboral de 2012, la misma ha sido impugnada por considerarse contraria a la normativa internacional, en particular, a lo previsto por el Convenio núm. 158 OIT, a la normativa comunitaria, en concreto, a lo establecido por la Directiva 2000/78/CE y al propio texto constitucional – derecho a la igualdad y no discriminación (art. 14 CE), a la integridad física (art. 15 CE), a la salud (art. 40.2 CE) y al trabajo (art. 35.1 CE)-. Pues bien, el art. 52 d) ET siempre parecía salir más o menos airoso de todos y cada uno de estos embates planteados.

La principal cuestión que se había suscitado en relación con la adecuación a la normativa internacional de la entonces vigente configuración de la extinción del contrato de trabajo por ausencias del trabajador que se contenía en el art. 52 d) ET, fue la de su dudosa compatibilidad con lo previsto en el art. 6 del Convenio núm. 158 OIT⁴. Recuérdese a tal efecto que el apartado primero de dicho precepto estipula que “la ausencia temporal del trabajo por motivo de

² Vid. Moreno Gené, J.: “Los derechos fundamentales inespecíficos como límite al despido del trabajador por sus ausencias al trabajo”, en *Los derechos fundamentales inespecíficos en la relación laboral y en materia de protección Social. XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ediciones Cinca, Pamplona, 2014.

³ Vid. Moreno Gené, J.: “Límites constitucionales e internacionales a la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador”, *Revista doctrinal Aranzadi Social*, núms. 9 y 10, 2014.

⁴ Vid. Un estudio de esta cuestión en MORENO GENÉ, J.: “El recurso al convenio 158 OIT como límite al despido por absentismo del trabajador enfermo”, en *El futuro del trabajo: cien años de la OIT, XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y de la Seguridad Social, Madrid, 2019, págs. 281 y ss.

enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo”.

A partir de esta previsión, diferentes resoluciones judiciales dictadas normalmente en instancia habían intentado formular una interpretación del art. 52 d) ET que lo hiciera compatible con el Convenio núm. 158 OIT, consistente en no computar determinadas ausencias del trabajador motivadas por enfermedad, entre otros motivos, por considerar que ello sería contrario a lo preceptuado por el art. 6 del Convenio núm. 158 OIT. Lamentablemente, este no fue el criterio finalmente adoptado por los Tribunales Superiores de Justicia ni por el Tribunal Supremo, por lo que todo hacía prever que esta falta de encaje del art. 52 d) ET en el Convenio núm. 158 OIT se perpetuaría en el tiempo.

Tampoco habían recibido una respuesta plenamente satisfactoria las críticas vertidas en relación con la adecuación de la causa extintiva del art. 52 d) ET a la normativa comunitaria y, en particular, a la Directiva 2000/78/CE, especialmente en aquellos supuestos en que las ausencias eran consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad del trabajador entendida en un sentido amplio⁵.

El punto de partida al que habían acudido los órganos judiciales para llevar a cabo una interpretación del art. 52 d) ET que permitiera su inaplicación en aquellos supuestos en que las ausencias al trabajo se debían a enfermedades atribuibles a la discapacidad del trabajador se encontraba en la propia doctrina del TJUE – STJUE de 11 de abril de 2013, asunto HK Danmark-, que había llevado a cabo una ampliación del concepto de discapacidad como factor de discriminación prohibido por el art. 2.2. b) de la Directiva 2000/78/CE, al integrar en el mismo las enfermedades de larga duración que –curables o no- generen limitación en el trabajo. En este contexto, se consideraba que el redactado del entonces vigente art. 52 d) ET, en algunos supuestos, podría integrar o comportar un factor de discriminación indirecta por discapacidad, en los términos que prohíbe el art. 2.2 b) de la Directiva 2000/78/CE, cuando establece que “existirá discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pueda ocasionar una desventaja particular a personas con (...) una discapacidad (...) respecto de otras personas”.

En este contexto irrumpió la STJUE de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero, la cual, aborda específicamente esta cuestión, concluyendo al respecto que “el art. 2, apartado 2, letra b), inciso i), de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco

⁵ Un estudio en profundidad de esta problemática en Moreno Gené, J.: “Los problemas de encaje de la extinción del contrato por ausencias del trabajador en la Directiva 2000/78/CE: A propósito de la STJUE de 18 de enero de 2018”, *Revista de Información Laboral*, núm. 8, 2018, págs. 61 a 89.

general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, cuando tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente”.

Bajo estas premisas, parecía admisible que, como efectivamente hicieron algunos tribunales de instancia y suplicación, el juez nacional decidiera que no debían ser computadas entre las ausencias que justificaban la extinción del contrato de trabajo prevista en el art. 52 d) ET, aquellas que fueran consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad entendida en sentido amplio⁶. A tal efecto, se mantenía que la extinción del contrato en estos supuestos no se encontraría justificada por la finalidad de facilitar la extinción del contrato del “absentista profesional” y de los “trabajadores que no sean suficientemente productivos”, puesto que aunque se admitiera la legitimidad de estas finalidades, los medios adoptados para la consecución de las mismas no serían adecuados y necesarios, en tanto que dichas finalidades difícilmente podrían justificar una norma que habilitaba, indiscriminadamente, para despedir, entre otros, a los trabajadores en situación de baja y/o incapacidad, en el concepto amplio de discapacidad expuesto, los cuales en su inmensa mayoría no tienen intencionalidad absentista alguna.

Ahora bien, tampoco podía extrañar que, también en aplicación de la doctrina contenida en la STJUE de 18 de enero de 2018, asunto Ruiz Conejero, el juez nacional y en última instancia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, acabara admitiendo la plena adecuación del art. 52 d) ET a la Directiva 2000/78/CE, por considerar que era legítima la finalidad de combatir el absentismo perseguida por dicho precepto y que los medios adoptados por el mismo para la consecución de

⁶ Vid. STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de abril de 2019 (rec. núm. 664/2018). Un comentario de dicha resolución judicial en Gómez Salado, M.A.: “La adecuación del despido objetivo por absentismo al contenido de la Directiva 2000/78/CE. Un análisis al hilo de la STJUE de 18 de enero de 2018 y de la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de abril de 2019”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 12, 2019, Moreno Gené, J.: “La nulidad del despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo derivadas de enfermedad relacionada con la discapacidad del trabajador. A propósito de la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de abril de 2019”, *Trabajo y Derecho*, núm. 57, 2019 y Romero Ródenas, M.J.: “Extinción del contrato de trabajo por faltas de asistencia justificadas: cese que constituye despido nulo: discriminación indirecta por motivos de discapacidad”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 5, 2019.

dicha finalidad eran adecuados y no iban más allá de lo necesario para alcanzar dicha finalidad.

En definitiva, la cuestión no estaba ni mucho menos cerrada, de modo que habría que estar a lo que dispusiera en su momento el Tribunal Supremo sobre esta cuestión, si bien, los precedentes existentes al respecto no permitían ser especialmente optimistas. Pero, aún en el caso de que se acabara admitiendo que no debían ser computadas entre las ausencias que justificaban la extinción del contrato de trabajo prevista en el art. 52 d) ET aquellas que fueran consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad entendida en sentido amplio, aún seguían quedando huérfanos de una tutela adecuada todos aquellos supuestos de ausencias debidas a enfermedades que no pudieran ser asimilados a la discapacidad.

Ante las dificultades, en ocasiones insalvables, que había planteado el recurso a la normativa internacional y comunitaria como límite a la extinción del contrato prevista en el entonces vigente art. 52 d) ET, cuando dicha extinción contractual se encontraba justificada en las ausencias al trabajo debidas a enfermedad del trabajador, aún cabía la opción de que dicha posibilidad pudiera ser excluida o, cuanto menos verse limitada, por los derechos a la integridad física (art. 15 CE), a la protección de la salud (art. 43 CE) y al trabajo (art. 35.1 CE) previstos en el texto constitucional.

Esta posibilidad, sin embargo, también quedó definitivamente cercenada por la STC de 16 de octubre de 2019, la cual, siguiendo con la línea iniciada en las sentencias del mismo Tribunal en las que se enjuiciaba la reforma laboral de 2012 –SSTC 119/2014, de 16 de julio y 8/2015, de 22 de enero-, vino a encumbrar a la libertad de empresa y la defensa de la productividad como justificación suficiente para limitar e, incluso, prácticamente eliminar diferentes derechos reconocidos constitucionalmente a los trabajadores. En otros términos, como hiciera con anterioridad con la justificación de la crisis económica, el Tribunal Constitucional invoca en esta sentencia la libertad de empresa y la defensa de la productividad como una cláusula en blanco que permite cualquier restricción por parte del empresario de diferentes derechos constitucionales reconocidos a todos los trabajadores, como son el derecho a la salud y al trabajo.

A tal efecto, en la referida resolución judicial, apelándose a este nuevo “canon de constitucionalidad” en que se ha convertido la defensa de la productividad, como parámetro de valoración constitucional de las medidas restrictivas de derechos constitucionales, se concluía afirmando que “mediante la regulación controvertida el legislador ha pretendido mantener un equilibrio entre el legítimo interés de la empresa de paliar la onerosidad de las ausencias al trabajo, que se conecta con la defensa de la productividad (art. 38 CE) y la protección de la salud

y la seguridad de los trabajadores, por lo que cabe concluir que el art. 52 d) LET no vulnera el derecho a la protección a la salud que el art. 43.1 CE reconoce”. Igualmente, a partir de las mismas premisas se concluye que “debemos descartar que el precepto legal cuestionado resulte contrario al art. 35.1 CE, pues si bien es cierto que el legislador ha adoptado una medida que limita el derecho al trabajo, en su vertiente de derecho a la estabilidad en el empleo, lo ha hecho con una finalidad legítima –evitar el incremento indebido de los costes que para las empresas suponen las ausencias al trabajo –que encuentra fundamento constitucional en la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE)”.

Por todo ello, ante las dificultades que habían puesto de manifiesto los diferentes tribunales – Tribunal Constitucional y tribunales laborales- para que las normas constitucionales, internacionales y comunitarias sirvieran para salvaguardar a los trabajadores enfermos del riesgo de extinción de sus contratos por las ausencias al trabajo motivadas precisamente por su estado de enfermedad, resultaba del todo imprescindible una intervención del legislador en esta materia que impidiera de un modo expreso el despido por causas objetivas de un trabajador en base, precisamente, a aquellas ausencias al trabajo debidas a enfermedad o accidente no laboral, cuando la baja correspondiente hubiera sido acordada por los servicios oficiales con independencia de la duración de las mismas⁷.

En este contexto, el Gobierno ha procedido a atender todas estas demandas y con una sorprendente celeridad y contundencia ha procedido a derogar el art. 52 d) ET mediante la aprobación del Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre (en adelante, Real Decreto-Ley 4/2020). A tal efecto, dicha norma, tras un extenso preámbulo, en su artículo único, establece que “Queda derogado el apartado d) del artículo

⁷ Esta ha sido la reacción generalizada a la sentencia del Tribunal Constitucional por parte de los comentaristas de la misma. A título de ejemplo, vid. Gómez Salado, M.A.: “La constitucionalidad del precepto legal que regula el despido objetivo por causa de absentismo laboral en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2019, de 16 de octubre”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 441, pág. 182, Monereo Pérez, J.L. y Rodríguez Iniesta, G.: “El respaldo del Tribunal Constitucional al control indirecto por las empresas de las “bajas laborales” (A propósito de la STC 118/2019, de 16 de octubre, BOE, 20 de enero), *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, núm. 21, 2019 y Moreno Gené, J.: “La extinción del contrato por absentismo: productividad *versus* derechos constitucionales reconocidos al trabajador”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 55, 2020.

52 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre”.

Sin embargo, pocos días antes de la derogación del art. 52 d) ET por parte del legislador, se dictó la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 (núm. rec. 5532/2019), la cual, revocando la sentencia dictada en instancia, concluía que el art. 52 d) ET era contrario a diferentes normas internacionales, en particular, al art. 6.1 del Convenio núm. 158 OIT, a los arts. 4.1 y 5 del Convenio núm. 155 OIT, sobre seguridad y salud de los trabajadores (en adelante, Convenio núm. 155 OIT), al art. 3 de la Carta Social Europea y, finalmente, al art. 11 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por España (en adelante, CEDAW), y, por tanto, no resultaba de aplicación al supuesto enjuiciado, en la medida en que, conforme al art. 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, (en adelante, Ley 25/2014), las normas convencionales deben prevalecer sobre el art. 52 d) ET en caso de conflicto.

Aunque la posterior derogación del despido por absentismo del trabajador regulado en el art. 52 d) ET ha quitado cierta trascendencia a los efectos prácticos que la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 pudiera haber tenido en un contexto diferente, no cabe duda que se trata de una resolución judicial de gran relevancia práctica, no en vano, el juicio de convencionalidad que dicho tribunal lleva a cabo de la norma interna, en este caso, del art. 52 d) ET, en relación con los Tratados y Convenios internacionales suscritos por el Estado Español que, a la sazón, permite inaplicar esta norma al supuesto enjuiciado, puede extenderse en el futuro a otros muchos supuestos⁸.

Además, el Real Decreto-Ley 4/2020 se ha limitado a suprimir el despido por absentismo del trabajador a partir de su entrada en vigor, aunque se hayan podido consumir los umbrales cuantitativos exigidos por esta causa de despido antes de su entrada en vigor, pero, en principio, no afecta a los despidos por esta causa ya efectuados con anterioridad y que han sido impugnados, encontrándose, por tanto, los mismos en medio del correspondiente procedimiento judicial. A tal efecto, no habiéndose fijado previsión alguna de derecho transitorio, la supresión de esta causa de despido tendrá lugar desde el momento de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 4/2020, que, de conformidad con la disposición final segunda de dicha norma, se producirá “el día siguiente al de su publicación en el “Boletín

⁸ A tal efecto, Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C.: “El Estatuto de los Trabajadores, 40 años de “reformas” y “maquillados”: ¿una conmemoración con sabor a despedida?”, *Revista de Trabajo y Seguridad. CEF*, núm. 444, 2020, pág. 9, constatan respecto a esta resolución judicial que “no creo que sea una gota de innovación (o esnobismo interpretativo) en un océano de tradicionalismo hermenéutico, sino que simbolizará más bien la punta de un nuevo iceberg interpretativo”.

Oficial del Estado”⁹. Aunque dicha circunstancia no debe suponer necesariamente que la derogación del art. 52 d) ET no pueda producir ciertos efectos retroactivos, puesto que, como acertadamente se ha indicado, la supresión de esta causa de despido debe implicar un incremento de las garantías individuales del trabajador, en especial, las derivadas de la protección del derecho a la salud del mismo¹⁰, no cabe duda que nos encontramos ante una cuestión controvertida que deberá ser oportunamente resuelta por los tribunales. Precisamente, para estos supuestos, la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 puede resultar de gran interés y utilidad.

2. LA STSJ DE CATALUÑA DE 17 DE ENERO DE 2020

2.1. El supuesto de hecho y solución de instancia

La STSJ de Catalunya de 17 de enero de 2020 se apoya en los siguientes hechos probados:

- La trabajadora había prestado sus servicios para la empresa desde el 14 de mayo de 1976, como grupo profesional 4, categoría de laboratorio y salario bruto diario, con prorrata de pagas extras, de 127, 68 €.

- Con fecha de 3 de enero de 2019, la empresa comunica a la trabajadora su despido objetivo, con efectos desde esa misma fecha, poniendo a disposición de la misma, la indemnización legal, equivalente a 20 días de salario por año de servicios.

- Como justificación del despido, con cita del art. 52 d) ET, la empresa alega los siguientes motivos: a) superación del 20% de ausencias en jornadas hábiles en el plazo de dos meses consecutivos (22, 23, 24, 25 y 26 de octubre de 2018, 5 días de ausencia en jornada computable sobre 8 jornadas laborables, 26, 27, 28, 29 y 30 de noviembre de 2018, 5 jornadas de ausencia computables sobre 20 jornadas laborables, 3, 4 y 5 de diciembre de 2018, 3 días de jornadas de ausencia computables sobre 13 jornadas laborables), dando lugar a un 31,70% de absentismo (13 jornadas de ausencia computable sobre 41 jornadas laborables) computado desde el 22 de octubre de 2018 al 21 de diciembre de 2018; y, b) superación del 5% de ausencias en los 12 meses anteriores al despido (3 de agosto de 2018, un día sobre 8 jornadas laborales, 22 a 26 de octubre de 2018 (5 días sobre 22 jornadas

⁹ Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C.: “El Estatuto de los Trabajadores...” cit. pág. 19, indican al respecto que dicha norma no asegura “el efecto retroactivo máximo de la decisión, al carecer de disposición transitoria que clarifique tan elemental cuestión”.

¹⁰ A tal efecto, Baylos Grau, A. Sobre la derogación del despido por absentismo. Blog Según Antonio Baylos. Recuperado de <https://baylos.blogspot.com/2020/02/debe-ser-declarado-improcedente-el.html>. Última consulta: 3 de marzo de 2020.

laborables, 26 a 30 de noviembre de 2018, 5 días sobre 20 jornadas laborables, 3 a 5 de diciembre de 2018, 3 días sobre 13 jornadas laborables), lo que supone 14 jornadas de ausencia computables sobre 208 jornadas laborables, computadas desde el 4 de enero de 2018 hasta el 3 de enero de 2019, que suponen un 6,70% de absentismo.

- La trabajadora se había ausentado de su puesto de trabajo el 3 de agosto de 2018, por motivos médicos, sin cursar proceso de incapacidad temporal; cursó proceso de incapacidad temporal por enfermedad común desde el 22 de octubre de 2018 al 26 de octubre de 2018, con diagnóstico de vértigo auditivo; se ausentó el 26 de noviembre de 2018 por motivos médicos, sin cursar proceso de incapacidad temporal; y, desde el 27 de noviembre al 5 de diciembre, siguió proceso de incapacidad temporal por enfermedad común, con diagnóstico de dorsalgia.

Disconforme con el despido por ausencias al trabajo, efectuado de conformidad con lo previsto en el art. 52 d) ET, que se la había comunicado por la empresa, la trabajadora interpuso la correspondiente demanda por despido que fue desestimada en instancia, declarándose el despido objetivo de la misma como precedente.

Frente a la sentencia dictada en instancia, la trabajadora interpone recurso de suplicación que es finalmente resuelto mediante la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020, objeto de este comentario.

2.2. La doctrina contenida en la STSJ de Catalunya de 17 de enero de 2020: el juicio de convencionalidad como vía de inaplicación del art. 52 d) ET

Aunque en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de instancia la parte recurrente centraba su argumentación en combatir el cómputo que la empresa, en un primer momento, y el magistrado de instancia, después, habían efectuado de las diferentes ausencias al trabajo de la trabajadora para justificar su despido por causas objetivas en base al art. 52 d) ET, la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, con carácter previo al análisis de esta cuestión, centra su análisis en determinar si dicho precepto resulta aplicable al supuesto enjuiciado, puesto que de no ser aplicable dicha norma, el recurso debería ser estimado, por haberse basado el despido en una causa no aplicable al supuesto de hecho en cuestión.

En este punto, el TSJ de Cataluña recuerda que, si se considerara que la norma legal aplicable, en este caso, el art. 52 d) ET, pudiera resultar contraria a la Constitución, lo que correspondería sería plantear una cuestión de inconstitucionalidad. A tal efecto, este juicio de constitucionalidad es precisamente el que ha efectuado la STC 118/2019, de 16 de octubre, que ha venido a declarar la

constitucionalidad de dicho precepto, en relación con los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la protección de la salud (art. 43 CE) y al trabajo (art. 35.1 CE).

Pese a tratarse de una norma acorde con la Constitución Española, según el Tribunal, aún cabría la posibilidad de que el art. 52 d) ET fuera contrario al principio de jerarquía normativa, por oponerse dicha norma a lo preceptuado por los Tratados y Convenios internacionales ratificados por España. A tal efecto, recuerda el TSJ de Cataluña que la jerarquía normativa superior del Tratado o convenio internacional sobre la ley se reconoce por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969 (en adelante, Convención de Viena), cuyo art. 27 indica que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”¹¹.

Por si ello fuera poco, el art. 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales (en adelante, Ley 25/2014) establece la prevalencia de los tratados al establecer que “las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”.

Partiendo de estas premisas, el TSJ de Cataluña considera que el art. 52 d) ET, aplicado al supuesto enjuiciado, *a priori*, puede presentar conflicto con diferentes normas con rango de Tratado o Convenio, según la interpretación que de las mismas hacen los órganos internacionales especializados y consagrados por cada uno de dichos Tratados o Convenios y que clasifica u ordena en atención a los derechos que se recogen en dichas normas: a) derecho a no ser despedido sin justa causa; b) derecho a la prevención de riesgos laborales y, finalmente, c) perspectiva de género.

En relación con la posible vulneración por parte del art. 52 d) ET del derecho a no ser despedido sin justa causa, considera el TSJ de Cataluña que el contenido de dicho derecho, recogido en el art. 6.1 del Convenio núm. 158 OIT, ofrece un estándar más alto de protección que el previsto en el art. 35.1 CE. A tal efecto, con cita de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se recuerda que, a nivel constitucional, el derecho al trabajo, en su vertiente individual (art. 35.1 CE), se concreta “en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, a no ser despedido sin justa causa (por todas, SSTC 22/1981, de 2 de julio y 192/2003, de 27 de octubre); así como en la existencia de una “reacción adecuada” contra el despido o cese, cuya configuración, en la definición de sus técnicas y alcance,

¹¹ Vid. Instrumento de adhesión de 2 de mayo de 1972, del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, adoptado en Viena el 23 de mayo de 1969 (BOE, núm. 142, de 13 de diciembre de 1980).

se defiere al legislador (STC 20/1994, de 27 de enero y STC 119/2014, de 16 de julio).

Por el contrario, recuerda el TSJ de Cataluña que el art. 6.1 del Convenio núm. 158 OIT refuerza este derecho a no ser despedido sin justa causa con una protección suplementaria, consistente en la prohibición de despedir por causa de ausencia temporal del trabajo motivada por enfermedad.

El TSJ de Cataluña, sin embargo, es consciente que el art. 6.2 del Convenio núm. 158 OIT dota a los Estados de un cierto margen de apreciación para definir qué es una ausencia temporal, las posibles limitaciones a la aplicación del párrafo 1 de dicho precepto y la medida en que se exigirá un certificado médico. Pero, a criterio del citado Tribunal, las limitaciones de la prohibición del despido por causa de ausencias temporales por razón de enfermedad no pueden dejar sin efecto dicha prohibición, pues no serían entonces limitaciones sino derogaciones. El Tribunal apoya esta apreciación en el informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, según el cual, si la ausencia se define sobre la base de la duración, se la debería prever de modo tal que siga siendo compatible con el objetivo del artículo, que consiste en proteger el empleo del trabajador en un momento en que éste se encuentre en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones por razones de fuerza mayor”. En definitiva, concluye el Tribunal afirmando que el margen de apreciación de los Estados para establecer limitaciones que se prevén en el art. 6.2 del Convenio núm. 158 OIT termina ahí donde dichas limitaciones hacen irreconocible el derecho por privarle de su objetivo.

Bajo estas premisas, el TSJ de Cataluña considera que “el despido por ausencias intermitentes del trabajo por enfermedad, que pueden deberse a enfermedades contagiosas (gripe y otros procesos víricos), o patologías crónicas (lumbalgias crónicas, patologías que cursan a brotes, como epilepsias u otras similares), desprotege el empleo de las personas trabajadoras en un momento en que se encuentran en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones por razones de fuerza mayor”. En consecuencia, para el Tribunal, “no puede sostenerse que el art. 52 d) ET sea una limitación del derecho a no ser despedido por ausencias temporales derivadas de enfermedad, sino que supone un desconocimiento de dicho derecho por incompatibilidad de dicha causa de despido con la finalidad que pretende la norma”.

En apoyo de esta misma conclusión, el TSJ de Cataluña también invoca el art. 24 de la Carta Social Europea, según el cual, no se considera como justa causa del despido, la ausencia temporal del trabajo a causa de enfermedad o accidente. Recuerda además el Tribunal que, a diferencia de lo expuesto en relación con

el Convenio núm. 158 OIT, dicho precepto no admite limitaciones, por lo que garantiza un estándar de protección aún más elevado.

Aunque el TSJ de Cataluña reconoce que dicha previsión se contempla en la Carta Social Europea revisada de 3 de mayo de 1996, que no ha sido ratificada por España, mantiene que igualmente debe constituir un criterio hermenéutico para perfilar el contenido y el alcance del derecho a no ser despedido por ausencias temporales del trabajo por motivos de enfermedad, máxime cuando dicha Carta Social Europea revisada ha sido ya firmada por España.

En consecuencia, el TSJ de Cataluña concluye que una interpretación de buena fe del art. 6 del Convenio núm. 158 OIT es incompatible con una interpretación que lleve a entender la excepción, consistente en la posibilidad de imponer límites a la prohibición del despido por ausencias del trabajo derivadas de enfermedad, como regla, dejando sin efecto la regla general de prohibición del despido por ausencias derivadas de enfermedad, cuando el Estado, además, ya ha suscrito un convenio con un nivel superior de protección, en concreto, la Carta Social Europea Revisada.

Todo ello lleva al Tribunal a considerar que el art. 52 d) ET es contrario al art. 6.1 del Convenio núm. 158 OIT.

En relación con la posible vulneración del derecho a la prevención de riesgos laborales, el TSJ de Cataluña recuerda que existen diferentes Tratados internacionales ratificados por España sobre esta materia que garantizan una protección superior a la ofrecida constitucionalmente por el principio rector del art. 40.2 CE, cuya infracción el Tribunal Constitucional ha descartado en relación con los arts. 15 y 43 CE.

A tal efecto, el Tribunal recuerda que el art. 4.1 del Convenio núm. 155 OIT establece la obligación de todo Estado Miembro de formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo. A lo que cabe añadir lo previsto en el apartado segundo de dicho precepto, en virtud del cual, esta política tendrá por objeto prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo, reduciendo al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo.

A partir de esta previsión, el TSJ de Cataluña llama la atención sobre el hecho de que esta obligación convencional de prevención no se ciñe a los supuestos de riesgos graves e inminentes para la salud, vida o integridad física, como sucede con la tutela constitucional, sino que la tutela convencional se extiende a todo

tipo de riesgos, sin que dicha obligación sea compatible con la imposición a los trabajadores que sufren enfermedades que provocan ausencias intermitentes que les incapacitan para el trabajo, de la obligación de acudir al trabajo, so pena de despido.

En este contexto, el Tribunal constata que, en el nivel de protección convencional, “es obvio que el “presentismo” que pretende incentivar el art. 52 d) ET como medio para la defensa de la productividad, puede suponer un riesgo de que personas que están enfermas acudan al trabajo para evitar su despido”. En primer lugar, supone un riesgo para la salud de la persona trabajadora que, ante las altas tasas de desempleo existentes, hará lo posible para evitar la pérdida de su trabajo. En segundo lugar, no cabe duda que el hecho de que una persona impedida para el trabajo acuda a trabajar supone un riesgo no solo para esta persona, sino también para terceros. A tal efecto, recuerda el TSJ de Cataluña que este riesgo, en caso de trabajos de riesgo o enfermedades contagiosas, no sólo afecta a las personas que deciden acudir a su trabajo, sino también a sus compañeros de trabajo, que ni siquiera habiéndose ausentado un solo día de trabajo, asumen el riesgo de contagio en aras a la defensa de la productividad.

A mayor abundamiento, el TSJ de Cataluña recuerda que el Comité Europeo de Derechos Sociales, al interpretar del art. 3 de la Carta Social Europea, en este caso, sí ratificada por España, ha establecido que “la obligación principal del Estado parte en virtud del art. 3 es garantizar el derecho a los más altos estándares posibles de seguridad y salud en el trabajo”. Esta obligación implica dictar normas de seguridad y salud en el trabajo que garanticen la prevención y protección en el lugar de trabajo contra los riesgos reconocidos por la comunidad científica y regulados a nivel comunitario e internacional.

En definitiva, concluye el Tribunal que el art. 4 del Convenio núm. 155 OIT sitúa el nivel de obligación del estado en la de reducir al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo, a lo cual, no cabe duda que se opone el hecho de considerar como justa causa de despido las ausencias intermitentes al trabajo derivadas de enfermedad o accidente no laboral.

Todo ello lleva al TSJ de Cataluña a considerar que el art. 52 d) ET es contrario a los arts. 4.1 y 5 del Convenio núm. 155 OIT y al art. 3 de la Carta Social Europea.

Finalmente, por lo que respecta a la posible vulneración que puede suponer el art. 52 d) ET de la perspectiva de género, en su vertiente antidiscriminatoria, el Tribunal recuerda que la incorporación del control de convencionalidad de la perspectiva de género viene exigida por el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, Ley Orgánica

3/2007), en virtud del cual, “la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres es un principio informador del ordenamiento jurídico y, como tal, se integrará y observará en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas”.

A partir de estas premisas y tras constatarse mediante datos estadísticos un mayor impacto en las mujeres que en los hombres de las ausencias intermitentes al trabajo justificadas por procesos de incapacidad temporal, el TSJ de Cataluña pone de manifiesto que “nos hallamos antes una disposición, el art 52 d) ET, que, si bien es aparentemente neutra, pone a personas de sexo femenino en desventaja particular con respecto a personas del masculino, en tanto que el despido por ausencias de corta duración derivado de enfermedad afecta en mayor medida a las mujeres que a los hombres”.

De todo lo expuesto, el Tribunal concluye que el art. 52 d) ET constituye una infracción del art. 11 de la CEDAW, “por cuanto se produce una discriminación indirecta por razón de género en la garantía de los derechos a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicios; el derecho a la seguridad social, en particular en casos de incapacidad para trabajar y, en fin, el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo de las mujeres trabajadoras, que dadas las mayores tasas de desempleo entre su colectivo, se ven lógicamente más afectadas por el precepto en cuestión.

En definitiva, de conformidad con el control de convencionalidad del art. 52 d) ET efectuado por el TSJ de Cataluña, se concluye que dicha norma es inaplicable al supuesto enjuiciado, por cuanto que las normas convencionales expuestas deben prevalecer sobre lo dispuesto por dicho precepto. Y, en consecuencia, no resultando aplicable el art. 52 d) ET al supuesto enjuiciado, el despido efectuado por la empresa en base a dicho precepto constituye un despido sin causa legal que lo ampare y, por tanto, el mismo debe ser declarado como improcedente, con los efectos que de dicha declaración se derivan.

3. VALORACIÓN Y ALCANCE DE LA STSJ DE CATALUÑA DE 17 DE ENERO DE 2020

No cabe duda que lo primero que llama la atención de la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 es que la misma se haya dictado unos pocos meses después de que el Tribunal Constitucional diera a conocer su polémica sentencia 118/2019, de 16 de octubre, en la que se avalaba plenamente la constitucionalidad del art. 52 d) ET. Esta circunstancia parecía cerrar todas las posibilidades de poner coto a los despidos por causas objetivas de los trabajadores enfermos por la vía judicial, hasta el punto, que dicha resolución del Tribunal Constitucional motivó el compromiso inmediato del Gobierno de poner fin a esta vía extintiva

del contrato de trabajo, como finalmente ha sucedido con la aprobación del Real Decreto-Ley 4/2020.

Pese a ello, una vez cerrado el control de constitucionalidad del art. 52 d) ET por parte de quien tiene la competencia para ello, es decir, el Tribunal Constitucional, la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 abrió una nueva vía de control, ahora de convencionalidad, de dicho precepto, confrontándolo con diferentes Tratados y Convenios Internacionales suscritos por el Estado español. A tal efecto, de igual modo que el Tribunal Constitucional era el competente para llevar a cabo el control de constitucionalidad, corresponde ahora a la jurisdicción ordinaria, en el supuesto enjuiciado, al TSJ de Cataluña, efectuar el referido control de convencionalidad¹².

En este sentido, el propio Tribunal Constitucional, en su sentencia 140/2018, de 20 de diciembre, ha establecido que “el análisis de convencionalidad que tiene cabida en nuestro ordenamiento constitucional no es un juicio de validez de la norma interna o de constitucionalidad mediata de la misma, sino un mero juicio de aplicabilidad de disposiciones normativas; de selección de derecho aplicable, que queda, en principio, extramuros de las competencias del Tribunal Constitucional que podrá, no obstante, y en todo caso por la vía procesal que se pone a su alcance a través del recurso de amparo constitucional, revisar la selección del derecho formulada por los jueces ordinarios en determinadas circunstancias bajo el parámetro del art. 24.1 CE, que garantiza, “que el fundamento de la decisión judicial sea la aplicación no arbitraria ni irrazonable de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente con relevancia constitucional, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería una mera apariencia (por todas, SSTC 25/2000, de 31 de enero; 221/2001, de 31 de octubre y 308/2006, de 23 de octubre)”.

En la misma dirección, la propia STC 118/2019 que declaraba la constitucionalidad del art. 52 d) ET, al mismo tiempo indicaba que “la eventual contradicción entre la regulación interna y los convenios y tratados internacionales ratificados por España no determina por sí misma violación constitucional alguna; se trata de un juicio de aplicabilidad —control de convencionalidad— que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria”.

¹² Sobre el control de convencionalidad vid. Valdés Dal-Ré, F.: “Control de convencionalidad y jurisdicción social”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 1, 2020 y Jimena Quesada, L.: El control de convencionalidad y los derechos sociales: nuevos desafíos en España y en el ámbito comparado europeo (Francia, Italia y Portugal). *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 22, 2018.

Siendo la jurisdicción ordinaria la competente para efectuar el control de convencionalidad de las normas internas, en este momento, el art. 52 d) ET, cabe valorar las posibilidades de éxito que hipotéticamente tendría el juicio efectuado por la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020, atendiendo a la jurisprudencia y, en su caso, a la doctrina judicial ya existente al respecto. No olvidemos al respecto que la invocación de estos Tratados y Convenios Internacionales no siempre constituye una auténtica novedad, sino que, de una manera más o menos soterrada, ya venían siendo objeto de análisis en la resolución de los despidos objetivos por ausencias del trabajador enfermo, por algunos Juzgados de lo Social y Tribunales Superiores de Justicia.

La primera cuestión que plantea el TSJ de Cataluña es la posible vulneración por parte del art. 52 d) ET del derecho a no ser despedido sin justa causa, recogido en el art. 6 del Convenio núm. 158 OIT, que, a criterio del Tribunal, ofrece un estándar más alto de protección que el previsto en el art. 35.1 CE, por cuanto, dicho Convenio refuerza este derecho a no ser despedido sin justa causa con una protección suplementaria, consistente en la prohibición de despedir por causa de ausencia temporal del trabajo motivada por enfermedad. En apoyo de esta misma conclusión, el TSJ de Cataluña también invoca el art. 24 de la Carta Social Europea, según el cual, no se considera como justa causa del despido, la ausencia temporal del trabajo a causa de enfermedad o accidente.

A tal efecto, no cabe duda que una de las cuestiones que ha planteado mayor conflictividad en los tribunales españoles sobre la adecuación del art. 52 d) ET a la normativa internacional, ha sido, precisamente, la compatibilidad de dicho precepto con lo preceptuado por el art. 6 del Convenio núm. 158 OIT y a la Recomendación 166 de la OIT sobre la terminación del contrato de trabajo (en adelante, Recomendación, 166 OIT). En este contexto, se han dictado diferentes resoluciones judiciales, normalmente en instancia, que, acudiendo, entre otras normas internacionales, al referido Convenio de la OIT, han intentado limitar los efectos perniciosos derivados de la reforma del despido por ausencias del trabajador llevada a cabo en el marco de la reforma laboral de 2012.

A título de ejemplo, cabe destacar la pionera sentencia del Juzgado de lo Social núm. 33 de Barcelona de 17 de septiembre de 2013, que concluía que el art. 52 d) ET contraviene lo preceptuado por el art. 6 del Convenio núm. 158 OIT (núm. procedimiento 679/2013)¹³. Para llegar a esta conclusión, el magistrado

¹³ Un comentario a esta resolución judicial en Moreno Gené, J.: “Límites constitucionales e internacionales...” cit., págs. 291 a 301 y Molina Navarrete, C.: “La ilegitimidad constitucional del despido por absentismo laboral y el margen de reinterpretación adecuadora desde el derecho comunitario”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 370, 2014, págs. 189 a 192.

de instancia recuerda que la causa extintiva prevista por el art. 52 d) ET fue introducida con anterioridad no sólo a la Constitución Española, sino también a la ratificación incondicional por parte del Estado Español del Convenio núm. 158 OIT, que dispone explícitamente en su art. 6 –como hace también el art. 5 respecto de otros factores de discriminación– que la “ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo”.

Asimismo, el magistrado de instancia considera que la remisión que efectúa el art. 6.2 a la legislación nacional, es exclusivamente, en cuanto a la definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la prohibición, pero no habilita para excluir de la prohibición de despido a las ausencias temporales por causa de enfermedad de corta duración, una vez definidas como tales. A tal efecto, el magistrado se remite al informe de la Comisión de expertos de la OIT en la aplicación de Convenios y Recomendaciones, titulado “Estudio General de 1995”, en cuyo párrafo 137, y en relación con esta posibilidad de los estados miembros de incidir en la definición de ausencia temporal del trabajo, se considera que “si bien el Convenio deja que el concepto de ausencia temporal se defina en las disposiciones nacionales, si la ausencia se define sobre la base de la duración, “se la debería prever de modo tal que siga siendo compatible con el objetivo del artículo, que consiste en proteger el empleo del trabajador en un momento en que éste se encuentra en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones por razones de fuerza mayor”.

En consecuencia, teniendo en cuenta que el art. 96.1 CE dispone que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento jurídico” y que “sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derechos Internacional”, a criterio del magistrado, ello comporta que, ya desde el momento inicial de la ratificación del Convenio núm. 158 OIT, se produjo una situación de incumplimiento frontal del art. 6 del mismo, al no eliminar, ni corregir, ni excepcionar la facultad extintiva contemplada en el art. 52 d) ET, basada en la “ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión” que según el art. 6 del citado convenio, “no deberá constituir una causa justificada de la terminación de la relación laboral”.

Pese a las fundadas dudas que suscita la adecuación del art. 52 d) ET al Convenio núm. 158 OIT, la posibilidad que prevé la propia norma de que los estados miembros puedan incidir en la definición de la ausencia temporal de trabajo por motivo de enfermedad o lesión a los efectos de lo previsto en el art. 6

del Convenio 158 OIT ha limitado de forma sustancial el alcance de esta norma y, en consecuencia, las garantías que se derivan de la misma, permitiendo que se haya justificado la compatibilidad de dicho precepto con el mantenimiento de la causa de extinción del contrato prevista en el art. 52 d) ET.

Valga a título de ejemplo la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013 que estima el recurso presentado contra una resolución judicial que había considerado que el art. 52 d) ET entraba en contradicción con las disposiciones del Convenio núm. 158 OIT y que, por tanto, no debía ser aplicado. En este punto, dicha resolución judicial recuerda que la justificación de la causa de extinción contenida en el art. 52 d) ET ha sido admitida por la doctrina del Tribunal Supremo de la que cabe concluir que “la lucha contra el absentismo es un objetivo legislativo legítimo, sin que parezca inadecuado relacionar esta causa de despido con las necesidades de funcionamiento de la empresa. No desaparece esta justificación por el dato de que se haya dejado de exigir un porcentaje de absentismo total de la plantilla del centro de trabajo”.

En este punto, la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013 considera que la concreción del principio general del art. 4 del Convenio núm. 158 OIT se encuentra en los arts. 5 y 6 del mismo, de los que se desprende que existen unos supuestos que ineludiblemente haya que calificar como motivos ilegítimos que en ningún caso pueden constituir causa justificada para la terminación del contrato, que son los del art. 5, y otro diferenciado, el de la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión, que tiene un tratamiento propio en el art. 6.

Precisamente del examen del art. 6 del Convenio núm. 158 OIT en relación con el art. 1 del mismo, la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013 deduce que el art. 52 d) ET no contraviene lo dispuesto en el citado convenio internacional. A tal efecto, considera que “si bien como regla general se dispone (art. 6.1) que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada de terminación de la relación de trabajo, seguidamente se establece (art. 6.2.) que determinados elementos de esa regla general pueden ser precisados de conformidad con los métodos de aplicación del convenio, es decir, a través de la legislación, los convenios colectivos, las decisiones judiciales o cualquier otro método que sea válido conforme a la práctica nacional”. Según el Tribunal, “ello implica que la definición de ausencia temporal y las posibles limitaciones a la regla general del apartado 1 del art. 6 quedan derivadas a lo que disponga la norma legal o el convenio colectivo en nuestro ordenamiento nacional”.

En definitiva, la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013 concluye que “no puede compartirse que exista contradicción entre el art. 52 d) ET y el convenio 158 OIT, toda vez que la norma internacional habilita en esta materia concreta a

la nacional. Ese desarrollo efectuado por la norma legal española no desvirtúa lo dispuesto en el convenio, pues no se abre ilimitadamente la posibilidad de despedir por ausencia temporal por enfermedad o lesión, sino que se contrae esa eventualidad a supuestos muy precisos, requiriendo un porcentaje de faltas de asistencia en determinados períodos y excluyendo un considerable elenco de ausencias que no son computables para reunir aquellos porcentajes”. Asimismo, discrepando del criterio de la sentencia de instancia, la STSJ de Madrid de 2 de diciembre de 2013 no considera “que sea decisivo y trascendente para legitimar esta regulación el dato de la exigencia de un porcentaje total de absentismo de la plantilla, pues aun habiendo desaparecido tal elemento en la redacción del RD-Ley 3/2012 y en la Ley 3/2012, subsiste el absentismo del trabajador individual determinado de una forma objetiva, así como las exclusiones del párrafo segundo del art. 52 d) ET, configurando un régimen nacional que se haya permitido por el art. 6.2 del convenio 158 OIT”¹⁴.

Esta doctrina mayoritaria de los tribunales laborales concuerda, por otra parte, con la doctrina contenida en la STC 118/2019, de 16 de octubre, que

¹⁴ En la misma dirección vid. la temprana STSJ de Madrid de 18 de julio de 2006 (núm. rec. 1309/2006) que, aplicando redacciones anteriores del art. 52 d) ET y tras recordar que “en la normativa internacional se establecen algunas garantías frente al despido del trabajador enfermo”, indica que “no obstante, en el nº 2 del art. 6 se habla de las posibles limitaciones a la aplicación del párrafo 1 del mismo artículo que serán determinadas con los métodos de aplicación mencionados en el art. 1 del mismo Convenio 158”. A partir de estas premisas, la resolución concluye que “el nº 1 del art. 6 del Convenio núm. 158 de la OIT encuentra en nuestra legislación un límite en su aplicación, establecido en el art. 52 d) del ET”. Igualmente, la STSJ de Cataluña de 9 de abril de 2013 (núm. rec. 7474/2012) mantiene que no consta que el art. 52 d) ET “sea contrario a ninguna norma internacional, ni mucho menos al Convenio núm. 158 OIT, pues no se castiga la ausencia temporal, sino la reiteración de ausencias cortas, las de más de veinte días no computan para el cálculo del absentismo”. A tal efecto, se alega que la jurisprudencia ha admitido de forma unánime que el art. 52 d) ET, en su anterior redacción, pero también en la actual, permita con determinados límites y condicionamientos que el absentismo laboral, aun tratándose de bajas justificadas, tenga un reflejo en la extinción del contrato de trabajo. También, se pronuncia en este sentido la STSJ de Madrid de 23 de julio de 2014 (núm. rec. 402/2014) que mantiene que “no consideramos que se haya infringido el Convenio OIT 158. Si bien como regla general el art. 6.1 de este Convenio dispone que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad no es causa justificativa de terminación de la relación laboral, seguidamente el art. 6.2 del citado Convenio establece determinados elementos de esa regla general pueden ser precisados de conformidad con los métodos de aplicación del Convenio, es decir, a través de la legislación, los convenios colectivos, las decisiones judiciales o cualquier otro método que sea válido conforme a la práctica nacional. Ese desarrollo efectuado por la norma española no desvirtúa el Convenio 158 OIT, pues no se abren ilimitadamente las partes para despedir por ausencias temporales derivadas de enfermedad o lesión, sino que se contrae esa posibilidad a supuestos muy precisos, requiriendo un porcentaje de faltas de asistencia en determinados períodos y excluyendo un considerable elenco de ausencias que no son computables para reunir aquellos porcentajes”. Vid. también, STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 2014 (núm. rec. 695/2014) y STSJ de Cataluña de 3 de abril de 2017 (rec. 7675/2016).

tampoco considera que exista contradicción alguna, en la medida en que la previsión contenida en el art. 6.1 del Convenio núm. 158 OIT, según la cual “la ausencia al trabajo por motivo de enfermedad o lesión no debe constituir una causa justificada de terminación de la relación laboral”, queda inmediatamente matizada por la previsión recogida en el apartado segundo de dicho precepto. De conformidad con esta previsión, mantiene el Alto Tribunal que el legislador puede establecer, dentro de su margen de configuración y ponderando los derechos e intereses en conflicto, limitaciones a la aplicación del art. 6.1 del Convenio núm. 158 OIT, como efectivamente lo ha hecho mediante la regulación contenida en el art. 52 d) ET. A ello añade el Tribunal Constitucional que dicho precepto encaja en el art. 4 del citado convenio puesto que permite poner término al contrato de trabajo cuando exista causa justificada para ello, incluyendo al respecto las necesidades de funcionamiento de la empresa, entre las que el Alto Tribunal incluye “la defensa de la productividad, que puede verse comprometida por el incremento de costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia de las ausencias al trabajo” previstas en el art. 52 d) ET.

Este criterio se ha visto reforzado, además, por la respuesta dada por la propia OIT a la reclamación planteada en su momento por los sindicatos CCOO y UGT sobre la adecuación del art. 52 d) ET al Convenio OIT. A tal efecto, el Informe del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT llevado a cabo en la 321ª reunión en Ginebra el 13 de junio de 2014 concluye que “El Comité considera que las modificaciones de las definiciones y a las limitaciones de los que constituye una ausencia temporal del trabajo introducidas por la reforma legislativa de 2012 han sido determinadas de conformidad con el artículo 6 del Convenio núm. 158, de acuerdo con los métodos de aplicación mencionados en su artículo 1”¹⁵.

Todo lo expuesto permite concluir que, a pesar de los fundados argumentos que incorpora la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020, objeto de este comentario, la doctrina contenida en la misma puede tener serias dificultades para consolidarse ante un hipotético recurso de casación en unificación de doctrina resuelto por el Tribunal Supremo. Aunque el TSJ de Cataluña también refuerza su interpretación invocando el valor hermenéutico que puede tener el art. 24 de la Carta Social Europea revisada, en virtud del cual, no se considera como justa causa del despido, la ausencia temporal del trabajo a causa de enfermedad o accidente”, no parece que este argumento pudiera ser suficiente para cambiar el criterio adoptado hasta el momento por la doctrina judicial mayoritaria, más si

¹⁵ Vid. al respecto Gutiérrez Pérez, M.: “Examen de la reforma laboral de 2012 a la luz del Convenio 158 OIT: el reciente informe de la OIT”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 39, 2014, págs. 301 y 302.

cabe, si tenemos en cuenta que la Carta Social Europea revisada, aunque firmada, no ha sido ratificada aún por el Estado español.

La segunda cuestión que plantea el control de convencionalidad efectuado por la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 se refiere a la posible vulneración por parte del art. 52 d) ET del derecho a la prevención de riesgos laborales, en la medida en que dicho precepto sería contrario a diferentes Tratados internacionales ratificados por el Estado español sobre esta materia que garantizan una protección superior a la ofrecida constitucionalmente por el principio rector del art. 40.2 CE –los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo–, cuya infracción el Tribunal Constitucional ha descartado en relación con los arts. 15 y 43 CE.

Efectivamente, la protección de la salud del trabajador ha sido, sin lugar a dudas, el derecho de los trabajadores que se ha visto más afectado por el despido por absentismo previsto en el art. 52 d) ET, resultando, *a priori*, dudosa su compatibilidad con diferentes derechos recogidos en la propia Constitución que amparan la salud del trabajador, en concreto, el art. 15, según el cual, “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física”, y el art. 43, que “reconoce el derecho a la protección de la salud”, a los que cabe añadir el art. 40, que establece que los poderes públicos velarán por “la seguridad e higiene en el trabajo” de los trabajadores. A tal efecto, únicamente el “derecho a la vida y a la integridad física” se configura como un derecho fundamental, pero la íntima relación existente entre este derecho y los derechos a la protección de la salud y a la seguridad e higiene en el trabajo reconocidos al trabajador hacen necesario que los mismos sean abordados de un modo conjunto.

En este punto, cabe recordar que, tras la reforma laboral de 2012, la “causa objetiva” que habilita la extinción del contrato prevista en el art. 52 d) ET ya no es el perjuicio económico y productivo que un absentismo colectivo disparado podría generar en una empresa, sino la posibilidad de despedir a aquel trabajador que, por causa, entre otras, de enfermedad, no es “suficientemente productivo”. A partir de esta premisa, podría considerarse que de dicho precepto se deriva una situación de amenaza o coacción dirigida a todos los trabajadores en general y a los enfermos en particular que les disuada del ejercicio de un derecho tan elemental, ya se encuentre reconocido en el art. 15 y/o en el art. 43 CE, como es el derecho de ser reconocido en situación de incapacidad temporal en caso de enfermedad el tiempo necesario para la curación o mejora de su enfermedad¹⁶.

Esta argumentación podría encontrar su apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo contenida en sentencia de 31 de enero de 2011 (núm. rec. 1532/2010),

¹⁶ Muy significativa en esta misma dirección es la STSJ de Madrid de 18 de julio de 2006

que conoce del recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Asturias de 12 de marzo de 2010 (núm. rec. 188/2010), que declara la nulidad de un despido por parte de una empresa que actúa como “práctica habitual”, “coaccionando a los trabajadores para que se reincorporen a su puesto de trabajo (...) cuando existe un parte médico expedido por un facultativo de la sanidad pública que entiende que el trabajador no se encuentra en condiciones para reincorporarse al trabajo”, coacción que se vincula a la advertencia de adoptar “el despido para el caso de no aceptar la propuesta”. Frente a este comportamiento empresarial, la STS de 31 de enero de 2011 concluye que “la amenaza de despido pone en juego no sólo la tacha de discriminación, sino la eventual lesión del derecho a la integridad física”, lo que le lleva a concluir que “la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo, le ha sido prescrito constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse lesiva para el derecho a la integridad física de acuerdo con la doctrina constitucional”.

En base a estas argumentaciones, podría considerarse que el art. 52 d) ET en su configuración posterior a la reforma laboral de 2012 podría ser contrario al derecho a la integridad física, a la salud de los trabajadores y a la seguridad e higiene en el trabajo, reconocidos en los arts. 15, 40 y 43 CE, por configurarse como un instrumento de disuasión y/o de coacción del ejercicio por parte del trabajador de su derecho a ser reconocido en situación de incapacidad temporal el tiempo necesario para la curación o mejora de su enfermedad. En este punto, podría mantenerse, incluso, que no fuera necesario que se ponga en peligro grave y cierto la continuación del tratamiento sanitario, ni la salud del trabajador, sino que podría bastar con introducir en el razonamiento el concepto de riesgo, a saber, ¿si puede el riesgo de ser despedido por la enfermedad incitar al trabajador a interrumpir su proceso de curación, o a no iniciarlo para no perder el empleo?; ¿si el despido puede suponer un riesgo para la condición física o psíquica del trabajador enfermo, incluido el riesgo particularmente grave de incitar a no iniciar o interrumpir la curación, esto es, el proceso de recuperación de su salud?; ¿si puede el miedo al desempleo llevar al trabajador a no exteriorizar o explicitar

(núm. rec. 1309/2006), la cual establece que “reconocido explícitamente el derecho a la salud, a la integridad física, como valor directamente conectado con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, resulta claro que cualquier acto de ejercicio de este derecho, como lo es el de recuperar la incolumidad corporal, la salud, como concreción del derecho constitucionalmente reconocido, no puede originar un impacto adverso, una consecuencia perjudicial. El trabajador que ejercita su derecho a recuperar su salud, no puede sufrir un acto de represalia por el empresario, manifestado en el despido, pues mal podría ser efectivo el derecho a preservar y recuperar la salud y la integridad física del trabajador enfermo si no se acompaña de algún tipo de garantía frente a cualesquiera actitudes de represalia que pudiera adoptar la empresa”.

la enfermedad, viéndose privado, como consecuencia de la injerencia empresarial en el disfrute del derecho a prevenir, tratar y luchar contra la enfermedad?, etcétera¹⁷.

Sin embargo, los tribunales laborales, empezando por la propia Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, no han integrado hasta el momento estas reflexiones en sus decisiones. A título de ejemplo, la STSJ de Cataluña de 9 de abril de 2013 (núm. rec. 7474/2012) no comparte este criterio al considerar que a pesar de que exista una cierta conexión entre el derecho a la integridad física y el derecho a la salud, ello no puede llevar a identificar o confundir ambos derechos. A tal efecto, la resolución mantiene que al trabajador que se halla de baja por incapacidad temporal, le asiste el derecho a no asistir de forma justificada a su puesto de trabajo, como también a recibir la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social que se le prescribe para su recuperación, pero, según la Sala, “este derecho poco o nada tiene que ver con que esté ejercitando el derecho fundamental a la integridad física del art. 15 de la Constitución, ni por lo tanto, cabe sostener que tal situación esté amparada por este precepto, aunque lo sea para luchar contra la decisión de la empresa de despedirlo”.

A mayor abundamiento, la citada resolución judicial concluye que para considerar que se produce una vulneración de la integridad física del trabajador es necesario que se pueda constatar una actuación empresarial de la que se derive un riesgo o produzca un daño a la salud del trabajador, lo cual nunca podrá tener lugar en un supuesto de un despido por ausencias del trabajador basadas en el art. 52 d) ET, “ya que es el legislador dentro de sus facultades el que ha decidido modificar dicho precepto para permitir a las empresas que puedan deshacerse de sus trabajadores que por las razones que fueren sin tener en cuenta la causa han estado en aquellas situaciones que no exceptúa el párrafo segundo del artículo 52 d) TRET”.

En definitiva, la STSJ de Cataluña de 9 de abril de 2013 mantiene que no es posible encontrar una conexión entre el derecho a la integridad física y la actuación de un empresario que despide a un trabajador con motivo del número de veces que en un periodo de tiempo ha estado en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común, pues, “por un lado el despido es una conducta que no tiene repercusión física o material alguna sobre el trabajador, aunque sí pueda tenerla de orden moral (...) y por último, porque lo que hace el

¹⁷ Véase este razonamiento en el voto particular que contiene la STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2007 (núm. rec. 3100/2007).

empresario es aprovechar una regulación que pretende sin más penalizar a los trabajadores que no sean suficientemente productivos para sus empresarios”.

Esta doctrina se ajusta, a su vez, a la contenida en la STS de 22 de noviembre de 2007 (núm. rec. 3907/2006), que ponía de manifiesto la “inaceptable asimilación del derecho fundamental a la vida y a la integridad física (art. 15 CE) con el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE), pues sin perjuicio de la indudable conexión entre ambos derechos, el último de los citados no es un derecho fundamental, sino un principio rector de la política social y económica, y que como tal puede ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen”.

Es cierto que la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020 intenta sortear estos razonamientos mediante la invocación del art. 4.1 del Convenio núm. 115 OIT, que establece la obligación de todo Estado Miembro de formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una política nacional coherente en materia de seguridad y salud de los trabajadores y medio ambiente de trabajo, con el objeto de prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo, reduciendo al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo.

Esta previsión, a criterio del TSJ de Cataluña, no se ceñiría a los supuestos de riesgos graves e inminentes para la salud, vida o integridad física, como sucede con la tutela constitucional que se acaba de exponer, sino que la tutela convencional se extendería a todo tipo de riesgos, de modo que la misma no podría ser compatible con la obligación que se desprende del art. 52 d) ET de que los trabajadores que sufren enfermedades que provocan ausencias intermitentes que les incapacitan para el trabajo acudan al trabajo, so pena de despido.

A mayor abundamiento, el Tribunal constata que esta circunstancia puede comportar un doble riesgo: a) En primer lugar, un riesgo para la salud de la persona trabajadora que, ante las altas tasas de desempleo existentes, hará lo posible para evitar la pérdida de su trabajo; y b) en segundo lugar, no cabe duda que el hecho de que una persona impedida para el trabajo acuda a trabajar supone un riesgo no solo para esta persona, sino también para terceros.

Pese a lo correcto de estos razonamientos, se plantean serias dudas de que los mismos puedan contrarrestar la consolidada jurisprudencia y doctrina judicial existente en materia de protección de la salud de los trabajadores enfermos despedidos mediante el art. 52 d) ET que, hasta la actualidad, ha considerado que el despido objetivo del trabajador por sus ausencias al trabajo no atenta contra la

salud de los trabajadores despedidos por tal causa, aunque el mismo se base en faltas de asistencia motivadas por enfermedad del trabajador.

Finalmente, la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020, objeto de este comentario, atendiendo a diferentes datos estadísticos, constata el mayor impacto de las ausencias intermitentes al trabajo justificadas por procesos de incapacidad temporal en las mujeres que en los hombres. A partir de esta premisa, concluye que el art. 52 d) ET se perfila como una disposición que, aunque en apariencia es neutra, pone a las personas de sexo femenino en desventaja particular con respecto a personas del masculino, en tanto que el despido por ausencias de corta duración derivado de enfermedad afecta en mayor medida a las mujeres que a los hombres. Esta circunstancia, según el TSJ de Cataluña, constituye una infracción del art. 11 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979 y ratificada por España, “por cuanto se produce una discriminación indirecta por razón de género en la garantía de los derechos a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicios; el derecho a la seguridad social, en particular en casos de incapacidad para trabajar y, en fin, el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo de las mujeres trabajadoras, que dadas las mayores tasas de desempleo entre su colectivo, se ven lógicamente más afectadas por el precepto en cuestión”.

El abordaje del art. 52 d) ET desde una perspectiva de género que ahora invoca el TSJ de Cataluña tampoco es totalmente novedoso en el seno de la doctrina judicial, si bien, es cierto que este enfoque ha pasado a ocupar un primer plano, al menos mediático, a partir del voto particular emitido por la magistrada Dña. María Luisa Balaguer Callejón a la STC 118/2019 que, como ya se ha indicado, avalaba el despido por absentismo del trabajador previsto por el art. 52 d) ET.

Recuérdese al respecto que la magistrada considera en el referido voto particular que el art. 52 d) ET incurre en una clara discriminación indirecta por razón de sexo, lo cual, a su criterio, debería haber conducido al Tribunal Constitucional a declarar la inconstitucionalidad de dicha norma, si bien, como es bien conocido, este no fue el criterio finalmente adoptado por la sentencia mayoritaria, la cual, ni tan siquiera, llegó a abordar la posible incompatibilidad del art. 52 d) ET con el derecho a la igualdad y a la no discriminación de las trabajadoras.

El enfoque de esta cuestión desde una perspectiva de género ya se había insinuado con anterioridad en alguna resolución judicial. A título de ejemplo, la STSJ de Cantabria de 18 de enero de 2019, aunque fuera de forma muy vaga, también indicaba que el carácter discriminatorio del despido de una trabajadora enferma puede derivar de hecho de que “estamos ante una patología netamente

femenina, lo que impone enjuiciar la cuestión desde una perspectiva de género”. En consecuencia, esta sentencia se incardina en la línea argumental de acudir a la tutela antidiscriminatoria por razón de sexo, para aquellos supuestos en que el despido de la trabajadora enferma se produzca como consecuencia de que la misma sufre una enfermedad que pueda considerarse como “feminizada”¹⁸.

A tal efecto, los partidarios de esta opción se apoyan en la doctrina del Tribunal Supremo que considera que el despido por enfermedad es discriminatorio cuando concurren circunstancias que “históricamente han estado ligadas a formas de opresión o segregación de determinados grupos de personas”. A partir de esta consideración, se mantiene que, aunque la enfermedad quede fuera del concepto de discapacidad, el despido de una trabajadora por una enfermedad ligada a su sexo se considera discriminatorio y contrario a los derechos fundamentales de las mujeres¹⁹.

En esta dirección, se acude, entre otras, a la doctrina contenida en la STS de 27 de enero de 2009, según la cual, una enfermedad es una contingencia inherente a la condición humana y no específica de un grupo o colectivo de personas o de trabajadores, por lo que no puede ser considerada como un factor discriminatorio de despido. De ello se deduce, a *sensu contrario*, que la enfermedad sí puede ser considerada un factor discriminatorio en aquellos casos en los que sea específica de un grupo de personas, lo cual ocurriría en enfermedades de alta prevalencia femenina. Además, este criterio no resultaría válido únicamente para las enfermedades crónicas, sino que podría ser extensible a las incapacidades temporales por motivos vinculados a la biología de las mujeres o síntomas que padezcan las mismas con una frecuencia estadística mayor con respecto a los hombres²⁰.

Pese a lo atractivo que resulta el abordaje de esta cuestión desde una perspectiva de género que se contiene en la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020, objeto de este comentario, no cabe duda que nos encontramos todavía ante un enfoque muy novedoso e incipiente de esta materia. Esta circunstancia aconseja que para valorar el verdadero alcance de este planteamiento que toma en consideración la perspectiva de género a la hora de enjuiciar los despidos de las trabajadoras enfermas se espere a futuros desarrollos judiciales del mismo.

¹⁸ Sobre esta perspectiva de género de la salud vid. Rivas Vallejo, P.: “Salud y Género: perspectiva de género en la salud laboral”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 74, 2008, págs. 227 a 286.

¹⁹ Vid. Aránguez Sánchez, T.: “El despido por enfermedad a la luz del principio de igualdad”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51, 2018, pág. 341.

²⁰ Vid. A. Aránguez Sánchez, T.: “El despido por enfermedad...” cit. pág. 342.

Por todas las razones expuestas, a pesar de lo acertado del criterio del TSJ de Cataluña de someter a control de convencionalidad al art. 52 d) ET, contrastándolo con diferentes Tratados y Convenios internacionales suscritos por el Estado Español, es cuanto menos dudoso que la conclusión alcanzada por dicho Tribunal de considerar que dicho precepto conculca lo previsto en dichos Tratados y Convenios internacionales, acabe siendo avalada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no en vano, como ya se ha constatado a lo largo de este trabajo, dicho precepto tradicionalmente ha mostrado una gran capacidad de pervivencia a lo largo de los años, en ocasiones, incluso ante alegaciones similares a las ahora acogidas por el TSJ de Cataluña²¹.

A ello cabe añadir, además, las insalvables dificultades que se han planteado en otros supuestos, también relacionados con la reforma laboral de 2012, a la hora de poder inaplicar normas de derecho interno por considerarse contrarias a lo dispuesto en diferentes Tratados y Convenios internacionales suscritos por el Estado español. Baste con recordar al respecto los intentos por inaplicar el período de prueba de un año previsto por el contrato indefinido de apoyo a los emprendedores por considerarse contrario a la normativa internacional. Pese a estos esfuerzos, únicamente mediante la intervención del legislador se acabó derogando esta modalidad contractual y, por extensión, el periodo de prueba a todas luces excesivo que en la misma se contemplaba.

Más allá de las dificultades que pudiera encontrar la consolidación de la doctrina contenida en la STSJ de Cataluña de 17 de enero al ser enjuiciada por el Tribunal Supremo, la misma aún plantea un claro inconveniente, no en vano, pese a inaplicar el art. 52 d) ET al supuesto enjuiciado, por considerar que infringe derechos como el derecho al trabajo, a la salud, aunque sea en su vertiente de salud laboral y de igualdad y no discriminación, reconocidos en diferentes normas internacionales, únicamente acaba declarando la improcedencia del despido enjuiciado. Es cierto que este fallo se encuentra claramente condicionado por la existencia de una causa justa de despido recogida en el art. 52 d) ET y el aval que del mismo había efectuado el Tribunal Constitucional, pero, aun así, la declaración de improcedencia parece muy poca sanción para un supuesto en que se consideran vulnerados derechos del trabajador tan relevantes como los que se acaban de indicar.

Por último, también con independencia de las posibilidades de consolidación de la doctrina contenida en la STSJ de Cataluña de 17 de enero, la misma plantea una última carencia consistente en que el control de convencionalidad que lleva a cabo dicha resolución judicial, al contrastar el art. 52 d) ET con

²¹ Baylos Grau, A. Sobre la derogación del despido por absentismo... cit. y Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C.: "El Estatuto de los Trabajadores...", cit. pág. 9.

diferentes Tratados y Convenios internacionales suscritos por el Estado español, únicamente conlleva la inaplicación de la norma nacional contraria al canon internacional, pero no lleva aparejada en ningún caso la supresión o la anulación de la norma en cuestión, de modo que la misma sigue vigente en el ordenamiento jurídico, siempre a expensas de interpretaciones judiciales que puedan resultar más proclives a su aplicación.

Por todo ello, debe saludarse de forma muy efusiva que la respuesta a las serias dudas de legalidad internacional que plantea el art. 52 d) ET haya venido de la definitiva derogación de dicho precepto que ha llevado a cabo el Real Decreto-Ley 4/2020. Únicamente mediante esta vía queda asegurada la definitiva supresión de esta causa de despido objetivo por ausencias del trabajador y, por tanto, su definitiva expulsión de nuestro ordenamiento jurídico-laboral.

En este punto, cabe llamar la atención sobre el hecho de que los motivos invocados por el Preámbulo del Real Decreto-Ley 4/2020 para proceder a la supresión del art. 52 d) ET y, por tanto, de la causa de extinción del contrato por ausencias del trabajador que en la misma se contiene, consisten básicamente en la consideración de que dicho precepto, entendido como un procedimiento de aplicación automática que no permite el juicio de adecuación y proporcionalidad requerido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, “es un instrumento susceptible de provocar discriminación indirecta por razón de discapacidad y también de género”.

Obsérvese, por tanto, como el legislador, a la hora de justificar la supresión del art. 52 d) ET, acude a sendas doctrinas judiciales que se habían ido formulando en los últimos años por los tribunales laborales. La primera, que tendría como principal exponente, a la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de abril de 2019 (núm. rec. 664/2018), que había resuelto que no debían ser computadas entre las ausencias que justifican la extinción del contrato de trabajo prevista en el art. 52 d) ET, aquellas que fueran consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad entendida en sentido amplio. Y, la segunda, que entroncaría con la STSJ de Cataluña de 17 de enero de 2020, objeto de este comentario, que, entre otros motivos, había procedido a inaplicar el art. 52 d) ET por considerar que dicho precepto suponía una desventaja para las personas de sexo femenino respecto a las del sexo masculino. Por todo ello, es de justicia reconocer el papel básico que en la derogación de la causa de despido por absentismo del trabajador hasta ahora prevista en el art. 52 d) ET han jugado los tribunales laborales, habiendo contribuido de un modo decisivo a cuestionar la legitimidad de esta causa de extinción del contrato de trabajo y empujando de este modo al legislador a eliminarla de un modo definitivo del ordenamiento jurídico laboral.

No acaba, sin embargo, en este momento el trabajo de los diferentes operadores jurídicos, no en vano, el Real Decreto-Ley 4/2020 únicamente ha procedido a derogar el art. 52 d) ET y, en consecuencia, el despido objetivo por ausencias del trabajador que el mismo regulaba, pero nada se establece respecto a aquellos supuestos en que, aunque formalmente no se reconozca, efectivamente se procede a despedir a un trabajador por sus faltas de asistencia justificadas al trabajo, incluidas las justificadas por razón de enfermedad. Claro está, que en este supuesto el despido ya no podrá ser calificado como procedente, sino que el mismo deberá reconducirse a la declaración de improcedencia, con la consiguiente ampliación de los derechos indemnizatorios de los trabajadores afectados -de los veinte días de salario por año de servicio con un máximo de doce mensualidades previstos para el despido objetivo a los treinta y tres días de salario por año de servicios hasta un máximo de veinticuatro mensualidades que corresponden a un despido improcedente-, pero ello no impedirá que con estos despidos se sigan vulnerando diferentes derechos laborales de los trabajadores –salud, derecho al trabajo, derecho a la igualdad y no discriminación, etcétera-²².

Ahora más que nunca, por tanto, será necesario dar la batalla y agudizar el ingenio para conseguir la declaración de nulidad de los despidos de los trabajadores enfermos frente a su habitual declaración de improcedencia por parte de los tribunales laborales. En este punto, no cabe duda que la supresión del art. 52 d) ET no puede resultar inocua, puesto que, como acertadamente se ha indicado, con la supresión de esta causa de despido se desposee a la actuación empresarial del más mínimo vestigio de licitud, reforzándose de este modo “ciertos elementos concomitantes que insertan el despido entre los comportamientos discriminatorios o vulneradores de derechos fundamentales”²³, que deberán ser abordados en cada supuesto concreto a los efectos de permitir calificar el despido del trabajador enfermo como nulo.

²² Miñarro Yanini, M. y Molina Navarrete, C.: “El Estatuto de los Trabajadores...” cit. pág. 19, considera al respecto que la supresión del art. 52 d) ET no prohíbe realmente el despido por razones de salud, sino que lo convierte en causa injusta, elevando el precio del mismo, salvo que se acredite violación de un derecho fundamental, lo cual genera una gran incertidumbre jurídica.

²³ Vid. Baylos Grau, A. Sobre la derogación del despido por absentismo... cit.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Universidad Pablo de Olavide

EL DESPIDO DEL ARTÍCULO 52 d) ET NO SUPERA(BA) EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

STSJ Cataluña 17 de enero de 2020 ECLI: ES:TSJCAT:2020:1

PIERRE-HENRI CIALTI*

SUPUESTO DE HECHO: Una trabajadora, técnica de laboratorio, presta sus servicios para la empresa KERN PHARMA, S.L., desde el 14 de mayo de 1976. El 3 de enero de 2019, se le entrega carta de despido, con base en el artículo 52 d) ET, por ausencias justificadas e intermitentes. La empresa considera que las ausencias justificadas superan los porcentajes legales establecidos. La trabajadora formula demanda sobre despido, alegando que no se cumplen tales porcentajes, ante el juzgado de lo Social nº1 de Terrassa, que desestima la demanda y declara procedente el despido, considerando cumplidos los porcentajes exigidos. Contra esta sentencia, la trabajadora formula recurso de suplicación ante el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña que dicta la sentencia objeto del presente comentario.

RESUMEN: Eludiendo la cuestión del cumplimiento de los porcentajes legales –que se cumplen-, la sentencia nº 274/2020, de 17 de enero de 2020 de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña, de la que fue ponente el magistrado Carlos Hugo Preciado Domènech, procede a un control de convencionalidad y a un juicio de aplicabilidad del artículo 52 d) ET respecto a las normativas internacionales y europeas, al margen, por tanto, del control de constitucionalidad realizado por el Tribunal Constitucional en su controvertida Sentencia 118/2019. El TSJ de Cataluña plantea una serie de tres argumentos relativos al derecho a no ser despedido sin una justa causa, al derecho a la prevención de riesgos laborales y, finalmente, a la no discriminación por razón de sexo, adoptando una perspectiva de género. Llega a la conclusión de que la norma es inaplicable por vulnerar el derecho internacional y europeo, por lo que estima el recurso y declara el despido improcedente, por ausencia de causa legal. Esta Sentencia viene a complementar la compleja interrelación de sentencias de varios tribunales nacionales e internacionales sobre el despido basado en ausencias debidas a la salud, mediante un control de convencionalidad exhaustivo del art. 52 d) ET. En este marco, resulta interesante comparar la argumentación del TSJ con la de los demás pronunciamientos, así como la de la exposición de motivos del RDL 4/2020 de 18 de febrero, que abroga el artículo 52 d) ET. En este periodo de cuatro meses, entre la STC 118/2019, de 16 de octubre de 2019, y el RDL 4/2020, esta sentencia del TSJ de Cataluña ofrece una base argumental sólida y singular, que justifica el presente comentario.

* Profesor ayudante doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES PREVIAS
2. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD VS. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD
 - 2.1. Una jurisprudencia constitucional reafirmada pero controvertida
 - 2.2. El control de convencionalidad del art. 52 d) ET: la novedosa iniciativa del TSJ de Cataluña
3. LA TRIPLE FUNDAMENTACIÓN INTERNACIONAL Y EUROPEA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD
 - 3.1. El derecho a no ser despedido sin justa causa
 - 3.2. El derecho a la prevención de riesgos laborales
 - 3.3. La perspectiva de género
4. LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 52 D) ET POR EL RDL 4/2020 Y SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS
 - 4.1. La argumentación de la exposición de motivos del RDL 4/2020
 - 4.2. ¿Desaparecen las discriminaciones por la desaparición del despido por faltas repetidas?
5. CONCLUSIONES

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

A priori, desde el RDL 4/2020, de 18 de febrero, podría parecer superfluo abordar la conformidad con las reglas internacionales del, hoy en día, derogado artículo 52 d) ET. Sin embargo, su abrogación puso el broche final a una serie de pronunciamientos judiciales y constitucionales, así como de aportaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), cuya interacción revela elementos muy valiosos para entender la mecánica actual de la formación del Derecho.

El despido por ausentismo del artículo 52 d) ET permite tomar en cuenta determinadas ausencias justificadas -especialmente las ausencias no laborales por Incapacidad Temporal (IT) inferior a veinte días- y repetidas -en referencia a un porcentaje fijado en un plazo legalmente establecido-, para dar una causa a la extinción del contrato de trabajo. Considerando que estas ausencias repetidas, aunque justificadas, suponen un coste directo o indirecto para el empresario¹, la finalidad de la norma reside en tomar en consideración otro interés, el interés empresarial, amparado por la libertad empresarial del artículo 38 CE, que obliga los poderes públicos a garantizar y proteger la productividad de las empresas.

A partir de la reforma de 2012², que suprime la toma en consideración de un índice de ausentismo global en la empresa³, se puso en serias dudas la cons-

¹ Además de gastos económicos directamente vinculados con la persona ausente, pueden producir alteraciones en la organización de la empresa (problemas de producción, de recursos humanos, de sobrecarga de trabajo en otros trabajadores, es decir, de disminución de la productividad). Para profundizar, ver A. Arias Domínguez, *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador. Ineptitud, falta de adaptación y absentismo*, Aranzadi, 2005, p. 202.

² Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

³ Inicialmente fijado en un 5%, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, lo redujo al 2,5%.

titucionalidad del artículo 52 d) ET⁴. Este índice, que participaba del carácter proporcional de la regla legal, permitía contemplar, de manera objetiva, el carácter oneroso de la ausencia individual que produce un perjuicio a la empresa, respecto al absentismo colectivo en la empresa, cuyo coste podía justificar tal medida cuando se alcanzaran los porcentajes fijados⁵. A pesar de ello, el Tribunal Constitucional (TC) reiteró la conformidad del artículo 52 d) ET con la Constitución en la Sentencia 118/2019, si bien con muchas discrepancias en su seno. En todo caso, esta sentencia se ha limitado a la apreciación de la adecuación de la regla legal al marco constitucional, dejando la puerta abierta a un control de convencionalidad.

Pues bien, la sentencia objeto de comentario abre la puerta y aprecia el artículo 52 d) ET respecto a los Tratados y Convenios Internacionales firmados y ratificados en España y llega a la conclusión de que el artículo 52 ET vulnera este marco normativo internacional y resulta, por lo tanto, inaplicable al caso concreto. Los despidos pronunciados en virtud de este artículo no tienen causas legales y deben considerarse improcedentes.

Para apreciar su alcance, podemos incardinar esta Sentencia del TSJ de Cataluña, de manera cronológica, entre la STC 118/2019 y la abrogación del artículo 52 d) ET por el RDL 4/2020, para así confrontar las bases argumentales de cada uno de estos hitos y, respecto al RDL 4/2020, determinar sus posibles consecuencias prácticas.

2. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD VS. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

2.1. Una jurisprudencia constitucional reafirmada pero controvertida

La STC 118/2019, de 16 de octubre de 2019, que representa el “*parámetro interpretativo de las leyes*” en palabras de la Sala del TSJ de Cataluña, reafirma su línea jurisprudencial y declara conforme a la Constitución el artículo 52 d) ET⁶. Para ello, procede a su apreciación en relación con varios preceptos de la

⁴A. Baylos Grau, “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, *Revista de Derecho Social*, nº 57, 2012, p. 13.

⁵S. González Ortega, *Absentismo y despido del trabajador*, Aranzadi, 1983, p. 217.

⁶Sobre esta Sentencia, ver J. Moreno Gené, “La extinción del contrato por ausentismo: productividad empresarial versus derechos constitucionales reconocidos al trabajador”, *Revista General de Derecho del Trabajo*, nº 55, 2020; J.L. Monereo Pérez y G. Rodríguez Iniesta: “El respaldo del Tribunal Constitucional al control indirecto por las empresas de las “bajas laborales” (A propó-

Constitución, sin valorar, dada la cuestión formulada por el juzgado de instancia, si existe vulneración del artículo 14 CE por una posible discriminación por discapacidad.

En efecto, la cuestión de constitucionalidad se centra en el derecho a la integridad física (art. 15 CE), en el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE) y en el derecho al trabajo (art. 35.1 CE). Para el Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona, la posibilidad de justificar un despido objetivo sobre acontecimientos que no están en manos de los trabajadores, tales como problemas de salud atestados por el personal sanitario habilitado para ello, produce una presión sobre el comportamiento de los trabajadores, tendente a forzar su reincorporación al trabajo en detrimento de su salud, que podría verse empeorada⁷. Igualmente, señalando que la regla del artículo 52 d) ET se ampara en el artículo 38 CE relativo a la libertad de empresa, considera que no puede dar cobijo a una decisión basada en comportamientos independientes de la voluntad de los trabajadores y que deberían ser computadas únicamente las faltas injustificadas. Dicho de otro modo, no considera proporcional la regulación del artículo 52 ET para garantizar el ejercicio de la libertad de empresa, que puede, por una parte, protegerse por otras vías, como la apreciación de un índice colectivo de absentismo laboral, la posibilidad de acceder a la incapacidad permanente, el despido por ineptitud sobrevenida o, finalmente, el carácter desincentivador de la pérdida salarial sufrida por los trabajadores ausentes.

Pues bien, lo primero que llama la atención es el carácter lineal y central que la sentencia del TC otorga a la protección de la libertad de empresa y al papel de los poderes en pos de la defensa de la productividad de las empresas. Así, inserta de forma decidida su análisis en el marco de la libertad de empresa y de la protección de la productividad de las empresas, subrayando los costes directos e indirectos que supone el ausentismo laboral, especialmente de corta duración y de carácter intermitente, para las empresas españolas. Su finalidad es, por lo tanto, legítima. Como lo indica el propio TC, esta visión economicista se asume también en la doctrina sentada por el TJUE, en su Sentencia de 18 de enero de 2018, caso Ruiz Conejero⁸.

sito de la STC 118/2019, de 16 de octubre, BOE, 20 de enero), *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, nº 21, 2019.

⁷ También subrayado por C. Molina Navarrete: “La ilegitimidad constitucional del despido por absentismo laboral y el margen de reinterpretación adecuada desde el derecho comunitario”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 370, 2014, pág. 189.

⁸ Haciendo uso del valor hermenéutico, con fundamento en el art. 10.2 CE, que la jurisprudencia del TC reconoce a los tratados constitutivos y a sus sucesivas reformas, así como al Derecho derivado (STC 292/2000, de 30 de noviembre).

A partir de este postulado, entra en valorar la posible vulneración de los artículos 15, 35.1 y 43.1 CE, procediendo a un juicio de ponderación con el derecho a la libertad de empresa y la obligación de los poderes públicos de proteger la competitividad de la empresa.

De forma sintética, en relación con los derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE) y a la salud (art. 43.1 CE)⁹, si bien no descarta totalmente la idea de que “*el temor de los trabajadores a perder su puesto por aplicación de lo previsto en el art. 52.d) LET puede empujarles a acudir al trabajo pese a sufrir una enfermedad o indisposición, con el riesgo de comprometer su salud*”¹⁰, considera finalmente que el despido “*no comporta una actuación susceptible de afectar a la salud o recuperación del trabajador afectado, ni puede ser adoptada en caso de enfermedades graves o de larga duración, ni en los restantes supuestos excluidos por el legislador*”. Para ello desgrana dos ideas principales. Por una parte, el artículo 52 d) ET excluye determinados supuestos, bien porque se justifican en la ley (huelga, ejercicio de las funciones de representación de los trabajadores, vacaciones, etc.), bien porque responden a situaciones que merecen especial protección (enfermedades graves de larga duración, accidente de trabajo, nacimiento y situaciones análogas o violencia de género). Parece considerar que, en las ausencias de corta duración, no existe un riesgo grave y cierto para la salud de los trabajadores que no se encuentran desprotegidos, ya que siguen cubiertos por el sistema sanitario. Por otra parte, objetiviza un número de faltas que justifican el despido, entendiendo así que no es la enfermedad la causa del despido, sino las faltas repetidas, aunque justificadas.

En cuanto al derecho al trabajo recogido en el artículo 35.1 CE, especialmente en su vertiente individual respecto al derecho a la estabilidad en el empleo¹¹, el TC considera que sigue existiendo una causa justa de despido (las ausencias repetidas) y que el precepto garantiza la “*objetividad y certidumbre a la causa extintiva del absentismo laboral*”, así como la entrega de la indemnización correspondiente. Por lo tanto, el artículo 52 ET alcanza una ponderación adecuada de los intereses en conflicto, mediante la exclusión de supuestos que no entran en el cómputo y la posibilidad de control judicial que ha de apreciar, si

⁹ Sobre ello, ver E. Carrizosa Prieto, “Despido por incapacidad temporal: ¿discriminación por enfermedad o represalia por ejercicio de derecho fundamental?”, *Temas Laborales*, n.º 96, 2008.

¹⁰ Ahora bien, cuando el probable temor, se acompaña de prácticas de coacción habitual, el Tribunal Supremo considera que “*la presión bajo amenaza de despido para que el trabajador abandone el tratamiento médico que, con baja en el trabajo, le ha sido prescrito constituye una conducta que pone en riesgo la salud y, por ello, una actuación de este tipo ha de considerarse lesiva para el derecho a la integridad física de acuerdo con la doctrina constitucional*”, por lo que declara nulo el despido (STS de 31 de enero de 2011, rec. n.º 1532/2010).

¹¹ Es decir, a no ser despedido sin justa causa (ver STC 192/2003, de 27 de octubre).

el despido en el caso concreto, se ha adoptado de acuerdo con la finalidad de la norma, es decir, en palabras del TC *“evitar el incremento indebido de los costes que para las empresas suponen las ausencias al trabajo–, que encuentra fundamento constitucional en la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE)”*.

Esta sentencia contiene dos votos particulares contundentes, formulados por la magistrada María Luisa Balaguer Callejón y por el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré¹². No se trata de profundizar en ellos, sino de conocer la base argumental que les conduce a rechazar la posición mayoritaria del pleno.

Para la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, la ponderación realizada es inadecuada, pues extralimita el protagonismo del artículo 38 CE, especialmente frente a un derecho fundamental como el derecho a la salud y a la integridad física, que puede ser afectado por la obligación indirecta que pesa sobre la trabajadora de incorporarse, en perjuicio de *“su salud individual, aparte de ser susceptible de generar serios riesgos de salud pública”*. Igualmente, hace alusión a la discriminación indirecta por razón de sexo, pues los datos demuestran que este precepto afecta *“en mayor medida a la mujer, debido a las negativas consecuencias que tiene su doble jornada, es decir, su mayor dedicación al cuidado de los hijos, de los discapacitados y los dependientes (ascendientes y descendientes), junto a su jornada laboral, lo que conlleva también una afectación sobre su salud, incidiendo todas estas circunstancias de manera negativa en su actividad laboral”*. Incide también en las *“condiciones fisiológicas”* de las mujeres que *“las deja expuestas en mucha mayor medida a sufrir bajas por incapacidad laboral de corta duración o a faltas de asistencia debidas a sus cargas familiares, que pueden quedar sometidas a la aplicación del art. 52 d) ET”*¹³.

El voto formulado por el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré rechaza la posibilidad de realizar un juicio de ponderación, considerando que la cuestión del despido no ha de ser vinculada a la libertad de empresa que permite tal juicio¹⁴, *“salvo que admitamos como suficientes las conexiones indirectas o vagas, o salvo que adquiera carta de naturaleza en el juicio de constitucionalidad la articulación retórica de conflictos imprecisos, derivados, indirectos o potenciales*

¹² Al que se adhiere el magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón. El magistrado Juan Antonio Xiol Ríos adhiere a ambos votos particulares, pero respecto al voto particular formulado por el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré, únicamente a la vulneración del art. 35.1 CE.

¹³ Especialmente en relación con la discapacidad relativas a enfermedades crónicas *“de alta prevalencia femenina”* o causadas por la acumulación de incapacidades temporales vinculadas a la condición de mujer, ver T. Aránguez Sánchez, *“El despido por enfermedad a la luz del principio de igualdad”*, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 51, 2018, p. 325.

¹⁴ Enumera lo que constituye su contenido esencial: las condiciones de inicio de la actividad y la garantía de ejércela en condiciones de igualdad.

entre derechos”¹⁵. A partir de ahí, el debate se debe focalizar únicamente en si las ausencias repetidas y justificadas constituyen una causa justa que justifica el despido, es decir, una limitación del derecho al trabajo en su vertiente individual. Afirma que el temor al despido “*disuade al trabajador del derecho al cuidado de su salud y queda fundado sólo en la existencia misma de la enfermedad*”, lo que vulnera la protección de la salud e imposibilita la existencia de una justa causa.

2.2. El control de convencionalidad del art. 52 d) ET: la novedosa iniciativa del TSJ de Cataluña

Se puede afirmar que el carácter novedoso de la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña reside en el hecho de que recoge el guante lanzado por el TC en la Sentencia 118/2019, cuando apunta que “*la eventual contradicción entre la regulación interna y los convenios y tratados internacionales ratificados por España no determina por sí misma violación constitucional alguna; se trata de un juicio de aplicabilidad control de convencionalidad- que pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria*”.

Sobre ello, es preciso hacer mención de la importante STC 140/2018, de 20 de diciembre, según la cual “*la constatación de un eventual desajuste entre un convenio internacional y una norma interna con rango de ley no supone un juicio sobre la validez de la norma interna, sino sobre su mera aplicabilidad, por lo que no se plantea un problema de depuración del ordenamiento de normas inválidas, sino una cuestión de determinación de la norma aplicable en la solución de cada caso concreto, aplicación que deberá ser libremente considerada por el juez ordinario*”¹⁶.

Así, la sentencia del TSJ de Cataluña remarca que no existe conflictos ni contradicción, pues el control de convencionalidad del artículo 52 d) ET se realiza independientemente de la jurisprudencia del TC y del control de constitucionalidad

¹⁵ El voto particular de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón se muestra igualmente crítico hacia lo que podríamos calificar de uso masivo del artículo 38 CE en la reciente jurisprudencia del TC. Así, afirma que “*el control del absentismo es una cuestión que se refiere al funcionamiento interno, a la organización, pero que no adquiere una dimensión constitucional que pueda tener en cuenta el art. 38 CE*”.

¹⁶ En este sentido, F. Valdés Dal- Ré, ponente de la sentencia, afirma en un artículo que “*la potestad de la jurisdicción ordinaria se concreta así en una inaplicación de la norma nacional contraria al canon internacional, sin que dicha potestad lleve aparejada una consecuencia anulatoria. En suma, el control de convencionalidad atribuye a la norma internacional un carácter prevalente*”. Ver también, M. Llobera Vila, “El control de convencionalidad: la aplicación de los Tratados internacionales en la determinación de estándares laborales: STC núm. 140/2018, de 20 de diciembre”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº 222, 2019, p. 252.

operado en su seno¹⁷, y se hace respecto a los convenios y tratados internacionales ratificados por España que prevalecen en caso de conflicto sobre las normas legales, por lo que nos interesa, sobre el artículo 52 d) ET, en virtud del principio de jerarquía normativa¹⁸.

En este marco, el razonamiento de la Sala del TSJ de Cataluña parte, como cuestión previa, del necesario juicio de aplicabilidad del artículo 52 d) ET al litigio. De considerar la norma estatutaria inaplicable, se debería declarar el despido improcedente, pues se hubiera realizado sin fundamento legal.

3. LA TRIPLE FUNDAMENTACIÓN INTERNACIONAL Y EUROPEA DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La sentencia realiza una síntesis de los diversos tratados y convenios internacionales, así como de las interpretaciones de los órganos de expertos correspondientes, en relación con la problemática, es decir, con el despido por causa de ausencias repetidas vinculadas a la salud, e identifica tres derechos afectados.

3.1. El derecho a no ser despedido sin justa causa

En el ámbito de la OIT¹⁹, la sentencia del TSJ de Cataluña se refiere al artículo 6.1 Convenio 158 OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, que excluye como causa justificada de terminación de la relación de trabajo “*la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión*”. En su apartado dos, remite a cada país la definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, así como “*la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones*” a la prohibición del despido²⁰.

Llega a la conclusión de que el marco regulador de la OIT “*ofrece un estándar más alto de protección que el previsto en el art.35.1 CE*”. En este sentido

¹⁷ Sin perjuicio de su intervención, vía un posible recurso de amparo respecto a la interpretación de realizada en la sentencia judicial.

¹⁸ Art. 27 de la Convención de Viena de 23 de mayo de 1969 y art. 31 (Prevalencia de los tratados) de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos internacionales, según el cual “*las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional*”.

¹⁹ Ver J. Moreno Gené, “El recurso al convenio 158 OIT como límite al despido por absentismo del trabajador enfermo”, en *El futuro del trabajo: cien años de la OIT, XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y de la Seguridad Social, Madrid, 2019.

²⁰ Igualmente, menciona un informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR) de 1995, según el cual “*el Convenio deja que el concepto*

argumenta que el marco constitucional español se limita a proyectar el derecho al trabajo en el derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo (exigencia de justa causa de despido) y a someter el poder disciplinario del empleador a límites legalmente previstos. Al contrario, en el marco de la OIT, el derecho a no ser despedido sin justa causa “*se garantiza con una protección suplementaria, de rango Convencional, consistente en la prohibición de despedir por causa de ausencia temporal del trabajo motivada por enfermedad*”. Así, no podría encajar en ninguna de las causas de despido que prevé el art. 4 del Convenio 158 OIT.

Aquí, cabe hacer referencia a la posición divergente del TC, que vincula ausencias repetidas y libertad de empresa, posibilitando el encaje de tal despido en el artículo 4, considerándolo relacionado con “*las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio*”²¹. Ahora bien, como lo subraya la Sentencia del TSJ de Cataluña, estas consideraciones del TC “*constituyen un obiter dicta no vinculante, por caer fuera de su competencia la realización del control de convencionalidad de dicha norma, que corresponde a la jurisdicción ordinaria*”. En todo caso, responde a razonamiento del TC considerando que el margen de actuación del que disponen los Estados en virtud del artículo 6.2

de ausencia temporal se defina en las disposiciones nacionales. Pero, a entender de la Comisión, si la ausencia se define sobre la base de la duración, se la debería prever de modo tal que siga siendo compatible con el objetivo del artículo, que consiste en proteger el empleo del trabajador en un momento en que éste se encuentre en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones por razones de fuerza mayor”, sin aludir a informes más recientes, como el informe presentado el 13 de junio de 2014, sobre la conformidad al artículo 6 del Convenio 158 del nuevo artículo 52 d) ET tras la reforma de 2012 (ver M., Gutiérrez Pérez, “Examen de la reforma laboral de 2012 a la luz del Convenio 158 OIT: el reciente informe de la OIT”, *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, n° 39, 2014, p. 301, para quien, sobre la base de este informe “*podríamos entender que el reseñado artículo del Convenio se convierte, realmente, en un instrumento normativo habilitante para que los instrumentos de regulación nacional operen con absoluta libertad en este terreno a la hora de abordar el absentismo como causa de extinción de la relación de trabajo, pudiendo determinar, sin ataduras, los elementos que integran, en este terreno, el concepto de ausencia temporal al trabajo, así como las limitaciones a la misma*”).

²¹ En este sentido, la STC 118/2029 afirma que “*no apreciamos que la regulación contenida en el art. 52 d) LET contradiga lo dispuesto en el párrafo 1 del art. 6 del Convenio 158 de la OIT*”. Para ello, considera que “*el legislador puede establecer, dentro de su margen de configuración y ponderando los derechos e intereses en conflicto, limitaciones a la aplicación del párrafo 1 del art. 6 del Convenio 158 de la OIT, como efectivamente lo ha hecho mediante la regulación contenida en el art. 52 d) LET. Por lo demás, esta regulación se acomoda a lo dispuesto como regla general en el art. 4 del propio Convenio 158 de la OIT, conforme al cual cabe poner término al contrato de trabajo cuando exista causa justificada para ello, relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa. Entre ellas sin duda cabe incluir la defensa de la productividad, que puede verse comprometida por el incremento de costes directos e indirectos que han de soportar las empresas como consecuencia de las ausencias al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, acaecidas en un período determinado, conforme a las previsiones del art. 52 d) LET*”.

Convenio 158 OIT, consiste en la posibilidad de delimitar conceptos o de poner limitaciones que no pueden conducir, en la práctica, a dejar sin efecto el precepto anterior. En este marco, concluye que *“no puede sostenerse que el art.52.d) ET sea una limitación del derecho a no ser despedido por ausencias temporales derivadas de enfermedad, sino que supone un desconocimiento de dicho derecho por incompatibilidad de dicha causa de despido con la finalidad que pretende la norma”*²².

Para terminar, conviene apuntar que la sentencia del TSJ de Cataluña hace referencia a la Carta Social Europea (CSE) revisada de 1996, firmada pero no ratificada por España, y pone de relieve su *“innegable criterio hermenéutico para perfilar el contenido y el alcance del derecho a no ser despedido (sic) por ausencias temporales del trabajo por motivos de enfermedad”*. Así, menciona el artículo 24.3 f) CSE, según el cual no se considera justa causa de despido *“la ausencia temporal del trabajo a causa de enfermedad o accidente”*²³. Igualmente, menciona el Convenio Europeo de Derechos Humanos considerando, sin embargo, que no se puede establecer una vulneración por parte del artículo 52 d) ET, tras repasar las principales sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de despido por estado de salud y discriminación por estado de salud²⁴.

3.2. El derecho a la prevención de riesgos laborales

Para abordar la cuestión de la prevención de riesgos, el TSJ de Cataluña parte de un postulado. Con referencia a palabras de la STC 118/19, afirma que *“el despido por ausencias intermitentes derivadas de enfermedad común o accidente no laboral supone, sin ningún género de duda, un riesgo para la salud de la persona trabajadora”*. Igualmente, pone de relieve el riesgo para los terceros que supone una persona trabajadora contagiosa o *“en estado febril”* en determinados puestos de trabajo.

A partir de ello, de manera similar al derecho a no ser despedido sin justa causa, el TSJ de Cataluña considera que la normativa internacional resulta más protectora que la interpretación realizada por el TC del artículo 40.2 CE relativo

²² En parecido sentido, el voto particular de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón en la STC 118/2020.

²³ Remite también a la interpretación del Comité Europeo de Derechos Sociales, según la cual puede ser causa justa de despido, la ausencia que afecta gravemente el funcionamiento de la empresa y que se hace necesaria la sustitución efectiva y definitiva de la persona ausente.

²⁴ Afirma la sentencia que la doctrina del TEDH *“es esencialmente coincidente con la sostenida por el TC”*.

al derecho de los trabajadores a la seguridad en el trabajo, en conexión con los artículos 15 y 43 CE.

Según la jurisprudencia constitucional, ciertamente vinculada a supuestos más extremos y directamente conectados con la salud y la seguridad en el lugar de la prestación de trabajo, *“no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental [a la integridad física], sino tan sólo aquel que genere un peligro grave y cierto para la misma”*²⁵.

Por el contrario, argumenta el TSJ de Cataluña que, en base al artículo 4.1 del Convenio 155 de la OIT sobre seguridad y salud de los trabajadores²⁶, y a informes de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, los Estados miembros han de limitar, en la medida en que sea razonable y factible, las causas conectadas con el trabajo que pueden dañar a la salud, sin mayores limitaciones relativas al carácter grave y cierto del riesgo. En la misma línea que refuerza el vínculo entre seguridad y salud, e integridad física, menciona, de nuevo, la Carta Social Europea revisada de 1996²⁷, así como su interpretación por el Comité Europeo de Derechos Sociales²⁸, y el artículo 3 de la Carta Social Europea de Turín de 1961 ratificada por España²⁹. En este contexto, concluye que *“esa obligación de reducir al mínimo los riesgos, asumida por el Estado, no parece compatible con la imposición a los trabajadores que sufren enfermedades que provocan ausencias intermitentes que les incapacitan para el trabajo, de la obligación de acudir al trabajo, so pena de despido”*. En este sentido, el artículo 52 d) ET implica una presión indirecta para obligar a la persona trabajadora a volver al trabajo para evitar despido, especialmente, como

²⁵ STC 220/2005, de 12 de septiembre; STC 62/2007, de 27 de marzo; y STC 160/2007, de 2 de julio.

²⁶ También menciona el artículo 5 b) del Convenio 155 OIT, que se refiere a la obligación de adaptar el tiempo de trabajo a la capacidades físicas y mentales de los trabajadores, para poner de relieve la obligación de tomar en cuenta los tiempos de ausencias en relación con la protección de salud.

²⁷ Art. 3 que prevé que la *“política nacional coherente sobre seguridad, salud, de los trabajadores y del entorno laboral”* tiene como *“objetivo principal [...] mejorar la, seguridad y la salud en el trabajo y prevenir accidentes y lesiones a la salud que resulten del trabajo, estén relacionados con el trabajo u ocurran durante el trabajo, en particular minimizando las causas de los riesgos inherentes al lugar de trabajo.”*

²⁸ Tal como reproduce la STSJ de Cataluña, *“El CEDS ha interpretado dicho precepto diciendo lo siguiente: El derecho de cada trabajador a un ambiente de trabajo seguro y saludable es un derecho ampliamente reconocido que fluye directamente del derecho a la integridad de la persona humana, uno de los principios fundamentales de los derechos humanos (Conclusiones 1 (1969), Observación interpretativa del artículo 3)”*.

²⁹ Relativo a las garantías para el ejercicio efectivo del Derecho a la seguridad y la higiene en el trabajo.

lo subraya la Sala, en un contexto de alto desempleo, lo que provoca un riesgo, que no ha de ser necesariamente grave y cierto, para la salud y seguridad.

3.3. La perspectiva de género

Ciertamente, como lo apunta la sentencia del TSJ de Cataluña, en virtud del artículo 4 LO 3/2017, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la perspectiva de género constituye *“un criterio hermenéutico transversal, que afecta a todo tipo de normas jurídicas, incluidos los Convenios y Tratados internacionales”*.

Así, la Sala observa una vulneración del artículo 11, relativo a las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979³⁰. Dado que las ausencias intermitentes al trabajo justificadas por procesos de incapacidad temporal afectan más a las mujeres, como lo resalta igualmente uno de los votos particulares a la STC 118/2019, considera que existe discriminación indirecta, pues *“nos hallamos ante una disposición, (art.52d) ET), que es aparentemente neutra, pero que pone a personas del sexo femenino en desventaja particular con respecto a personas del masculino, en tanto que el despido por ausencias de corta duración derivado de enfermedad afecta en mayor medida las mujeres que a los hombres”*. Refuerza su argumentación, señalando que la medida no soporta el juicio de ponderación en relación con el artículo 38 CE, pues el despido *“no parece que sea necesario y adecuado, toda vez que existen medidas mucho menos intrusivas”*, como el plazo de carencia en caso de incapacidad temporal, el control administrativo de las incapacidades temporales o, incluso, la reinstauración del índice comparativo de referencia respecto al conjunto de la empresa.

4. LA DEROGACIÓN DEL ARTÍCULO 52 D) ET POR EL RDL 4/2020 Y SUS CONSECUENCIAS PRÁCTICAS

4.1. La argumentación de la exposición de motivos del RDL 4/2020

La sentencia del TSJ de Cataluña constituye una perfecta ilustración práctica de uno de los motivos objetivos y de oportunidad política esgrimidos por el Gobierno para justificar la aprobación inmediata del RDL 4/2020, de 18 de

³⁰ Convención ratificada en España en 1983. El artículo 11 se refiere, entre otros, al derecho a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y otras condiciones de servicio; al derecho a la seguridad social (en caso de enfermedad u incapacidad para trabajar); y al derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo.

febrero, por el que se deroga el despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo establecido en el artículo 52.d) del ET. En efecto, en su exposición de motivos, se afirma que su aprobación inmediata permite aportar seguridad jurídica y *“responde a la necesidad imperativa de evitar que se produzcan más resoluciones judiciales a nivel interno que resulten contradictorias entre sí”*.

Además de garantizar el principio de seguridad jurídica, el RDL avanza otros dos motivos, en cierta medida interconectados, para justificar su aprobación: por una parte, la aplicación del principio de primacía del derecho europeo que implica garantizar, en este caso, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, así como la jurisprudencia del TJUE en la materia; por otra parte, se alega *“la necesaria protección de los colectivos especialmente vulnerables de nuestra sociedad”*, en este caso, de las personas con discapacidad o con enfermedades de larga duración o de las mujeres que deben ausentarse de su trabajo para cumplir con tareas de cuidados.

En primer lugar, la exposición de motivos parece empezar a modo de respuesta encubierta a una consideración del TC en su sentencia 118/2019, según la cual el artículo 52 ET sanciona un volumen de ausencias en un plazo determinado que causa un perjuicio al empleador, y no la enfermedad. En efecto, termina su primer párrafo subrayando que, en la práctica, la aplicación del artículo 52 d) ET conduce a limitar las ausencias a tomar en cuenta para los porcentajes, a las ausencias debidas a *“las faltas de asistencia injustificadas y a las bajas por contingencias comunes de duración inferior a veinte días”*.

En segundo lugar, pone de relieve la aplicación automática y abstracta del artículo 52 d) ET, sin que sea necesario que haya *“en cada caso juicio de adecuación y proporcionalidad”*, especialmente desde el año 2012 y la supresión de la apreciación del volumen de absentismo global en la empresa.

En tercer lugar, por lo que se refiere a las personas con discapacidad o con enfermedades de larga duración³¹, la exposición de motivos se basa en la jurisprudencia del TJUE, en el marco de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000. Así, reproduce la STJUE de 18 de enero de 2018 (asunto Ruiz Conejero), en virtud de la cual *“se opone a directiva una normativa nacional que permite al empresario despedir a un trabajador debido a las faltas de asistencia de éste al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, tales ausencias sean consecuencia de enfermedades atribuibles a la discapacidad de ese trabajador, salvo que dicha normativa tenga la finalidad legítima de combatir el absentismo”*

³¹ STJUE de 11 de abril de 2013, asunto HK Danmark.

y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar esa finalidad, lo cual corresponde evaluar al órgano jurisdiccional remitente". Sabemos la respuesta del TC: se trata de una medida adecuada, pues tiene una finalidad legítima (proteger la libertad de empresa) y resulta proporcional (pues no se toman en consideración todas las faltas, existe control judicial). Al contrario, la exposición de motivos entiende que la jurisprudencia del TJUE³² *"obliga a que existan mecanismos dirigidos a contraponer y evaluar la situación concreta caso por caso, a efectos de determinar si la medida es proporcionada. Por contra, esta previsión de análisis «ad hoc» no existe en el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores, que se aplica con carácter automático cuando concurren los porcentajes de inasistencia que refiere"*³³.

En cuarto lugar, desde la perspectiva de género y en consonancia con el voto particular formulado por la magistrada María Luisa Balaguer Callejón en la STC 118/2019³⁴, la exposición de motivos apunta que el despido por ausencias repetidas *"es susceptible de afectar particularmente a las mujeres, dada la mayor participación de las mujeres en las actividades de cuidado, fundamentalmente por las dificultades de conciliación derivadas de factores múltiples"*, con referencia a la STJUE, de 20 de junio de 2013 (Asunto Riezniece). Por lo tanto, desde el postulado de que la conciliación no recae solo en la persona sino también *"en la empresa y en la sociedad, [...] su inmediata supresión resulta presupuesto imprescindible para la configuración de un nuevo contexto en el que la conciliación y la corresponsabilidad constituyan un referente imprescindible"*.

4.2. ¿Desaparecen las discriminaciones por la desaparición del despido por faltas repetidas?

Según la exposición de motivos, la derogación el artículo 52.d) del Estatuto de los Trabajadores debe *"erradicar la situación susceptible de generar discriminaciones"*. ¿Puede ser así?

Por una parte, en derecho interno, existen otras vías para proceder al despido disciplinario en caso de faltas injustificadas³⁵, o al despido objetivo en caso de

³² Igualmente, la exposición de motivos alude a la STJUE de 11 de septiembre de 2019 (asunto Nobel Plastiques Ibérica) que precisa que, para admitir la compatibilidad del artículo 52 d) ET con la directiva 2000/78/CE, debe existir una obligación para el empresario de realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo y que, solo frente a la imposibilidad de llevarlos a cabo, podrá proceder al despido.

³³ Ve también, J. MORENO GENÉ, "Los problemas de encaje de la extinción del contrato por ausencias del trabajador en la Directiva 2000/78/CE: A propósito de la STJUE de 18 de enero de 2018", *Revista de Información Laboral*, n° 8, 2018, p. 61.

³⁴ Ver supra.

³⁵ Sobre ello, cabe señalar que la exposición de motivos considera que no se puede admitir

ineptitud sobrevenida. En este último caso, que también tiene relación con la salud y la discapacidad, sabemos que la clave está en la apreciación de la imposibilidad de realizar los ajustes razonables³⁶, en palabras del TJUE “*teniendo en cuenta, particularmente, los costes financieros y de otro tipo que estas impliquen [...]*”³⁷. Así, surge lo que un sector de la doctrina califica de “*lógica económica en la apreciación de la salud y de la discapacidad como causa de despidos*”³⁸.

Por otra parte, respecto a la consecuencia jurídica de la abrogación del artículo 52 d) ET, de manera similar a la STSJ de Cataluña, el RDL conduce a declarar la improcedencia del despido basado en faltas justificadas y repetidas en el trabajo. La posibilidad para el empresario de optar por la indemnización permite afirmar, como lo subraya un sector de la doctrina, que la abrogación del artículo 52 d) ET no conduce a prohibir el despido basado en faltas repetidas debidas a la salud. Así, costará económicamente más despedir por estas faltas, pero seguirá siendo posible³⁹. Ahora bien, todo ello sin perjuicio de que “*el factor enfermedad sea tomado en consideración como elemento de segregación basado en la existencia de la enfermedad en sí misma considerada o en la estigmatización como persona enferma de quien la padece, al margen de cualquier consideración que permita poner en relación dicha circunstancia con la aptitud del trabajador para desarrollar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato*”⁴⁰. En este sentido, es cierto que resultará **más complejo** encubrir, gracias a la “*objetividad y certidumbre*” que ofrece un cómputo de faltas en un plazo determinado, un despido en realidad fundado sobre posibles consideraciones discriminatorias (discapacidad, enfermedad de larga duración, ausencias debidas a ser mujer, etc.)⁴¹.

Más aún, se elevan voces que consideran que, sin perjuicio de la vulneración indubitable de derechos fundamentales (art. 14 y 15 CE), si “*las ausencias*

que las ausencias injustificadas puedan computar tanto para el artículo 52 d) ET, como para el despido disciplinario del artículo 54 ET.

³⁶ Directiva 2000/78/CE y STC 62/2008, de 26 de mayo. Sobre ello, ver M.A. Martínez-Gijón Machuca, *La extinción del contrato por enfermedad/discapacidad del trabajador*, Bomarzo, 2017; J.L. Monereo Pérez, “Principio de igualdad y despido por ineptitud o discapacidad: la protección garantista multinivel”, *Lex Social: revista de los derechos sociales*, nº 1, 2019.

³⁷ STJUE de 11 de septiembre de 2019, asunto Nobel Plásticos Ibérica, S.A.

³⁸ C. Molina Navarrete, “Adiós al despido por absentismo justificado: expulsando, látigo jurídico en mano, a los mercaderes del templo de la salud, pero sin regla de derecho intertemporal y sin prohibición causal”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 19 de febrero de 2020. Disponible en: <https://www.laboral-social.com/adios-despido-absentismo-justificado-rdl-4-2020.html> (última consulta: 20/04/2020).

³⁹ C. Molina Navarrete, op. cit., 2020.

⁴⁰ STC 62/2008, de 26 de mayo. Ver también, J. MORENO GENÉ, op. cit., 2020, p. 86.

⁴¹ A. Baylos Grau, “¿Debe ser declarado improcedente el despido por enfermedad tras la derogación del art. 52D del estatuto de los trabajadores?”, *Nueva Tribuna*, 25 de febrero de 2020.

justificadas por enfermedad están expulsadas de nuestro ordenamiento como causa de despido y si el empresario las utiliza es un acto de contumaz rebeldía y desprecio del ordenamiento jurídico que pudiera ser constitutivo de una infracción muy grave sancionable, entre otros preceptos, ex art. 8. 13 bis LISOS, e incluso dar lugar a una responsabilidad penal en determinadas situaciones, con la consecuencia, en todo caso, de la nulidad del despido”⁴².

En definitiva, la contundente pero mera derogación del artículo 52 d) ET sigue dejando en manos de los jueces la apreciación casuística de la eventual nulidad de un despido basado en ausencias causadas por motivos de salud o de conciliación, en relación con el género y el sexo. Es decir, la ley delega a los jueces la protección real y eficaz de la salud, del derecho al trabajo y a la igualdad entre mujeres y hombres.

5. CONCLUSIONES

De lo hasta ahora dicho, se pueden formular cuatro conclusiones:

La apreciación del artículo 52 d) ET ha sido objeto de varias interpretaciones, desde puntos de apreciación distintos (control de constitucionalidad, control de convencionalidad, vulneración de derechos fundamentales), con base en varios textos (Constitución, Directiva europea 2000/78/CE, tratados y acuerdos internacionales o europeos) y con soluciones distintas (conformidad con la Constitución, incompatibilidad con tratados y acuerdos internacionales, dificultades aplicativas respecto a la Directiva 2000/78/CE). Igualmente, es importante apuntar que la apreciación de tal artículo no recibía una posición unánime en todos los órganos. En todo caso, hubiera sido muy interesante conocer la posición del Tribunal Supremo respecto a la sólida argumentación de la Sentencia del TSJ de Cataluña objeto de comentario.

Directamente a colación, resulta esperanzadora la pérdida de fuerza que experimenta la capacidad justificativa del artículo 38 CE relativo a la libertad de empresa, en el razonamiento de algunos jueces minoritarios. En todo caso, el uso

Disponible en <https://www.nuevatribuna.es/articulo/mundo/laboral-despidonulo-ccoo-ugt-improcedente-despidoporenfermedad-derogacion-art52d-estatutotrabajadores/20200225132001171457.html> (fecha de consulta: 20/04/2020).

⁴²J. Aparicio Tovar, “La derogación de art. 52 d) ET conlleva la nulidad del despido que invoque aquella causa”, en su blog “Desde mi cátedra”, miércoles, 26 de febrero de 2020 (disponible en <http://japariciotovar.blogspot.com/2020/>; última fecha de consulta: 20/04/2020).

y abuso de la libertad de empresa pone de relieve la inseguridad jurídica del juicio de ponderación que presenta cierta dimensión subjetiva o arbitraria.

En la misma línea esperanzadora, se ha de saludar el protagonismo, cada vez más relevante, de las normas internacionales que dibujan un escenario pluralista y *multinivel*, más protector de los derechos sociales. En este sentido, hay que quedar a la expectativa del acuerdo del actual Gobierno de España del 30 de diciembre de 2019, que prevé en su apartado 1.10, el compromiso de ratificar la Carta Social Europea revisada.

Finalmente, cabe afirmar que no resulta fácil saber si la abrogación del artículo 52 d) ET va a permitir una real protección contra las ausencias por enfermedades, por discapacidad o vinculadas a las desigualdades de género en nuestra sociedad. En el marco actual, la determinación de la nulidad, única arma real de protección, representa un interrogante que toca a los jueces resolver. En todo caso, esta inseguridad constituye un argumento más a favor de una reforma legal ambiciosa de las reglas relativas a la extinción del contrato de trabajo.

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad de Granada

EXTENSIÓN DEL RECONOCIMIENTO DEL COMPLEMENTO DE PENSIÓN PARA LOS PADRES CON DOS O MÁS HIJOS, BENEFICIARIOS DE PENSIONES CONTRIBUTIVAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL: ¿PUNTO FINAL A UNA MEDIDA MAL PLANTEADA PERO NECESARIA FRENTE A LA BRECHA DE GÉNERO EN LAS PENSIONES?

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera), de 12 de diciembre de 2019. Asunto C-450/18. ECLI:EU:C:2019:1075

RAQUEL VIDA FERNÁNDEZ*

SUPUESTO DE HECHO: Se plantea decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 157 TFUE y la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, en relación a un conflicto surgido entre WA, trabajador al que se ha reconocido una pensión de incapacidad permanente absoluta, y el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), en relación a la aplicación a dicha pensión, de un complemento reconocido por la ley a mujeres madres de biológicas o adoptivas de dos o más hijos. WA, beneficiario de una pensión contributiva de invalidez permanente absoluta y padre de dos hijas, reclamó frente a la resolución de reconocimiento de pensión por considerar que la misma debía incluir dicho, conforme con lo previsto en el artículo 60, apartado 1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (TRLGSS), lo que supondría un incremento en un 5%. El problema reside en que el controvertido complemento está previsto exclusivamente para aquellas mujeres que hayan tenido dos hijos o más. El INSS denegó el reconocimiento y el pensionista litiga por considerarlo discriminatorio por razón de sexo.

RESUMEN: La sentencia del TJUE resuelve en relación a la posible vulneración del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre mujeres y hombres en asuntos de empleo y ocupación. Si bien el Juzgado que planteó la cuestión señaló a efectos de dudas interpretativas solo el artículo 157 TFUE y la Directiva 2006/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, el TJUE basa su sentencia principalmente en la Directiva 79/7/CEE, -relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres en materia de Seguridad Social-, aclarando que es misión del TJUE proporcionar todos los elementos de interpretación del Derecho de la Unión que sean útiles y afecten al asunto en cuestión, con independencia de que se haya hecho referencia a ellos o no por el juzgado de origen.

Tras analizar la configuración legal del complemento reconocido en el artículo 60.1 TRLGSS a las mujeres madres de dos o más hijos, que reclamaba para sí el recurrente, se concluye que la forma en que está diseñada dicha mejora en la norma nacional, como una especie de gratificación del sistema “*por su aportación demográfica a la Seguridad Social*”, no constituye un instrumento válido de compensación para las mujeres por su maternidad, o como medida de corrección de desigualdades en el mercado de trabajo o las pensiones, y sí choca de forma directa con el contenido de la norma comunitaria, por constituir una discriminación directa por razón de sexo, en detrimento de los hombres, padres, pensionistas, que de forma evidente debe declararse prohibida.

* Profesora Colaboradora del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

ÍNDICE

1. CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DEFECTUOSO COMPLEMENTO DE PENSIONES ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 60, APARTADO 1, DEL TRLGSS
2. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO Y RAZONES POR LAS QUE EL TJUE VALORA QUE CONCURREN EN EL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 60, APARTADO 1 DEL TRLGSS
3. LAS REPERCUSIONES DE LA FORMA EN QUE SE PLANTEAN LAS MEDIDAS DE AYUDA A LA MATERNIDAD: EL EJEMPLO DEL DISCRIMINATORIO COMPLEMENTO DE PENSIONES DEL ART. 60.1 TRLGSS Y SU UTILIDAD PARA HACERNOS PENSAR SOBRE LAS POLÍTICAS DE AYUDAS QUE QUEREMOS

1. CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DEFECTUOSO COMPLEMENTO DE PENSIONES ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 60, APARTADO 1, DEL TRLGSS

Ley 48/2015, de 30 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016, introdujo el nuevo artículo 60 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre), por el que se aprueba una medida de refuerzo para las pensiones de ciertas mujeres, con tintes de ayuda a la familia e indirectamente a la natalidad, (en vigor desde el dos de enero de 2016), denominado complemento “*por maternidad*” para las pensiones contributivas del sistema de Seguridad Social (jubilación, viudedad o incapacidad permanente), reconocidas a partir de entrada en vigor de la norma, justificando su reconocimiento “*por su aportación demográfica a la Seguridad Social*”.

Este “*complemento de pensión*”, -con naturaleza de pensión pública contributiva, expresamente reconocida por la norma-, se concede a aquellas mujeres, que hayan sido madres naturales o adoptivas, de dos o más hijos, bastando que el hijo haya nacido, -sin condicionarse a que lo hiciera en territorio español, ni a que sobreviviera cierto tiempo límite-, o se haya adoptado con anterioridad al hecho causante de la pensión.

El complemento origen de la discordia, consiste en un porcentaje en el que se eleva la pensión que proceda reconocer a cada trabajadora, dependiendo del número de hijos. En concreto, un 5% de incremento para las madres con dos hijos, 10% las de tres hijos, y 15% las de tres hijos o más. En el caso de concurrir más de una pensión en una beneficiaria del complemento, se optará por aplicar el complemento a la que resulte más beneficiosa, y si es pensión de viudedad y de jubilación, el complemento se aplicará a la de jubilación. Sí se concreta en el apartado segundo y tercero del precepto, la forma de cálculo del complemento en supuestos de pensiones que exceden la máxima (limitándose, en estos casos, la percepción máxima que se calculará de la suma de la pensión y complemento, sin poder superar el resultado de dicha suma el cincuenta por ciento del complemento

asignado) y las que reciben el complemento de mínimos (respetándose dicha pensión mínima, pero calculándose el complemento sobre la pensión original), sin embargo son muchas las dudas que surgen en su aplicación, como luego se comentará.

La defectuosa configuración del complemento en conflicto no solo afecta al contenido de discriminación por razón de sexo, aunque es éste aspecto en el que nos centraremos, por ser el objeto de la sentencia a comentar. De hecho, hay que hacer constar que, aparte de los pensionistas padres, quedan también excluidas del derecho a dicho complemento de pensión, las mujeres que tenían reconocida con anterioridad a la norma cualquiera de las pensiones contributivas beneficiadas; las beneficiarias de pensiones no contributivas; las que acceden voluntariamente a una pensión de jubilación anticipada, o parcial (que son expresamente excluidas, sea cual sea la razón de dicha jubilación, sin perjuicio de que se le reconozca el complemento al cumplir la edad legal de jubilación, art. 60.4 TRLGSS, -sin que, en opinión de la justicia, pueda valorarse dicha excepción como arbitraria, ni irracional TCo, Auto 114/2018-), y lógicamente, las madres de un solo hijo, (que no se consideran suficientemente colaboradoras con la demografía).

En definitiva no es un derecho reconocido a todas las mujeres madres, beneficiarias del sistema de pensiones de Seguridad Social, -y por tanto también discriminatorio para las excluidas-, y, en todo caso, bastante incoherente en esencia, dado que siendo un complemento que lo que gratifica (al menos literalmente), es la aportación demográfica y su beneficio para la Seguridad Social, es cuando menos criticable el no reconocerse retroactivamente, y por tanto excluir del mismo a las madres trabajadoras de anteriores décadas, que a la vista de las estadísticas de natalidad, y los informes sobre demografía¹, son y serán las más merecedoras de dicho beneficio.

Otra de las características de su configuración fue, como antes adelantamos, la falta de concreción de ciertos aspectos que dificultan su aplicación, y que dio lugar a que el nuevo ejecutivo planteara la aprobación de un Real Decreto *“para la aplicación y desarrollo del complemento por maternidad en las pensiones contributivas”*, cuyo texto con fecha de 6 de agosto de 2018, pretendía concretar algunos puntos, y dejar la impronta del ejecutivo socialista con aspectos novedosos, como la dinámica de aplicación de dicho beneficio a los matrimonio de madres del mismo sexo, o parejas de hecho, (artículo 2 y Disposición Final del Real Decreto indica que *“cuando en el Registro Civil consten dos mujeres del*

¹“...una de cada cuatro mujeres nacidas en 1975 no será madre, por efectos directos e indirectos de las circunstancias y exigencias laborales...” Informe del Centro de Estudios Demográficos de la UAB. Esteve. A. y otros.

mismo hijo, la progenitora solicitante deberá aportar acuerdo de ambas madres respecto a la aplicación a aquella del beneficio”).

No obstante, siguen existiendo casos sometidos a litigio en relación a la aplicación del complemento².

2. CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO Y RAZONES POR LAS QUE EL TJUE VALORA QUE CONCURREN EN EL SUPUESTO DEL ARTÍCULO 60, APARTADO 1 DEL TRLGSS

2.1. Normativa de aplicación y planteamiento de la cuestión

Ante la reclamación planteada por el trabajador y padre de dos hijas, en torno a su derecho a percibir el complemento a su pensión de jubilación, por considerar discriminatorio por razón de sexo, que dicho complemento sea reconocido exclusivamente para gratificar la aportación demográfica realizada por las trabajadoras, pensionistas y madres, el Tribunal procede a un análisis pormenorizado del artículo 60.1 del TRLGSS donde se regula dicho complemento, y su interpretación conforme con la normativa de la Unión en materia de igualdad de trato entre hombre y mujeres.

Como ya avanzamos, dicha interpretación se hace principalmente invocando el contenido de la Directiva 79/7/CEE del Consejo de 19 de diciembre de 1978, por ser la relativa expresamente en materia de la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres en materia de Seguridad Social. El juzgado que planteó la cuestión invocó la Directiva 2006/54/CE sobre aplicación del principio de igualdad de trato en materia de empleo y ocupación, sin que esto sea óbice para que el TJUE *“proporcione todos los elementos de interpretación que puedan serle útiles para enjuiciar el asunto”*.

Pues bien, el TJUE comienza aclarando la diferencia y compatibilidad entre la *“igualdad de trato en materia de Seguridad Social”* en relación a los beneficiarios del sistema y las medidas de protección a la mujer frente a las desigualdades derivadas de la maternidad, y señala el contenido del artículo 4 de la Directiva 79/7, que señala los ámbitos en los que se aplica el principio de igualdad de trato (ámbito de aplicación de los regímenes, condiciones de acceso, obligación de contribuir y cálculo de contribuciones, y el cálculo de prestaciones), y el contenido del artículo 7 b), que entre otros supuestos acepta la exclusión de la

² Por Sentencia del Tribunal Superior de Castilla-La Mancha, julio de 2019, se reconoce a una mujer, madre de un hijo biológico y otro por filiación de su esposa, el complemento de pensión de jubilación por maternidad.

aplicación de la Directiva (y por tanto del principio de igualdad de trato), para “...las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que ha educado hijos; la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de hijos”.

También recuerda la sentencia, en cuanto a derecho aplicable al caso y ámbito al que se extiende la aplicación del principio de igualdad, que el art 1 de la Directiva 2006/54, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombre y mujeres en materia de empleo, formación y promoción profesional, y condiciones de trabajo, que extiende la garantía de aplicación de dicho principio a “los regímenes profesionales de Seguridad Social”, entendiéndose por tales aquellos “...cuya finalidad sea proporcionar...o completar las prestaciones de los regímenes legales de Seguridad Social o sustituirlas..”. En todo caso en el presente caso, dado que el artículo 60 del TRLGSS reconoce expresamente “la naturaleza jurídica de pensión pública contributiva”³ para el complemento en controversia, no existen dudas en cuanto a la aplicación de la norma comunitaria en toda su extensión.

En relación al fondo de la cuestión, la duda que se plantea es el determinar si el artículo 60 del TRLGSS, tal y como está redactado, es conforme o no con el Derecho de la Unión en materia de no discriminación. A tales efectos, el juzgador que plantea la cuestión al TJUE expone la doble perspectiva desde la que se puede considerar el precepto, y que es realmente el núcleo de su duda, que como veremos viene determinada por la valoración y efectos del literal de la norma, y el sentido o finalidad que pudiera presuponerse al mismo conforme a la intención del legislador.

En concreto, el juzgado español que plantea la cuestión prejudicial, por un lado valora que el concepto de “*aportación demográfica a la Seguridad Social*” que es la razón por la que se concede y lo que premia el artículo 60.1 TRLGSS con el complemento a las pensiones, es “*predicable tanto de mujeres como de hombres, dado que tanto la procreación como la responsabilidad en el cuidado*” es extensivo a ambos progenitores, con independencia del su sexo, y por tanto en este punto el precepto, efectivamente, establece “*una diferencia de trato injustificada*”; pero por otro valora que “*la procreación implica un mayor sacrificio para las mujeres a nivel personal y profesional*”, tanto por los “*sacrificios biológicos y fisiológicos*” que conlleva la maternidad, tanto en el plano físico, como en el laboral, que obviamente se ve afectado por esta realidad, y que lógicamente puede estar en el trasfondo de la concesión de este beneficio.

³ Tal y como recuerda el propio TJUE en el apartado 30 de esta sentencia.

2.2. Enfoque normativo dado por el TJUE y resolución del fondo del asunto en atención al literal del precepto controvertido por su condición de medida discriminatoria por razón de sexo, pese a la voluntad del legislador

Con carácter previo, el TJUE reconduce la resolución del asunto en relación a la norma de la Unión que debe ser analizada a efectos del posible choque con la norma nacional. Como ya avanzamos al principio del presente comentario, el TJUE señala que es la Directiva 79/7 sobre aplicación del principio de igualdad de trato en el ámbito de la Seguridad Social, la norma que debe tenerse en cuenta a efectos de la cuestión prejudicial planteada, porque “*el complemento de pensión controvertido está comprendido en el ámbito de aplicación*” de aquélla.

Pues bien, llegados a este punto, para enfocar el asunto a efectos de resolver el fondo, el Tribunal comienza por recordar los, ya clásicos, conceptos de “*igualdad de trato,*” enfocado a la Seguridad Social, (“*supone la ausencia de discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en lo relativo al cálculo de las prestaciones*”, apartado 38 de la sentencia), y de “*discriminación,*” (“*consiste en la aplicación de normas diferente a situaciones comparables o en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes*”. Sentencias de 13 de febrero de 1996 Gillespie y otros.C-342/93. Praxair MRC, C-486/18.), y procede a ponerlos en relación con el precepto de la norma española puesto en cuestión.

En concreto, el Tribunal comprueba que existe una diferencia de trato constatable, dado que el complemento que aprueba el art. 60 TRLGSS, que se otorga a pensionista, mujer, y madre de dos o más hijos, por el solo hecho de serlo, y no a hombre, pensionista y padre de dos o más hijos. Es decir, que nos encontramos ante una diferencia de trato ante situación comparable que en este caso es la concesión del complemento de pensión controvertido, dado que el “*objetivo perseguido por el art. 60.1 TRLGSS es recompensar la aportación demográfica de las mujeres a la Seguridad Social, y procede señalar que la aportación de los hombres a la demografía es tan necesaria como la de las mujeres*” (apartado 46 de la sentencia).

No obstante, antes de resolver, el TJUE hace mención a la respuesta dada por el Gobierno español a pregunta planteada por el Tribunal en relación al objetivo del complemento, donde alegaban que “no se trata solo de compensar la aportación demográfica de las mujeres...sino también a “*minorar la brecha de género existente entre las pensiones de mujeres y hombres, que se producen como consecuencia de las distintas trayectorias profesionales...*”, y al argumento planteado en su defensa por el Abogado del Estado en representación del INSS, que defiende el complemento tal y como está planteado por “razones de política

social”, aportando datos estadísticos que revelan la diferencia de importes de pensiones, y la notoria menor cuantía de las madres con dos hijos o más.

Frente a este argumento el Tribunal considera que la realidad que se alega como defensa referente a las desventajas profesionales que sufren las mujeres por el cuidado de los hijos, no pueden en ningún caso excluir la posibilidad de comparación de esta realidad con la de un hombre que asuma esta responsabilidad y pueda sufrir las mismas desventajas, no siendo por tanto un argumento válido que justifique un trato desigual en esta materia, ni constituye ninguna excepción aceptada en materia de igualdad de trato conforme al art. 7.1 b) de la Directiva 79/7, que hace referencia a “*ventajas concedidas en el seguro de vejez a las personas que han educado hijos...o ante períodos de interrupción de empleo por la educación de los hijos*”, porque nada se señala en relación a estos aspectos a la hora de concederse el complemento.

Además, se hace constar por el TJUE que el principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer por maternidad, pero la forma en que está configurado el complemento del art. 60.1 TRLGSS, no puede considerarse una ayuda a la mujer por razón de la maternidad desde el punto de vista físico, (de hecho, resaltan a este efecto que se otorga también a las madres por adopción), o por el ejercicio de la maternidad y posibles interrupciones en su carrera profesional, disminución de jornada o similar... De tal forma que conforme al literal del precepto, y el condicionante que determina su reconocimiento, -que recordemos que es, exclusivamente, el número de hijos habidos-, la medida en conflicto no se puede considerar un supuesto de los que podrían encajar en la excepción o compatibilidad establecida en el artículo 4.2 de la Directiva 79/7, cuando afirma que el principio de igualdad de trato no se opone, ni rechaza o invalida las posibles disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad.

Por último, añade una última exclusión en cuanto a las posibilidades de armonización de la medida con la norma comunitaria, -esta vez con cierto tinte de crítica al complemento de pensión que analiza-. En concreto manifiesta que tampoco considera el Tribunal que el complemento, tal y como está diseñado, constituya una ventaja destinada a facilitar al sexo menos representado “*el ejercicio de actividades profesionales o evitar o compensar desventajas en su carrera profesional*”, tal y como matiza el art. 157.4 TFUE, no aportando dicho beneficio “*ningún remedio a los problemas*” que pueda encontrar la mujer en su carrera profesional, o compensar las desventajas “*ayudándolas en su carrera*” y colaborando a la plena igualdad entre hombres y mujeres.

En definitiva, el artículo 60.1 TRLGSS constituye, efectivamente, una discriminación por razón de sexo, porque la defectuosa forma en que se diseñó,

y los requisitos que condicionan su reconocimiento, carecen de los elementos que justificarían una excepción a la regla de la igualdad de trato, de tal forma que, siendo cual fuera la intención última del legislador, la medida tal y como se plantea en la norma realmente no responden a una política de protección de la mujer por razón de maternidad, y sí constituye una discriminación para los trabajadores, padres beneficiarios del sistema de Seguridad Social.

3. REPERCUSIONES DE LA FORMA EN QUE SE PLANTEAN LAS MEDIDAS DE AYUDA A LA MATERNIDAD. EL EJEMPLO DEL DISCRIMINATORIO COMPLEMENTO DE PENSIONES DEL ART. 60.1 TRLGSS Y SU UTILIDAD PARA HACER PENSAR SOBRE LAS POLÍTICAS DE AYUDAS QUE QUEREMOS

Según se reconoció en su día por el Ministro de Sanidad y Servicios Sociales, A. Alonso (declaraciones realizadas en 2015, al presentar el Plan de Apoyo a la Familia, El País, 14 de mayo de 2015), el complemento a pensiones del art. 60.1 TRLGSS pretendía ser un “*premio a las mujeres que traía al mundo a futuros cotizantes del sistema*”, e incluso la planteaba como una medida más de incentivo a la natalidad. En definitiva, no se hablaba en ese contexto de eliminar la brecha en las pensiones entre hombres y mujeres, y no era ese el objetivo según el literal de la norma, que como ya se ha señalado habla de gratificar “*su aportación demográfica a la Seguridad Social*”.

Sin embargo, y pese a que el planteamiento era el expuesto, en la mente de todos estaba la notoria necesidad de compensar la evidente desigualdad en las cuantías de las pensiones del sistema de Seguridad Social entre mujeres y hombres, y de hecho el propio ejecutivo que aprobó la medida valoraba, un año después, los efectos positivos de la medida en la brecha sobre cuantías de pensiones entre hombres y mujeres beneficiarios del sistema. Es decir, que había una contradicción entre el objetivo de la medida y la fórmula elegida, (o no tanto, o tal vez se trató, fallidamente, de contentar a un electorado con ayudas a la familia tradicional y, a la vez, poner un parche a un problema evidente de brecha en las pensiones de las trabajadoras madres...).

A la vista de la sentencia del TJUE, el error jurídicamente hablando fue el planteamiento en cuanto al ámbito subjetivo de aplicación del precepto, pero lógicamente también este error repercute de forma directa en el efecto que tiene la medida, los principios y valores que transmiten, el reparto de roles, e incluso la aceptación de los nuevos modelos de familia. El reconocimiento del complemento como “premio” a la natalidad dirigido solo a las madres, planteado así presupone la aceptación de un rol que se acepta que no va a cambiar. La aprobación de un complemento que compense los efectos en las pensiones de la

crianza de hijos sí sería un complemento que, sin distinción de género, se dirige a ayudar, beneficiar, compensar, a los progenitores (naturales o por adopción), de una labor socialmente imprescindible que en absoluto puede convivir con una vida profesional inalterada.

Para un futuro con progenitores que, sea cual sea su sexo, opten por sacrificar parte de su vida profesional, y por tanto de sus beneficios en materia de prestaciones por desempeñar labores de cuidado y crianza de sus hijos, son necesarias políticas, ayudas y protección sin distinción de género que lo posibiliten e incentiven sin demasiados daños colaterales. Por tanto, en este sentido sea bienvenida la sentencia del TJUE que puede suponer el principio de un “repensar” las políticas de ayuda a la maternidad y paternidad, que en puridad, si se hicieran como deben hacerse tomarían como elemento central del beneficio no a los/las trabajadores sino a los hijos, tal y como se hace en otros países de nuestro entorno⁴.

No obstante, parece que el error de fondo del legislador fue, precisamente, el no tener claro qué se quería compensar, premiar, o incentivar con el complemento a la maternidad, porque si lo que se quería era atajar la brecha de género ya existente en relación a las pensiones de las mujeres trabajadoras que han criado hijos, el planteamiento y configuración de la ayuda debía ser ése y no otro. De hecho este objetivo es una necesidad de justicia sin lugar a discusión, igual que la ayuda a los efectos de la maternidad en la vida profesional derivados del esfuerzo fisiológico ineludible que hace la mujer, pero tal vez el ejecutivo que aprobó la medida quiso eludir este tinte feminista, y optó por una fórmula más afín a la idea de protección de la familia tradicional.

Efectivamente, el disfraz de “*premio a la procreación a favor del sistema*” era rancio, tendencioso en cuanto al papel de la mujer, en cuanto al familia a la que se dirigía (que medianamente se corrigió con posterioridad), e incluso a su número de componentes, y además, como se ha evidenciado, injusto para

⁴Me refiero a que la intervención del Estado en las políticas familiares nórdicas son neutras: *Están orientadas hacia cada uno de los individuos, cohabiten o no en una familia, y no hacia la familia en sí, que deja de ser considerada unidad de referencia...cada ciudadana y ciudadano tiene acceso a los mismos derechos; y además implica que la infancia como parte de la ciudadanía, también posee derechos sociales que deben serle suministrados, como el derecho a ser cuidados... en definitiva, en estos países más que hablar de política familiar debe hablarse de política para la infancia*”. Martínez Herrero, M.J. “La política familiar en Suecia: ¿un modelo de igualdad? XI Jornadas de Economía Aplicada. Bilbao, 2008.

los padres que han criado (que alguno hay), y que quieren criar a sus hijos (que afortunadamente son aún más, y más deben ser).

Así pues, es obvio que la necesidad de medidas de compensación de los efectos de la maternidad y paternidad en la vida profesional, y consecuentemente en los derechos en materia de pensiones de la Seguridad Social son justas e imprescindibles en una sociedad que quiere apostar por la equidad, por el cambio de roles, y por la ayuda efectiva a la posibilidad de desarrollar de verdad la crianza de los hijos y minorizar o mejor compensar el menoscabo de la vida profesional, (que lo habrá, inevitablemente, se quiera o no, porque la conciliación –RAE: “hacer compatible”-, no es posible, ni real, es asumir que se menoscaba una de las dos cosas, o la crianza o el trabajo....).

Sin embargo hay otra realidad que atender ya (no de cara al futuro y a ese cambio de mentalidad y dinámicas al que he hecho alusión), que es la denominada brecha en mil aspectos, pero en relación al asunto que nos atañe, en materia de pensiones del sistema de Seguridad Social. Es por tanto ya necesaria y justa esa compensación a las mujeres trabajadoras que asumieron, y siguen asumiendo mayoritariamente, esa pérdida “profesional”, -y por tanto también prestacional,- porque han asumido y asumen el grueso de esa responsabilidad por razones fisiológicas y culturales.

En definitiva, como ha evidenciado la reciente sentencia del TJUE, la forma de plantear y configurar las medidas de mejora de pensiones, o de cualquier otro tipo de ayuda, afectan de forma directa al efectivo o inefectivo cumplimiento del objetivo o la política social que pretenda apoyar o desarrollar, y lo que es más grave a su legalidad o no, tal y como se evidencia en el supuesto de la sentencia objeto del presente comentario.

BIBLIOGRAFÍA

Poyatos i Matas, G.: «Juzgando con perspectiva de género el complemento de maternidad. A propósito de la Sentencia del TSJ de Canarias, de 11 de septiembre de 2019 y su voto particular», en CEF-Laboral Social, 2019.

Granados Romera, I.: «Cuestiones básicas sobre las diferencias de género en la protección de la Seguridad Social, discriminación directa», en AA.VV. *Estudios sobre diversos aspectos jurídicos del trabajo de la mujer*, Moya Amador, R. (dir.), Ed. Aranzadi, 2016, págs. 393-407.

Esteve, A., Devolder, D., Domingo D. “*La infertilidad en España: tic-tac, tic-tac*”. Núm. 1/2016. Informe del Centro de Estudios Demográficos de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Martínez Herrero, M.J. “La política familiar en Suecia: ¿un modelo de igualdad? XI Jornadas de Economía Aplicada. Bilbao, 2008.

Reseña de Legislación

**RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA
COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA:
ENERO-MARZO DE 2020**

Decreto-ley 2/2020, de 9 de marzo, de mejora y simplificación de la regulación para el fomento de la actividad productiva de Andalucía. Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 504 de 12/03/2020 Sección: Disposiciones generales)

Decreto-ley 3/2020, de 16 de marzo, de medidas de apoyo financiero y tributario al sector económico, de agilización de actuaciones administrativas y de medidas de emergencia social, para luchar contra los efectos de la evolución del coronavirus (COVID-19). Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 508 de 17/03/2020 Sección: Disposiciones generales)

Decreto-Ley 5/2020, de 22 de marzo, por el que se modifica el Decreto-Ley 3/2020, de 16 de marzo, de medidas de apoyo financiero y tributario al sector económico, de agilización de actuaciones administrativas y de medidas de emergencia social, para luchar contra los efectos de la evolución de coronavirus (COVID-19). Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 510 de 22/03/2020 Sección: Disposiciones generales)

Decreto-Ley 6/2020, de 30 de marzo, por el que se establecen medidas administrativas extraordinarias y urgentes en el ámbito social y económico como consecuencia de la situación ocasionada por el coronavirus (COVID-19). Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 512 de 30/03/2020 Sección: Disposiciones generales)

Decreto 1/2020, de 9 de enero, por el que se crea y regula la Comisión Interdepartamental para la Mejora de la Eficiencia en la Gestión de los Recursos de la Administración de la Junta de Andalucía. Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 8 de 14/01/2020 Sección: Disposiciones generales)

Decreto 10/2020, de 3 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión de Protección Civil de Andalucía. Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 26 de 07/02/2020 Sección: Disposiciones generales)

Decreto 20/2020, de 10 de febrero, por el que se modifica la disposición transitoria primera del Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula

el concierto social para la prestación de los servicios sociales. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 29 de 12/02/2020 Sección: Disposiciones generales)

Acuerdo de 27 de diciembre de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el III Plan Andaluz de Cooperación para el Desarrollo. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 2 de 03/01/2020 Sección: Disposiciones generales)

Acuerdo de 27 de diciembre de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se distribuyen los créditos correspondientes al refuerzo de los Servicios Sociales Comunitarios para el desarrollo de competencias en materia de dependencia. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 2 de 03/01/2020 Sección: Disposiciones generales)

Acuerdo de 13 de marzo de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se toma en consideración las medidas adoptadas por la Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local, en el ámbito de sus competencias en materia de Administración de Justicia, con motivo del COVID-19. Organismo: Consejería de Turismo, Regeneración, Justicia y Administración Local (Boletín número 506 de 14/03/2020 Sección: Disposiciones generales)

Acuerdo de 13 de marzo de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se toman en consideración las medidas adoptadas por la Secretaría General para la Administración Pública, con motivo del COVID-19. Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 506 de 14/03/2020 Sección: Disposiciones generales)

Acuerdo de 13 de marzo de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se crea la Comisión Especial de Seguimiento con las Organizaciones Sindicales sobre la incidencia del COVID-19 en la Administración de la Junta de Andalucía. Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 506 de 14/03/2020 Sección: Disposiciones generales)

Acuerdo de 13 de marzo de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se toma en consideración la adopción de medidas preventivas en la Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo como consecuencia de la evolución del coronavirus (COVID-19). Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 506 de 14/03/2020 Sección: Disposiciones generales)

Acuerdo de 13 de marzo de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se crea la Comisión de Coordinación Presupuestaria en materia de servicios sociales sobre la incidencia del COVID-19 en Andalucía. Organismo: Consejería

de Hacienda, Industria y Energía (Boletín número 506 de 14/03/2020 Sección: Disposiciones generales)

Acuerdo de 13 de marzo de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se toma en consideración la Orden de la Consejería de Salud y Familias, por la que se adoptan medidas preventivas de salud pública en la Comunidad Autónoma de Andalucía como consecuencia de la situación y evolución del coronavirus (COVID-19). Organismo: Consejería de Salud y Familias (Boletín número 506 de 14/03/2020 Sección: Disposiciones generales)

Acuerdo de 16 de marzo de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se toma razón de la Orden del Consejero de la Presidencia, Administración Pública e Interior de 15 de marzo de 2020, por la que se determinan los servicios esenciales de la Administración de la Junta de Andalucía con motivo de las medidas excepcionales adoptadas para contener el COVID-19. Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 508 de 17/03/2020 Sección: Disposiciones generales)

Acuerdo de 30 de marzo de 2020, del Consejo de Gobierno, por el que se toma conocimiento de la actualización del estudio realizado por la Consejería de Salud y Familias sobre los recursos asistenciales en cada provincia andaluza ante el escenario de llegar a los 9.000 pacientes positivos por COVID-19. Organismo: Consejería de Salud y Familias (Boletín número 512 de 30/03/2020 Sección: Disposiciones generales)

Orden de 26 de febrero de 2020, por la que se modifica el Anexo I de la Orden de 28 de julio de 2000, conjunta de las Consejerías de la Presidencia y de Asuntos Sociales, por la que se regulan los requisitos materiales y funcionales de los Servicios y Centros de Servicios Sociales de Andalucía y se aprueba el modelo de solicitud de las autorizaciones administrativas. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 43 de 04/03/2020 Sección: Disposiciones generales)

Orden de 15 de marzo de 2020, por la que se determinan los servicios esenciales de la Administración de la Junta de Andalucía con motivo de las medidas excepcionales adoptadas para contener el COVID-19. Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 507 de 15/03/2020 Sección: Disposiciones generales)

Orden de 19 de diciembre de 2019, por la que se aprueba el Plan General de Inspección de los servicios sociales para los años 2020 y 2021. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 1 de 02/01/2020 Sección: Disposiciones generales)

Resolución de 23 de diciembre de 2019, de la Dirección General de Trabajo Autónomo y Economía Social, por la que se incrementa el crédito de la Línea 1 de la convocatoria de subvenciones de 2019, del Programa de Apoyo a la promoción y el Desarrollo de la Economía Social para el Empleo, aprobada por Resolución de 5 de agosto de 2019. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 2 de 03/01/2020 Sección: Disposiciones generales)

Resolución de 23 de diciembre de 2019, de la Dirección-Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se redistribuye el crédito de la convocatoria de 2019, de las subvenciones públicas en régimen de concurrencia no competitiva dirigidas a personas con discapacidad. Organismo: Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo (Boletín número 4 de 08/01/2020 Sección: Disposiciones generales)

Resolución de 20 de febrero de 2020, de la Dirección General de Infancia, por la que se aprueba y da publicidad al Estatuto Andaluz de las Personas Acogedoras, Guardadoras con fines de adopción y Adoptivas. Organismo: Consejería de Igualdad, Políticas Sociales y Conciliación (Boletín número 44 de 05/03/2020 Sección: Disposiciones generales)

Resolución de 3 de marzo de 2020, de la Secretaría General para la Administración Pública, por la que se aprueba y ordena la publicación del Acuerdo de la Mesa General de Negociación Común del Personal Funcionario, Estatutario y Laboral de la Administración de la Junta de Andalucía, de 13 de febrero de 2020, por el que se actualiza el Protocolo de prevención y actuación en los casos de acoso laboral, sexual y por razón de sexo u otra discriminación, de la Administración de la Junta de Andalucía. Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 46 de 09/03/2020 Sección: Disposiciones generales)

Resolución de 16 de marzo de 2020, de la Viceconsejería, por la que se establecen como servicios esenciales los prestados por la Fundación Pública Andaluza para la Integración Social de Personas con Enfermedad Mental, FAISEM. Organismo: Consejería de Salud y Familias (Boletín número 508 de 17/03/2020 Sección: Disposiciones generales)

Resolución de 18 de marzo de 2020, de la Dirección General de Recursos Humanos y Función Pública, por la que se establecen bases que articulan el procedimiento de emergencia para la selección del personal funcionario interino y laboral temporal necesario en el marco de la emergencia de salud pública ocasionada por el COVID-19. Organismo: Consejería de la Presidencia, Administración Pública e Interior (Boletín número 58 de 25/03/2020 Sección: Disposiciones generales)

