

VEINTICINCO AÑOS DE ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES:
BALANCE Y PERSPECTIVAS PARA UN NUEVO ESTATUTO

XXIV JORNADAS UNIVERSITARIAS
ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO
Y RELACIONES LABORALES

MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

Dirección

Mercedes Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer

Jesús Cruz Villalón

Sebastián de Soto Rioja

Reservados todos los derechos. El contenido de esta publicación no puede ser reproducido, ni en todo ni en parte, ni transmitido, ni registrado por ningún sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sin la preceptiva autorización

© Los autores, 2006

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2006

© MERGABLUM. Edición y Comunicación, S.L., 2006

C/ Brújula, 10. Parque Ind. PISA

Tel. 95 460 24 773. 41927 Mairena del Aljarafe SEVILLA

ISBN: 84-96378-33-0

Imprime: MINERVA. Artes Gráficas

Fomento,10. 41927 Mairena del Aljarafe SEVILLA

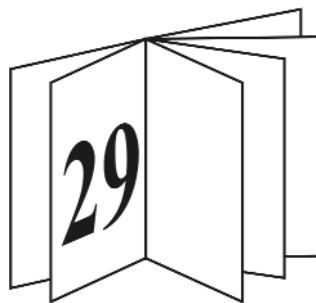
Depósito Legal: SE-5159-06

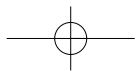
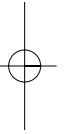
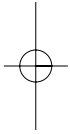
MONOGRAFÍAS DE TEMAS LABORALES

VEINTICINCO AÑOS DE ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES:
BALANCE Y PERSPECTIVAS PARA UN NUEVO ESTATUTO

XXIV JORNADAS UNIVERSITARIAS
ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO
Y RELACIONES LABORALES

Miguel Rodríguez-Piñero Royo (Director)
M^a Luisa Pérez Guerrero (Coordinadora)





ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11
PRIMERA PARTE: EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y EL CONTRATO DE TRABAJO.....	17
I. EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO: ENTRE LAS RAZONES DE MERCADO Y LAS RAZONES DE LA PERSONA	19
Cristóbal Molina Navarrete Antonio Álvarez Montero Olimpia Molina Hermosilla Manuel García Jiménez Susana de la Casa Quesada M ^a . Isabel Villar Cañada José Cuevas Gallego José Manuel Gámez Jiménez	
II. LA ORDENACIÓN JURÍDICA DEL TIEMPO DE TRABAJO (1980-2005)	133
Rosa Quesada Segura Antonio Márquez Prieto Francisco Vila Tierno Paz Romero Pardo María Salas Porras Salvador Perán Quesada	

SEGUNDA PARTE: EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y LA
DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA 163

I. LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN EL ESTATUTO DE LOS TRA-
BAJADORES: REGULACIÓN Y DESREGULACIÓN 165

Sebastián de Soto Rioja
José Luis Lázaro Sánchez
M^a Luisa Pérez Guerrero
Miguel Rodríguez-Piñero Royo

II. LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA Y SU REPERCUSIÓN EN EL
TERRENO DE LA SEGURIDAD SOCIAL 223

Santiago González Ortega
Cristina Blasco Rasero
Manuel García Muñoz

TERCERA PARTE: EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y LA
NEGOCIACIÓN COLECTIVA 271

I. EL MODELO LEGAL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA A LOS
VEINTICINCO AÑOS DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES 273

Miguel Ángel Almendros González
María José Caballero Pérez
José Antonio Fernández Avilés
María Isabel Granados Romera
Juan Antonio Maldonado Molina
José Luis Monereo Pérez
María Nieves Moreno Vida
Sofía Olarte Encabo
Juan Romero Coronado
Carolina Serraba Falcón
Natalia Tomás Jiménez

ÍNDICE

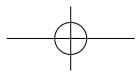
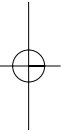
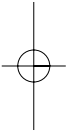
9

II. EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO
PARA LA FLEXIBILIDAD 379

Inmaculada Benavente Torres
Antonio Costa Reyes
Carmen Sáez Lara

III. DIÁLOGO SOCIAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y GÉNERO 449

Teresa Pérez del Río



PRESENTACIÓN

Se contiene en este volumen las ponencias presentadas y discutidas en las XXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, que tuvieron lugar en Islantilla los días 16 y 17 de noviembre de 2005, organizadas por el área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Huelva, con el apoyo y financiación, como siempre, del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Era la tercera vez que la Universidad de Huelva organizaba estas Jornadas, y la segunda en que lo hacía como Universidad independiente. En ésta, como en otras ocasiones, el personal del área colaboró con entusiasmo en su organización y desarrollo.

El tema que se eligió para esta edición de las Jornadas fue el de «Veinticinco años de Estatuto de los Trabajadores: balance y perspectivas para un nuevo Estatuto». La elección parecía obvia, toda vez que se conmemoraba el vigésimo quinto aniversario de la aprobación del Estatuto de los Trabajadores, norma central y vertebral de nuestro sistema jurídico laboral. Las grandes áreas temáticas de nuestra disciplina están presentes, en mayor o menor medida, en el Estatuto, enclave normativo de un sector entero del ordenamiento jurídico. Y las numerosas reformas que éste ha experimentado conforman la verdadera evolución del Derecho laboral español. Veinticinco años son suficientes para tener una perspectiva histórica adecuada de una norma de esta importancia; y es un número lo suficientemente redondo como para servir de ocasión de este tipo de estudios.

Pero no se pretendió realizar únicamente un análisis histórico de la vigencia y aplicación del Estatuto de los Trabajadores, ya que se pensó que este análisis se quedaría corto si no se acompañaba de una reflexión sobre lo que será el futuro de esta norma. De ahí que se hablara también de las perspectivas para un nuevo Estatuto; no en el sentido de diseñar una norma que sustituya al hoy vigente, sino

con la idea de identificar posibles puntos de conflicto de ésta con la realidad laboral a la que está llamada a regular. Compartíamos la idea de que los temas de actualidad, pero también los que puedan serlo en un futuro inmediato, deben encontrar su acomodo en las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores actual. Creemos, por ello, que debemos identificar las vías que hagan esto posible. Cuestiones tales como la calidad en el empleo, la ciudadanía social del trabajador, la responsabilidad social de la empresa, los nuevos instrumentos de vigilancia y control, las nuevas formas de participación, deben poder desarrollarse sin que la relativa antigüedad del Estatuto suponga un problema. De esto se trató también en las Jornadas, y este enfoque que combinaba presente con pasado y futuro está presente a lo largo del volumen que ahora se presenta.

El diseño científico de estas jornadas, desarrollado por un grupo de catedráticos de la disciplina en el seno del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, se enfrentó al problema de cómo plantear el estudio de una norma, el Estatuto, de sobra estudiada y conocida. Las opciones son obvias, y bien conocidas al haber sido todas usadas en mayor o menor medida en la pléyade de estudios que sobre el Estatuto de los Trabajadores ha producido la doctrina española. En esta ocasión se optó por algo relativamente original, centrarse en núcleos temáticos más que en Títulos o instituciones concretas. Se identificaron tres grandes áreas consideradas de interés prioritario en estos momentos: el desarrollo de la relación individual de trabajo, la descentralización productiva y la negociación colectiva, y sobre estas tres se organizó el trabajo colectivo de los participantes. Quedaban así grandes centros de atención para cada una de las ponencias, en las que se estudiarían de manera crítica una pluralidad de aspectos, en una perspectiva histórico-evolutiva y con voluntad de identificar propuestas de lege ferenda. Este enfoque dejó fuera, es claro, algunos aspectos cruciales de la regulación estatutaria, como la representación de los trabajadores en la empresa. Pero permite una visión global y con perspectiva, que es lo que permite el análisis crítico y el diseño de alternativas.

La organización de este volumen obedece a este esquema de trabajo. No hay, como en otras ediciones anteriores, ponencias y comunicaciones, con claras diferencias en cuanto a extensión y objeto, sino una sucesión de capítulos monográficos sobre aspectos particulares del Estatuto de los Trabajadores, centradas en tres grandes núcleos temáticos que se corresponden con lo que fueron las ponencias de las Jornadas.

Tenemos, así, en primer lugar una primera parte dedicada a los aspectos que, dentro de las clasificaciones tradicionales, podríamos denominar como «individuales», por referirse a la regulación de la relación individual de trabajo. En esta parte aparece lo que fue la primera ponencia general de las Jornadas, a cargo de la Universidad de Jaén, bajo el título de «El Contrato de trabajo y el poder de dirección del empresario: entre las razones del mercado y las razones de la persona». En ella se parte del papel del contrato de trabajo para realizar una visita

crítica y actualizada del Título I del Estatuto de los Trabajadores, desde la identificación de sus partes a las modalidades contractuales

El resultado es un análisis completo del marco normativo de la relación individual de trabajo, poniendo de manifiesto los principales problemas producidos durante la vigencia del Estatuto de los Trabajadores y señalando las grandes líneas de evolución en esta regulación. Este análisis se hace, además, desde una perspectiva plenamente actualizada, que incluye el paradigma de la flexibilidad o las nuevas dimensiones de los sujetos del contrato.

Los ponentes, un numeroso equipo de profesores de la Universidad de Jaén bajo la co-dirección de los profesores Molina Navarrete y Álvarez Montero, terminan por presentar una síntesis de propuestas de reforma legislativa en la que no se quedan en la indicación de aspectos deficientes o mejorables de la regulación actual, sino que llegan a proponer textos alternativos a los actuales, con los que poner en práctica las propuestas de mejora que se aportan. Técnica ésta no frecuente en nuestra doctrina, pero ciertamente sugerente y encomiable, pues nos presenta abiertamente otro Estatuto, posible y seguramente recomendable. El jurista del trabajo cumple así su función social tradicional de operador jurídico de lege ferenda, y las Jornadas Universitarias justifican una vez más su existencia como foro de discusión y estudio para la mejora del ordenamiento jurídico.

Esta ponencia general referida al Derecho individual del Trabajo se completa con otra monográfica sobre la ordenación jurídica del tiempo de trabajo, a cargo de un equipo de profesores de la Universidad de Málaga, bajo la dirección de la profesora Quesada Segura. Este capítulo estudia la evolución del tratamiento de esta materia en el Estatuto de los Trabajadores desde su redacción original hasta la actual. Los distintos ejes y objetivos sobre los que se ha basado la ordenación del tiempo de trabajo están presentes en el análisis: la tutela de la salud del trabajador, el empleo, la conciliación de la vida laboral y familiar... El capítulo termina con un estudio exhaustivo de la negociación colectiva sobre esta materia, completando el análisis mediante una presentación de la realidad de la regulación de estos temas en nuestros centros de trabajo.

El segundo capítulo de este libro, como lo hizo en su momento la segunda de las ponencias, se dedica al estudio de la descentralización productiva. Institución ésta bien conocida y estudiada a estas alturas, que se encuentra en estos momentos entre los «temas de actualidad» de la disciplina. Para analizar esta cuestión se presentan en este volumen dos capítulos que, sin duda, completarán la numerosa producción científica disponible sobre los aspectos jurídicos de este fenómeno organizativo. Y ello porque, al margen de la propia calidad de los mismos, se han seguido enfoques que no son los tradicionales. Se incluye, así, un estudio sobre la descentralización productiva desarrollado por un equipo de profesores de la Universidad de Huelva, original también en la perspectiva de estudio adoptada. En vez de centrarse en la norma reguladora o en la realidad normada por los artí-

culos 42 a 44 del Estatuto, su objeto es analizar la descentralización desregulada, los supuestos que escapan del marco normativo hoy vigente y que plantean demandas de intervención legislativa. Se habla, así, de las nuevas formas de colaboración entre empresas, o de las empresas de servicios, proponiendo medidas para actualizar nuestro Derecho del Trabajo a la realidad de una economía profundamente descentralizada. El capítulo concluye con un estudio de las últimas reformas del Derecho del Trabajo español en este campo, producidas con ocasión del proceso de diálogo social y reforma laboral de los años 2005 y 2006, culminado, por el momento, en el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y el Empleo y el Real Decreto-Ley 5/2006. Como colofón del estudio planteado se evalúan las medidas recientemente adoptadas usando como criterio las carencias y limitaciones identificadas en la regulación anterior, valorando si resultan adecuadas. No hay que olvidar que este proceso de reforma se planteó principalmente como reacción ante los problemas planteados por la realidad de un sistema productivo altamente descentralizado, y que fueron la subcontratación y la cesión de trabajadores algunos de sus temas centrales -por más que el RDL 5/2006 se quedara corto respecto de la mayoría de las propuestas planteadas.

Esta segunda parte se completa con un estudio monográfico de los aspectos de seguridad social, bajo el título de «La descentralización productiva y su repercusión en el terreno de la Seguridad Social»; trabajo realizado por los profesores doctores González Ortega, Blasco Rasero y García Muñoz, de la Universidad Pablo de Olavide, bajo la dirección del primero de ellos, primer espada también entre nuestros expertos en Seguridad Social. En sus páginas se estudian las consecuencias previstas por la legislación de Seguridad Social para las tres categorías con las que nuestro Derecho del Trabajo clasifica las distintas situaciones de producción descentralizada, contratas y subcontratas, cesión de trabajadores y transmisión de empresas. Este estudio nos demuestra que los aspectos de Seguridad Social, generalmente infravalorados, son realmente significativos en estas situaciones, y que su regulación plantea numerosos problemas no siempre tenidos en cuenta. Si conjugamos la importancia de la Seguridad Social con la extensión de las formas descentralizadas de producir nos encontramos con una vertiente de nuestro sistema jurídico-laboral verdaderamente significativa, que con este capítulo puede ser mejor conocido y valorado.

El tercer bloque temático es el de la negociación colectiva, al que se dedican tres estudios. El primero lleva por título «El modelo legal de negociación colectiva a los veinticinco años del Estatuto de los Trabajadores», y éste es suficientemente expresivo de su contenido, un estudio global de nuestro sistema de negociación colectiva estatutaria.

Este capítulo ha sido elaborado por un numeroso grupo de profesores del Departamento de Derecho del Trabajo de la Universidad de Granada, bajo la dirección de los doctores Vida Soria, Monereo Pérez y Almendros González. El traba-

jo es ambicioso, y el resultado es una visión completa tanto del modelo de regulación como de la dinámica de éste en la práctica. Comenzando con una construcción del modelo a partir de los elementos fundamentales de la regulación estatutaria, en este capítulo se analizan los principales aspectos de ésta, como la estructura de la negociación colectiva y los ámbitos objetivo y subjetivo de los convenios estatutarios. Para este estudio se maneja tanto el material normativo como el jurisprudencial, así como los propios productos de la negociación. El resultado es una visión completa tanto de nuestro sistema legal como de nuestra práctica convencional, desde una perspectiva eminentemente crítica y valorativa. De esta visión se extraen tres ideas: el carácter dinámico del modelo legal de negociación, que ha ido cambiando tanto por impulso de la ley como por la experiencia negocial y jurisprudencial; que el sistema legal presenta importantes aporías; y que a pesar de las limitaciones que se señalan el modelo legal ha servido para consolidar un sistema de negociación colectiva en un marco democrático de relaciones laborales.

Este estudio se completa con otro sobre «El convenio colectivo como instrumento para la flexibilidad», elaborado por los profesores Sáez Lara, Costa Reyes y Benavente Torres, de la Universidad de Córdoba. El objeto de atención es el mismo, el sistema español de negociación colectiva, particularmente en lo relativo a los productos del sistema, nuestra estructura negocial. El enfoque es, sin embargo diferente, y se asume como punto de partida y como criterio de evaluación el del grado de flexibilidad en la gestión de los recursos humanos que el sistema produce. La negociación colectiva como fuente del Derecho y como institución social cumple una pluralidad de funciones, satisfaciendo intereses también variados. El equipo de investigadores de la Universidad de Córdoba, siguiendo una de sus líneas de trabajo más consolidadas, se centra en una de estas funciones, que viene siendo destacada entre nosotros desde la reforma laboral de 1994: la de ser fuente de flexibilidad para las empresas. Esta función aparece reforzada en el proceso de reforma de 2005-2006, ya que el Informe del Grupo de Expertos para el Diálogo Social que dio origen a todo apuesta por un modelo de «flexibilidad negociada» como alternativa más adecuada para solucionar los problemas de nuestro mercado de trabajo. A partir de este punto de partida, recogido también en los sucesivos Acuerdos para la Negociación Colectiva, se analiza el tratamiento por nuestros convenios colectivos de instituciones cruciales desde este punto de vista, como la clasificación profesional, el salario o el tiempo de trabajo. El estudio concluye llamando la atención sobre un aspecto crítico en la construcción de una negociación colectiva de la flexibilidad como el que está viviendo nuestro sistema de relaciones laborales: la crítica de la jurisprudencia social a algunas de las iniciativas más avanzadas en este proceso, de tal modo que comienza a ser frecuente que novedades acordadas por los sujetos negociadores sean consideradas ilegales por los tribunales, por entender que exceden de las funciones legalmente atribuidas a esta fuente del Derecho o porque incumplen el marco legal vigente para la institución de que se trate. El diálogo entre el legisla-

dor, los interlocutores sociales y el juez laboral se contempla en este punto con toda claridad.

El último capítulo de esta tercera parte, y también del volumen que aquí se presenta, supone un nuevo estudio de la negociación colectiva española desde una perspectiva particular, la del género, por parte de uno de los referentes en España en este tipo de análisis, la profesora Pérez del Río, que firma la contribución de la Universidad de Cádiz a este trabajo colectivo. En su informe se describe tanto la situación actual de nuestra negociación, con una valoración marcadamente crítica de la misma, como las posibles mejoras en ésta para adecuar su comportamiento desde un punto de vista de género. Con ello se cumple el objetivo global de este libro de estudiar la experiencia de veinticinco años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores, y de la negociación colectiva desarrollada de acuerdo con sus disposiciones, desde la perspectiva de los problemas de actualidad de nuestro mercado de trabajo.

El conjunto de los estudios que se presenta supone, entendemos, una completa visión de nuestra experiencia estatutaria, con sus logros y sus carencias, a la vez que proporciona elementos sobre los que proceder a la construcción de un nuevo Estatuto, adaptado a nuestros tiempos y a nuestras prioridades. El estudio es amplio, y abarca la casi totalidad de nuestro Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social; es, también, el resultado de un esfuerzo colectivo de la familia de los iuslaboralistas andaluces, a los que sus Jornadas universitarias permiten la ocasión de discutir y de producir científicamente como grupo. Un número de autores que se acerca a la cuarentena no es frecuente en un estudio de estas características, y es el resultado de una metodología de trabajo muy particular, con ventajas e inconvenientes en su gestión pero que produce resultados ciertamente interesantes.

Este libro, así como las Jornadas -éstas y las veintitrés anteriores-, han sido posibles gracias al apoyo económico y organizativo del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, que demuestra así, una vez más, su condición de verdadero motor de la investigación y de la difusión del conocimiento de las materias laborales en el territorio de nuestra Comunidad, con acciones cuyo impacto trasciende con mucho del ámbito geográfico de Andalucía. Su colección de monografías se completa ahora con un nuevo volumen que, esperamos, contribuya al mejor conocimiento del Derecho del Trabajo y de las relaciones laborales en España. Las próximas serán ya las Jornadas vigésimo quintas, veinticinco años ya de Jornadas Universitarias Andaluzas, y entonces será este aniversario el que habrá que celebrar. Será en Córdoba, a finales de 2006.

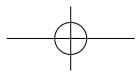
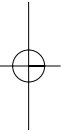
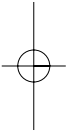
Miguel Rodríguez-Piñero Royo

María Luisa Pérez Guerrero

Huelva, septiembre de 2006

PRIMERA PARTE

EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y EL CONTRATO DE TRABAJO



I. EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO: ENTRE LAS RAZONES DE MERCADO Y LAS RAZONES DE LA PERSONA

*Cristóbal Molina Navarrete
Antonio Álvarez Montero
Olimpia Molina Hermosilla
Manuel García Jiménez
Susana de la Casa Quesada
M^a. Isabel Villar Cañada
José Cuevas Gallego
José Manuel Gámez Jiménez*

Universidad de Jaén

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Estructura y función del contrato de trabajo: la complejidad que no cesa. 3. Los sujetos del contrato: trabajador, empleador y «empresa». 3.1. Planteamiento general. 3.2. Las nuevas dimensiones del estatuto del trabajador. 3.3. Las dimensiones del estatuto del empleador: como acreedor y como titular de una organización empresarial. El poder de dirección y las exigencias de flexibilidad micro-organizativa o de gestión «interna». Las dimensiones del estatuto del empleador. 4. Las modalidades de contratación: la reordenación del sistema desde el nuevo modelo de «flexiseguridad». 4.1. La contratación temporal. El contrato entre seguridad en el empleo y la flexibilidad micro-organizativa. 4.2. La contratación a tiempo parcial: las demandas de flexibilidad de la empresa y del trabajador. 4.3. Los contratos de inserción: la posible instrumentación del contrato desde las políticas de empleo e inserción socio-laboral es relegada por una reforma liquidadora. 4.4. El contrato de trabajo de la persona inmigrante extranjera: la «normalización» plena como reto todavía pendiente. 5. Las condiciones de trabajo: profesionales y económicas. 5.1. La prestación de trabajo. 5.2. La prestación salarial: las necesidades de revisión de la regulación del salario desde las exigencias de seguridad económica y desde las de competitividad empresarial. El difícil nuevo equilibrio. 6. Las vicisitudes del contrato de trabajo. 6.1. Las modificativas: principales puntos críticos urgidos de revisión o relectura. 6.2. Las suspensivas. 6.3. Las extintivas: la institución del despido en la encrucijada del modelo de flexiguridad. Una cuestión de nuevo aplazada. 7. Síntesis de propuestas de reforma legislativa.

1. INTRODUCCIÓN

Los numerosos, intensos y frecuentes cambios que han experimentado los preceptos del Estatuto de los Trabajadores, desde su ahora ya lejana versión original –la Ley 8/1980, de 10 de marzo, por la que se aprobó el ET– evidencian con nitidez la enorme *capacidad de esta norma legal para adaptarse* de modo continuado y eficaz –incluso eficiente– a las nuevas situaciones, demandas y necesidades del sistema socio-económico y político-cultural de cada momento. En los tiempos que actualmente vivimos interlocutores sociales, responsables públicos, intérpretes y destinatarios han valorado la efectividad, eficacia y eficiencia de esta norma legal, como pieza clave o clave de vuelta, después de la Constitución, del sistema jurídico-laboral y proponen nuevas reformas para garantizar tanto su estabilidad estructural como su adecuación a las mutaciones de los sistemas productivos, especialmente en el plano organizativo y tecnológico, pero también ideológico-cultural.

A partir de las primeras reformas, las iniciadas en los templaderos años 1983–1984, prácticamente no ha habido un año que el ET no experimentara una modificación, muchas veces de forma expresa y en ocasiones de modo implícito o «deslocalizado». Aunque está claro que no todas han tenido el mismo alcance, coincidiendo todos los intérpretes en identificar la más profunda en 1994, no menos cierto es que esta movilidad legislativa ha infundido una imagen de dinamismo y evolución al ET, acorde con las nuevas demandas de recuperación de la senda del crecimiento económico y mejora de la competitividad de las empresas. Sin embargo, y aún siendo conscientes de que algunos cambios han provocado auténticos seísmos o convulsiones en la configuración tradicional –o clásica– de determinadas instituciones del Sistema de relaciones laborales, lo cierto es que el ET ha sabido conservar, y/o infundir, un relevante margen de «*estabilidad normativo-institucional*» a este Sistema.

Han permanecido inalterados en su sustancia, pues, los que la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley del Estatuto de los Trabajadores llamó los «*Tres Pilares Básicos*» sobre los que se fundó el «*nuevo modelo socio-laboral*», por otro lado paralelo al nuevo modelo social, político y económico instaurado y propugnado por la CE:

- la «contraposición de intereses en el mundo del trabajo», cuyo conflicto exigía un «sistema de solución de conflictos» basado sobre el equilibrio de los intereses a tutelar, los del trabajador –principio de protección o de favor– y los del empleador –principio de rendimiento o de productividad–, partes del «contrato de trabajo»;
- la «autonomía colectiva de las partes sociales», como fuente principal sobre la que articular y reglamentar el desenvolvimiento del sistema de relaciones laborales de producción social, en especial de las condiciones de vida y de trabajo de los «asalariados» en la empresa y en la sociedad de mercado;

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 21

- el «otorgamiento al Estado de la correspondiente potestad normativa en materias laborales», en aras tanto de la garantía de la igualdad entre todos los trabajadores en España y de la unidad del mercado «nacional».

A día de hoy no es dudosa la continuidad de estos «Pilares». Pero queda claro que su firmeza o consistencia no es la del ET de los «orígenes», ni tan siquiera los de su evolución hasta 1994. En consecuencia, cabría plantearse si asistimos a múltiples «obras de reforma» para reforzar o consolidar estos «cimientos», o más bien vivimos un momento de «revisión» de los mismos.

Por un lado, la búsqueda del tan recurrente como ambiguo paradigma de «flexibilidad» apunta en la dirección de apuntalar o relanzar el referido modelo de equilibrio entre las demandas de los empleadores –mejora de la capacidad de gestión sobre los recursos humanos como factores de producción para mejorar la rentabilidad de las empresas, –y las de los trabajadores– garantía de estabilidad y seguridad–. Por otro, la revitalización de los instrumentos que fomentan el «gobierno autónomo» del sistema, especialmente a partir de 2002, fecha de la «última amenaza» de provocar una «intervención reformadora dirigista», y la renovación de contenidos y funciones de los convenios colectivos evidencia la «buena salud» de la autonomía colectiva. Finalmente, el Estado sigue conservando un marcado protagonismo en la ordenación de las relaciones laborales, cuya competencia normativa ha seguido «blindada» por el TCO.

Sin embargo, tampoco es dudoso que en los 3 ámbitos existen síntomas o de desnaturalización o de «agotamiento». En consecuencia, en un momento en que se anunciaba una «nueva Gran Reforma Laboral» resultaba especialmente oportuno plantear la capacidad de resistencia del ET a las nuevas demandas del mercado –y de la sociedad–. Puesto que el análisis de la *Autonomía Colectiva* cuenta con una Ponencia específica, al igual que sucederá con el fenómeno de la *Descentralización Productiva* y su impacto, casi transversal, en todas las instituciones de la ordenación jurídico–laboral, nosotros nos centraremos en ofrecer una perspectiva centrada en la institución del *Contrato de Trabajo*.

El objetivo básico de la Ponencia no era tanto ofrecer un balance de la evolución normativa y práctica de esta institución nuclear del sistema, desde sus rasgos tipológicos a sus sujetos, pasando por sus contenidos –prestaciones básicas: trabajo dependiente y retribución–, cuanto aportar algunos elementos que puedan ayudar a la reforma ahora emprendida. La complejidad y dimensiones de esta temática, la tradicionalmente conocida como ordenación de la relación individual de trabajo, obligaba a seleccionar aquellos aspectos más centrales y relevantes, destacando bien por su actualidad bien por su trascendencia. Se trataba, pues, de suministrar algunas pautas al debate de la reforma, con objeto de poder debatir las mejores opciones abiertas en el contemporáneo proceso de reforma laboral.

El lector avezado habrá notado que utilizamos la forma verbal del «pasado imperfecto». La razón no es otra que la de sugerir un interrogante previo: si ya conocemos el sentido y alcance que tendrá la próxima «reforma laboral», firmada por los interlocutores sociales y el Gobierno el 9 de mayo de 2006, ¿merece la pena hacer un trabajo tan ambicioso, al menos en su pretensión inicial? A la luz de los temas que finalmente resultarán modificados se hace más que evidente que ésta no era la reforma esperada, aunque quizás fuese la única hoy posible, o quizás más urgente, junto a la reforma igualmente parcial y muy limitada del ámbito de la subcontratación que se tramita en estos momentos de forma paralela en el Congreso. Los aspectos a reformar y la intensidad de la misma divergen notoriamente de las propuestas realizadas en su día por los Expertos.

¿No sería mejor, pues, limitarse a evidenciar los problemas principales que suscita esta reforma, acotada en los términos evidenciados por el Acuerdo de Concertación Social?

Aunque las respuestas a esta pregunta no son ciertas, sí tenemos para nosotros que quizás por esa limitación de temas y grados se hace aún más perentoria la necesidad de trazar un mapa, un catálogo de aspectos del Estatuto de los Trabajadores que ya no pueden pasar más tiempo sin ser reformados, pese a no contar con el acuerdo de los tres sujetos de las relaciones de trabajo –sindicatos, empresarios y Gobierno–. Precisamente, la función del «jurista científico» no es ser «políticamente correcto», ni mucho menos ser «pragmático» –aunque su oficio sea eminentemente práctico, sea un conjunto de guías para la acción, no ya sólo para la reflexión–. Su función es, cuando menos, la de evidenciar las pruebas de resistencia de las instituciones y las normas, poner de manifiesto las deficiencias de coherencia, efectividad y eficacia del sistema y proponer, en lo posible, algunas sendas de corrección.

Por eso, y desde esa perspectiva, y, como es natural, asumiendo por completo la responsabilidad de los análisis y propuestas como expresión de estricto análisis jurídico –técnico y político–, hemos entendido útil seguir con la intención inicial. Creemos oportuno aportar algunas líneas de cambio que quizás fuese oportuno retomar a no tardar demasiado con vista a mantener la función clásica de la norma laboral: el justo y eficiente equilibrio de intereses entre los trabajadores, los empleadores y la sociedad de la que ambos participa, se beneficia y ayudan a conformar.

2. ESTRUCTURA Y FUNCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: LA COMPLEJIDAD QUE NO CESA

El entero Derecho del Trabajo se ha edificado sobre la reglamentación de la «posición» que cada parte o sujeto de la «relación» ocupa en el «contrato de trabajo», definiendo los correlativos derechos y deberes, tanto en atención a las pres-

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 23

taciones básicas –trabajo y salario: trabajo asalariado–, como a las complementarias –derechos y deberes de «protección» de otras «utilidades» conexas a las básicas. De ahí, la marcada complejidad estructural y funcional que caracteriza el contrato de trabajo. De ella da buena prueba la extensa y heterogénea enumeración de derechos y deberes contenida tanto en el artículo 4 como en el artículo 5 del Estatuto de los Trabajadores, de modo que es evidente la ampliación de la esfera obligatoria, para ir más allá del estricto intercambio de prestaciones básicas.

En los diferentes países de la UE, el marcado triunfo del «contrato» como fundamento de la «relación de trabajo» sólo ha sido posible, sin embargo, a condición de incorporar al mismo tiempo un «estatuto» complejo de los sujetos que son parte del mismo, no sólo del trabajador –no obstante la denominación–. Este singular tipo contractual, ordenado o reglamentado por un amplio catálogo de normas de diverso rango y distinta naturaleza –artículo 3 ET– se caracteriza básicamente por un doble condicionamiento: en el plano normativo, por la constitucionalización remarcada del mismo, que aporta un mínimo pero determinante estatuto uniforme o común de derechos –y deberes–; en el plano fáctico, pero con incuestionable relevancia jurídica, por su «inserción» dentro de un ámbito de dirección y organización productivos, típicamente denominado «empresa» (aunque el concepto de empresa jurídico laboral no coincida con el jurídico-mercantil), y ordenado conforme a las exigencias de una «economía de mercado» (artículo 38 CE).

De este modo, junto a la regulación típica de los «derechos/deberes de prestación», crece la ordenación de los denominados, por la ciencia iuscivilista actual, «derecho/deberes de protección» –garantías de empleo; deuda de seguridad y salud en el trabajo; políticas de facilitación de la conciliación de la vida laboral y familiar; «ciudadanía de empresa»...–, naturalmente depurados de las influencias ideológicas y moralistas de otras épocas y concepciones –típicamente la que los entendía como «deberes espirituales» o «deberes éticos» del trabajador–. Éstos, aún en conexión con aquellos, adquieren un creciente protagonismo y una más amplia autonomía, concurriendo ambos a la realización de la causa y objeto de la relación contractual de prestación de servicios profesionales por cuenta ajena y de forma dependiente para una organización productiva/distributiva de bienes y servicios.

Desde esta perspectiva, el contrato de trabajo como estructura relacional compleja no puede ser reducido ni a pura lógica de intercambio mercantil –derechos patrimoniales– ni a simple lógica de protección –derechos extrapatrimoniales–, como tampoco puede ser visto ni desde una dimensión exclusivamente individualista ni colectivista. La efectividad de la nota de «libertad» que caracteriza jurídicamente al contrato de trabajo pasa por la promoción de la identidad «por» y «en» el trabajo. Emerge de esta manera la profunda relatividad de las típicas distinciones o dicotomías entre «derechos laborales» y «derechos profesionales», entre «derechos contractuales» y «derechos de la persona».

El contrato de trabajo sigue siendo, no obstante algunas tendencias desreguladoras, un contrato particularmente normado, por lo que sus contenidos proceden de fuentes diferentes a la autonomía privada, de ahí que se trate de un contrato estatutario y relacional. Pero no por ello deja de tener, en mayor o menor medida, la triple función que clásicamente se le ha asignado:

1. La función constitutiva del vínculo.

No obstante, en fechas relativamente recientes algunas novedades legislativas e institucionales han replanteado la vieja cuestión del «relacionismo». Nos referimos básicamente a dos: por un lado, la regulación de una relación de prestación de servicios para un empresario con el que, sin embargo, no se mantiene vínculo contractual alguno, como es el trabajo en las empresas usuarias; por otro, el reconocimiento de los derechos derivados de una relación laboral, tanto en el plano propiamente laboral como en el de Seguridad Social, incluso pese a poder predicarse la nulidad del contrato, como sucede con el trabajo de los inmigrantes irregulares. Sin embargo, en el primer caso, se ha evidenciado que no es una pura relación de hecho, sino una relación de trabajo con fundamento en la ley –artículo 1089 Código Civil–. En el segundo, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias consideran que la falta de autorización para trabajar no invalida el contrato de trabajo –artículo 36.3 y STS 9 junio 2003–.

2. La función reguladora de la relación

Si tradicionalmente esta función ha sido la más afectada y relativizada por el protagonismo regulador de las normas estatales, por un lado, y por las normas de autonomía colectiva, por otro, un tópico de la doctrina iuslaboralista ha sido la plantear una creciente individualización de las relaciones de trabajo, con el consiguiente protagonismo de la autonomía individual como fuente de regulación. Aunque tampoco aquí las líneas evolutivas son pacíficas o inequívocas, lo cierto es que más que el contrato de trabajo lo que se ha reactivado en estos últimos años es la capacidad de crear normas del «poder de dirección empresarial», aunque se revista luego de cobertura autónoma –acuerdos colectivos, «pactos individuales» de «adhesión en masa»...–. En todo caso, es evidente que la continuidad del carácter normado del contrato no impide la revitalización o actualización de su función reguladora, mediante formas más o menos transparentes.

3. La función organizativa de la actividad de producción social y económica del sistema de necesidades de una comunidad

Con independencia de las diferentes posiciones existentes al respecto en el plano teórico, es un tópico comúnmente difundido identificar como rasgo más característico del contrato de trabajo la «dependencia» o «subordinación» (SsTS 9 febrero 1990; 21 octubre 1996). Lo que en la fórmula flexible del artículo 1.1 ET se expresa como la inclusión dentro de un «ámbito de dirección y organización de otra persona». Este rasgo evidencia, pues, la conocida fórmula de la inser-

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 25

ción del trabajador en una «organización ajena», quedando «a su disposición» no sólo para realizar una determinada actividad sino para realizarla conforme a un determinado «modo de prestación».

La elección de este criterio responde a las concretas características delimitadoras de un determinado modo de producción económica de las relaciones sociales. El contrato de trabajo era la forma jurídica que mejor se adaptaba al modo de producción mercantil de la vida, la industria capitalista. La creciente flexibilidad de esta figura responderá perfectamente a la evolución del sistema productivo, desplazando en buena medida las «relaciones de servicios» formalizadas mediante «contratos mercantiles» o «civiles» y ocupando el contrato el centro de la nueva ordenación de las relaciones sociales de producción.

Precisamente, cuando muta parcialmente el modo en que tradicionalmente se han exteriorizado las relaciones de producción social que tienen su origen en el trabajo no sólo se modificará el trabajo mismo sino la forma en que se ordena. La impulsada reorganización del sistema productivo tanto para superar las cíclicas crisis económicas como para adaptarse a las evoluciones de los modelos, en aras de una creciente competitividad y crecimiento económico, llevará a poner en cuestión el modelo clásico de organización del trabajo. Éste se verá ahora desplazado por el impulso de retorno del «arrendamiento de servicios» y por la vitalidad de otros «contratos de suministro o prestación de servicios», aún dentro de un «ámbito de dirección y organización» ajenos, pero con un margen de autonomía superior, real o potencialmente, al permitido por el contrato de trabajo. Hasta el punto que se multiplicarán las vías de exclusión de la «asalarización» del modelo de producción social «post-industrial».

Se advierte que con esta constatación traemos a colación un punto neurálgico del actual estado del orden jurídico-laboral, en cuanto que se discute hoy la capacidad del contrato de trabajo para dar cuenta de contextos socio-económicos diversificados respecto de los originarios, adaptando el modelo de regulación de intereses que proporciona mediante la modulación de sus efectos normativos en atención a cada situación, a su tipicidad social diferencial. Ahora bien, con esta idea lejos de devaluarse se refuerza la imagen del contrato como instrumento tendencialmente dominante de organización y gestión de las relaciones de trabajo, confirmando la recuperación de la «dimensión organizativa» –estatutaria– de la lógica del contrato, hoy patrimonio común de la disciplina jurídico-laboral y dato continuamente referenciado por las normas laborales¹.

1. Paradójicamente, mientras que no se han escatimado esfuerzos para vincular los estatutos sociales y profesionales del trabajador a su condición contractual, en cambio sí se ha considerado necesario, en sede de teoría general del contrato, separar la posición del «acreedor de trabajo» de su «contexto organizativo», impidiendo modelar la ordenación en atención a las concretas realidades organizativas del trabajo en general y de la empresa en particular. Vid. G.Meliado. *Il rapporto di lavoro nei gruppi di società*. Giuffrè. Milano.1990

En definitiva, pese al tradicional convencimiento doctrinal en contrario, la restauración de la vertiente constitucional del contrato de trabajo exige integrar, en términos jurídicamente significativos, la dimensión normativa –contrato– con la dimensión realista –organización–. Ambas lógicas, ambas «almas», la contractual y la organizativa, coadyuvan a forjar el equilibrio causal del contrato de trabajo, de modo que esté en condiciones de integrar de modo eficaz, eficiente y equitativo una creciente pluralidad de intereses en juego, jurídicamente relevantes y merecedores de tutela. Este equilibrio presupone el carácter recíprocamente condicionado y condicionante entre la lógica contractual y la lógica –o racionalidad– organizativa, que son complementarias no alternativas.

Así, la referencia en términos jurídicamente significativos a la «organización de trabajo» en general, y a la forma de organización del trabajo típica de la empresa en particular, permite incorporar o insertar en la estructura normativa del contrato –naturalmente filtrados a través de la necesaria mediación jurídica– los «estatutos sociales» preexistentes a la constitución del vínculo, permitiendo que las partes puedan conservar la propia identidad y no perderla a través de la «forma contractual». Queda claro que esta reconstrucción sirve tanto para la redefinición de la posición del sujeto–trabajador como de la del sujeto–empleador.

En el primer caso nos conduce de inmediato a aflorar en el trabajador una pluralidad de dimensiones añadida a la de «acreedor/deudor» –contratante–. Entre estas destacan las propias de su «estatuto personal civil» –derechos de ciudadanía civil– o su estatuto como «sujeto de necesidades» –garantía de derechos de seguridad económica mínima–, según una orientación claramente afirmada por la jurisprudencia constitucional, en particular en el primer caso, aunque no cuente con un conjunto regulador suficientemente completo y coherente. Pero también hoy se destacan con mayor énfasis otras vertientes, como pueden ser su estatuto previo de «candidato» a un empleo –que evidencia su necesidad de una oportunidad seria y real de empleo–, así como el de su «estatuto profesional». La consecuencia es la proliferación de «sub-estatutos» reguladores dentro del Estatuto de los Trabajadores que no sólo modifican las modalidades de ejercicio de las prerrogativas empresariales –nuevo sistema de límites–, sino que incluso integran nuevos contenidos en la relación –nuevo catálogo de derechos de prestación: derechos de adaptación razonable.

En el segundo, queda igualmente claro que en la reconstrucción jurídica de la posición del empleador como contratante o dador de empleo no podremos prescindir de su cualidad de «titular de una organización productiva», cuyas concretas características socio-económicas influirán en el modo de ser y prestarse la actividad de trabajo asalariado. El contrato no puede dejar de reflejar el modo en que viene satisfecho el interés del empleador, por lo que su reconstrucción jurídica –normativa– pasa no sólo por la identificación de sus rasgos caracterizadores, sino también la influencia de los «datos organizativos» relevantes para singularizar cada relación laboral.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 27

La referencia a la organización no sólo aparece, pues, como razones de –mayor y distinto– crédito sino también como razones de –mayor y distinto– débito para el trabajador, de modo que servirá para determinar la posición del trabajador atendiendo igualmente al interés instrumento del empleador como empresario –titular de una organización que necesita ser rentable y competitiva (STSJ Castilla y León, 17.9.1996). La concreta obligación del trabajador no refleja sólo la ejecución en términos estrictos de la prestación contratada, sino también el interés económico–organizativo del empleador, si bien en términos compatibles –conforme a un método de ponderación razonable– con la estructura contractual, pero compleja, de la relación de trabajo.

En definitiva, el asentamiento de la tesis «contractualista» de la relación de trabajo en nuestro días, una vez erradicadas las corrientes comunitaristas u organicistas –relacionistas–, es incapaz de suprimir las tensiones y contrastes presentes en su constitución y dinámica de funcionamiento, porque responde a la ambivalencia estructura del trabajo por cuenta ajena y dependiente y del contrato que lo formaliza. Por eso, la regulación de la relación de trabajo –hoy asalariado, pero en el futuro inmediato, la relación de servicios profesionales dependiente de una organización– siempre se moverá, en un equilibrio inestable y difícil, entre:

- el intercambio del trabajo por una retribución, que lleva a los conceptos y técnicas del Derecho Patrimonial;
- la «subordinación de la persona» , que presupone los conceptos del Derecho de las Personas;
- la de la integración o pertenencia a un colectivo o grupo, que reclama los conceptos y técnicas del Derecho de las Organizaciones.

La cuestión ahora será evaluar cómo afronta el actual «Estatuto de los Trabajadores» esta «misión» integradora en un complejo regulador, eficaz, eficiente, efectivo y equitativo, estos diferentes y contrapuestos «estatutos sociales» preexistentes –y resistentes– a la forma contractual del vínculo. El tema no sólo revista la mayor trascendencia para la delimitación de la esfera de derechos y deberes de trabajador y empleador, sino que presenta una radical actualidad en el proceso abierto de reformas, en la medida en que se proponen «nuevos estatutos» –de empleo, profesional, de trabajadores autónomos–. Del resultado del balance, necesariamente somero, resultará el esbozo de algunas propuestas de actuación para el futuro inmediato.

Como es obvio, este planteamiento obliga a repasar, primero, el actual «ámbito subjetivo» del Estatuto de los Trabajadores –artículos 1 y 2–, prestando atención tanto al sujeto-trabajador como al sujeto-empleador, tradicionalmente relegado tanto del análisis conceptual como de la delimitación precisa de su posición. Después, las continuidades y discontinuidades de los contenidos básicos del reglamento regulador del contrato de trabajo, en particular las prestaciones laboral y retributiva.

Finalizaremos atendiendo a su dinámica de gestión, con referencia a la ordenación de las vicisitudes –modificativa, suspensiva y extintiva–, especialmente relevante en un contrato de tracto sucesivo y dimensión relacional como el contrato de trabajo. Como es natural, aquí nos centraremos en los aspectos más netamente individuales, de modo que dejaremos las cuestiones relativas a la descentralización productiva y su extraordinario impacto en el modo de gestión de las relaciones de trabajo, puesto que se presenta en estas mismas Jornadas una Ponencia específica.

3. LOS SUJETOS DEL CONTRATO: TRABAJADOR, EMPLEADOR, «EMPRESA»

3.1. Planteamiento general

3.1.1. La triple dimensión del trabajador: como contratante, como profesional y como persona

El «formalismo» y la «abstracción» caracterizan la conformación, en Derecho Civil Clásico, de los sujetos contratantes. Éstos son identificados por una «posición», deudora o acreedora, al margen de sus condicionantes o cualidades socio-económicas y personales.

Por el contrario, en el Derecho del Trabajo, a esta imagen formal –abstracta– se le ha añadido otra más «real», a cuya atención responde la ordenación de buena parte de las «condiciones materiales» en que se desenvuelve la prestación. Es imposible deslindar, por mandato constitucional, la imagen del trabajador como parte del contrato de la propia de ser un sujeto de necesidades, tanto en sí mismo como en su pertenencia a un grupo o unidad familiar –de ahí, por ejemplo, las garantías de un derecho a la remuneración suficiente, o el derecho a descansos, o, más actualmente, los derechos de conciliación...

Asimismo, el «estatuto personal» en modo alguno es indiferente para la regulación, como prueba la multiplicación de «estatutos de protección» de los trabajadores atendiendo a variables de grupo: género y sexo –el «Estatuto de las Trabajadoras»–, edad, –Trabajadores Jóvenes–, condición de discapacidad –Estatuto de Trabajadores Discapitados–... Ciertamente que todos ellos se integran sobre la base del respeto al principio de no discriminación, así como al de igualdad de trato, incluida la igualdad de oportunidades.

Pero, precisamente, para compensar las diferencias que existe en la realidad de las cosas, en la dimensión sociológica del fenómeno normativo, se precisa un enorme entramado de normas, de diferente origen y naturaleza, orientados a garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y básicos de todos los trabajadores. Esta protección no se brinda ya desde el Estatuto sino desde una plu-

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 29

ralidad de legislaciones que conforman un complejo, disperso y no siempre coherente «Estatuto» regulador. La pertenencia a un grupo o colectivo social determinado, pues, marca también una política de regulación diferenciada pero, en todo caso, rica en normas, políticas, instituciones y acciones a favor de un estatuto que, atendiendo a su diferencia, garantice la igualdad efectiva.

Sin duda, esta dimensión «personal» encuentra su mayor proyección en la radical presencia de los derechos fundamentales «inespecíficos», esto es, los reconocidos a los trabajadores en su condición de ciudadanos y, sobre todo, de personas. En este sentido, un especial campo abierto para el «activismo judicial», más que para el legislativo, es el de la incidencia de los derechos de la persona en la conformación de las relaciones de trabajo. A las viejas cuestiones se añaden hoy otras nuevas, de enorme calado –ej. nuevas tecnologías, riesgos psicosociales, como el acoso moral en el trabajo...–.

Finalmente, un ámbito típico de producción de normas «estatutarias», desde hace tiempo llamado a desplegar una particular capacidad reguladora, es la consolidación del contrato de trabajo como contrato común de prestación de servicios profesionales dependientes de una organización. La idea de la «profesionalidad» no representa, en el actual marco legislativo, ninguna nota caracterizadora o singularizadora de la prestación «laboral». Tradicionalmente la idea de la profesionalidad se ha agotado en la «habitualidad» y en la identificación de una causa retributiva, y no altruista, de la prestación. Precisamente, a mediados del siglo XX, los autores más reputados del Derecho del Trabajo, en Francia y en España, abonaban la idea de una evolución del contrato de trabajo hacia el «contrato de servicios profesionales», haciendo del Derecho del Trabajo no un Derecho del Trabajo «Asalariado», como es ahora, sino un Derecho de la Actividad Profesional.

Ahora bien, al margen del realismo o utopía que se asigne a esta visión, hoy plagada de argumentos a favor y en contra, lo cierto es que la garantía de la profesionalidad de quienes prestan sus servicios por cuenta ajena y dependiente aparece como una fuente destacada de regulaciones y derechos. En este sentido, tanto por razones de derecho de la persona –la formación profesional como trasunto del derecho a la educación–, como por razones de política de empleo –la formación profesional como garantía de empleabilidad–, cuanto por razones empresariales –la formación profesional como factor de mejora de la competitividad–, se perfila con creciente nitidez todo un entramado de derechos que aproximan a todos los «trabajadores profesionales» –formación, promoción, carrera...

3.1.2. La dimensión del empleador como acreedor/deudor y como «titular de una organización»

En cambio, en el análisis conceptual de la figura del otro sujeto relevante del contrato, el empleador, el formalismo sí ha estado especialmente presente, de modo que se ha venido agotando su análisis a su dimensión de «contraparte» del

trabajador, el titular de los deberes que genera el vínculo contractual. En consecuencia, la «tipicidad legal» de esta figura ha quedado en buena medida al margen de su «tipicidad social», siendo concepto puramente traslativo o reflejo del concepto de trabajador: empleador es quien recibe la prestación de servicios de aquél (artículo 1.2 ET).

Sin embargo, desde hace tiempo – en Italia desde la aparición misma del *Statuto dei Lavoratori* – se evidencia la necesidad de «redefinir» o revisar el concepto de «empleador», respecto del cual ni siquiera hay acuerdo terminológico en el propio Estatuto –unas veces se habla de empleador, otras de empresario y otras de empresa–. No puede sorprender, pues, que al mismo tiempo que esta figura presenta al día de hoy una extremadamente débil teorización como «sujeto jurídico-laboral», siendo poco frecuentes y menos consistentes los estudios que analizan la influencia de la figura en los diversos contextos normativos de la disciplina, pese a la reiterada presencia en la delimitación de los supuestos de hecho y fijación de consecuencias de las normas laborales, también acompaña desde los orígenes los esfuerzos de construcción de la figura del contrato de trabajo como tipo singular y la incidencia iuslaboral del «Derecho de la Empresa».

En este sentido, la quiebra del tradicional formalismo a la hora de afrontar esta tarea es un dato legislativo, en la medida en que para la delimitación de los sujetos del ordenamiento laboral, esto es, de sus «centros de imputación» normativa, la norma legal se ha apartado de la opción clásica del ordenamiento común: la de identificar la posición de empleador en la figura del sujeto/persona jurídica. Asimismo, frente al abstencionismo mostrado por el ordenamiento respecto del concepto, paralelo pero no confundido, de empresa, en el ámbito laboral las referencias al peculiar modo de organización de la prestación que supone el «ámbito empresa» constituye una constante en la legislación laboral. Sin embargo, la propia expresión dominante, «empleador», expresa más un dato descriptivo –la persona que ofrece trabajo y lo recibe–, que un concepto jurídico atento a su contexto socio-económico, lo que además de inadecuado conceptualmente aparece desajustado con la creciente importancia dada por las normas al «contexto organizativo» de la prestación de servicios.

Como ya se ha indicado y evidenciaremos con algún detalle más en un próximo apartado, ya no es de recibo la recurrente afirmación que enfatiza en la posición de empleador el papel de «parte del contrato», y destinatario de sus efectos, manteniendo la brecha entre la «zona de la organización « –de empresa– y la «zona del contrato». No se trata de infravalorar la conexión entre el fundamento contractual de la relación y la imagen del empleador como referente subjetivo de la regulación contractual, sino de dar relevancia jurídica a las nuevas realidades organizativas.

3.2. Las nuevas dimensiones del estatuto del trabajador

3.2.1. El «ámbito subjetivo» del Estatuto de los Trabajadores: «desbordamiento social» del concepto de trabajador. La convivencia de «fuerzas centrífugas» y «fuerzas centrípetas» del contrato de trabajo

De todos es sabido que la definición del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores, que hoy en modo alguno agota el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, aún permaneciendo como su referencia central, no es sino la recepción legal de la configuración jurisprudencial y doctrinal del contrato de trabajo, formada en la década de los años 60 y 70 del siglo pasado. Por lo tanto, responde claramente al modelo típico de contratación laboral característica de la forma jurídica clásica del Derecho del Trabajo.

Por lo tanto, no sólo la actual transformación del modo de organización y producción del trabajo sino el propio transcurso del tiempo y la confirmación de las múltiples lagunas y deficiencias que presenta esta ordenación, a juzgar por los múltiples comentarios críticos que se hacen del precepto —y de las técnicas elegidas para la formulación del mismo—, llevaría a plantear de forma natural la capacidad de resistencia al tiempo de la misma. Al día de hoy, la proliferación de estudios y el reconocimiento del proceso de «desbordamiento social» del concepto de trabajador, sólo han sido capaces de evidenciar los límites —momento crítico—, pero no los senderos a recorrer para avanzar en el camino —momento reconstructivo o paradigmático.

En este sentido, la fuerte discusión sobre las debilidades del «modelo de contrato de trabajo» para la organización de la producción social de las necesidades de la vida contemporánea termina ordenándose en una mayor o menor actualización de las dos cuestiones típicas:

1. evidencia de modernas tendencias centrífugas o de «huida» del modelo de relaciones laborales. Básicamente se destacan:
 - a) el crecimiento de la economía sumergida o del empleo clandestino, a partir de la expansión de la inmigración laboral ilegal;
 - b) nuevas «zonas grises» del contrato de trabajo, que nos replantea continuamente un problema antiguo: delimitar las fronteras del contrato de trabajo atendiendo a la concreta realidad social en que se desenvuelve²;
 - c) el predominio del recurso a la técnica del fraude, si bien bajo parámetros parcialmente diferentes a los tradicionales, para enmascarar auténticas rela-

2. Así, contratos como el arrendamiento de servicios, hasta hace poco limitados a los profesionales liberales, o los de ejecución de obra, sociedad, mandato o transporte, han adquirido en la realidad de la contratación del trabajo un renovado protagonismo.

ciones laborales –«falsos voluntario», «falsos becarios», «falsos autónomos»–, con lo que sólo la reducción de costes y no nuevas formas de organización están en la base de estas opciones.

2. La «crisis» del modelo contractual de trabajo dependiente por cuenta ajena.

Al mismo tiempo, se evidencian otras quiebras contemporáneas del actual modelo contractual laboral que sí movería a una real preocupación, en la medida en que ya no responde a espurios intereses sino a las demandas de un mutado escenario social y económico, esto es, efectos inexorables de las nuevas formas de organización productiva. Si para las evidenciadas más arriba cabe esperar una reacción de la jurisprudencia para reestablecer el orden perdido –ajuste de la realidad económica a la realidad jurídica–, en estos ocurriría justo lo contrario, de modo que se evidencia una «jurisprudencia cautelar», que renuncia a la expansión típica de las notas de laboralidad del siglo XX. La devaluación de la clásica presunción de laboralidad adquiere aquí su máximo nivel, evidenciando que un cambio leve en la redacción –compárese el artículo 3.2 LCT con el artículo 8.1 ET– puede esconder o enmascarar un cambio de época –STS 3 abril de 1992.

Lo que está en juego es, como antes se advirtió es la propia utilidad del modelo para satisfacer eficaz y eficientemente la actual demanda de fuerza de trabajo que exige el sistema productivo. El desarrollo de nuevas tecnologías y la expansión de nuevos fenómenos de competencia internacional exigirían un nuevo modelo de empresa que, al mismo tiempo, produce o genera un nuevo modo de organización y gestión del trabajo humano.

Queda claro que la incidencia de estos fenómenos tiene mayor anclaje en la Ponencia relativa a la descentralización productiva y su impacto en la ordenación de la organización de empresa –redes de empresas, teletrabajo, franquicias, empresas comunes...–. Aquí cumplirá hacer referencia a algunos de estos procesos. La creciente generalización de esta nueva forma de trabajo sí que pone en cuestión la función expansiva del modelo «tutelar» típico del Derecho del Trabajo, si bien está claro que su modelo transaccional no está muy alejado de las necesidades evidenciadas por buena parte de estas situaciones. Básicamente las líneas van en la siguiente orientación:

- a) trabajo voluntario organizado
- b) trabajo autónomo
- c) trabajo autónomo económicamente dependiente

Ahora bien, lo cierto es que estas tendencias no son uniformes. Y ello básicamente por dos razones: primero porque lo que se discute es su modelo tuitivo,

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 33

pero no su modelo transaccional, en la medida en que desde diferentes ámbitos se pide una regulación que, respetando sus singularidades, brinde una mínima protección. Segundo, porque junto a manifestaciones centrífugas asistimos a manifestaciones centrípetas, aunque sea bajo la ambivalente forma de las relaciones laborales especiales, sean formales sean materiales.

Así, en la primera orientación, podemos encontrar la solicitud de un estatuto protector para los autónomos económicamente dependientes; o para los «becarios» –Estatuto del Becario RD 1326/2003 –; o para el «personal voluntario» en el seno de organizaciones «profesionales» de la prestación de servicios de acción social... En la segunda, la laboralización de figuras antes al margen del contrato laboral como el PDI contratado, cuya remisión a las CCAA parece consolidarse a juzgar por las reformas propuestas; o la aún más inusitada creación de la relación laboral especial para los abogados que ejercen en despachos, individual o colectivos...

Más ambivalente se sitúa el ámbito del empleo público. La razón reside en la propuesta de realizar no sólo un Estatuto Básico de la Función Pública, sino un Estatuto del Empleado Público, incluyendo una regulación como relación laboral especial. Si esto significa la consolidación del contrato de trabajo como técnica de organización alternativa de la gestión del personal en los servicios públicos y AAPP, al mismo tiempo evidencia una cierta «huida» del Derecho Común del Contrato de Trabajo, puesto que será otra Ley de Estatuto la que lo regule en sus líneas básicas. En todo caso, no pueden olvidarse tendencias netamente privatizadoras del empleo público, como ha sucedido, con especial intensidad, en un Servicio paradigmático como Correos.

3.2.2. El trabajador como sujeto profesional: el Estatuto profesional. ¿Qué margen para el «trabajador autónomo»?

a) La formación como derecho social fundamental básico de todo «Estatuto Profesional». El derecho a la formación y promoción de los trabajadores: Propuestas para su adecuada regulación

Tanto la regulación que el ET contiene sobre este derecho, como cualquier propuesta de modificación que pudiéramos realizar al respecto, no puede desligarse de las bases constitucionales que inciden en su configuración jurídica. En este sentido, comprobamos que son varios los derechos reconocidos constitucionalmente que mantienen conexiones con el derecho a la formación profesional. Es el caso del derecho fundamental a la educación –art. 27 C.E.–, el derecho a la promoción a través del trabajo –art. 35 1 C.E.– y el derecho a la formación y readaptación profesionales –art.40.2 C.E.–. Es este último el que se refiere específicamente al derecho a la formación profesional, ubicándolo entre los principios rectores de la política

social y económica, lo que nos permite distinguir una triple vertiente en su desarrollo: el derecho a la promoción social, a la promoción económica y a la formación profesional a través del empleo³.

Por su parte, el art. 35 C.E es considerado el más adecuado para reclamar el reconocimiento de este derecho en el transcurso de la relación laboral, en tanto que se revela como garantía y condición de la promoción profesional⁴.

Por lo que respecta el derecho fundamental a la educación, preconizado en el art. 27 C.E, es evidente la estrecha relación que éste mantiene con el derecho a la formación profesional, hasta el punto que sería para algunos autores la versión laboral de aquél⁵. Sin embargo, frente a esta interpretación se alzan los partidarios de mantener una visión restrictiva de la capacidad del derecho a formación profesional para hacer nacer en el empresario obligaciones tendentes a su satisfacción, interpretación que vendría avalada por la propia consideración que nuestro Tribunal Constitucional viene manteniendo respecto al reconocimiento del derecho a la educación en el desarrollo de la relación laboral, de la cual ha salido bastante limitado en sus efectos⁶.

En este sentido, creemos necesario proceder a la revisión de esta línea interpretativa, más acorde con el carácter de derecho fundamental con que nuestra Constitución dota al derecho a la educación, capaz de liberarlo del encorsetamiento a que se ve sometido en el transcurso de la relación laboral y por tanto, cuando su titular es un trabajador-estudiante. Y es que, no cabe desconocer que el derecho a la educación será ejercitable en el transcurso de la relación laboral, tanto frente a los Poderes Públicos, a quienes corresponde constitucionalmente el deber de garantizarlo, como frente al empresario, que debe respetar su ejercicio,

3. Galvez Montes, J. «Comentario al art. 40C.E». Garrido Falla, F (Dir) *Comentarios a la Constitución Española*. Civitas. Madrid. 1985. p. 770.

4. García Murcia, J. «Promoción y Formación profesional en el Trabajo». *Comentarios a las Leyes Laborales*. Tomo V. Edersa. 1985. Madrid, p. 212.

5. Martínez Abascal V. Rojo Torrecilla, E. «El Tratamiento Legal, jurisprudencial y Convencional del Derecho a la Educación en la esfera de la Relación de trabajo». *Revista Técnico-Laboral*. Nº 53. 1992, p. 418.

6. Se trata en su mayoría, de situaciones en las que un trabajador en el que coincide la faceta de estudiante, reclama la tutela de nuestro Alto Tribunal, para que le sea reconocido su derecho a la educación, ante lo cual el TC ha venido afirmando que se trata de un derecho cuya garantía efectiva sólo es exigible a los Poderes Públicos. Así, *vid.* STC 129/89 de 17 de julio, con la particularidad de que la prestación laboral se desarrollaba en el ámbito de la función pública. *Vid.* Alonso Olea, M. *Jurisprudencia Constitucional*. T. VII. Madrid. Civitas. 1990. P. 389 y ss; Molina Navarrete, C. Olarte Encabo, S. «Los derechos de la persona del trabajador en la jurisprudencia constitucional» *RL* 17/1999, p. 26-27, donde se propone la exigencia de un deber de garantía, del que debería ser deudor el empresario.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 35

sin imponerle más limitaciones que las derivadas de la propia organización de trabajo⁷, lo que representa el establecimiento de límites a la absoluta supremacía de los intereses técnicos-organizativos de la empresa⁸. Estaríamos con ello reconociendo el derecho a la formación profesional como derecho subjetivo del trabajador, capaz de generar obligaciones en la parte empresarial, impidiéndole al mismo tiempo, llevar a cabo actuaciones que supongan la negación del mismo.

A la vista de estas bases constitucionales podemos afirmar que el derecho a la formación profesional presenta una triple dimensión: como instrumento de política de empleo, como valor de competitividad empresarial y en tercer lugar, como dimensión del derecho constitucional al desarrollo de la personalidad y por tanto, de eficacia multidimensional⁹. De esta última dimensión, se hace derivar su carácter de derecho social fundamental, en cuanto que incide en el propio desarrollo de la personalidad, reconocido como valor fundamental de todo individuo¹⁰.

Creemos que una adecuada regulación estatutaria del derecho a la formación profesional no puede desconocer esta triple dimensión, por lo cual, la cuestión que cabe plantearnos es ¿se adapta la regulación estatutaria vigente a estos presupuestos?

En este sentido, la regulación que nuestro Estatuto de los Trabajadores ofrece de este derecho puede ser interpretada como una expresión de la laboralización indirecta del derecho a la educación¹¹. Así, el ET lo sitúa en el art. 4.2.b) «derecho a la promoción y a la formación profesional en el trabajo». Posteriormente,

7. En la práctica se detecta la tendencia a alejarse de la protección debida a los derechos fundamentales, hacia su transformación en garantías institucionales, lo cual supone dar protagonismo a las exigencias de la institución, por encima de las del propio titular del derecho. Vid. Pérez Luño, A. E. *Derechos fundamentales, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos. Madrid. 1990

8. Mirón Hernández, M.M. *El derecho a la formación profesional del trabajador*. CES. Madrid. 2000, p. 118-140.

9. Molina Navarrete, C. «Derecho y deberes laborales básicos». Monereo Pérez, J.L (Dir.). *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*. Comares. Granada. 1998, p. 128-156. La propia L.O. 5/2002 dentro de una línea que ella misma enuncia perseguir de modernización y mejora de la política de formación profesional, aporta una conceptualización de ésta de carácter muy amplio, que excede con creces los límites de la formación profesional entendida exclusivamente como elemento que contribuye al mejor desempeño de una profesión o a la obtención de un empleo, para reconocerle un valor de participación activa en la vida social, cultural y económica, como elemento por tanto de integración social (art. 9).

10. Peralta de la Cámara J.L. Quesada Segura, R. «Formación profesional y pacto de permanencia en la empresa», AAVV. *Contrato de trabajo y formación profesional. V Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. MTSS. 1987, p. 165.

11. Alonso Olea, M. Barreiro González, G. *El Estatuto de los Trabajadores. Texto, comentarios, jurisprudencia*. Civitas, Madrid. 1995, p. 53. Martínez Abascal, V.A. «La relación ley-negociación colectiva en la reforma de la normativa laboral: ¿una adaptación del Derecho del Trabajo a la dimensión de la empresa? R.L.T. II 1995, p. 234-235.; Molina Hermosilla, O «Tratamiento de la formación profesional en la negociación colectiva» en *Inserción laboral*. Servicio Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, p. 355-370.

su desarrollo normativo aparece en el art. 23 ET. donde se otorga al trabajador la titularidad de una serie de derechos educativos, para remitir posteriormente a la negociación colectiva la concreción de su contenido.

A la vista de la configuración que ET nos ofrece del derecho a la formación profesional, creemos que la finalidad que inspiró al legislador estatutario en este punto fue la de hacer posible la participación del trabajador en actividades formativas, pero sin llegar a proclamar abiertamente su derecho a reclamar esta formación con cargo a la empresa, lo cual era lógico en una época en la que el derecho a la formación profesional era entendido como elemento patológico de la relación laboral, es decir, como respuesta a los riesgos de pérdida de empleo. Sin embargo, el desarrollo que ha alcanzado en nuestros días este derecho y la política de formación profesional en su conjunto, creemos que reclama avanzar hacia su reconocimiento como elemento fisiológico de la relación de empleo y no exclusivamente de los contratos formativos¹², de forma que sea posible hacer derivar obligaciones formativas para ambas partes del contrato de trabajo, convirtiéndolas en acreedores recíprocos de formación, lo cual podría hacerse exigible en función de la jornada y la duración de la prestación de trabajo¹³.

La caracterización técnico jurídica que aquí proponemos para el derecho a la formación profesional como derecho fundamental de la personalidad, vendría avallada por otra parte, por el propio reconocimiento que de éste realiza la Carta de los Derechos Humanos Fundamentales de la Unión Europea aprobada en Niza¹⁴.

Sin embargo, por el momento no ha alcanzado este derecho la consideración de derecho social fundamental. De hecho, esta categoría no ha adquirido relevancia constitucional en el ámbito comunitario¹⁵. Así, el actual proyecto de Constitución Europea incluye a la materia de formación profesional entre aquellas respecto a las cuales la Unión se reserva una actividad de apoyo, coordinación o complemento, situándola al mismo nivel que la educación, el deporte y la juventud (art. 16.2). Creemos que se trata de una reducida visión que contrasta con el reconocimiento que algunos países de nuestra esfera comunitaria otorgan a este derecho, considerándolo como obligación nacional¹⁶, de lo que se hace derivar no sólo el deber empresarial de dispensarla, sino también el deber del traba-

12. Rodríguez Piñero, M. «Empleabilidad y acceso a la formación» *R.L.* N° 10. 2001, p. 1-9.

13. Casas Baamonde, M^a. E. «Formación y estabilidad en el empleo: la formación continua y su «función preventiva». *R.L.* 1992, V.II, p. 86-105.

14. En efecto, éste aparece reconocido como derecho fundamental de toda persona DOCE 364/3-22 (Art. 14).

15. No obstante, el art. 117 TUE establece que tanto la Comunidad como los Estados miembros deben tener como referente, los derechos sociales fundamentales que se indican en la Carta Social Europea y en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, para llevar a cabo los objetivos de política social contenidos en este precepto (art. 22. 2 TA).

16. Así lo configura el art. L. 900-1 del Código de Trabajo francés.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 37

jador de seguir los cursos de formación y demostrar su adecuado aprovechamiento y asimilación¹⁷.

Una redacción estatutaria coherente con la dimensión del derecho a la formación profesional que aquí defendemos podría ser la siguiente:

b) La futura regulación del trabajo autónomo a caballo entre la necesaria diversidad normativa y la tendencia creciente a la unificación

El peso que adquiere en nuestro mercado de trabajo la prestación de servicios por cuenta propia es cada vez más evidente. Además aparece como una característica compartida por el común de los Estados miembros de la Unión.

En algunos Estados como Italia, Portugal, Grecia y en España, estos trabajadores independientes representan un porcentaje superior al 20% de la población activa y más de un 80% de su estructura empresarial¹⁸.

El Ordenamiento Jurídico no puede mantenerse al margen de esta realidad. Por el contrario hoy en día se percibe la necesidad de llevar a cabo una profunda reordenación de las distintas relaciones profesionales, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, que conforman nuestro panorama de relaciones laborales¹⁹. Esta necesidad queda expresada en la propia Ley de Empleo 56/2003, al incluir en su ámbito de aplicación, no sin incurrir en cierta confusión terminológica, a la actividad por cuenta propia, y en general a la política de creación de puestos de trabajo mediante fórmulas de autoempleo, ya sea éste individual o colectivo, así como mediante la economía social y la creación de microempresas –art. 23 y 25 e).

Por otro lado, esta reordenación ha llegado ya a materializarse en nuestros días respecto de determinados sectores de actividad. Como resultado de ello asistimos a una tendencia generalizada hacia la unificación entre diferentes estatutos jurídicos, correspondientes a cada una de las formas de prestación de servicios que conocemos, en un único Estatuto de la Actividad profesional²⁰. Es esto precisamente lo que ha ocurrido en el caso del personal sanitario, mediante Ley 44/2003 de 21 de noviembre, sobre Profesiones Sanitarias, la cual ha venido a fijar un Estatuto único para este personal, con independencia del vínculo que presenten con la organización donde presten sus servicios²¹, ya se trate por tanto de trabaja-

17. Etiennot, P. «Formation professionnelle et contrat de travail». *Droit Social*, 1998, p. 149-158; Iriart, P. «Formación y mantenimiento del empleo en el Derecho Francés», *D.*, n° 60, 1999, p. 81-100.

18. Conclusiones Diálogo Social Europeo y Trabajo autónomo. Madrid 14 Junio 2004.

19. Cuadrado Roura, J. Empleo autónomo y empleo asalariado. Informes y Estudios. *MTAS*. Madrid. 2004.

20. Lyon-Caen G. «La transition d'une situation à une autre en droit du travail» AAVV. Supiot A. (Dir.) *Le travail en perspectives*. LGDJ. 1998. Paris, p. 635-640.

21. Para un comentario al respecto *Vid.* Molina Navarrete, C. «El «Estatuto profesional común» de los «trabajadores» del sistema sanitario español: comentario a la ley 44/2003, de 21 de noviembre en Molina Navarrete, C (Coord.) *Las reformas sociolaborales del final de la legislatura*. CEF. 2004. p. 269-312.

dores por cuenta propia o ajena, de relaciones jurídico-laborales o de carácter funcional especial.

Otros acontecimientos nos sirven igualmente para evidenciar este movimiento paulatino hacia la unificación de lo que en otro tiempo fueron estatutos jurídicos diferenciados. Nos referimos en concreto a los pasos que han comenzado a darse hacia el objetivo de simplificación y unificación del régimen de Seguridad Social de los trabajadores autónomos entre sí por una lado, y por otro, de estos hacia el régimen general de Seguridad Social²², como resultado de los compromisos asumidos en el Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social de 9 de abril del 2001 (recomendación nº 7), al tiempo que responde a la pretensión comunitaria de introducir cierta uniformidad en la protección social de los trabajadores autónomos, en el contexto del Reglamento 1408/1971, de 14 de junio, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores asalariados y a sus familias que se trasladan en el seno de la comunidad.

Precisamente respecto de este colectivo de trabajadores autónomos nos encontramos en la actualidad al inicio de un proceso que puede culminar en la regulación integral del estatuto jurídico que define esta prestación de servicios en nuestro país. Para ello el Ejecutivo encargó a un Comité de expertos, con amplia participación de las asociaciones más representativas del sector –participación social en la creación de las normas–, la elaboración de un informe sobre algunos de las cuestiones esenciales que afectan a este colectivo, y respecto de las cuales deberá pronunciarse la futura regulación²³, tales como la propia definición de trabajador autónomo²⁴, el régimen jurídico del trabajo autónomo a tiempo parcial, la posibilidad de contratar a familiares, el nivel adecuado de protección social, recomendación de posibles políticas públicas de apoyo y determinación del peso económico que representan los autónomos en nuestro mercado de trabajo²⁵.

22. En este sentido las reivindicaciones del colectivo de autónomos van en la línea de hacer extensivo a los mismos, el régimen general previsto para los supuestos de cobertura de contingencias que provienen de accidentes laborales y enfermedades de origen profesional e incorporar a este colectivo al sistema de protección por desempleo. Szqve intenta igualmente incorporar a los trabajadores autónomos individuales a las normas y derechos de protección para la prevención de riesgos laborales.

23. Diario de sesiones Congreso Diputados 27 de septiembre 2005, p. 17.

24. En este sentido, no existe en las legislaciones laborales de los distintos Estados miembros un concepto de estos, sino que su definición se obtiene por oposición al trabajo subordinado. La identidad del Trabajador Autónomo, a efectos de su régimen en la Seguridad Social, se define como aquel que realiza de forma habitual, personal y directa una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas.

25. En nuestro país, de los casi tres millones de cotizantes al RETA sólo 1,9 millones son autónomos en sentido estricto, es decir personas físicas que tienen un autoempleo. A estos habría que añadir más de un millón de personas en ese colectivo del régimen agrario y del mar; los presidentes y miembros de consejos de administración de empresas que no son propiamente autónomos (unos 587.000); y más de 20.000 religiosos. Fuente: <http://www.redextremadura.com/noticias/noticia.asp?pkid=198439>

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 39

Como puede comprobarse son de muy diversa índole las cuestiones sobre las que este Comité ha tenido que pronunciarse²⁶. De todo ello parece advertirse que la intención del Ejecutivo, manifestada por otra parte de forma reiterada²⁷, es elaborar un Estatuto del Trabajador Autónomo, como cuerpo legal independiente del Estatuto de los Trabajadores, el cual se pretende tener aprobado para el año 2007. Esta opción de llegar a materializarse podríamos pensar en un principio, que representaría el alejamiento de ese movimiento unificador al que en nuestros días parece orientarse nuestro panorama de relaciones laborales, al suponer el deslinde definitivo entre la regulación de la prestación de actividad por cuenta ajena y por cuenta propia.

La duda razonable que asalta a cualquier observador del panorama de las relaciones laborales es la de si realmente la singularidad del empleo por cuenta propia es tal que justificaría este tratamiento diferenciado en un cuerpo legal propio, o si por el contrario, un Estatuto de los Trabajadores que pretenda superar el juicio de adaptación a la realidad social llamado a regular, no podría prescindir de esta vertiente de la actividad, so pena de resultar claramente incompleto en sus planteamientos²⁸.

La solución a la que podamos llegar respecto a la conveniencia o no de proceder a la unificación entre ambos regímenes jurídicos, creemos que va a depender en gran parte, de las características que concurren en cada uno de los distintos tipos de prestación por cuenta propia que existen en nuestra realidad.

En este sentido, en los últimos años estamos asistiendo a una amplia proliferación de distintas fórmulas de prestación de trabajo por cuenta propia, que hacen ya imposible la contemplación de este colectivo como un todo uniforme, y que nos revelan que estamos ante un sector complejo, cada vez más numeroso y heterogéneo de trabajadores²⁹. Así, al igual que ha ocurrido en el ámbito del trabajo por cuenta ajena, también el paradigma por excelencia del trabajador autónomo, identificado como aquel que ejercía su actividad profesional de forma individualizada, por cuenta propia, como pequeño comerciante o artesano, ya no es representativo del conjunto de situaciones que quedan encuadradas bajo esta denominación. Por el contrario, dentro de una clasificación general de trabajo autónomo,

26. Este documento puede consultarse en <http://www.tt.mtas.es/periodico/>

27. Discurso de Investidura del Presidente del Gobierno, Debate sobre el Estado de la Nación. Congreso de los Diputados 11 mayo 2005.

28. La opción mayoritariamente seguida en los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, consiste en enmarcar la actividad del trabajo autónomo en el ámbito de las leyes mercantiles y en los Códigos de Comercio, siendo tratado como actividad empresarial ordinaria, en términos de transacción de bienes o servicios con terceros. Conclusiones Diálogo Social y Trabajo Autónomo. *Op cit.*, p. 4.

29. Cruz Villalón, J. «Propuestas para una regulación del trabajo autónomo». *D.L.* n° 73. 2004.

es posible distinguir dos grandes categorías claramente diferenciadas: los trabajadores por cuenta propia en sentido tradicional, que aparecen en nuestros días mayoritariamente vinculadas a las profesiones que tratan de colmar las nuevas necesidades de la sociedad de nuestro tiempo, tales como atención a las personas, ocio y tiempo libre, deporte, cultura... Junto a éstas encontramos formas de trabajo autónomo que se han convenido en llamar económicamente dependiente o parasubordinado y que en muchos casos vienen a sustituir al trabajo por cuenta ajena. Se trata de modalidades híbridas o mixtas de prestación del trabajo que si bien son consideradas formalmente como trabajo por cuenta propia, participan de gran parte de las características del trabajo subordinado. De esta forma, el trabajador formalmente autónomo presta su actividad de forma coordinada, continuada, personal, directa y en régimen de casi exclusividad a un empresario o excepcionalmente para más de uno, del que dependen económicamente³⁰.

Es evidente la necesidad de otorgar una respuesta adecuada a la realidad en que estos profesionales vienen prestando sus servicios, caracterizada por un régimen de semi-independencia. Las reivindicaciones del sector en este sentido van en la línea de reclamar que les sea reconocido un estatuto de derechos y obligaciones más protector del que representa el libre juego del acuerdo de voluntades propio del Derecho de los Contratos, el cual conlleva en la práctica, el sometimiento del profesional a las condiciones fijadas por la empresa contratante de sus servicios, de la que depende económicamente³¹.

En estos casos por tanto, creemos necesario hacer prevalecer el estatuto real que subyace bajo la apariencia de independencia, sin que ello suponga la desnaturalización de la relación jurídica que han pretendido constituir las partes, distinta al contrato de trabajo.

Dejando ya aparte el supuesto de trabajadores económicamente dependientes, en el caso de los trabajadores autónomos en sentido estricto, estamos ante profesionales cuya definición jurídica formal es mercantil, pero a los que tampoco les resultan ajenas algunas notas propias de la relación laboral. Así, si bien es cierto que no quedan sometidos al poder disciplinario de un tercero, ni a horario ni jornada predeterminada, no es menos cierto que existe en muchos casos ciertas dosis de subordinación³².

30. Se entiende que existe dependencia económica cuando un trabajador de estas características recibe periódicamente de un mismo empresario ingresos iguales o similares a los de los salarios medios en su categoría profesional equivalente.

31. Posición de la UPTA y de la ATA sobre el Estatuto del Trabajo Autónomo. D.L n° 73. 2004.

32. García Gutiérrez-Fernández, C. Gutiérrez Guadaño J. *Libro Blanco sobre las empresas de participación de Trabajo* (Economía Social) de la Ciudad de Madrid. [http:// www. esmadrid.com/ monograficos/varios/libro_blanco/06_lb_autotrabajo.pdf](http://www.esmadrid.com/monograficos/varios/libro_blanco/06_lb_autotrabajo.pdf)

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 41

Desde nuestro punto de vista, las posibilidades que se barajan en la actualidad para la regulación del futuro Estatuto del Trabajador Autónomo, en contra de lo que pudiéramos pensar en un primer momento, no resultan contrarias a la tendencia generalizada a la unificación de diferentes estatutos jurídicos a la que estamos asistiendo. Así, si bien es cierto que se pretende la regulación separada, incluso en un cuerpo legal distinto, para el trabajo prestado en régimen de autonomía, no es menos cierto que al mismo tiempo, se busca hacer extensivo a una parte considerable de este sector, representada básicamente por los autónomos económicamente dependientes, la finalidad tuitiva propia de los sectores de nuestro ordenamiento de naturaleza Social –Derecho del Trabajo, Derecho de la Seguridad Social, Derecho del Empleo.

Junto a ello, otra expresión de esta tendencia a la unificación la encontramos en la propia diversidad de fórmulas distintas de prestación de servicios que pretenden su regulación a través del futuro Estatuto del Trabajador Autónomo, en el que quedarían aglutinados tanto los trabajadores autónomos en sentido estricto, los autónomos económicamente dependientes, los profesionales liberales y también los microempresarios³³. En nuestra opinión, ello representa en sí misma una opción unificadora y sistematizadora, que permite encuadrar bajo esta denominación, categorías jurídicas que exceden ampliamente los contornos tradicionales del trabajo autónomo –vg. distintas fórmulas de Economía Social–.

Esta opción de política jurídica de llegar a cristalizarse, creemos que puede estar basada en el deseo de evitar una regulación excesivamente particularista de las diferentes formas de prestación del trabajo por cuenta propia existentes, de la que pudiera derivarse una amplia diversidad de regímenes jurídicos, con los consiguientes efectos indeseados de atomización, complejidad, inseguridad y en definitiva de ineficacia jurídica que de ello pudieran derivarse.

3.2.3. El trabajador como persona: el estatuto personal (Los derechos fundamentales inespecíficos)

3.2.3.1. Introducción

De sobra resulta conocida la gran cantidad de cuestiones que derivan de la aplicación de los derechos laborales inespecíficos al ámbito de las relaciones de trabajo así como la complejidad de las mismas. En nuestro sistema de justicia constitucional se ha otorgado una amplia eficacia a los derechos fundamentales en el contrato de trabajo, provocando una especie de recomposición constitucional de este contrato³⁴. Así aspectos como la interculturalidad, el alcance del derecho a la intimidad, el acoso, las libertades religiosa, ideológica o de expresión, la

33. Art. 1º Propuesta comité de expertos sobre Estatuto del Trabajador Autónomo.

34. Vid. Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, M.: «Poder de dirección y derecho contractual». *Relaciones Laborales*, nº 19-20, 2005, p. 22.

utilización de las nuevas tecnologías, etc., se nos presentan frecuentemente como objeto de conflicto en el ámbito de las relaciones de trabajo.

La vigencia de los derechos fundamentales en la empresa y en el contrato de trabajo evita que el trabajador «sometido» al poder de dirección deje de ser un ciudadano libre y supone su tutela no sólo frente a la explotación económica, sino también como persona y como ciudadano, salvaguardando su libertad, su dignidad y su integridad física y moral, lo que transforma pero no desnaturaliza al Derecho del Trabajo³⁵. Resulta necesario, así, un doble y no siempre fácil proceso de adaptación de las obligaciones y derechos contractuales, en concreto del ejercicio del poder de dirección, al respeto de los derechos fundamentales y viceversa³⁶.

Los derechos del trabajador como persona y como ciudadano constituyen, así, un límite al poder de dirección y a las facultades organizativas empresariales, un verdadero orden público constitucional vedando intromisiones o injerencias³⁷ y un instrumento de racionalización del ejercicio de los poderes empresariales³⁸. Pero además se insertan también en el propio contenido del contrato de trabajo, enriqueciendo y completando el ejercicio de los poderes del empresario, e implican nuevas posiciones contractuales activas del trabajador, amparadas constitucionalmente y vinculadas al respeto debido a su integridad y libertad³⁹.

Consecuencia de todo esto la dimensión laboral de estos derechos plantea una gran casuística a la que viene aportándose solución en la mayor parte de los casos por nuestros juzgados y tribunales. También es destacable el papel que en el tratamiento de los mismos ocupa la negociación colectiva, la cual, aún con cierto retraso y con distinto interés según el derecho fundamental que esté en juego, ha percibido la necesidad de entrar a regular este ámbito ofreciendo soluciones a los posibles conflictos que este ejercicio pueda conllevar para el normal desarrollo de la relación laboral.

35. Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M.: «Constitución, derechos fundamentales y contrato de trabajo». *Relaciones Laborales*, tomo I, 1996, pp. 116.

36. Al respecto Valdés Dal-Ré, F.: «Contrato de trabajo, derechos fundamentales y poderes empresariales: una difícil convivencia». *Relaciones Laborales*, tomo II-2003, pp. 89 y ss. En este sentido también la STC 6/1988 al establecer que se trata de «preservar el equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito de su libertad constitucional».

En la STC 99/1994, de 11 de abril, el Tribunal pone de manifiesto el alcance de los derechos fundamentales en la relación laboral. Aquéllos pueden verse modulados por ésta pero sólo en la medida imprescindible para el desarrollo de la actividad profesional (F.J. 4º).

37. Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M.: «Poder de dirección y derecho contractual», *op. cit.*, p. 28.

38. En este sentido Perulli, A.: «Razionalità e proporcionalità nell diritto del lavoro». *RLRN*, nº 195, 2005, p. 21.

39. Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M.: «Poder de dirección y derecho contractual», *op. cit.*, p. 29; Martín Valverde, A.: «Contrato de trabajo y derechos fundamentales». *Revista de Derecho Social*, nº 6, 1999.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 43

Frente a esta incuestionable trascendencia en el desarrollo de la relación de trabajo de la dimensión del trabajador como persona, sin embargo la misma no está acompañada de un tratamiento legislativo adecuado en nuestro ordenamiento. La cuestión de la inclusión o no de estos derechos bien en un cuerpo normativo diferenciado o bien en el ET, y, en este último caso, el alcance de la misma es un tema que se viene planteando entre nuestra doctrina y que da lugar a opiniones diversas.

Se sitúa lejos de nuestra pretensión y del objetivo de este trabajo la realización de un análisis exhaustivo de cada uno de los derechos. Simplemente vamos a tratar de perfilar un cuadro de los problemas más destacados que en el momento actual se plantean en nuestras relaciones laborales, así como de las carencias legislativas que los mismos ponen de relieve.

3.2.3.2. Situaciones de acoso sexual en el trabajo

Nos encontramos ante un fenómeno, el del acoso sexual, con una destacada incidencia en el ámbito de las relaciones laborales. Por la estrecha relación que el mismo tiene con las situaciones de vulnerabilidad y dependencia discrimina fundamentalmente a las mujeres y representa un obstáculo que dificulta su inserción en el mercado de trabajo. Pese a esta importancia y a la gran cantidad de derechos fundamentales que se ven afectados por las situaciones de acoso sexual⁴⁰, las mismas no están acompañadas en nuestro ordenamiento de un tratamiento normativo específico para los casos en que el acoso se produce en el seno de una relación de trabajo. Hemos de acudir, pues, a la negociación colectiva para encontrar el desarrollo de la cláusula general contenida en el art. 4.2 e) ET que incluye como ilícito laboral «las ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual»⁴¹. Un tratamiento convencional el del acoso sexual que, no obstante, se identifica en la mayoría de los casos por su carácter limitado, puesto que nuestros negociadores se limitan a incluir actuaciones de este tipo dentro del régimen disciplinario como faltas graves o muy graves, según los casos⁴², siendo un minoría aquellos convenios que se definen las conductas susceptibles de ser sancionadas por este tipo⁴³.

40. De ahí su configuración como un «ilícito pluriofensivo» en el que quedan afectado varios derechos fundamentales como la intimidad, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, o la dignidad. En este sentido *vid.* Lousada Arochena, J.F.: «Concepto de acoso sexual laboral según la sentencia de 13 de diciembre de 1999 del Tribunal Constitucional». *Relaciones Laborales*, tomo I-2000, p. 825.

41. La doctrina admite la inclusión del acoso sexual en este art. 4.2 e) ET. Entre otros Laizabal Saizar, O.: «El acoso sexual en la STC 224/1999». *Revista de Derecho Social*, nº 11, 2000. P. 126.

42. Art. 80 CC de las Cajas de Ahorros para los años 2003-2006 (BOE 15-3-2004) o art. 41 II CC del sector de Fabricantes de Yesos, Escayolas, Cales y sus Prefabricados (2003-2007) (BOE 24-11-2007).

43. Art. 25 CC de ámbito nacional de Distribuidores Cinematográficos y sus Trabajadores (BOE 10-2-2003).

Es precisamente la ausencia de un desarrollo normativo de estas situaciones la que origina los principales problemas que detectamos en la regulación llevada a cabo por nuestros negociadores, la mayoría de ellos derivados del posible ataque a otros derechos fundamentales del trabajador. Así encontramos supuestos en que se corre el riesgo de intromisión en el derecho a la intimidad del trabajador/a afectado/a, como aquellos en que se prevé la tramitación de un expediente contradictorio para esclarecer los hechos, que requiere, no obstante, una conducta activa por parte de la víctima dirigida a dar a conocer la situación que está padeciendo a la dirección de la empresa o de los representantes de los trabajadores⁴⁴. Resulta necesario, pues, establecer previsiones dirigidas a garantizar la intimidad del denunciante.

Lo mismo ocurre con el posible ataque a la dignidad del trabajador/a que supone la suspensión de su contrato de trabajo durante la tramitación del expediente contradictorio, estableciéndose la exoneración de cualquier responsabilidad de la empresa si finalmente queda acreditada la vulneración de derechos fundamentales⁴⁵.

3.2.3.3. Acoso moral

En este tema podemos reproducir las deficiencias que acabamos de exponer en el tema del acoso sexual, más agravadas aún por el relativamente corto período de tiempo transcurrido desde el reconocimiento jurídico de estas situaciones. Así, a la ausencia de intervención legislativa hemos de añadir la de una intervención convencional decidida que aporte soluciones a los problemas derivados de esta forma de acoso en el ámbito de la relación de trabajo⁴⁶. Así, pese a que se aprecia un incremento en el tratamiento del acoso moral en nuestra práctica negociadora, la mayoría de nuestros Convenios siguen sin incorporar ninguna referencia al respecto o limitándose a incorporarlas en el ámbito sancionador. Siguen, pues, constituyendo una minoría los que introducen previsiones relativas a la protección de la salud del trabajador evitando que en el lugar de trabajo se produzcan más tensiones que las propias de la actividad⁴⁷, a la definición de las conductas que pueden considerarse como de acoso moral⁴⁸ o al establecimiento de protocolos de

44. Art. 106 CC General de la Industria Textil y de la Confección (BOE 14-8-2003).

45. Art. 55 XX CC de Banca (BOE 2-8-2005).

46. De momento, pues, está siendo la doctrina o la jurisprudencia, caso por caso, las que están colmando las lagunas derivadas de esa ausencia de tratamiento normativo. Entre otros *Vid.* Molina Navarrete, C.: «Violencia moral en el trabajo: conducta prohibida y formas de tutela en los derechos europeos». http://mobbingopinion.bpweb.net/artman/publish/article_610.shtml; San Cristóbal Villanueva, J.M.: «La tutela de los derechos fundamentales y el acoso (moral) a la luz de la actual normativa». *Justicia Laboral*, nº 20, 2004, pp. 25 y ss.

47. Art. 47 CC marco estatal para empresas organizadoras del Juego del Bingo (BOE 11-12-2003).

48. CC de Telefónica 2003-2005 (BOE 16-10-2003). I CC de la empresa (AEA), Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U. para su personal de tierra (BOE 8-7-2005) anexo III.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 45

actuación para tratar de prevenir y corregir comportamientos de este tipo en el seno de la empresa⁴⁹.

Hay que acudir, por tanto, a la doctrina emanada de nuestras Salas de lo Social para ir dando solución, caso por caso, a las peculiaridades que derivan de estas situaciones de acoso y a su compatibilización con el marco normativo existente⁵⁰. Así ocurre con el efecto previsto por el ET para los despidos nulos que traigan causa en la vulneración de un derecho fundamental en el transcurso de la relación laboral. En lugar de la inmediata readmisión del trabajador afectado, en ocasiones se concede a éste la opción entre readmisión e indemnización prevista para los despidos improcedentes, en un intento de evitar el riesgo para la integridad que supondría la ejecución forzosa de la previsión legal aún en contra de la voluntad del afectado⁵¹.

3.2.3.4. Libertad ideológica y religiosa

De nuevo nos encontramos ante un ámbito con escaso desarrollo legal –y jurisprudencial– y necesitado de una interpretación adaptada a la sociedad global y multicultural actual⁵². La regla general que rige la aplicación al ámbito de la relación de trabajo de estas libertades es la prohibición del empresario de indagar sobre la opción ideológica de sus trabajadores, prohibición que deriva no de un precepto concreto del ET, inexistente, sino directamente de los derechos fundamentales a la intimidad, libertad de pensamiento y no discriminación. No obstante esta regla queda excepcionada en los casos de las llamadas empresas de tendencia ideológica⁵³ y, en concreto dentro de ellas, en las consideradas tareas de tendencia⁵⁴.

49. Art. 12 del documento para la aplicación del CC de las Cajas de Ahorros (2003-2006) suscrito por Unicaja y las representaciones sindicales de UGT, CCOO y CSICA (BOE 15-3-2004).

50. A título de ejemplo St. TSJ de Madrid de 24 de enero de 2005 .

51. En este sentido *vid.* St. TSJ de Andalucía de 19 de abril de 2004.

52. Molina Navarrete, C., Álvarez Montero, A., García Jiménez, M., Molina Hermosilla, O., De la Casa Quesada, S. y Villar Cañada, I.M.: «La vigencia de los derechos fundamentales «inespecíficos» en la vida laboral: problemas actuales y vías de respuesta», en AA.VV. (Cruz Villalón, J. coord.): *XX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. CARL. Sevilla, 2002, p. 159.

53. Un estudio de estas organizaciones puede consultarse en Calvo Gallego, F.J.: *Contrato de Trabajo y Libertad Ideológica*. CES. Madrid, 1995. Sobre los límites a la libertad ideológica en este tipo de empresas, en concreto en las de comunicación *vid.* Molina Navarrete, C.: *Empresas de comunicación y cláusulas de conciencia de los periodistas*. Comares. Granada, 1999, pp. 98 y ss.

Las empresas de tendencia han sido objeto de atención comunitaria en la Directiva 2000/78, de 27 de noviembre de 2000, al establecer que no será discriminatoria una diferencia de trato basada en la religión o en las convicciones personales cuando por la naturaleza de las actividades profesionales de Iglesias u otras organizaciones públicas o privadas «las creencias actúen como un requisito profesional esencial legítimo y justificado respecto de la ética de la organización» (art. 4.2°).

54. Al respecto STC 47/1998, de 27 de marzo o STC 106/1996, de 12 de junio (haciéndose eco de la doctrina emanada de la STC 5/1981, de 13 de febrero).

Estas restricciones de la libertad ideológica en el ámbito laboral presentan dos manifestaciones principales: Por un lado los supuestos de «despidos» de profesores de religión que no son propuestos por el respectivo Obispado y, por tanto, no ven renovado su contrato de vigencia anual al atendiendo a las circunstancias pertenecientes a su vida privada. Al respecto un gran número de Convenios Colectivos del personal laboral de las distintas CCAA han optado por excluir de su ámbito funcional a este colectivo. Pese a las críticas que puede suscitar esta exclusión relativas al cambio de tratamiento respecto a la práctica tradicional de inclusión de estos profesores en esos convenios colectivos o a la situación de desprotección en que queda este colectivo⁵⁵, el TS vienen considerando ajustadas a Derecho este tipo de prácticas por concurrir una serie de singularidades que justifican esa diferencia de tratamiento⁵⁶.

Y por otra parte el ejercicio de la objeción de conciencia en el ámbito laboral. Pese a la imposibilidad de dotar a este derecho de un alcance general en este ámbito por su necesaria ponderación con otros derechos como la libertad de empresa o el principio de autonomía de la voluntad, es destacable la limitada aplicación práctica que vienen recibiendo, lo que se ve potenciado, sin duda, por la escasa atención que nuestros negociadores dedican a su adecuado ejercicio⁵⁷. No parecen existir argumentos que justifiquen el no reconocimiento expreso de la posibilidad del trabajador de incumplir obligaciones derivadas del contrato por motivos de conciencia, más aún cuando en la actualidad estas colisiones entre la conciencia individual y deberes contractuales presentan un ámbito especialmente conflictivo en el ámbito sanitario. Salvo en el caso del aborto en el que el TC sí ha reconocido al personal sanitario el derecho de no intervención en la práctica de abortos por motivos de conciencia⁵⁸, otros aspectos como los de investigación o manipulación genética o la denominada «voluntad o testamento vital» requieren una regulación específica inexistente actualmente⁵⁹.

55. Estas críticas son puestas de relieve por García De Paredes, M^a L.: «Convenio Colectivo. Facultades de las partes negociadoras en la determinación del ámbito funcional». *A.L.*, nº 5. 2004, pp. 551-553.

56. Sts. de la Sala 4^a TS de 7 de mayo de 2004 y de 9 y 28 de octubre de 2003.

57. Molina Navarrete, C., Álvarez Montero, A., García Jiménez, M., Molina Hermosilla, O., De la Casa Quesada, S. y Villar Cañada, I.M.: «: «La vigencia de los derechos fundamentales «inespecíficos» en la vida laboral...», *op. cit.*, pp. 154 y ss.

58. STC 53/1985, de 11 de abril (F.J. 11).

59. En concreto respecto a la «voluntad vital» algunos estados han reconocido el derecho del médico a la objeción de conciencia permitiéndoles adoptar una actitud médica pasiva que evite sufrimiento al paciente. Fuente *El médico interactivo*, nº 892. 10-1-2003. <http://www.medynet.com/elmedico/informes/informe/testamento.htm>. Sobre el alcance de la voluntad vital como ámbito de incumplimiento de las obligaciones contractuales *vid.* Molina Hermosilla, O.: «La expansión de la negociación colectiva al campo de los derechos fundamentales de los trabajadores como personas y como ciudadanos», en AA.VV.: *Manual para los sujetos negociadores en la nueva era de la información*. UGT Andalucía. En prensa.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 47

Por lo que respecta al ámbito concreto de la libertad religiosa y de culto destacamos los conflictos derivados del disfrute por miembros de determinadas confesiones, de unas condiciones de trabajo, en concreto del descanso semanal, distintas a las reconocidas con carácter general. La interpretación que nuestros Tribunales vienen haciendo de la objeción de conciencia en este ámbito es mucho más limitada que en el caso del aborto, no siendo posible la modificación unilateral del contrato basándose en motivos religiosos⁶⁰. Resulta necesaria a nuestro juicio una regulación en la materia más acorde con las circunstancias actuales. Nos encontramos en un país de recepción de inmigrantes de distintas procedencias, lo que demanda mayores esfuerzos para favorecer su integración y la adaptación de su vida al trabajo. Quizás la repetida necesidad de «conciliación de la vida laboral y familiar» deba ser interpretada en un sentido más amplio englobando también estos supuestos de diferentes confesiones religiosas⁶¹.

3.2.3.5. La intimidad del trabajador y las nuevas tecnologías

Este derecho se nos presenta como uno de los que más conflictos plantean en nuestras relaciones laborales como demuestra el elevado número de pronunciamientos judiciales al respecto. Y es que la colisión entre el poder de dirección del empresario y el derecho a la intimidad de sus trabajadores está presente incluso antes de constituirse la relación de trabajo. La realización de determinados test de selección o las rigurosas entrevistas personales a que suele ser sometido el candidato a ocupar un empleo pueden dar lugar a intromisiones en su intimidad⁶².

La regulación que este derecho recibe en el ET se limita a lo previsto en el art.18. Sin embargo se trata de una regulación muy limitada e insuficiente ante el avance y aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral, las cuales permiten al empresario llevar a cabo nuevas y sofisticadas formas de control y registro de su personal⁶³. La regla general respecto a este poder de vigilancia ligado a

60. La sentencia que elabora la doctrina seguida por los tribunales en la materia es la STC 19/1985, de 13 de febrero.

61. Una vía adecuada para llevar a cabo este objetivo sería la negociación colectiva, introduciendo criterios de distribución irregular de la jornada basados no sólo en razones económicas, sino también ideológicas.

62. Así, de manera creciente los CC comienzan a incorporar previsiones para proteger la esfera de la intimidad no sólo de los trabajadores sino también de los candidatos a serlo en el ámbito funcional regulado por ellos. Entre otros *vid.* art. 23 CC general de la Construcción para los años 2003-2006 (BOE 2-7-2003); art. 15 CC provincial de Valencia para las industrias transformadoras de plásticos 2004-2006.

63. El contenido de este art. 18 es discutido en la actualidad al representar unos medios de garantías que empiezan a juzgarse anacrónicos y limitarse a un supuesto concreto como es la sustracción y ocultación de bienes de la empresa. *Vid.* Molina Navarrete, C. y otros: «La vigencia de los derechos fundamentales «inespecíficos» en *La vida laboral...*, *op. cit.*, p. 163.

las facultades de dirección del empresario determina que el mismo habrá de limitarse a comprobar si los trabajadores cumplen con sus obligaciones contractuales guardando un principio de proporcionalidad respecto al momento, forma y lugar⁶⁴.

Se hace necesaria, por tanto, en nuestro ordenamiento la regulación de las líneas básicas que han de regir el uso y control de los medios informáticos de comunicación en la empresa, tanto en sede legal como negocial. Esta ausencia de previsiones normativas lleva a que sea en sede judicial donde se vengán estableciendo, caso por caso, los criterios que determinan la legitimidad o no de una intromisión en el derecho a la intimidad del trabajador⁶⁵ y la utilización abusiva por éste de los sistemas informáticos de la empresa, que legitima la imposición de la correspondiente sanción⁶⁶.

Por otra parte, la dimensión médica del derecho a la intimidad del trabajador dirigida a la protección de los datos relativos a su estado de salud sí recibe un tratamiento mayoritario por parte de nuestros negociadores. A pesar de ello la necesidad de una regulación que establezca las pautas básicas sobre la forma de llevar a cabo los controles médicos y sobre el tratamiento de los datos obtenidos a resulta de los mismos se hace palpable por las claras divergencias entre unos convenios y otros que van desde el carácter obligatorio o voluntario de los controles al contenido de los mismos, pasando incluso por la confidencialidad o no de los resultados, en una clara vulneración del derecho a la intimidad de los trabajadores afectados en aquellos casos en que la empresa se asegura un conocimiento directo de los datos obtenidos de los reconocimientos médicos, siendo ella la que los comunica al trabajador⁶⁷.

3.2.3.6. Conclusiones

La falta de unas bases mínimas sobre las que sustentar el tratamiento convencional y la consiguiente disparidad de criterios entre los distintos Convenios Colectivos resulta una característica común en el tratamiento que la dimensión del trabajador como persona recibe en nuestro ordenamiento. Además de los supuestos tratados podemos apreciarla, en general, en la aplicación del resto de los derechos fundamen-

64. Vid. Rodríguez Piñero, M.: «Intimidad del trabajador y contrato de trabajo». *Relaciones Laborales*, nº 8, 2004. Pp. 1-13. Respecto a esta relación entre las nuevas tecnologías y los derechos fundamentales Vid. Goño Sein, J.L.: «Vulneración de derechos fundamentales en el trabajo mediante instrumentos informáticos, de comunicación y archivo de datos». *Justicia Laboral*, nº 17, 2004, pp. 13 y ss.

65. Vid. St. TSJ de Madrid de 6 de julio de 2004.

66. La jurisprudencia al respecto viene aplicando la tesis gradualista según la cual la gravedad de los hechos ha de determinarse caso por caso para adecuar la sanción al hecho cometido. A título de ejemplo vid. St. TSJ de Cataluña de 11-3-2004.; Sts. TSJ de Madrid de 12-6-2001 y de 11-2-2003; St. TSJ de Andalucía/Granada de 22-4-2003.

67. Supuestos de este tipo encontramos en los CC de algunas empresas como el CC de Manufacturas Sanlúcar, S.A. (BOPA 21.8.1997) art. 80 o CC de Asturaga, S.A. (BOPA 2.10.1997) art. 34.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 49

tales «inespecíficos» al ámbito laboral. Así, en el derecho a la educación respecto a la duración de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, los requisitos para su concesión o el carácter retribuido o no de los mismos; en la indeterminación que caracteriza al objeto de protección del derecho al honor de los trabajadores; en la primacía de los intereses organizativos de la empresa a la hora de determinar el alcance del derecho a la propia imagen⁶⁸; o en la compleja relación entre las libertades de expresión e información y el principio de buena fe derivada del contrato de trabajo⁶⁹.

Así pues, tras el análisis de estos problemas que la aplicación de los derechos fundamentales inespecíficos plantea en nuestras relaciones laborales queda puesta de relieve la necesidad de incorporar en nuestro ordenamiento jurídico una regulación al respecto. La forma de llevarla a cabo y el alcance de dicha regulación es una cuestión que puede enfocarse desde distintos puntos de vista. Uno de ellos sería la integración en el ET de la dimensión del trabajador como persona y como ciudadano, modificando, así, la opción que el legislador ha venido adoptando para dar cumplimiento al mandato contenido en el art. 35 ET. En lugar de elaborar un Estatuto global, integral del trabajador se optó por limitarlo a su vertiente de sujeto del contrato, obviando aspectos como la formación o promoción profesional o el alcance de los derechos fundamentales inespecíficos en la relación de trabajo. Sin embargo sería conveniente, a nuestro juicio, la incorporación de aspectos como los señalados en la norma básica del ordenamiento laboral.

En este punto la cuestión sería la forma de llevar a cabo esa integración. La solución de incorporar al ET una simple lista de los derechos del trabajador como persona no supondría un avance significativo respecto a la situación actual. La misma aparece prevista en el art. 4.2 ET, sin que posteriormente, y con la excepción limitada del art. 18 ET y el principio de igualdad retributiva por razón de sexo, se haya llevado a cabo un desarrollo de esos derechos que ofrezca soluciones a los problemas que en la práctica derivan de su colisión con las facultades organizativas del empresario. Y es que el art. 17 ET y la regulación de la no discriminación no pasa de ser una simple declaración formal de intenciones, sin eficacia práctica y sin plasmación en medidas concretas.

Hemos visto como el ataque a la igualdad, integridad e intimidad de los trabajadores es fuente continua de conflictos en el ámbito laboral, acentuados por las circunstancias actuales de nuestro sistema de relaciones laborales. Como hemos indicado, la solución a nuestro juicio debe pasar por incorporar en el ET la dimensión personal del trabajador. Esta regulación necesariamente habrá de

68. Al respecto recordamos por significativa la St. de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 1999 (A. 4272) relativa al uso de la falda en el uniforme de las trabajadoras del AVE.

69. Sobre el alcance del principio de buena fe *vid.* Molina Navarrete, C.: «Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales (El paradigma de la *Drittwirkung* laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional). *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, nº 3, 1991, p. 98. Al respecto *vid.* St. TSJ de Cantabria de 1 de diciembre de 2004.

estar basada sobre pautas básicas, generales, conceptos amplios que habrán de ser concretados posteriormente vía negociación colectiva para adaptarlos a las características y peculiaridades de cada sector o empresa.

Se trata, por tanto, de llevar a cabo una regulación legal incentivadora de la autorregulación como vía más adecuada para resolver los conflictos derivados de la aplicación al ámbito laboral de los derechos de trabajador como persona y ciudadano.

3.2.4. *El desempleado como «candidato» a un empleo: ¿un nuevo espacio para el Estatuto o un Estatuto específico en la Ley de Empleo?*

En el estudio que venimos realizando acerca de «Las nuevas dimensiones del estatuto del trabajador», resulta obligado reservar un espacio a la figura del desempleado pues, aunque aparentemente pueda resultar contradictoria la inclusión del análisis del futuro estatuto jurídico del mismo en un apartado dedicado al trabajador, intentaremos poner de manifiesto como esta figura ha sufrido en los últimos tiempos transformaciones de gran calado que nos legitiman para plantearnos la necesidad de regulación de un adecuado estatuto jurídico del que puedan beneficiarse estos sujetos que carecen de empleo⁷⁰.

Es conocido que el desempleo no obedece a una fatalidad natural, sino que el mismo opera como consecuencia del resultado de distintas opciones de política legislativa, opciones que pueden ser cambiadas y de cuyo cambio dependerá en buena medida el futuro de estas personas que se ven privadas de un empleo por causas ajenas a su voluntad, a pesar de reunir a priori los requisitos necesarios para acceder al mercado laboral.

Tradicionalmente –dicho sea de paso, debido en gran medida a la configuración de nuestro sistema de protección por desempleo– se ha identificado a los desempleados como sujetos pasivos, perceptores de prestaciones o subsidios de naturaleza económica cuya finalidad era la de «paliar» el estado de necesidad en que se encuentran estos sujetos motivada por la falta de ingresos derivados de la realización de un trabajo.

Ahora bien, en los últimos tiempos ha comenzado a cobrar fuerza la dimensión del desempleado como sujeto activo⁷¹ –sin desatender la protección reparadora de las situaciones de necesidad– que se ha reflejado en mayor o menor medi-

70. En palabras de Supiot, «...el término estatuto implica un estado de la persona del trabajador, esto es, un conjunto de derechos y deberes definidos con independencia de su voluntad por la ley, el convenio colectivo o los usos...». Véase Supiot, A. *Crítica del Derecho del Trabajo*. Madrid. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. 1996., p. 49.

71. Véase, sobre este cambio de perspectiva Molina Navarrete, C. «La metamorfosis de la cuestión social: ¿Del *Welfare state* al *Workfare state*?». Dos concepciones de la idea de contrapartida en las prestaciones sociales». en *Pensiones sociales. Problemas y alternativas*. Parte I. Madrid. Ed. MTAS. 1999., pp. 55 y ss.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 51

da en las reformas de las que ha sido objeto el ordenamiento jurídico-laboral y en particular nuestro sistema de protección por desempleo. Estas reformas han potenciado la dimensión activa del desempleado en su vertiente de «candidato» a un empleo, entendiendo como tal a toda persona física con capacidad para trabajar, voluntariamente dispuesta a acceder al mercado laboral para celebrar un contrato de trabajo con un empleador o empresario⁷².

Nuestro ordenamiento jurídico carece en la actualidad de un catálogo de derechos y obligaciones de estos sujetos acomodado a las nuevas formas de trabajo y a la compleja posición jurídica del trabajador profesional, lo cual hace que nuestro Estado Social se presente inacabado, incompleto en materia de protección por desempleo en relación con los derechos «debilitados» de este colectivo. Un verdadero Estado social debe contar con un auténtico estatuto jurídico de los desempleados que deben beneficiarse de una continuidad de derechos sociales al margen de la posición productiva del momento, resultado de la movilidad individual⁷³.

El empleo de la persona es un factor de integración y una condición o presupuesto para que el ciudadano pueda participar en la vida económica y política en el sentido previsto en los artículos 1 y 9.2 CE. Lo que está en juego es el derecho a una existencia digna en una sociedad democrática, que para la inmensa mayoría de la población sólo se satisface con el ejercicio del derecho a una ocupación retribuida que permita la autosuficiencia económica y también, a través de ello, el pleno disfrute de derechos sociales fundamentales⁷⁴.

En este sentido, el Estatuto de los Trabajadores contiene escasas referencias al acceso al empleo siendo la primera de ellas la establecida en el artículo 4.2.c) cuando, bajo la rúbrica «Derechos laborales» se reconoce el derecho a no ser discriminado para el empleo, sin embargo este derecho carece de una mayor especificación de su contenido mediante la concreción de otros derechos anejos o singulares de acceso al empleo asalariado, que hubiera sido lo más adecuado en cumplimiento de la función garantista de una norma de estas características y que de hecho se ha procedido a articular en el caso de otros derechos como sucede con el de promoción y formación en el trabajo, desarrollado en los artículos 4.2 b) y 23 a 25 del ET, o con el derecho a la integridad física en los artículos 4.2.d) y 19 ET.

72. Vid. Landa Zapirain, J.P. «El ingreso al trabajo». *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 100-I. 2000. p.518.

73. El profesor Monereo Pérez pone de relieve la necesidad de que este estatuto sea garantizado por el sistema jurídico y tenga una esencia desmercantilizadora propia de la configuración de los derechos sociales en el constitucionalismo social. Véase, en un sentido más amplio Monereo Pérez, J.L. *Las nuevas políticas de protección por desempleo y su reflejo en el sistema jurídico*. Valencia. Tirant lo Blanch, pp. 27 y ss.

74. Vid. Monereo Pérez, J.L. «Comentario al Artículo 40.1 CE», en AAVV. *Comentario a la Constitución socio-económica*. Granada, Comares, 2002, p. 1352.

Asimismo, podemos encontrar en el articulado del Estatuto de los Trabajadores una mención específica al «ingreso al trabajo», en su artículo 16. Sin embargo, este precepto en ningún caso reconoce derecho de los trabajadores alguno, sino obligaciones de los empresarios contratantes en relación con el servicio público de empleo.

Tampoco la Ley de Empleo contiene alusiones específicas a los derechos del desempleado limitándose a establecer la delimitación de instituciones, distribución de competencias, fijación genérica de objetivos, principios y fines, adoleciendo, por lo general de una extremada falta de concreción, sobre todo en el plano de garantías de tales objetivos. La Ley de Empleo se orienta más bien a una regulación abierta de sujetos beneficiarios, pero delimitados más como «objetivos» de la política social, que como sujetos titulares activos de derechos⁷⁵. Así, entre los objetivos generales de la política de empleo se menciona la igualdad de oportunidades y la no discriminación en el acceso al empleo y en las acciones orientadas a conseguirlo (artículo 2 a)) pero con un valor simplemente declarativo, como ilustra el hecho de que el propio precepto se identifique básicamente con un conjunto de remisiones normativas, unas explícitas, concretamente al artículo 9.2 CE, y otras implícitas; o como en el caso de la libre elección de profesión y oficio, donde la remisión se efectúa al artículo 17 ET.

Por otra parte, en su artículo 27.4 la Ley de Empleo reconoce un derecho de colaboración del desempleado con los servicios públicos de empleo, mientras que en fase de ejecución establece un deber de participación. Del análisis de este derecho, caracterizado como los anteriores por la falta de concreción de su contenido y la ausencia de garantías tendentes a su realización, no cabe extraer la conclusión de que se pretenda realmente conseguir su intervención real en esta fase.

Por lo tanto, una vez que ha quedado patente la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de una completa regulación de derechos y obligaciones del desempleado, cabe ahora plantearse, cuál sería el lugar idóneo que dicho estatuto jurídico debería ocupar en nuestra normativa ciñéndonos en nuestra búsqueda a las dos normas –Ley de Empleo y Estatuto de los Trabajadores– que por excelencia nos podrían parecer susceptibles de albergarlo.

A nuestro modo de ver, la actual configuración de la Ley de Empleo nos lleva a considerarla inadecuada para recoger el estatuto jurídico del candidato a un empleo pues nos encontramos ante una ley-programa o ley-marco, eminentemente instrumental u organizativa, en la que se recogen un conjunto de estructuras, instrumentos, medidas y programas con vistas a conseguir un Sistema Nacional de Empleo. No es una ley verdaderamente sistematizadora del inmen-

75. Véase en este sentido, Molina Navarrete, C. y Molina Hermosilla, O., «Más acá y más allá del trabajo»: Comentario a la Ley 56/2003 de Empleo». *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF. Nº 251-2, pp. 23 y ss.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 53

so, disperso y contingente arsenal de disposiciones en materia de empleo ni tampoco una ley de reconocimiento de derechos y fijación de un sistema de garantías de efectividad de las mismas⁷⁶. De su contenido, en términos generales no podemos extraer más que una mera declaración de intenciones que resulta, a nuestro modo de ver, insuficiente para entender que con la misma se pretende garantizar de manera efectiva auténticos derechos subjetivos del desempleado como «candidato» a un empleo.

Demostradas pues las evidentes carencias de nuestra Ley de Empleo en materia de reconocimiento de derechos subjetivos, y teniendo en cuenta la centralidad que dentro del ordenamiento jurídico-laboral español tiene la ley del Estatuto de los Trabajadores procede analizar la conveniencia de que la misma pueda ser apropiada de contener en un futuro el estatuto jurídico de derechos y obligaciones del desempleado como «candidato» a un empleo.

A nuestro juicio, esta sería la opción más adecuada, pues no debemos olvidar que nos encontramos ante una norma de garantía que debe contar entre sus objetivos con la tutela suficiente de la posición del trabajador como demandante de empleo, especialmente necesario en el caso de un mercado de trabajo donde se está produciendo un cambio paulatino, desde una actividad de colocación dirigida y controlada tradicionalmente por un servicio de empleo público a otra en la que intervienen empresas y agentes de colocación tanto públicos como privados. Corresponde al Estatuto de los Trabajadores regular una invocación de derechos de acceso al empleo y de elección de oficio o profesión, cuyo contenido esencial consagra el artículo 35.1 C.E.

El Estatuto de los Trabajadores debe adaptarse a las nuevas exigencias del mercado de trabajo para lo cual debe comenzar otorgando carta de naturaleza a una nueva generación de derechos del trabajador, comprendiendo también en la noción técnico-legal de trabajador, recogida en su artículo primero, a aquellas personas «candidatas» a un empleo en las que se dan todos los requisitos necesarios para reunir la condición de trabajador pero que por causas ajenas a su voluntad se ven privadas de empleo tratándose, en definitiva, de personas físicas con capacidad para trabajar, voluntariamente dispuestas a acceder al mercado de trabajo para celebrar un contrato de trabajo con un empleador o empresario.

La imposibilidad de concretar el derecho al trabajo en un derecho pleno y perfecto a la adquisición incondicionada de un puesto de trabajo no puede relegarlo a un alcance meramente programático, privado de efectos jurídicos. Es necesario, el establecimiento de un auténtico estatuto jurídico del desempleado como «candidato» a un empleo, que recoja un catálogo de derechos de estos trabajadores a la búsqueda de un empleo remunerado que les permita disfrutar de un conjunto

76. *Vid.* Molina Navarrete, C. y Molina Hermosilla, O. «Más acá y más allá ...». *Op. cit.*, p. 64.

de derechos constitucionalmente fundados en algunos casos. Así, tratando de esbozar mínimamente el contenido de este estatuto, proponemos de *lege ferenda* que el mismo incluya, entre otros, los siguientes derechos:

- el derechos a no ser discriminado en el acceso al empleo por distintos motivos, particularmente por razón de sexo, estado civil, origen racial o religión;
- el derecho a la igualdad en cualquier proceso de selección o al reconocimiento de su capacitación y titulación para desempeñar las funciones del puesto de trabajo que pretende y en consecuencia a escoger libremente el puesto de trabajo apetecido de acuerdo con su nivel profesional.

Además, estos derechos de protección deberían ser completados legalmente con:

- el derecho a la participación real de forma activa del desempleado en su itinerario de inserción profesional;
- el derecho a impugnar ante la jurisdicción social los abusos o arbitrariedades cometidos durante el proceso de selección;
- el derecho a que estén representados los intereses de la fuerza de trabajo en los sistemas de selección que utilicen las empresas.

Incluso se ha llegado a proponer desde distintas instancias la oportunidad de establecer un derecho a una remuneración digna entre dos empleos, un salario social financiado por cotizaciones sociales y dependiente de su cualificación, así como el acceso a formaciones verdaderamente cualificadas. De ser así, el desempleado dejaría de ser considerado como tal en el período de inactividad entre dos empleos para pasar a ser titular de un estatuto integral de su vida activa⁷⁷.

Se debe concluir, por tanto que la evolución y transformación del sistema de relaciones laborales en nuestro país puede y debe ser perfectamente observado y comprendido a través de la reforma del Estatuto de los Trabajadores.

No en vano, ya existen experiencias en este sentido en distintos países de nuestro entorno, es el caso por ejemplo de Francia donde a finales de 1997, se puso en marcha la acción colectiva de los desempleados desarrollada y reforzada notablemente por la reivindicación de derechos. Así, en respuesta a su situación de marginación social se movilizaron para la consecución del reconocimiento del ejercicio de los principales derechos sociales, como el derecho al empleo y el derecho a un nivel de vida decente⁷⁸, asimismo demandaban el reconocimiento de

77. Véase en este sentido Monereo Pérez, J.L. *Las nuevas políticas de protección...* . op. cit., p. 28 y ss.

78. Vid. Martin, P. y Pouchadon, M.L. «Les chômeurs et leurs droits: itinéraire d'une mobilisation collective». *Droit Social* nº 7-8. 2000, pp. 744 y ss.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 55

una renta mínima suficiente, sin necesidad de probar su imposibilidad de trabajar, sino basada en el respeto a la dignidad lo que conllevaría su otorgamiento de manera automática. En este sentido, el Código de Trabajo francés reconoce entre otros el derecho a una ayuda económica a la movilidad, consistente en la entrega de ciertas cantidades para compensar los gastos de desplazamiento y de doble residencia a aquellos desempleados que se trasladan fuera de su lugar de residencia habitual para aceptar un puesto de trabajo que les impone la Agencia Nacional de Empleo⁷⁹, el derecho de asistencia a los desempleados en su búsqueda de empleo y a ayudas individuales para compensar al desempleado por incorporarse a procesos formativos específicos desarrollados en empresas o en organismos de formación⁸⁰, y el derecho a una adecuada formación a través de tratamientos personalizados de formación orientada a la búsqueda de empleo⁸¹.

3.3. Las dimensiones del estatuto del empleador: como acreedor y como titular de una organización empresarial. El poder de dirección y las exigencias de flexibilidad micro-organizativa o de gestión «interna»

Aunque el análisis del «estatuto del empresario» como empleador y de la «empresa» como ámbito de dirección y organización de trabajo tiene mayores implicaciones en el ámbito de la descentralización productiva, que evidencia nuevas formas de organización del trabajo que desplaza la bilateralidad por la triangularidad o trilateralidad, no podemos dejar de hacer alguna referencia en esta Ponencia. Todo sea porque el empleador es el «sujeto contraparte» del trabajador y, por tanto, un sujeto típico del ordenamiento laboral, aunque éste le haya prestado bien poca atención y ahora se plantee su revisión⁸².

A este respecto, aquí cumple básicamente con recordar o enfatizar la referida lectura en clave de integración de su dimensión normativa formal y contractual con su inexorable dimensión organizativa. En este sentido, no puede dejar de aceptarse la idea ampliamente sentida en orden a la necesidad de repensar la noción de empleador en la nueva edad de la globalización económica, el desarrollo informático y la sociedad del conocimiento, que tiende a dispersar en forma de red las organizaciones productivas, diversificando fases, espacios y ordenamientos o «estatutos». No cabe duda que las formas de gestión indirecta de las

79. Vid. Artículo L-311-5 Code du Travail

80. Vid. Artículo L-322-4-17 Code du Travail

81. Vid. Para un estudio en profundidad del reconocimiento de los derechos del candidato de empleo en nuestro país vecino. Lyon-Caen, G., *Les libertés publiques et l'emploi. Rapport au ministre du Travail, de l'Emploi et de la Formation professionnelle*. La documentation française. París. 1992.

82. Cfr. F. Fernández López (coord.). *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*. Trotta. Madrid..2004.

relaciones de trabajo se prefiguran como una forma alternativa, tendencialmente dominante, sobre las formas bilaterales, de organización.

A este respecto, está claro que hay que pregonar una dimensión realista del concepto, de modo que se adecue la tipicidad social a la tipicidad legal. Ahora bien, a tal fin no debería tanto pregonarse la «subjetivación» de las nuevas formas empresariales –como por ejemplo proponen quienes pregonan que se reconozca a los grupos de empresas como nuevos sujetos empleadores en sentido técnico-jurídico, en línea con lo que ya sucede respecto de las «comunidades de bienes»–, ni tan siquiera que se produzca siempre la comunicación de responsabilidades solidarias, sino la de redefinir la regulación atendiendo a cada concreta realidad organizativa.

Eso significa básicamente no preocuparse tanto por quién es el verdadero empleador, según la fórmula típica, sino por qué influencia tiene el contexto organizativo del empleador en la prestación de servicios. En otros términos, a qué variaciones de régimen debemos someter la disciplina típica del contrato de trabajo en atención a la estructura organizativa propia de cada empleador o conjunto de empleadores.

4. LAS MODALIDADES DE CONTRATACIÓN: LA REORDENACIÓN DEL SISTEMA DESDE EL NUEVO MODELO DE «FLEXIGURIDAD»

4.1. La contratación temporal. El contrato entre seguridad en el empleo y flexibilidad micro-organizativa

4.1.1. Planteamientos previos. Los Informes de los Expertos, en el plano estatal y andaluz, y las propuestas de la Nueva Reforma Laboral

Conocido es que uno de los grandes problemas de nuestro mercado de trabajo es el exceso de temporalidad. No puede dudarse de la incidencia que en ello tiene nuestra mayor estacionalidad que otros países europeos, dada la importancia que todavía mantienen sectores como la agricultura, o el enorme impacto en el empleo de sectores como el de la construcción, o la relevancia de sectores habitualmente caracterizados por la temporalidad, como el sector hostelero y el sector turístico. Pero tampoco es dudoso que el enorme porcentaje de empleo temporal con el que contamos obedece a otras razones bastante menos loables o justificables.

En este sentido, hoy se acepta como lugar común o dato constatado que una parte importante, aunque no precisada, del empleo temporal supone un uso desviado de la contratación temporal. El empleador busca en el contrato de trabajo la flexibilidad y reducción de costes que no encuentra por otras vías. En conse-

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 57

cuencia, los contratos temporales colman una necesidad que las vías provistas para ello no garantizan. La flexibilidad de entrada atiende o da respuesta a lo que no atiende la flexibilidad de gestión y, sobre todo, la flexibilidad de salida, la gran demanda empresarial.

En esta crítica coinciden tanto empleadores como sindicatos. El problema ahora es cómo llevar a la práctica las terapias correctoras. Podría pensarse en reforzar el control frente a los manifiestos abusos, o podría pensarse en el incremento de los costes de los contratos temporales, para propiciar una regulación más equilibrada, al margen, naturalmente de incentivar el empleo estable en sí mismo, a través de un reforzamiento de la modalidad clave en esta materia, como es el contrato de fomento del empleo estable o de fomento de la contratación indefinida, todavía en una ubicación marginal, tanto normativa –Disposición Adicional 1ª Ley 12/2001–, como práctica –apenas el 10% de la contratación que se realiza en nuestro país.

No puede sorprender, pues, que sobre estos temas se haya centrado buena parte de las reflexiones y aportaciones de los Documentos e Informes hoy disponibles y que constituyen el «marco teórico» de referencia para la anunciada Nueva Gran Reforma Laboral. Los dos más relevantes se han emitido en el marco del Estado, a través del encargo hecho por el Gobierno a un grupo reconocido de expertos, y en la CA Andaluza, a través de un encargo análogo realizado por la Consejería de Empleo.

A este respecto se parte de un concepto de flexibilidad «multidimensional», por lo que no debe ser abordado restrictivamente, en especial si se centra en una política de relajación de los límites a las extinciones de los contratos de trabajo. Por tanto, «la definición de flexibilidad no puede limitarse a las facilidades que tienen los empresarios para contratar y despedir trabajadores». Desde esta perspectiva, la temporalidad evidencia el referido «claro divorcio entre su concepción en el plano jurídico y su incidencia real». La reforma debe, pues, reajustar esta situación, pero sin que el primero ceda al segundo, ni éste a aquél. La flexibilidad de entrada no es, de suyo, negativa, como evidencia el que países que no garantiza la causalidad en el contrato temporal tengan índices de temporalidad menores que nuestro país.

Por tanto, el marco debe ser suficientemente equilibrado como para proporcionar las vías adecuadas de flexibilidad a las empresas y de seguridad a los trabajadores. A tal fin las líneas básicas de intervención son fundamentalmente:

- elevar moderadamente los costes del contrato temporal –límites cualitativos (control por el convenio del uso fraudulento en los términos del ordenamiento comunitario) y cuantitativos (ampliación a 12 días de salario por año de servicio trabajado–;

- incentivar la contratación estable – incluir el contrato de fomento de empleo indefinido en el ET, ampliar su ámbito subjetivo, reforzar los incentivos, generalizar las indemnizaciones a 33 días –.

Sabido es que la modalidad estrella de la reforma fue el contrato para el fomento de la contratación indefinida. Aunque siempre se ha mantenido en una posición «deslocalizada» en el marco normativo central de la ordenación laboral –primero DA 1ª Ley 63/1997, luego DA 1ª Ley 12/2001–, aspira a convertirse en la referencia del empleo estable. Su limitada utilidad para invertir la tendencia no ha impedido su valoración positiva, que ha llevado a la actualización de su régimen para ampliar el ámbito subjetivo. Puesto que no puede basarse su ordenación sólo sobre la «subsidiación», que ha evidenciado su relatividad, es necesario propiciar una revisión

- promover un uso más amplio del contrato a tiempo parcial
- reordenar la actividad de las ETTs para hacerlas más competitivas respecto de las empresas de servicios, y sobre todo más funcionales. A este respecto, sabido es que se ha producido un cambio de opción de política contractual en esta materia, de modo que los interlocutores sociales coinciden en redefinir su papel y eliminar algunos obstáculos que están frenando su expansión, siempre que se mantenga el estatuto de garantías legal, reforzado con la reforma de 1999.
- Rediseñar el contrato de inserción para que sea un instrumento realmente útil en el marco de las empresas de inserción. Recuérdese, no obstante, que la propuesta firmada el 9 de mayo es su eliminación radical.

4.1.2. La contratación temporal directa

4.1.2.1. Introducción

Resulta una realidad constatable que en lo que respecta a la duración de los contratos de trabajo nuestro sistema de relaciones laborales aparece presidido por una evidente contradicción. Y es que mientras las sucesivas reformas normativas, como regla general, se han orientado hacia la promoción de la contratación de carácter indefinido⁸³, la práctica sigue demostrando que la mayoría de los contratos de trabajo que se realizan tienen una duración limitada en el tiempo. Nos encontramos, pues, en muchos casos ante un uso desmesurado de las distintas modalidades de contratación temporal del art. 15 ET, llevando hasta el absurdo el recurso a la eventualidad⁸⁴.

83. Como excepción a esta regla general destacamos la introducción en nuestro ordenamiento del contrato de inserción por servicios de utilidad social en la reforma llevada a cabo por L. 12/2001, de 9 de julio.

84. *Vid.* Sempere Navarro, A.V.: «La contratación temporal y el Estatuto de los Trabajadores: cuestiones generales». *Revista MTAS*, nº 58, 2005, p. 154.

Como manifestación de esta realidad de los 16.350.800 contratos celebrados en 2004, 14.931.100 se realizaron con carácter temporal. Fuente Encuesta de Población Activa: <http://www.mtas.es/estadisticas>

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 59

Pese a esta proliferación de la contratación temporal, el tratamiento de la misma en nuestro ET presenta varios puntos débiles. El propio art. 15 en su apartado 9 autoriza al Gobierno para proceder a su desarrollo reglamentario. Más que de una reiteración de la facultad reconocida con carácter general en la Disp. Adicional Quinta ET nos encontramos ante el reconocimiento por el legislador de que por sí sola la regulación legal sería difícilmente aplicable.

Por otra parte, tanto la Ley como su Reglamento de desarrollo (RD 2720/1998, de 18 de diciembre) encomiendan de forma reiterada a la negociación colectiva el desarrollo de sus previsiones. Ésta cuenta, por tanto, con un elevado margen de maniobra en este ámbito llegando, en ocasiones, a desnaturalizar las modalidades contractuales previstas legalmente. Junto a ella hay que destacar también el papel creativo que la Jurisprudencia desarrolla en esta materia que le ha llevado a inventar contratos no previstos legalmente (contrato de interinidad indefinido en las AA.PP., «contrato a llamada», etc).

Esta situación contribuye, sin duda, a la elevada tasa de temporalidad que caracteriza nuestro mercado laboral y que llega incluso a cuestionar, en ocasiones, el principio de causalidad que preside el recurso a este tipo de contratos⁸⁵. Se hace necesario, a nuestro juicio, una reforma del tratamiento normativo de la contratación temporal que dé respuesta a las necesidades actuales del mercado de trabajo y que debe incidir especialmente en aspectos como los siguientes:

1. Contrato de obra o servicio determinado (art. 15.1 a ET)

Nos encontramos ante el tipo de contrato temporal más utilizado por la extraordinaria versatilidad o flexibilidad que lo identifica⁸⁶, la cual ha sido la causa principal de la radical «desconfiguración» o «desnaturalización» que ha sufrido en la práctica y que impide en muchas ocasiones reconducir el tipo real al tipo legal⁸⁷. La ausencia de concreción en el ET de los trabajos susceptibles de cubrir-

85. Para el profesor Molina Navarrete, C.: «El «último» capítulo de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la reforma de la Ley 12/2001, de 9 de julio». CEF. RTSS, nº 221-222, 2001.P. 102, «a la vista de esta radical y suficientemente conocida inefectividad de las previsiones legales respecto a garantizar una adecuada causalidad de estas modalidades de contrato temporal, parece ya un sarcasmo calificar este maltratado precepto estatutario como regulador de los contratos «estructurales» o «causales». En el mismo sentido, Cardenal Carro, M. habla del «mito» de la causalidad de los contratos en «Una propuesta pragmática ante el interminable debate sobre la contratación temporal». Aranzadi Social, nº 4, 2001, p. 12.

86. Casi el 40% de la contratación temporal se realiza bajo esta modalidad contractual. Fuente: «Mas y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas». Informe de la Comisión de Expertos para el diálogo social. 31 de enero de 2005.

87. Vida Soria, J., Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C.: *Manual de Derecho del Trabajo*. 3ª edición Comares. Granada, 2005, p. 350.

se con contratos de este tipo y la remisión legal a los convenios colectivos para que la lleven a cabo es la principal fuente de conflictos, principalmente por el carácter limitado que nuestra jurisprudencia viene reconociendo a estos listados convencionales, admitiendo que el empresario pueda suscribir contratos por obra o servicios al margen de los supuestos tasados en los convenios colectivos⁸⁸.

2. Contrato eventual por circunstancias de la producción (art. 15.1 b ET)

De nuevo su diseño flexible explica la utilización masiva de este contrato y la consiguiente elevada tasa de temporalidad de nuestro mercado laboral⁸⁹. Son varios los aspectos de su régimen jurídico cuyo desarrollo se encomienda a la negociación colectiva: las actividades susceptibles de contratación eventual, los criterios de proporcionalidad entre la plantilla y el número de trabajadores eventuales, etc. Y en algunos de ellos se vienen incumpliendo las exigencias establecidas en el ET, como es el caso de la ampliación de la duración máxima legal (6 meses en un plazo de un año) que requiere justificación, aunque la práctica convencional suele ignorar esta exigencia⁹⁰. De esta manera, la enorme capacidad creativa de los convenios colectivos en esta materia ha obligado a los Tribunales a estar especialmente alerta frente a las auténticas obras de ingeniería jurídico-contractual con las que nos encontramos⁹¹.

3. Contratos de interinidad (art. 15.1 c)⁹²

Quizás el aspecto principal que haya de contemplarse sea la regulación de la modalidad de interinidad por vacante que sigue sin contemplarse en el ET. Además, por lo que respecta a su régimen jurídico sería conveniente también perfilar determinados aspectos como la duración máxima de este contrato en las AA PP. que actualmente queda referida a la prevista en su normativa específica y que en la práctica plantea problemas sobre la prolongación abusiva de este tipo de contratos.

88. STS de 26 de octubre de 1999.

89. El contrato eventual se erige en el «contrato estrella» del sistema español de contratación temporal. Casi el 50% de los contratos de duración determinada es por razones de eventualidad. Fuente: «Mas y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas», cit. Sobre la utilización abusiva de esta modalidad contractual *vid.* Ballester Pastor, I.: «Avances y defectos en el control del uso fraudulento del contrato eventual por acumulación de tareas. El importante papel del juzgador y el panorama actual tras una incipiente, pero creciente intervención del regulador convencional: los nuevos retos planteados». *Aranzadi Social*, nº 16, 2005, pp. 41 y ss.

90. St. TSJ de Cataluña de 17 de mayo de 2000.

91. Vida Soria, J., Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C.: *Manual de Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 353.

92. Estos contratos -por sustitución o por vacante- de uso moderado hasta 2002 han experimentado un incremento a partir de esa fecha sin que pueda establecerse aún una hipótesis segura sobre sus causas. «Mas y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas», *op. cit.*

4. Contrato de inserción por servicios de utilidad social (art. 15.1 d ET)

Se nos presenta como uno de los aspectos más necesitados de desarrollo⁹³. Y es que la regulación del art. 15.1 d) resulta excesivamente escueta y deja sin resolver aspectos fundamentales como la duración del contrato, el tipo de actividades que pueden encuadrarse dentro de las obras o servicios de interés general, el tipo de desempleado a que va dirigido este contrato...El necesario desarrollo reglamentario aún no se ha producido y esto está llevando a que la utilización de este contrato frecuentemente se desvíe de la finalidad de inserción de colectivos con especiales dificultades de inclusión social. Así se está teniendo en cuenta simplemente el interés general de determinados programas públicos para justificar este tipo de contrataciones sin atender a las dificultades de inclusión de los desempleados contratados para su desarrollo⁹⁴.

5. Características comunes a la contratación temporal

Ya fuera del análisis de las distintas modalidades de contratos temporales pueden apreciarse también carencias normativas en algunas de las características comunes a todos ellos como la relativa al control de la concatenación sucesiva de contratos temporales (art. 15.5 ET). El legislador ha optado porque sea la negociación colectiva la que determine las medidas necesarias para evitar la contratación sucesiva y abusiva en lugar de que sea la norma estatal la que especifique los criterios básicos que la impidan. Sin embargo no ha concretado esta opción en una obligación de inclusión convencional lo que determina que sean frecuentes los casos en los que los convenios colectivos no establecen previsión alguna al respecto, debiendo acudirse a los criterios jurisprudencialmente establecidos para determinar la eventual sucesión abusiva de contratos temporales⁹⁵.

93. Un análisis de los aspectos fundamentales de este contrato puede consultarse en Gorelli Hernández, J.: «Contrato de inserción y despido objetivo en la Ley 12/2001». *Temas Laborales*, nº 61, 2001; Rodríguez Piñero Royo, M.: «La reforma laboral de 2001 y el Empleo: una perspectiva general». *Temas Laborales*, nº 61, 2001; AA.VV.: «Contratación Laboral y condiciones de trabajo», en Castiñeira Fernández, J. coord. «El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el año 2002: puntos críticos». *XXI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. CARL. Sevilla 2003, pp. 205 a 213.

94. La utilización de esta modalidad contractual sigue siendo muy limitada. En 2004 se celebraron 67.523 contratos de este tipo, el equivalente al 0,43% del volumen anual de contratación temporal. Fuente: «Mas y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas», *op. cit.*

95. Al respecto *vid.* AA.VV.: «Contratación Laboral y condiciones de trabajo», en Cruz Villalón, J. coord.: *XX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*. CARL. Sevilla, 2002, p. 288.

4.1.2.2. Conclusiones

Como vemos, del análisis del tratamiento que nuestro ET dedica a la contratación temporal no puede obtenerse otra conclusión que la necesidad de perfilar mejor el régimen jurídico de las distintas modalidades contractuales previstas, como una de las vías para mejorar la relación entre flexibilidad y estabilidad en el empleo. Particularmente significativa resulta la exigencia de reforzar el principio de causalidad que ha de presidir la contratación de duración determinada en nuestro ordenamiento jurídico-laboral, acotando las causas que autorizan a celebrar cada uno de los contratos del art. 15 ET. En la actualidad prácticamente cualquier situación puede ser reconducida a alguno de los supuestos de hecho que justifican una contratación temporal, lo que lleva a una utilización desmesurada de la misma, desnaturalizándose o desvirtuándose los distintos tipos de contratos previstos por el legislador.

El papel de la negociación colectiva debe concretarse en el general de mejorar las previsiones legales, pero el establecimiento vía convenio colectivo de los perfiles de las distintas instituciones contractuales cuando existe simplemente una posibilidad y no una obligación de desarrollo convencional de estas materias, pone de relieve la, a todas luces, insuficiente regulación normativa de un aspecto fundamental de nuestro sistema de relaciones laborales y una excesiva flexibilidad del mismo.

Resulta necesario, por tanto, un esfuerzo de concreción legislativa que establezca las líneas básicas de la contratación temporal, las cuales podrán ser desarrolladas y mejoradas por nuestra práctica negocial. Para ello una referencia importante para el legislador podrá ser la amplia doctrina judicial existente al respecto, al haberse convertido en muchos casos en la única vía para determinar la licitud o ilicitud de la contratación, así como la experiencia convencional.

4.1.3. La contratación temporal indirecta: las Empresas de Trabajo Temporal

Desde la aparición de la Ley 14/1994 de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal, han sido varios los procesos de reforma por los que ha ido atravesando esta normativa, inspirados en un doble objetivo. De una parte, lograr un aumento de los controles administrativos sobre la actuación que las ETTs llevan a cabo en nuestro mercado de trabajo y de otra, la búsqueda de la ansiada equiparación en las condiciones de trabajo a que quedan sometidos los trabajadores contratados directamente por la empresa usuaria y los que se incorporan a ella a través de la contratación de los servicios de una ETTs. Pese a los avances conseguidos en ambas facetas, aún hoy no es posible afirmar que este doble objetivo, sobre todo por lo que se refiere a la equiparación entre ambos colectivos de trabajadores, sea una realidad en nuestros días.

En este sentido, el régimen jurídico en el que estas empresas deben desarrollar su actividad aparece determinado por unos parámetros que poco o nada, según el

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 63

aspecto que analicemos, tienen que ver con la realidad socio-profesional en que se encuentran los trabajadores que son contratados por ETTs para ser cedidos a empresas usuarias, diferencias éstas que alcanzan su máxima intensidad, en lo relativo a la retribución salarial que perciben unos y otros trabajadores.

Al mantenimiento de esta situación viene contribuyendo la propia vaguedad en la que incurre la ley en esta materia. Así, el art. 11.1 LEET se limita a establecer una garantía de mínimos, en lugar de optar por la adopción del principio de igualdad salarial entre los trabajadores cedidos y los contratados directamente por la empresa usuaria. La consecuencia que de ello se hace derivar es que no existe equiparación real en materia retributiva entre ambos colectivos de trabajadores, lo cual se consigue por medio de privar a los primeros de aquellos conceptos extrasalariales que aparecen regulados en los Convenios colectivos de las empresas usuarias⁹⁶. Junto a ello, el hecho de que la ley prevea expresamente que el cálculo del salario se realizará por unidad de tiempo, conlleva que muchas ETTs sólo abonan a los trabajadores cedidos, los días efectivamente trabajados.

En este mismo orden de cosas, debemos poner de manifiesto que tampoco los trabajadores cedidos logran acceder a las ventajas y beneficios establecidos en el plan social de la empresa usuaria⁹⁷, así como a las previsiones que los Convenios colectivos de éstas contienen relativos a permisos retribuidos, periodos de vacaciones, etc.

Junto a las anteriores es posible igualmente señalar otras deficiencias que afectan al ámbito de actuación en que las ETTs vienen desarrollando su actividad en nuestro mercado de trabajo⁹⁸. Así, son numerosos los supuestos en los que se recurre a las ETTs para cubrir necesidades permanentes de personal de la empresa usuaria, por lo que los contratos de puesta a disposición celebrados en estos casos, serían susceptibles de quedar afectados por una declaración de fraude de ley.

En estos supuestos, cuando se logra demostrar ante el órgano jurisdiccional que en realidad el trabajador cedido venía cubriendo una necesidad de carácter permanente de la empresa usuaria, no resulta aplicable la opción prevista por el legislador para los supuestos de cesión ilegal de trabajadores, por lo que lo único que podrá el juzgador en tales casos, será declarar la relación indefinida del trabajador con la ETT. La corrección de este efecto podría conseguirse por la vía de

96. En efecto, suelen quedar excluidos de la percepción de conceptos como plus de transportes, primas por dietas, etc.

97. En este sentido, se les deniega el acceso al 100% del salario en caso de IT cuando así los establece el Convenio Colectivo de la empresa usuaria, a las ayudas prevista por ésta para sus trabajadores en conceptos de mejoras sanitarias y sociales como pueden ser las ayudas por guarderías, becas, ayudas por libros, etc.

98. Informe UGT sobre ETTs en la Comunidad de Madrid. <http://www.ugt.es/actualidad/julio2005/d18072005.html>

propiciar la modificación del artículo 43 ET, donde se regula la cesión ilegal de trabajadores y la propia normativa reguladora de las ETTs con el fin de hacer extensiva en estos casos, la responsabilidad a la empresa usuaria una vez acreditado el fraude, concediendo al trabajador la posibilidad de pasar a formar parte de la plantilla de esta empresa con carácter indefinido.

Esta situación de divergencia entre la legalidad y la realidad práctica en que desarrollan su actividad las ETTs en nuestro país, conduce a que se está una de las cuestiones que se encuentran en el centro del debate social que se está desarrollando actualmente y del que se espera obtener la que será la futura reforma laboral. Las posiciones entre sindicatos y patronal en este punto están por el momento enfrentadas. Así, mientras los primeros reclaman una limitación del recurso a las ETTs, y un mayor control en su utilización por parte de los empresarios, estos últimos abogan por el contrario, por una ampliación de su ámbito de actuación.

En medio de esta controversia la propuesta del Gobierno sobre la futura regulación que debe determinar la actuación de las ETTs aparece en su informe titulado «Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas». En éste se propone la eliminación de los «sobrecostos» que hoy sufren estas empresas en concepto de indemnizaciones por fin del contrato de trabajo y en las cotizaciones por desempleo.

Los diferentes intereses que se encuentran implicados y por el momento enfrentados en la regulación de esta materia, se intentarán que encuentren una adecuada satisfacción por medio de la futura constitución de un grupo de trabajo tripartito al que se le encomendará el análisis de la posible ampliación de los ámbitos de actuación de estas empresas.

A nuestro modo de ver, será necesario tener en cuenta que cualquier reforma que se lleve a cabo en el ámbito de la ETTs para ser realmente efectiva, necesita extender su radio de acción a las distintas fórmulas de externalización a las que pueden recurrir los empresarios en nuestro país, pues de lo contrario, el establecimiento de mayores controles y en definitiva, la introducción de una mayor rigidez en el ámbito de las primeras, se traducirá en el mayor recurso de los empresarios a otras formas de externalización, que le permitan cubrir sus necesidades de mano de obra sin sujeción a estos controles. En realidad, este recurso comienza ya a ser una práctica habitual en nuestros días, por lo que respecta a las llamadas «empresas de servicios».

En efecto, el crecimiento de las ETTs aparece estancado en los últimos años en nuestro país, y por el contrario son ahora las empresas de servicios las que están logrando penetrar en el ámbito de la descentralización productiva, a través de la fórmula de contratas y subcontratas prevista en el art. 42 ET, con lo cual, consiguen eludir el sistema de control y garantías previsto para la actuación de las ETTs.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 65

La proliferación de estas empresas de servicios en el ámbito de la gestión de personal con carácter temporal, se explica por las importantes ventajas que conllevan tanto para éstas como para las «empresas usuarias» reconvertidas ahora en subcontratistas⁹⁹.

Se trata de una clara situación de elusión de la normativa legal que resulta apreciable en nuestros días no sólo en el ámbito privado, sino también y lo que es aún más criticable, en el ámbito público, en el cual, las reformas llevadas a cabo con el fin de limitar la intervención de las ETT en este ámbito, han terminado por provocar el efecto indeseado de propiciar un aumento del recurso a estas otras empresas.

4.2. La contratación a tiempo parcial: las demandas de flexibilidad de la empresa y del trabajador

4.2.1. El contrato a tiempo parcial ordinario

De la regulación anual del Contrato a Tiempo Parcial en el ET después de las sucesivas modificaciones (cinco en total siendo la última por L.12/2001) y los pronunciamientos del TC en Sentencia 253/2004 de 22 de diciembre, habría que destacar su vocación extremadamente flexibilizadora para que la empresa utilice el trabajo en el momento que lo precise y justo durante el tiempo necesario.

En todo caso, la consideración de contrato «estrella»¹⁰⁰ se ha alcanzado por considerarle portador de numerosas virtudes y síntesis perfecta de la razón empresarial y de la razón social. En él, así se pone de relieve en las sucesivas reformas, se han puesto grandes esperanzas como instrumento adecuado para contribuir decisivamente a superar algunos de los grandes males que aquejan al mercado de trabajo en nuestro país respecto del entorno europeo: la temporalidad y sus efectos distorsionantes en la productividad y en la calidad del empleo¹⁰¹.

El contrato a tiempo parcial se ha presentado como el remedio mágico, la panacea, para reducir el alto porcentaje de temporalidad. Con este objetivo, el incremento del porcentaje de contratos a tiempo parcial parece ser un fin en sí mismo o cuando menos que por sí mismo puede remediar la permanente preca-

99. «Más y mejor empleo en un nuevo escenario socioeconómico: por una flexibilidad y seguridad laborales efectivas», p 43.

100. Vid. Vida Soria, J.; Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C.: *Manual de Derecho del Trabajo*, 3º ed., Ed. Comares, 2005, p. 364.

101. Vid. AA. VV: *Transformaciones laborales en España. A XXV años de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores*, Ed. MT y AS, pp. 91 ss.

riedad de nuestro marco real de contratación¹⁰². Las estadísticas suelen hacerse eco del desarrollo de este contrato en el entorno europeo frente a la debilidad del mismo en nuestro país. En contraste, los términos se invierten cuando observamos el comportamiento de los contratos temporales. A esta situación se responde con mayores cotas de flexibilidad para hacerlo más atractivo. Lo cierto es que no acaba de dar sus resultados.

En segundo lugar porque puede constituir un instrumento esencialmente apto para la creación de empleo¹⁰³, tanto por su significación en el reparto del empleo cuanto que pueda contribuir a animar y facilitar el relevo generacional y con ello disminuir o aligerar el embotellamiento de grupo que accede a un primer empleo.

Al contrato a tiempo parcial también se le reconocen ventajas –añadidas– desde la perspectiva de conciliación de la vida familiar y laboral. Así la posibilidad de ajustar la cantidad de tiempo de trabajo sin límites máximos ni mínimos unido a la distribución de los tiempos de trabajo pactados facilitan la atención de personas dependientes y la adecuación de los ritmos de trabajo a otros tiempos y ritmos sociales. Aunque este objetivo presenta importantes zonas oscuras debido a los débiles límites para el pacto, la distribución y la realización de horas complementarias.

Por supuesto, toda flexibilización de las condiciones de trabajo busca el la satisfacción de los objetivos de productividad y por ende la mejora de la posición competitiva en la empresa.

Pero cuando se analiza el art. 12 ET, se aprecia, como valoración general, que el atractivo dominante en la figura contractual es el de facilitar la gestión del tiempo proporcionando trabajo al empresario justo a tiempo. Y esa parece ser la conclusión a la que llegan los sujetos que operan en el *mercado* de trabajo a juzgar por el siempre pretendido y nunca logrado despegue significativo de esta modalidad contractual.

En este sentido, uno de los puntos clave de las sucesivas reformas del Estatuto ha consistido en favorecer con mecanismos diversos el uso más flexible de la fuerza de trabajo y es precisamente el art. 12 donde encontramos la mejor expresión flexibilidad. La regulación actual del Contrato pone de forma desequilibrada el acento en la lógica empresarial otorgando amplias facultades organizativas en los aspectos cuantitativos y cualitativos de los tiempos de trabajo¹⁰⁴. La configuración del contrato a tiempo parcial consiente la plena adaptabilidad y permite

102. *Vid.* en la Exposición de Motivos de la Ley 12/2001 se dice que el C de a Tiempo Parcial tiene una «relevante papel en el crecimiento del empleo estable».

103. « Por derivarse ventajas tanto para el empresario como para el trabajador». *Vid.* AA.VV (M.C. Rodríguez-Piñero (Dir): *Lecciones de Derecho del Empleo*, Ed. Tecnos, 2003, p. 473.

104. *Vid.* Molina Navarrete, C. y García Jiménez, M: «Contratación laboral y políticas de empleo: primera fase de una nueva reforma del mercado», CEF, n. 217/2001, p. 49.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 67

una acomodación exacta y permanente a las necesidades del empresario: el tiempo de trabajo, la realización de horas complementarias, la distribución horaria de las mismas, etc. La norma reguladora del CTP es un claro exponente de la transformación de la función de la regla jurídico-laboral que ya no es la «tutela del trabajo, sino la eficiencia del mercado»¹⁰⁵.

La hiperflexibilidad redundante puede que no tenga virtualidad productiva pero es seguro que tendrá unos efectos negativos para el trabajador. De ahí que como objetivo general de la eventual reforma, debería mantener niveles adecuados de flexibilidad que eviten una flexibilidad redundante y contribuyan a mantener cotas de flexibilidad sostenible o lo que se venido a calificar como «flexi-seguridad»¹⁰⁶.

En concreto, el trabajo estandarizado en categorías, jornadas, horarios es un trabajo para personas que no se sometan a los ritmos que imponen las ocupaciones en el cuidado de la familia. En ese sentido el trabajo desestandarizado que implica el contrato a tiempo parcial, significa también unas mayores posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar.

Sin embargo, las sucesivas modificaciones parciales de este artículo –además de no realizarse en el contexto de una entera reforma global de la normativa laboral que contemple todas las relaciones e implicaciones de unos y otros preceptos– han generado desequilibrios entre las demandas de flexibilidad y seguridad que impiden ese objetivo de fomento del empleo entre quienes tienen necesidad de conciliar trabajo y atención a personas dependientes. Los pretendidos efectos en cuanto a la conciliación de la vida familiar y laboral se ven anulados precisamente por la extremada aleatoriedad en la distribución de los tiempos de trabajo. En todo caso la filosofía conciliadora se reduce cuando se detecta que este contrato se introduce básicamente como «vía para el acceso al trabajo de las mujeres»¹⁰⁷.

Interesa destacar, a modo de perspectiva general respecto de esta modalidad contractual, que los objetivos clásicos que se persiguen con este tipo contrato –favorecer la creación de empleo y reducción de la temporalidad– así como la de contribuir a conciliar las responsabilidades familiares con el trabajo productivo se mantienen potencialmente en la actualidad. Pero la obstinada escasez de resultados exigen una obligada reforma que lo hagan más atractivo y corrija algunos aspectos técnicos. Los contenidos de este precepto creemos que debe ajustarse a las necesidades e intereses desde una perspectiva bilateral y no particular como hasta ahora con objeto de hacer atractivo también para los trabajadores.

105. Vid. AA. VV: *Transformaciones laborales...*, op. cit., p. 70.

106. Vid. Rodríguez-Piñero, M.: «Una nueva fase del Estatuto de los trabajadores, RL n. 9/2005.

107. Vid. AA. VV. (M. Rodríguez-Piñero Royo, Dir.), *Lecciones de Derecho del Empleo*, Ed. Técnos, p. 473.

Así, en primer lugar, en relación al concepto, sería conveniente eliminar los ámbitos de inseguridad que crean los términos actuales de definición de la jornada. La jornada de referencia que se ha tomado de la cláusula tercera de la Directiva 97/81/CE de 15 de Diciembre: «trabajador a tiempo completo comparable». La indeterminación del término plantea ciertos elementos de incertidumbre y las dificultades que entraña determinar el trabajador comparable en la empresa¹⁰⁸ aconsejarían un índice de comparación más objetivo. Estas dificultades podían evitarse con la referencia a las fuentes posibles de determinación de la jornada completa aplicable en el centro de trabajo con los límites máximos prevista en art. 34 ET¹⁰⁹.

En otro orden de cosas, para que la flexibilidad no consista en una simple ausencia de garantías para los trabajadores y una renuncia efectiva a conseguir un contrato estandarizado entendemos que sería conveniente reforzar y facilitar el proceso de conversión de contratos a tiempo parcial en contratos a tiempo completo y viceversa. En la actualidad muy debilitada por cuanto sólo obliga al empresario a «informar» y a tomar en «consideración, en la medida de lo posible» las solicitudes en este sentido.

Para ello se debería extender la «preferencia» que tiene los supuestos de retorno a la situación anterior como previsión general a la conversión y sin necesidad de tiempo de permanencia de tres o más años para los contratados inicialmente a tiempo parcial y sin necesidad de limitarlo a su mismo grupo si se ha cumplido de forma efectiva el acceso de los trabajadores a tiempo parcial a la formación [art. 12.4.f)]¹¹⁰. Con objeto de completar los derechos de los trabajadores a un puesto de trabajo estándar debería emplearse una técnica más depurada que evitase expresiones vagas e imprecisas como que las peticiones «deberán ser tomadas en consideración en la medida de lo posible» (inusual y ambigua fórmula que convierte en la práctica el derecho de preferencia en una mera expectativa del trabajador) así como prever las consecuencias de la eventual negativa infundada del empresario en orden a la efectividad de estos derechos de movilidad.

Por lo que respecta a la forma del contrato, se requiere que las principales condiciones de trabajo como el número de horas y su distribución se realicen necesariamente por escrito con objeto de que el trabajador conozca tan importantes extremos. La fórmula legal permite tomar cualquier módulo temporal de referen-

108. Vid. Casas Baamonde, M.E.: «La nueva regulación de los contratos de trabajo a tiempo parcial (y del trabajo fijo periódico y fijo discontinuo, de la jubilación paracial y gradual y de los contratos de relevo), RL, I/2002, p. 539.

109. Vid. Calvo Gallego, F.J. y Valverde Asencio, A.: «La nueva regulación del contrato a tiempo parcial y del contrato de relevo», *TL*, n. 61, 2002, p. 168.

110. Vid. AA. VV. (S del Rey Guanter, dir.): *El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Ed. La Ley, 2003, p. 78.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 69

cia y sin condicionar su distribución ni prevé disposición alguna sobre el horario. Por tanto, esta expresión contienen elementos de flexibilidad extrema que permiten concretar los tiempos de prestación de trabajo en cada momento con mayor grado de flexibilidad incluso que la prevista en la distribución de las horas complementarias que cuando menos permite conocer con una antelación de una semana el día y hora de realización¹¹¹.

Este tratamiento, constituye una manifestación más de la fuerte aleatoriedad e inseguridad con que se regula esta modalidad contractual. Se pone en evidencia con ello que las motivaciones personales para optar por la realización de este tipo de contratos no se tienen en cuenta o quedan muy diluidas por la persecución a ultranza de máxima acomodación a las necesidades inmediatas de la empresa.

En todo caso, el precepto prevé una débil respuesta para el caso de incumplimiento de estas formalidades. El trabajador queda en una situación de incertidumbre e inseguridad extremas que no se remedia con la presunción prevista puesto que, acreditado a posteriori el carácter parcial de los servicios, no cabe ninguna consecuencia para el empresario por muy irregular y caprichosa que haya sido la distribución real de las horas de trabajo. Puesto que la acreditación que no alcanza a la determinación del número ni de la distribución de las horas ordinarias contratadas.

Obsérvese, de otro lado que las previsiones legales referidas a la movilidad y acceso de trabajadores al contrato a tiempo parcial por razones familiares o formativas y a la formación profesional según se establezca en la negociación colectiva será de práctica imposible ante la indeterminación y aleatoriedad del tiempo de trabajo contratado y sobre todo su distribución horaria.

Por último respecto del pacto de horas complementarias¹¹² tienen por satisfacer necesidades de la empresa y son una «fórmula única de incremento de la jornada voluntaria»¹¹³ que de otra manera acudiría a su satisfacción satisfacer sus necesidades mediante horas extraordinarias con mayores limitaciones en su realización. Se aprecia un desequilibrio en la posición de las partes del pacto puesto que no cabe denuncia del trabajador para dejar sin efecto el pacto. Es necesario el transcurso de un año desde su establecimiento y la concurrencia de supuestos tasados. La fijación de ese periodo de indisponibilidad del pacto representa un obstáculo importante para satisfacer y atender determinadas circunstancias que por su naturaleza no son susceptibles de ser anticipadas, antes bien, pueden pre-

111. Casas Baamonde, M.E.: «La nueva regulación de los contratos...», *op. cit.*, p. 542

112. *Vid.* Rivera Sánchez, J.R., *Las horas complementarias en el contrato a tiempo parcial*, Ed. Aranzadi, 2003.

113. *Vid.* AA. VV. (S del Rey Guanter, dir.): *El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de Seguridad social*, Ed. La Ley, 2003, p. 11.

sentarse de forma súbita. Entendemos que en esta cuestión conviene introducir modificaciones en el sentido de equilibrar los poderes de disposición del trabajador sobre el pacto y su realización ahora sólo limitado al supuesto de incumplimiento de requisitos establecidos en el apartado cinco.

4.2.2. *El contrato fijo discontinuo regular*

Desde sus orígenes –la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales donde por primera vez se hacía referencia expresa a «los trabajos fijos en la actividad de la empresa, pero de carácter discontinuo»– la regulación del trabajo fijo de carácter discontinuo ha sufrido una historia normativa bastante tormentosa, caracterizada por persistentes e importantes oscilaciones en cuanto a su configuración jurídica, y sobre todo en cuanto a su ubicación sistemática. Pero sin duda el principal problema que se ha venido suscitando en torno a esta figura trae su causa en la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de una correcta delimitación de los contornos de esta singular modalidad de prestación del trabajo.

De esta forma, el primer paso para una correcta identificación de esta figura contractual debería partir de su tipicidad en la ley a través de una correcta determinación de los supuestos que tienen cabida en dicha tipificación.

A este respecto, son tres las opciones legislativas posibles: configurar un tipo contractual *ad hoc*, fijar el fenómeno como variante de una modalidad de relación laboral de mayor presencia o limitarse a regular reglas aisladas que maticen el régimen de la contratación indefinida continua¹¹⁴. Sin necesidad de examinar en este momento las numerosas modificaciones legislativas que ha sufrido el trabajo discontinuo¹¹⁵, se puede señalar que la segunda opción –fijar el fenómeno como especie de otro tipo contractual de mayor presencia– ha sido la más seguida por

114. Cruz Villalón, J.: «Breve panorama del régimen de los trabajadores fijos discontinuos». *Tribuna Social*, núm. 85. 1998., p. 33.

115. Para un estudio pormenorizado de las mismas véanse entre otros: García Ortega, J.: *Las relaciones laboral y de Seguridad Social de los trabajadores fijos discontinuos*, Bosch, Barcelona, 1990; Baylos Grau, A.: «Trabajo a tiempo parcial, fijos discontinuos y contrato de relevo», *La reforma laboral de 1994*, Marcial Pons, Madrid, 1994; Yanini Baeza, J.: *La contratación para trabajos fijos discontinuos*, McGraw-Hill, Madrid, 1998; Casas Baamonde, M. E.: «Los contratos de trabajo a tiempo parcial: contrato a tiempo parcial, contrato fijo-discontinuo y contrato de relevo», *REDT*, nº 100. 2000; Goerlich Peset, J. M.: «Trabajadores fijos periódicos y trabajadores fijos discontinuos: ¿El final de una larga distinción?», *Temas Laborales*, nº. 61. 2001; González Del Rey Rodríguez, I.: «El nuevo marco normativo del contrato a tiempo parcial», *Las reformas laborales del nuevo milenio*, Marcial Pons, Madrid, 2003; Molina Navarrete, C, y García Jiménez, M. «Contratación laboral y política de empleo: primera fase de la nueva reforma del mercado de trabajo». *RTSS. CEF. Nº 217*. 2001. y «El «último» capítulo de la primera fase de la reforma del mercado de trabajo: puntos críticos de la Ley 12/2001, de 9 de julio». *RTSS. CEF. Nº 221-222*. 2001.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 71

el legislador, si bien originariamente como variante del contrato de trabajo temporal; desde la reforma de los años 1993 y 1994 como modalidad del contrato de trabajo a tiempo parcial, y en la actualidad donde a partir de la reforma operada por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de las dos modalidades de trabajo fijo discontinuo, el fijo y periódico se mantiene en el apartado tercero del artículo 12 del ET que regula el contrato de trabajo a tiempo parcial y el contrato de relevo, mientras que el fijo discontinuo se traslada al artículo 15.8 del ET¹¹⁶.

Se ha criticado abiertamente la asimilación legal del fijo periódico al trabajo a tiempo parcial¹¹⁷, y ello con base en dos razones fundamentales. La primera, conecta con la consagración, tanto a nivel comunitario como nacional, del principio de voluntariedad en el acceso al trabajo a tiempo parcial. En un contrato fijo periódico la reducción de jornada respecto de la considerada normal tomando como período de referencia el año no es en absoluto voluntaria para las partes como sucede en el trabajo a tiempo parcial sino que la discontinuidad deriva de la propia forma en que se configura la actividad, mientras que el trabajo a tiempo parcial es una modalidad contractual asentada sobre una jornada voluntariamente inferior a la habitual que puede obedecer tanto a una estrategia empresarial, como a una opción personal del trabajador que desea conciliar la vida laboral y familiar, la vida laboral y la formación, la vida laboral y el ocio, etc. En cambio, los presupuestos que deben concurrir para celebrar un contrato fijo periódico escapan al poder decisorio o volitivo de las partes¹¹⁸.

Por otro lado, no siempre es posible en el trabajo fijo periódico determinar la jornada a tiempo completo comparable, característica del trabajo a tiempo parcial. En numerosas ocasiones, la única jornada a realizar por el trabajador en este tipo de actividades es la que realiza el trabajador fijo periódico, puesto que la empresa sólo se encuentra activa durante la temporada. Y además, la naturaleza del contrato de trabajo no se desvirtúa por el hecho de que, en uno o más años, el evento determinante de la periodicidad o intermitencia de los trabajos a ejecutar dé lugar a que éstos se lleven a cabo durante todos los días laborables del año o

116. Con esta acción modificativa, el legislador desconoce los caracteres de esta concreta modalidad contractual que la hacen singular frente a otros contratos de duración determinada, dificultando aún más la delimitación de fronteras, ya confusa en la práctica, entre los contratos eventuales y los fijos discontinuos. Así, para los primeros, la necesidad de trabajo es imprevisible y no reiterada cíclicamente, mientras que para los segundos ésta es intermitente a intervalos temporales separados y reiterados aún sin fecha cierta. *Vid.* Molina Navarrete, C, y García Jiménez, M. «Contratación laboral y política de empleo: primera fase de la nueva reforma del mercado de trabajo». RTSS. CEF. N° 217, p. 52.

117. Véanse, entre otros: Molina Navarrete, C, y García Jiménez, M. «Contratación laboral y política...». *op. cit.* pp. 50 y ss; Valverde Asencio, A. J.: *La determinación del periodo de actividad de los trabajadores fijos discontinuos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 12 y ss.

118. Véase en este sentido Yanini Baeza, J.: *La contratación para trabajos fijos discontinuos. op. cit.* p. 49 y ss.

que la duración de su producción cíclica, de las campañas, duren todos los días y durante varios sucesivos –supuesto completamente ajeno a la definición legal de tiempo parcial–.

La doctrina ha entendido que el mantenimiento de los fijos periódicos dentro del régimen jurídico del contrato a tiempo parcial da lugar a que esta figura quede diluida en los caracteres propios del contrato a tiempo parcial, de referencia anual, que, por otra parte, podría tener una vigencia temporal frente al carácter necesariamente indefinido del fijo periódico además sobre este mantenimiento podría cuestionarse su propia oportunidad e, incluso, la corrección técnica ya que siendo una figura, la del fijo periódico, que deviene de la más amplia de fijo periódico de carácter discontinuo tal como se establecía en la dicción legal precedente a la reforma del Real Decreto Ley 18/1993, difícilmente puede encontrar justificación¹¹⁹.

Desde nuestro punto de vista la opción más adecuada para la regulación del trabajo fijo discontinuo debería partir de su tipicidad en la ley como una modalidad contractual autónoma que proporcione una correcta definición legal de este tipo de trabajo pues las designaciones que se contraponen, fijos periódicos y fijos discontinuos, carecen de sentido, ya que las prestaciones en ambos casos son discontinuas.

Igualmente, la distinción entre periódicos y discontinuos es solo de matiz entre variantes de la misma figura ya que la única diferencia entre unos y otros se manifiesta en que, en un caso, los trabajadores se reincorporarán al trabajo cada año o cada temporada en la fecha fija prevista, mientras que en el otro supuesto, la reincorporación estará condicionada por la objetiva y causal incertidumbre en la reanudación de cada campaña y por el consecuente y obligado llamamiento empresarial.

En definitiva, ante esta situación no nos cabe más que esperar que el legislador de una vez por todas afronte esta cuestión con más contundencia, explicitando claramente las soluciones pretendidas y no confiándolas a la interpretación doctrinal y judicial, y desde luego, tomando en consideración todas las variables existentes en ella. Hasta ahora el legislador no lo ha hecho así, por lo que sin duda, las prestaciones de trabajo de carácter fijo discontinuo continuarán dando que hablar.

4.2.3. *El contrato de relevo*

La evolución normativa del contrato de relevo tras algo más de dos décadas de existencia –aunque más normativa que práctica– pone de relieve quizás más que ninguna otra figura contractual las diferentes perspectivas y orientaciones político-normativas que han sido proyectadas sobre la normación jurídica del mercado

119. Del Rey Guanter, S. (Dir.), *El nuevo contrato a tiempo parcial: aspectos laborales y de Seguridad Social*. La Ley. Madrid. 2003. pp. 45 y ss.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 73

de trabajo y del sistema de protección social español en estos veinticinco últimos años. De esta manera, junto al clásico criterio procedente de la política de empleo de «reparto de empleo», se ha proyectado a este contrato una diferente lógica que deviene de la propia potenciación y generalización de la jubilación progresiva, libre, indefinida y parcial; de modo tal que llega a conformarse ésta última en elemento central de toda la institución del contrato de relevo y la jubilación parcial, convirtiendo a este contrato en un mero elemento más de la misma¹²⁰.

La última fase de evolución de esta institución la representa la Ley 12/2001, de 9 de julio, por la que se introducen determinadas novedades que ponen de relieve lo hasta aquí descrito, y en las que, de un lado, se da un paso más hacia la apertura de nuevas cotas para la flexibilización de la misma, y, de otro, se superpone a la estructura que conformaba al precedente contrato de relevo otra anexa que provoca su propia desconfiguración, alterando la propia finalidad y lógica del mismo. Como tendremos ocasión de comprobar, se ha armado una modalidad contractual temporal y sin causa¹²¹ que encuentra su «justificación» dentro del sistema de modalidades contractuales aprovechando su engarce en el ya existente contrato de relevo.

Aún así, y a pesar de su configuración legal, que lo lleva a constituirse en un claro exponente de flexibilización exacerbada de los términos para la contratación laboral, a la que se unen además incentivos para los empresarios en materia de Seguridad Social, se advierte la deficitaria utilización que de esta modalidad contractual se viene haciendo en nuestro sistema de relaciones laborales. Esta es, sin lugar a dudas, y en vista a los resultados del análisis estadístico, la figura que cuenta con menos difusión dentro de la práctica española de contratación, lo cual viene a contrastar con el especial relieve que se le otorga por parte de los analistas, los interlocutores sociales y los poderes públicos, resaltando su centralidad dentro de las medidas políticas de mejora y fomento del empleo así como de la protección social¹²².

Centrándonos en el análisis de la regulación que se realiza en el art. 12.6 ET acerca del contrato de relevo y de la jubilación parcial, en todo caso hay que diferenciar los dos bloques en los que se puede desglosar la regulación de esta institución:

- El contrato a tiempo parcial del trabajador relevado
- El contrato de relevo

120. Para un estudio sobre la evolución de la jubilación parcial y el contrato de relevo, vid. Calvo Gallego, F.J.: *El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial*, Ed. Mergablum, Colección «Monografías de Temas Laborales», n.º. 4, Sevilla, 2002.

121. En este sentido, vid. Gorelli Hernández, J.: «Contratos de relevo y jubilación parcial», en AA.VV.: *Modalidades de contratación. Comentarios a la legislación*, Ed. Tecnos, Madrid, 2003, pp. 157 y ss.

122. En este sentido se expresaba la propia Exposición de Motivos de la Ley 12/2001 en al que se justificaba esta nueva reordenación del régimen del contrato de relevo a fin de «favorecer su mayor utilización».

En cuanto al contrato a tiempo parcial del trabajador relevado, previsto en el apartado 1º del mencionado art. 12.6 ET, de entre los diferentes aspectos de su regulación legal podemos destacar los siguientes, a efectos de una posible revisión de los términos en los que viene expresado y que plantean eventuales cuestiones interpretativas y/o aplicativas.

Así en primer lugar, no deja de suscitar dudas, desde un punto de vista limitativo para el uso de tal modalidad contractual, el que el legislador parta presumiblemente de un trabajador vinculado contractualmente por tiempo indefinido y a jornada completa, y que pretende acceder a la situación de jubilación parcial. Y ello es así en tanto que si realizamos una lectura conjunta de los arts. 12.6.1º del ET –«se entenderá como contrato a tiempo parcial»– y 10.a) del RD 1131/2002 –«concertará, previo acuerdo con su empresa, un contrato a tiempo parcial» y los porcentajes de reducción del 12.6 ET «se entenderán referidos a una jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable» (10.a del RD 1131/2002)– nos encontramos ante la más que lógica conclusión de que el legislador tiene presente en este caso a un trabajador con contrato indefinido y a jornada completa. Ello determina una situación ilógicamente restrictiva, en tanto que de ello se podría excluir la posibilidad de utilización de esta institución por parte de un trabajador que cuente ya con un contrato de trabajo a tiempo parcial y que pretenda reducir todavía más su jornada, pasando a disfrutar de una jubilación parcial¹²³.

En segundo lugar, no nos ha de dejar indiferentes el hecho de que la conversión del contrato a tiempo completo en un contrato a tiempo parcial plantea el hecho de que a ese nuevo contrato se le viene a aplicar en todos sus términos la regulación prevista en el propio art. 12 ET para el común de los contratos a tiempo parcial. Esta circunstancia deviene en una serie de graves consecuencias para el trabajador, en tanto que no se comprende cómo se puede conciliar la propia finalidad buscada con esta medida –acceso a una situación de jubilación gradual y progresiva donde se libera tiempo de trabajo a favor del tiempo libre y de ocio– con la posibilidad de serles de aplicación la regulación sobre realización de horas complementarias. En este caso debería venir prevista de manera expresa la limitación, sino prohibición, de la realización de aquéllas, en razón a una evidente prevención de abusos –por ej. acceso a los incentivos– arropados por la utilización de esta institución que menoscabarían la propia finalidad de la misma, así como los intereses del propio trabajador jubilado parcialmente¹²⁴.

123. Vid. Gorelli Hernández, J.: «Contratos de relevo y jubilación parcial», en AA.VV.: *Modalidades de contratación. Comentarios a la legislación, op. cit.*, p. 160.

124. Vid. Pedrajas Moreno, A.: «Contrato a tiempo parcial por jubilación parcial y contrato de relevo», en AA.VV.: *Los contratos de trabajo a tiempo parcial*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 206; Gorelli Hernández, J.: «Contratos de relevo y jubilación parcial», en AA.VV.: *Modalidades de contratación. Comentarios a la legislación, op. cit.*, p. 160.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 75

Una tercera cuestión que plantea la regulación del art. 12.6.1º ET es la no previsión de los efectos que devienen de la transformación del contrato anterior al nuevo contrato a tiempo parcial. Entendemos que debería establecerse, en aras a una preservación de los derechos del trabajador, que aún la referida transformación no se producirá pérdida alguna de los derechos que venía detentando hasta el momento. Se debe preservar el «patrimonio» de derechos del trabajador –derechos adquiridos– que pretenda acceder a la situación de jubilación parcial, pues de lo contrario nos encontraríamos con una clara limitación para el uso de esta opción contractual, ya que no resulta para el trabajador nada atractiva la misma, dada la minoración de derechos que vendría a ocasionar su paso a la contratación en la modalidad de tiempo parcial.

En cuarto lugar, respecto de la posibilidad de que el trabajador pueda jubilarse parcialmente, y, en el caso de que así lo haya realizado, pueda además este trabajador relevado, por períodos anuales, incrementar el porcentaje de reducción de la jornada, sin lugar a dudas estas situaciones tal como vienen previstas, parecen sólo materializables a través de mutuo acuerdo entre aquél y el empresario. Sin embargo, ello pone de relieve que en esta regulación se detecta un excesivo voluntarismo en orden a las garantías de acceso del trabajador a una situación de conciliación del fin de la vida laboral y el principio de la vida de inactivo, siendo por ello legítimo el que se previera un derecho del trabajador a esta reducción. Derecho que, bien es cierto que puede venir establecido en la normativa sectorial, pero que en ningún caso viene referenciado en el texto legal, lo cual entendemos que minoraría las posibilidades de ejercicio de un derecho que debe ser en todo caso del trabajador.

Por último, en cuanto a la extinción del contrato de trabajo del trabajador relevado en el art. 12.6.1º ET únicamente se prevé para los supuestos de «producirse la jubilación total». Ello plantea una serie de dudas respecto de los supuestos de extinción antes de darse esa circunstancia, como son los casos de despidos improcedentes en los que se haya optado por la no readmisión. Ello viene en parte resuelto por el RD 1131/2002, pues en su DA 2ª se señala que el empresario en tal caso deberá readmitir al trabajador u ofrecer al relevado la ampliación de la jornada. Sin embargo, se deja sin resolver los casos de despido improcedente del relevado cuando éste ha superado la edad de jubilación¹²⁵. Entendemos que debería añadirse expresamente en el art. 12.6.1º, a la ya prevista causa de extinción, una referencia al resto de supuestos extintivos de la relación laboral, así como los efectos que los mismos puedan tener respecto del relevado y el relevista.

En cuanto al contrato de relevo previsto en el art. 12.6 apartado 2º del ET, el primer interrogante que plantea el mismo recae sobre los requisitos subjetivos del

125. Vid. Gorelli Hernández, J.: «Contratos de relevo y jubilación parcial», en AA.VV.: *Modalidades de contratación. Comentarios a la legislación, op. cit.*, p. 167.

trabajador relevista. Debería en primer término concretarse qué se entiende por «trabajador en situación de desempleo» pues se plantean dudas acerca de si viene referida a la situación legal de desempleo o a la mera carencia de empleo, y ésta última si es por tiempo completo o parcial.

Una segunda cuestión la encontramos en relación a la regulación reglamentaria –art. 7 RD 1131/2002– que señala que el trabajador ha de estar «inscrito como desempleado en la correspondiente Oficina de Empleo». ¿Está refiriéndose sólo a las oficinas del Servicio Público de Empleo o también a las agencias de colocación sin fines lucrativos? Entendemos que a ambas en virtud de lo dispuesto en el art. 10 RD 735/1995, sin embargo debería venir previsto este extremo a fin de evitar posibles disfunciones en el normal desarrollo de esta modalidad contractual¹²⁶.

Un tercer grupo de críticas reseñables se pueden realizar respecto de lo que podemos denominar como «las condiciones de sustitución», en donde encontramos importantes desfases que se originan de la desconexión del objeto de esta modalidad contractual con la regulación que a la misma se le otorga. En concreto, si se analiza detenidamente la regulación legal del contrato de relevo, deteniéndonos en los temas de horario, jornada, puesto de trabajo y duración del contrato, podemos llegar, sin esfuerzo alguno, a la conclusión de la absoluta relativización del objeto que ha definido a este contrato, lo cual de nuevo nos lleva a lo adelantado en el inicio del estudio de este contrato: se ha creado una modalidad contractual temporal y sin causa¹²⁷ que encuentra su «justificación» dentro del sistema de modalidades contractuales aprovechando su engarce en el ya existente contrato de relevo. Entendiéndose, por tanto, como una manifiesta necesidad reguladora el que se vuelva a coordinar la institución de la jubilación parcial y el contrato de relevo con la regulación que es dable esperar a fin de dar cumplimiento al objetivo para el que fueron creados.

4.3. Los contratos de inserción: La posible instrumentación del contrato desde las políticas de empleo e inserción socio-laboral es relegada por una reforma liquidadora

Queda claro que atendiendo a la naturaleza causal de los contratos de trabajo regulados, en lo sustancial, por el artículo 15 ET, ninguna cabida tenían en él los denominados «contratos de inserción». Desde esta perspectiva, y aquella que evidencia su escasísimo uso, amén de su incierta regulación reglamentaria –prometida y no cumplida en modo específico, sino mediante remisión a resoluciones precedentes–, los interlocutores sociales parecerían tener razón al proponer sencillamente su derogación, sin más. En consecuencia, de este contrato tan sólo cabría predicar su réquiem.

126. *Ibidem*, p. 173.

127. *Ibidem*, pp. 157 y ss.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 77

Ahora bien, seguramente no en el marco de la contratación causal, pero sí en el marco de una política más eficaz de inserción por el empleo de colectivos con especiales dificultades de inserción, en especial con riesgo de vulnerabilidad social o en procesos de exclusión social, este contrato podría desplegar importantes efectos. En consecuencia, hubiera sido más oportuno proponer su revisión que su derogación completa, lo que lleva a seguir marginando el problema de la regulación de las «empresas de inserción» y demás técnicas de mercado para afrontar el problema de estos colectivos más allá de las tradicionales políticas pasivas.

4.4. El contrato de trabajo de la persona inmigrante extranjera: la «normalización plena» como reto todavía pendiente

Recientemente el Gobierno español afrontó un importantísimo proceso que llamó de «normalización» de centenares de miles de personas que, estando en España realizando un trabajo retribuido por cuenta ajena, no contaban con un estatuto administrativo que «legalizara» su situación. A diferencia de la técnica tradicional de la «regularización», en este caso se optó por ligar la «suerte» de las personas inmigrantes a un «contrato de trabajo», de modo que todas aquellas que lo tuvieran válido y en vigor pudieran disfrutar de una situación de residente legal, al menos en tanto en cuanto durara esa vinculación laboral y en el marco específico de la «Ley de Extranjería». De este modo, parecía darse un impulso definitivo a la conexión entre el orden jurídico del orden público y el orden jurídico del orden económico, «laboralizando» el estatuto de estos crecientes colectivos, a diferencia de la «gubernamentalización» que tradicionalmente han venido sufriendo.

En realidad, se daba continuidad o se reforzaba la previsión ya recogida en el artículo 36.3 LOExIS, en virtud del cual lo que cuentan para determinar la situación de las personas inmigrantes es su posición en el mercado de trabajo, su realidad, y no la documentación que poseen. Ésta sería puramente instrumental respecto de la primera, de modo que aquella determinaría la situación de ésta, es el contrato de trabajo, real o presunto, el que gobierna su estatuto jurídico y no tanto la «autorización», dependiendo ésta de aquél y no viceversa.

Las cosas, sin embargo, no son luego coherentes con este modelo. De modo que esta plena reconducción del estatuto de la persona inmigrante extranjera por razones de empleo al «estatuto de trabajador» no es más que una lectura posible, pero hoy parcial y equívoca, del marco regulador. La brecha entre la «legislación de extranjería» y la «legislación laboral» sigue siendo hoy significativa. Aunque se ha avanzado mucho respecto del «autismo» existente entre ambas aún queda por dar el paso definitivo, y necesario, cuando no urgente: la normalización del trabajo de las personas inmigrantes extranjeras pasa por su normalización jurídi-

ca, en el sentido de reconducir en lo sustancial su regulación al mismo régimen que el del resto de los trabajadores, el Estatuto y la legislación laboral.

La indudable singularidad jurídica que supone el tener una nacionalidad no comunitaria –o del EEE–, determinará aspectos específicos, como en general sucede con otros colectivos de trabajadores, y por tanto determinará una especial intervención previa de la Administración, pero en modo alguno puede suponer cavar un espacio de autonomía de la legislación de «extranjería» respecto de la «legislación laboral». Es ésta la que debe determinar las reglas o guías de actuación principal y no viceversa.

5. LAS CONDICIONES DE TRABAJO: PROFESIONALES Y ECONÓMICAS

5.1. La prestación de trabajo

5.1.1. Las cuestiones de encuadramiento: la clasificación profesional

Resulta incontestable que los sistemas de clasificación profesional, sus contenidos, alcance y límites, vienen a constituir uno de los elementos estructurales y básicos del modelo de relaciones laborales que se pretenda adoptar en cada momento histórico. Y en función de cuál de ellos se acoja dependerá en buena medida el grado de respuesta, y el alcance de la misma dentro de los diferentes planos que concurren en la compleja institución de la «clasificación profesional»: organizativo o técnico, jurídico y sociológico.

De otro lado, resulta más que conocida la evolución que ha tenido la regulación de la institución de la clasificación profesional en nuestro ordenamiento jurídico¹²⁸. Como se sabe, se ha transcurrido desde una etapa (período de la Dictadura) intensamente intervenida –modelo reglamentario u ordenancista– en la que la principal fuente de fijación de los sistemas de clasificación profesional fueron las Reglamentaciones de Trabajo y Ordenanzas Laborales aprobadas mediante Orden por el Ministerio de Trabajo; a otra, que se inicia con el período de transición hacia un sistema democrático de relaciones laborales, en la que se acomete un proceso de modernización de los sistemas de clasificación profesional, optándose decididamente por la superación de la determinación heterónoma de las estructuras profesionales a favor de un renovado y central papel regulador de la negociación colectiva en esta materia.

128. Para un análisis específico sobre el origen y evolución de los sistemas de clasificación profesional, *vid.* Almendros González, M.A.: *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, Ed. Mergablum, Colección Monografías de Temas Laborales, Sevilla, 2002, especialmente pp. 78-94.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 79

A ello contribuyó el decidido impulso legislativo previsto en la Disposición Transitoria 2ª de la versión inicial del ET en 1980 por la que se optaba hacia la vía de la sustitución negociada colectivamente del sistema ordenancista, debiéndose llegar a la postre a la sustitución de las Ordenanzas por el correspondiente convenio colectivo. Sin embargo, se puede afirmar que el dinamismo demostrado por la negociación colectiva para acometer este objetivo es extremadamente débil o de baja intensidad, lo cual pone de relieve que, más que un problema de sustitución de las Ordenanzas, lo que encontramos es una evidente incapacidad de los agentes negociadores para redefinir y actualizar los esquemas clasificatorios que contenían dichas normas.

A fin de dar un giro radical a tal situación, se optó en la Reforma Laboral de 1994 por la modificación del entero régimen jurídico del sistema de clasificación profesional previsto en el ET: así se afecta tanto a la mencionada Disposición Transitoria 2ª –dándole una nueva redacción que pasa a ser la Disposición Transitoria 6ª por la que se preveía un sistema de «sustitución a término» de las Ordenanzas–, como al resto de preceptos legales en juego: arts. 22, 24, 39 y 41 ET. Los resultados de esta acción reformadora de todos son conocidos, traduciéndose los mismos en una notable ampliación de los poderes y facultades empresariales, todo ello enmarcado dentro del relanzamiento y ampliación de las atribuciones de la negociación colectiva en el diseño y organización de los sistemas de encuadramiento profesional de los trabajadores.

Desde aquella reforma legislativa de 1994, el marco legal de referencia de esta institución no se ha alterado, aun cuando diversas han sido las reformas acometidas sobre el texto del Estatuto de los Trabajadores. Y a pesar de ello, aún alcanzando algo más de una década de vida tal regulación, entendemos que no por ello resulta injustificada una revisión de los términos en los que se expresa el art. 22 ET, a fin de valorar la oportunidad de plantear la necesidad de una modificación –ya se verá con qué alcance y contenido– de tales previsiones legales.

A este fin, entendemos que cuatro podrían constituir las materias sobre las que estructurar esta labor revisionista y, en fin, propositiva de la regulación estatutaria de los sistemas de clasificación profesional: fuentes de regulación; elementos clasificatorios; el pacto de clasificación; y, la polivalencia funcional.

- a) Las fuentes de regulación de los sistemas de clasificación profesional.– En relación a este primer tema que nos ocupa, del tenor literal del art. 22 ET se deduce que tras la Reforma Laboral de 1994 se produjo en la práctica una remisión ex novo a la negociación colectiva para que sea ésta quien afronte la labor de establecer un «sistema de clasificación profesional de los trabajadores, por medio de categorías y grupos profesionales». Concretamente, la expresión utilizada por el legislador –art. 22.1 ET– para articular esta remisión se refiere a «la negociación colectiva o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores». De ello se desprende, cuanto

menos, una doble cuestión interpretativa¹²⁹: el alcance de la expresión «negociación colectiva»; y la naturaleza del acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

En relación a la primera de las cuestiones, a grandes trazos, caben dos posibles soluciones interpretativas: a) entender la expresión «negociación colectiva» como término que acoge toda expresión derivada del ejercicio de la autonomía colectiva de las partes (convenios colectivos estatutarios, convenios colectivos extraestatutarios y demás pactos colectivos no reconducibles a ambas modalidades de convenios colectivos¹³⁰); b) interpretar conjuntamente la expresión del art. 22.1 ET «negociación colectiva» con la utilizada en el art. 22.5 ET cuando se refiere a «convenio colectivo», de lo que se deduciría que el legislador está aludiendo en este caso a los convenios colectivos.

Entendemos que resulta, cuanto menos, desacertada la terminología utilizada por el legislador en este caso, en tanto que ella supone una clara limitación del alcance de las relaciones normativas entre convenio colectivo y acuerdo colectivo de empresa que vino a establecerse en tal precepto, a fin de disponer la fuente hábil para el establecimiento de la clasificación profesional. Otra interpretación supondría desconocer la naturaleza jurídica del acuerdo colectivo de empresa, como producto derivado del ejercicio del derecho de negociación colectiva del art. 37.1 CE, y que, sin lugar a dudas, a partir de la reforma de 1994 viene respaldada y normalizada jurídicamente por el legislador, otorgándole «carta de naturaleza» dentro del entramado normativo laboral español¹³¹. Por tanto, sería necesario que se produjera en este punto una revisión legislativa de los términos utilizados, a fin de depurar este error en la expresión recogida en el precepto reseñado.

Y, en cuanto a la segunda de las cuestiones que se ha destacado, como sabemos, se trata de un tema en el que no existe una cierta unanimidad dentro de la doctrina científica y la jurisprudencia, no siendo aquí donde se debe abordar las posibles vías de solución que son dables plantear, y mucho menos que deba ser ello una cuestión a la que se tuviera que dar respuesta en el propio art. 22 ET. Más bien, entendemos que el interrogante sobre la naturaleza jurídica de los acuerdos colectivos de empresa no debe ser tal, si se atiende a los tér-

129. Destacando la problemática planteada al respecto, por todos, vid. Almendros González, M.A.: *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, op. cit., p. 98.

130. Así, vid. Del Rey Guanter, S.: «Movilidad funcional, movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», en AA.VV. (Alarcón Caracuel, M.R., coord.): *La reforma Laboral de 1994*, Edit. Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 361.

131. Así, entre otros, vid. García Murcia, J.: *Los acuerdos de empresa*, Edit. CES, Madrid, 1998; Monereo Pérez, J.L.: *Estudio preliminar a la obra de Gallart Folch Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo*, Ed. Comares, Granada, 2000, pp. XLVII y ss. y CVI y ss.; García Jiménez, M.: *Los acuerdos colectivos de empresa: naturaleza y régimen jurídico*, Tesis Doctoral, p. 233.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 81

minos constitucionales establecidos en el art. 37.1 CE donde consideramos que está dada la respuesta jurídico constitucional oportuna, y que no es otra más que, como hemos destacado, su consideración como producto de la negociación colectiva.

Otro problema más detectable en materia de fuentes reguladoras del sistema de clasificación, y que está ligado al que acabamos de abordar, es la referencia que se realiza en el art. 22.5 ET al «convenio colectivo» como aparentemente única vía por la que se establece el sistema de clasificación profesional. Aquí la crítica de nuevo se centra en la errática utilización terminológica del legislador de los términos «negociación colectiva» y «convenio colectivo».

En lo preceptuado en este párrafo 5º, sí entendemos que procede la utilización del término «negociación colectiva», puesto que con ello se está comprendiendo a las diferentes expresiones derivadas del ejercicio de la autonomía colectiva, respecto de las cuales se ha de ajustar y limitar el acto de clasificación profesional al encuadrar o adscribir al trabajador dentro del sistema de clasificación previsto, concretando así la prestación debida por él. Pues, de lo contrario, podría llegarse a entender de la literalidad del precepto que sólo el acto unilateral de clasificación estaría limitado respecto de los términos establecidos en un convenio colectivo, desechando la posibilidad prevista por el propio legislador en el párrafo 1º de este mismo artículo cuando de manera subsidiaria da paso a la regulación de esta materia a través de los acuerdos colectivos de empresa. No se ha de olvidar que acuerdos colectivos y convenios colectivos son productos negociales que pertenecen a una misma institución, pero que ostentan rasgos y finalidades diferentes y diferenciados, y que por ello se hace necesario establecer un término –el de negociación colectiva– que englobe a ambas expresiones normativas de origen colectivo.

- b) Los elementos clasificatorios.– Estos elementos o unidades sobre los que se puede configurar el sistema de clasificación profesional por parte de la negociación colectiva vienen establecidos por el legislador, en principio, de manera alternativa entre «categoría profesional» o «grupo profesional» (art. 22.1 ET), aunque de la definición que se hace de «grupo profesional» en el art. 22.2 ET no cabría deducirse mas que se podrán combinar ambos elementos en la conformación del sistema de clasificación profesional.

El resto de elementos que se pudieren entender utilizables para este cometido se comprenderán, en todo caso, como simplemente sistematizadores, puesto que no cabe otro margen de entendimiento para cuantos otros se vienen concretando en la práctica convencional. No podría hacerse otra lectura, en tanto que de la norma (art. 22.1 ET), cuando se expresa en términos como «se establecerá», se deduce la imperatividad –su condición de derecho necesario absoluto– para con esta negociación colectiva.

Sin embargo, de inmediato en este punto se plantea un primer problema, puesto que en el propio art. 22 ET, en su párrafo 5º referido al acto de clasificación profesional, se utiliza un posible tercer elemento clasificatorio como es el «nivel retributivo», y que no se menciona en ningún caso en el párrafo 1º del mismo precepto dentro de la delimitación de los elementos clasificatorios. Ello plantea de seguido una doble alternativa: que quepa utilizarse éste como tercera vía alternativa a los dos elementos reseñados en el párrafo 1º del art. 22 ET –grupo y categoría profesional–; o bien, que se trate de una imprecisión u error legal la previsión del mismo.

A este respecto, como se ha destacado por la doctrina¹³², conceptualmente el nivel retributivo no podrá formar parte en ningún caso del sistema de clasificación profesional, porque su cometido no es el de clasificar profesionalmente a los trabajadores en razón de sus funciones –quedando por ello sin cumplir la finalidad de todo sistema de clasificación profesional: la determinación del objeto del contrato de trabajo por la adscripción que se realiza al grupo o a la categoría profesionales–, sino la de clasificarlos salarialmente. Es por ello por lo que la referencia en este punto al nivel retributivo debería ser eliminada, dada su inoperancia e inadecuación para determinar tanto la prestación laboral como la polivalencia funcional.

Otro problema que se plantea en materia de los elementos clasificatorios utilizados por el legislador lo encontramos en la falta de similitudes que plantea el concepto de «grupo profesional» que utiliza el ET y el que se tiene del mismo en las Ordenanzas Laborales y Reglamentaciones de Trabajo y que pervive en buen número de convenios colectivos –si no decir que en un relevante número de sectores productivos–. Como se sabe, el legislador de 1994 pretendió innovar en materia de clasificación profesional, pero utilizó un término que ya en ese momento tenía un contenido conceptual determinado. Éste no era otra más que el concepto de «grupo profesional» tradicional, entendido como aquél que agrupa a los trabajadores según su pertenencia a un determinado departamento de la empresa¹³³. Frente a ello, el art. 22.2 ET define al «grupo profesional» como aquel que agrupa unitariamente trabajadores con una misma «aptitud profesional, titulación y contenido general de la prestación». Esta situación de discordancia conceptual provoca buen número de problemas¹³⁴,

132. Así vid. Cruz Villalón, J.: «Comentario al art. 22 del ET», en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L., Dir.): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Edit. Comares, Granada, 1998, p. 340; Almendros González, M.A.: *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, op. cit., pp. 142, 187 y 249.

133. Vid. Almendros González, M.A.: *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, op. cit., p. 110.

134. Problemática sobre la que entendemos que ésta no es la sede donde deba ser planteada y donde aportar posibles soluciones, siendo abordada de manera muy solvente en la obra de Almendros González, M.A.: *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, op. cit.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 83

además de plantear la necesidad de relativizar la definición legal de «grupo profesional» dada la pervivencia en la actual negociación colectiva del concepto tradicional de «grupo profesional». Es por ello que, en aras a esa pretendida voluntad legislativa de innovación en la materia, así como de acometimiento de una renovación de las estructuras profesionales, se debería utilizar otras expresiones, ya apuntadas por la doctrina¹³⁵, tales como: «grupo funcional», «área funcional», «división orgánica» o «división funcional».

- c) El pacto de clasificación.— El primero de los problemas que se puede deducir de los términos legales por los que viene a conformarse el pacto de clasificación es el derivado de la libertad de forma del mismo (art. 22.5 ET), pues se desprende del mismo que es plenamente admisible tanto el acuerdo expreso de forma escrita u oral, como el tácito.

Ello puede plantear un grave problema probatorio para el trabajador o trabajadores cuando su pacto clasificatorio sea verbal o tácito, y no tanto para aquellos trabajadores cuyo contrato tenga una duración superior a cuatro semanas, puesto que el art. 8.5 ET y su normativa de desarrollo —RD 1695/1998, de 24 de julio— establecen la obligación del empresario, en un plazo máximo de dos meses, de comunicar por escrito al trabajador el grupo o categoría asignados o la descripción resumida de la prestación laboral. Sin embargo, para el resto de los trabajadores que no se encuentren dentro de esta delimitación aplicativa, se hallan ante la carencia no ya solo de un medio de prueba ante una eventual reclamación sobre la materia, sino incluso del propio desconocimiento de cuál es el grupo o categoría profesional en la que se encuentra clasificado, dejándose en consecuencia a una de las partes —la empresarial— la posibilidad de determinar unilateralmente en cada momento el objeto del contrato de trabajo —de la prestación debida—, en tanto que no existe una adscripción material al grupo o a la categoría profesionales. Por tanto, bien por su inclusión en el propio art. 22.5 ET, o bien por la eliminación de la limitación aplicativa del art. 8.5 ET a los contratos de trabajo de duración superior a cuatro semanas, se debería incluir la obligada elevación a escrito de los términos del acto clasificatorio. Consideraciones todas ellas que igualmente hemos de hacerlas extensivas al pacto de polivalencia funcional, dadas las importantes consecuencias que tiene el mismo para la preservación de los derechos del trabajador.

Otra eventual tacha que se puede realizar acerca de la regulación legal del pacto clasificatorio se deriva de la redacción del art. 22.5 ET, cuando utiliza la expresión «así como» que parece dar a entender que en el mismo se ha de dar una inconexa doble actividad: por un lado, fijación del contenido de la presta-

135. En este sentido, *vid.* Almendros González, M.A.: *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 111.

ción; y, de otro, equiparación a lo previsto en la negociación colectiva¹³⁶ –que no «convenio colectivo» por cuanto que, como se resaltó, resultan habilitados para tal regulación otros productos negociales–.

Ello podría llegar a plantear el que se pudiera alcanzar a pensar que, en el momento de la fijación del contenido de la prestación, se pudiera llegar a enunciar un contenido sin limitación alguna –por exceso, claro está, puesto que por restricción de las funciones a sólo algunas de todas las posibles, cabría en todo caso– que difiriera de los contenidos o funciones previstos para los grupos o categorías profesionales por la negociación colectiva. Ello se ha de considerar como de imposible acomodo legal, puesto que no cabría entender que, en aras a una presunta necesaria «flexibilidad» en la materia¹³⁷, quepa fijarse funciones que constituyen el contenido de la prestación laboral y que con ello se adjudique al trabajador un grupo o una categoría con contenidos diferentes a los previstos en la norma sectorial.

El pacto clasificatorio potestativamente fijará el contenido de la prestación y además, de manera obligatoria, equiparará, aunque mas correctamente se debería utilizar en este caso la expresión de «asignará»¹³⁸ o «adscribirá»¹³⁹, al trabajador a algún grupo o categoría profesionales de los contenidos en la negociación colectiva que le fuere aplicable a la empresa en cuestión. Constituyéndose esta labor, principalmente, en un acto unitario por el que con la sola «equiparación» al grupo o categoría se produce por vía indirecta la concreción del contenido de la prestación laboral, concretándose la especificación posterior a través del ejercicio de las facultades directivas del empresario presididas por el principio de buena fe.

Por último, en esta materia del acto de clasificación del trabajador, nos deberemos referir a las consecuencias que pueda tener la no prohibición expresa de posibles discriminaciones durante la materialización de aquél. A diferencia de la regulación sobre la definición de los sistemas de clasificación profesional para la que se establece una prohibición de discriminación por razón del sexo (art. 22.4 ET), para la clasificación específica del trabajador no se establece en el párrafo 5º del art. 22 ET ninguna prohibición expresa contra posibles acciones discriminatorias. Sobre este aspecto entendemos que, tanto en el acto de clasificación como en el sí previsto de definición del sistema clasificatorio, así

136. Así, *vid.* Cruz Villalón, J.: «Comentario al art. 22 del ET», en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L., Dir.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, pp. 339 y ss.

137. En este sentido viene a manifestarse Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2002, 11ª edic., p. 538.

138. Así, *vid.* Montoya Melgar, A.: *Derecho del Trabajo*, Ed. Tecnos, Madrid, 2001, 22ª edic., p. 320.

139. En este sentido, *vid.* Martín Valverde, A., Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, F. y García Murcia, J.: *Derecho del Trabajo*, *op. cit.*, p. 538.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 85

como en el resto de aspectos relacionados con esta materia, no es necesario en ningún caso previsiones legales específicas que vengan referidas de manera concreta a la prohibición de acciones discriminatorias, puesto que ante tales situaciones el precepto al que habría que reconducir tales actuaciones es el genérico art. 17.1 ET en el que, como sabemos, se prescribe la nulidad de cuantos preceptos, cláusulas y actos contengan discriminaciones directas o indirectas. Y, en este sentido, la previsión contenida en el párrafo 4º del art. 22 ET, a estos efectos únicamente tiene una vertiente o carácter de índole didáctica, que bien podría optarse por que comprendiera al resto de actos que componen la clasificación profesional en sentido amplio.

- d) La polivalencia funcional. Fue la Reforma Laboral de 1994 la que por primera vez reconoció a la polivalencia funcional en una norma, sólo viniendo con anterioridad prevista en las normas sectoriales. De este modo, parece apreciarse por el legislador reformista la importante función que tal instrumento puede desempeñar para incrementar los márgenes de disponibilidad –flexibilizadores– en la gestión por el empresario de los recursos humanos, ampliando hasta el máximo el contenido de la prestación laboral.

Sin embargo, el legislador cuando se refiere a la polivalencia funcional en el art. 22.5 ET vuelve a crear una diversidad de posibles equívocos con la redacción dada. En primer lugar, desde el punto de vista definitorio o conceptual, pues parece que de aquella definición se podría desprender que se prevén dos instrumentos diferentes: la «polivalencia funcional» y «la realización de funciones propias de dos o más categorías, grupos o niveles». En este sentido, la utilización de la cópula «o» debería eliminarse, en tanto que, en el mismo, el legislador sólo pretendió definir la polivalencia funcional, siendo el concepto de ésta la mencionada realización de funciones de dos o más categorías, grupos o niveles¹⁴⁰, esto es, esto último es lo que verdaderamente define a la propia polivalencia funcional.

En segundo lugar, plantea problemas desde un punto de vista material, ya que el objeto que define a la polivalencia se conforma con una amplitud tal que hace legalmente posibles pactos de polivalencia sin límite alguno, a salvo claro está de las titulaciones exigidas para realizar determinadas funciones, pudiéndose alcanzar con ello a todos los grupos, categorías o niveles de un mismo sistema de clasificación. Por ello sería necesario introducir determinadas concreciones

140. En este sentido, entre otros, *vid.* Cruz Villalón, J.: «Comentario al art. 22 del ET», en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L., Dir.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, *op. cit.*, p. 341; Almendros González, M.A., *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 244.

en la regulación legal de la polivalencia funcional, a fin de preservar los intereses de los trabajadores que se vieron minusvalorados por el legislador de la Reforma a favor de la defensa de los intereses empresariales. Así, primeramente, se debería de adaptar el ámbito material de la polivalencia a los términos o elementos por los que, según se ha destacado con anterioridad, se debe definir el sistema de clasificación profesional: por grupos y/o categorías profesionales. Debiéndose eliminar la referencia a los niveles –se entiende que retributivos– que, tal como advertimos, no constituyen un criterio o elemento hábil para conformar un sistema de clasificación profesional. Por otro lado, en estrecha vinculación con la cuestión resaltada con anterioridad respecto de la propia definición del «grupo profesional» –concepto tradicional que pervive en la negociación colectiva o el nuevo concepto legal–, se debería concretar legislativamente a qué se refiere cuando se vincula la polivalencia a la realización de funciones correspondientes a distintos grupos. De nuevo, resalta la necesidad de haberse utilizado por el legislador un término diferenciado al que se venía utilizando tradicionalmente –el grupo profesional–, a fin de no provocar situaciones tales como ésta en la que la utilización de la polivalencia vinculada a los grupos profesionales tradicionales provoca una grave indeterminación. Por ello, debería de concretarse que la polivalencia por realización de funciones correspondientes a distintos grupos se concreta en exclusiva en el pacto de funciones de grupos entendidos como agrupaciones unitarias de aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación.

Una tercera cuestión que habría que resaltar en esta materia la encontramos en la extraordinaria amplitud con la que se ha regulado esta institución. Se puede apreciar que de los términos legales utilizados no se establece límite alguno, ni legal ni convencional, para la utilización de la misma. Lo cual plantea graves problemas, todos ellos englobados bajo lo que podríamos resumir como una clara ilimitación de los márgenes de actuación de la autonomía individual y, en fin, en último término, de los intereses empresariales.

Bien observada, la polivalencia funcional, tal como se prevé en el apartado 2º del art. 22.5 ET, con ella se permite, sin lugar a dudas, que a través de un pacto con origen en la autonomía individual de las partes se pueda desvirtuar, si no burlar, las previsiones convencionales sobre el sistema de clasificación profesional¹⁴¹. Es por ello por lo que entendemos que habría que arbitrarse en el texto legal un indubitable reconocimiento del papel que debe jugar en esta materia la autonomía colectiva.

Deberá establecerse, en todo caso, que mediante la negociación colectiva se concretará los supuestos, la extensión y los contenidos de la polivalencia funcional. De modo que con ello se acote el tremendo campo de actuación que se le otorga al pacto

141. Vid. Cruz Villalón, J.: «Comentario al art. 22 del ET», en AA.VV. (Monereo Pérez, J.L., Dir.), *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, op. cit., p. 341.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 87

individual entre empresario y trabajador, incluso a costa de menoscabar hasta el máximo la eficacia jurídica de la negociación colectiva. Ello no sólo evitaría acciones que, enmarcadas en este margen de actuación de la autonomía individual, se extralimitaran de lo que podríamos considerar una equitativa compensación de los derechos y obligaciones que se derivan de la relación jurídica-laboral para las partes, así como la propia tacha de absoluta indeterminación de la prestación laboral, sino incluso podrían ordenar un más que susceptible panorama de confusión que en los términos legales actuales plantea la institución de la polivalencia funcional, pues podría llegar a pactarse una polivalencia que alcanzase a la totalidad de los grupos, categorías y niveles que pudieren componer el sistema de clasificación profesional aplicable a la empresa, esto es, la totalidad de funciones del sistema productivo¹⁴².

Por último, hemos de hacer una reflexión acerca del criterio de equiparación previsto legalmente para asignar un grupo o categoría profesional al trabajador que haya pactado la polivalencia funcional. Los problemas que plantea el acto de clasificación en el supuesto de polivalencia funcional son más que evidentes. Frente a estos, el legislador de la Reforma de 1994 introdujo una regla expresa en el art. 22.5 ET por la que se solventa la cuestión, dando así por resuelta una vacilante jurisprudencia que aplicaba los dos criterios –prevalencia y preeminencia– que venían articulándose por la negociación colectiva desde largo tiempo atrás¹⁴³. Se establece así que la clasificación se realizará «en virtud de las funciones que resulten prevalentes», optando el legislador, de este modo, por la aplicación en todo caso del criterio de la prevalencia, lo cual bien analizado nos pone de relieve la evidente decantación del legislador hacia la preservación, por vía legal, de uno de los dos intereses que aparecen contrapuestos en el tema de la clasificación del trabajador con pacto de polivalencia. En este caso, el legislador optó por «enrocar» aquel criterio que resulta más ventajoso para la empresa, de modo que no se atiende a la categoría profesional superior cuyas funciones vaya a desempeñar el trabajador, sino a aquella categoría a cuyas funciones le dedica mayor tiempo de la jornada, lo cual le repercutirá –de manera peyorativa– al trabajador en orden a las retribuciones a percibir.

En este caso la duda que se plantea es la de la oportunidad de la determinación legal de un criterio específico sobre el tema, en tanto que llama la atención que en materia de clasificación profesional, así como en tantas otras afectadas por la

142. En igual sentido, vid. Alía Ramos, M. y Montané Merinero, J., *Clasificación profesional y movilidad en el trabajo*, CISS, Colección de Monografías Laborales, Bilbao, 1995, p. 50; Valle Muñoz, F. A., *La movilidad funcional del trabajador en la empresa*, Edit. CES, Madrid, 1998, p. 130; Román de la Torre, M. D., «Clasificación profesional y movilidad funcional», en AA. VV.: *La Reforma del Mercado Laboral*, Edit. Lex Nova, Valladolid, 1994, p. 187; Almendros González, M.A.: *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, op. cit., pp. 242 y ss.

143. Se destaca que el criterio de las «funciones predominantes» para determinar el encuadramiento del trabajador con pacto de polivalencia funcional ya aparecía en las Ordenanzas Laborales. Así, vid. Montoya Melgar, A.: *Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 320.

aquella Reforma legal, además de las que la han seguido en el tiempo, se haya producido un evidente trasvase de las competencias reguladoras desde la sede legal a la convencional, y, sin embargo, en cuestiones tales como la que estamos tratando en este punto, se decide por la intervención legislativa sin más¹⁴⁴. Además esta regulación no da por zanjados los eventuales problemas que en orden al encuadramiento del trabajador con pacto de polivalencia se puedan dar, tales como el de la cuantificación del tiempo dedicado a cada función, el módulo (jornada diaria, semanal, mensual,...) a utilizar para constatar el tiempo dedicado a cada función, etc. Todo lo cual nos hace pensar que la determinación vendrá a través de una estimación aproximativa de las partes que en última instancia no será más que la materialización de los intereses del empresario¹⁴⁵.

En razón a todo ello, entendemos que debería, en primer lugar, eliminarse del texto legal la referencia a este criterio, y, en segundo término, establecerse el papel básico que ha de jugar de nuevo la autonomía colectiva en esta materia. Debe así trasladarse a la negociación colectiva la determinación del criterio o de los posibles criterios (puesto que el panorama de criterios eventualmente utilizables para acometer el encuadramiento es mucho más rico que el de los dos criterios tradicionales de preeminencia y prevalencia) de equiparación profesional del trabajador en los supuestos de equivalencia. Previéndose además que, en el supuesto de defecto de negociación colectiva sobre la materia, se equipare al trabajador al grupo o categoría superior de entre las funciones que realice, lo cual tiene su justificación en orden a razones de preservación de los principios de reciprocidad y de equivalencia de las prestaciones¹⁴⁶, de evitación de situaciones de «enriquecimiento injusto», y, en fin, por ser el criterio de prevalencia contrario al que rige para casos muy similares, como los supuestos de movilidad funcional entre categorías no equivalentes o grupos del art. 39.3 ET donde la retribución se establece conforme al grupo o categoría superior¹⁴⁷.

5.1.2. *El tiempo de trabajo desde nuevas miradas: la del empresario, la del trabajador con responsabilidades familiares y la del desempleado*

La ordenación del tiempo de trabajo se ha revelado en la última década, en particular a partir de las reformas de 1994, como uno de los contenidos más diná-

144. Una crítica a la determinación legal del criterio de equiparación en los supuestos de polivalencia funcional, *vid.* Conde Martín de Hijas, V.: «Clasificación profesional, promoción profesional y económica y movilidad funcional», en AA.VV. (Borrajo Dacruz, E., Dir.): *Comentarios a las Leyes laborales. La Reforma del Estatuto de los Trabajadores*, Tomo I, Volumen 2º, Edit. EDERSA, Madrid, 1994, p. 180.

145. En tales términos, *vid.* Almendros González, M.A.: *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 272.

146. Así *vid.* Román de la Torre, M. D.: «Clasificación profesional y movilidad funcional», en AA. VV.: *La Reforma del Mercado Laboral*, *op. cit.*, p. 189.

147. Destacando ello, además de los diversos argumentos esgrimidos por la doctrina en contra de la utilización del criterio de prevalencia, *vid.* Almendros González, M.A.: *La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico*, *op. cit.*, p. 271.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 89

micos de la regulación convencional. Un somero análisis de la amplia muestra de convenios colectivos disponibles en nuestro sistema evidenciaría la amplia, y creciente, gama de fórmulas diseñadas y puestas en práctica para el cómputo y la distribución de la jornada. En el tiempo actual confluyen en este dinamismo diferentes tendencias, en ocasiones de signo opuesto. Así, estas tendencias van desde la mejora o incremento de la productividad, vinculada tanto al incremento de la jornada pactada como, sobre todo, a una mayor irregularidad en su distribución, hasta la mejora de la salud de los trabajadores, que requiere una reducción de jornada y formas de distribución de jornada más favorables – cláusulas de disponibilidad horaria, reordenación del trabajo a turnos y el trabajo nocturno.

Pero también aparece fuertemente influida esta ordenación del tiempo de trabajo por la política de empleo. La complejidad de esta vinculación lleva a proponer en unos casos el aumento de jornada sin incremento de salario – cláusulas de mantenimiento –, mientras que en otros se opta por la reducción de jornada vinculada a incrementos de productividad para ampliar el número de contratados – cláusulas de reparto.

Pues bien, en este complejo y no siempre lineal panorama, debería abrirse camino la incorporación de sistemas de determinación y distribución de la jornada más adaptadas a las necesidades personales y familiares, de modo que favorecieran el mayor equilibrio razonablemente posible entre la vida profesional y la familiar. La cuestión no se presenta nada fácil. Por muchas razones, pero sobre todo por el fuerte calado que ha tenido en la negociación colectiva los denominados «pactos de jornadas irregulares» que, al amparo del reformado artículo 34 LET, reconocía a las empresas un valioso útil de gestión flexible para adecuarse la organización del trabajo en todo momento a las cambiantes e inciertas necesidades de la producción y el mercado. No cabe duda que, en ocasiones extremadamente frecuentes, estos pactos entran en directa colisión con las obligaciones familiares de las personas trabajadoras en general y, en particular, de las mujeres, que son las que con mayor frecuencia asumen esas responsabilidades.

En consecuencia, en la negociación colectiva se han introducido nuevas pautas de flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo, pero estas pautas obedecen sustancialmente a las demandas de la «parte empresarial» o «económica» y dejan en un segundo plano las «demandas de flexibilidad» por la «parte de los trabajadores» o «socio-laboral», al no incorporar reglas que potencien la autonomía temporal de éstos sino la discrecionalidad en la gestión de los empresarios. Una eventual reforma laboral de mayor calado debería proponer algunas medidas que incentivaran el tratamiento convencional del tiempo de trabajo también desde la configuración de un derecho de autodeterminación razonable de una parte del tiempo de trabajo. El marco anunciado de la futura «Ley de Igualdad» parece ser un momento apropiado para proponer medidas de este tipo. Así, en los Planes de Igualdad a negociar en las empresas y sectores debería tener cabida este objetivo de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

En la medida en que este tema ha sido objeto de una atención específica por la Universidad de Málaga nos limitamos aquí a formular el problema y hacer la propuesta de reconocimiento del derecho, para evidenciar algunas medidas en dicho trabajo.

5.2. La prestación salarial: las necesidades de revisión de la regulación del salario desde las exigencias de seguridad económica y desde las de competitividad empresarial. El difícil nuevo equilibrio

5.2.1. Planteamientos introductorios

La legislación laboral en general ha estado sometida a partir de 1980 a un proceso de continuos cambios de intensidad diferente pero siempre parcialmente, manteniendo el modelo en sus aspectos esenciales como ha ocurrido con el resto del ET. Modificaciones normativas que pretenden dar respuesta y acomodarse a otros procesos –en el contexto de un nuevo escenario socio–económico– de transformación de las estructuras empresariales, de la organización de la producción, de la cultura sindical, etc.

Modificaciones que han supuesto un repliegue de las tutelas tradicionales y una preferencia de la competitividad empresarial como condición para la mejora del empleo¹⁴⁸. En particular el ET ha sufrido desde su nacimiento un proceso de continuos cambios, siendo una de las referencias presentes en todas las reformas la promoción del uso flexible de la fuerza de trabajo¹⁴⁹. Concretamente en el sistema de remuneración se ha producido una importante simplificación normativa, mejor sistematizada pero parca y dúctil, con remisión general a la negociación colectiva con el objetivo de acomodar el sistema salarial a cada situación empresarial concreta y cambiante¹⁵⁰.

La principal contraprestación del empresario –el salario– está sometido en la actualidad a una serie de tensiones en el contexto más amplio de reajuste de la función tutelar del Derecho del Trabajo. El esquema y configuración normativa del salario se construye sobre dos funciones de tutela en continua tensión y reequilibrio: la de la empresa (productividad) y la tutela del trabajador (remuneración asegurada y suficiente).

148. *Vid.* por todos, Monereo Pérez, J.L., *Introducción al Nuevo Derecho del Trabajo*, Valencia 1996, p. 99 ss.

149. *Vid.* Rodríguez Piñero, M., «Una nueva fase del Estatuto de los trabajadores», *RL* 9/2005, p. 2.

150. *Vid.* Monereo Pérez, J.L.: *El salario y su estructura después de la reforma de 1997*, Valencia, 1998; Fernández Avilés, J.A.: «La participación retributiva: Evolución y tendencias», REF n. 242 (2003); Rubio Medina : *Retribuciones laborales*, Ed. Bosch, 2005.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 91

Los nuevos modelos organizativos y la persecución permanente de una mayor productividad y a la postre de altos niveles de competitividad requieren, entre otros, nuevos rumbos en materia salarial. El último estadio del proceso de flexibilización de la normativa laboral tuvo lugar, en materia salarial, con la intensa reforma deslegalizadora del ET y de la normativa reglamentaria del 94 por la que se otorgan amplias competencias a la negociación colectiva para fijar la estructura y la mayoría de los aspectos cuantitativos y cualitativos del salario.

Conviene subrayar que la ordenación del salario en el ET se completaba, en su composición, desde 1980 por vía convencional pero, el refuerzo de la vía autónoma de regulación está produciendo una importante ruptura del modelo salarial sustentando en los conceptos fijos de la retribución y una realidad económica que demanda un mayor peso de los capítulos variables que midan la posición real del trabajador con la empresa –fomento y renovación de capacidades, mayor correspondencia entre salario y rendimiento, etc. así como el grado de implicación y participación del trabajador en los objetivos de la empresa.

En el breve comentario que nos proponemos en este apartado así como la eventual y siempre difícil aventura por el camino de las propuestas de modificación de contenidos normativos reguladores de la prestación salarial se han de tener en cuenta, cuando menos, una tripleta de elementos o premisas de diversa naturaleza:

- En todo el tratamiento normativo del salario no se puede perder de vista diferentes *finalidades* del salario y concretamente el principio de *suficiencia* del mismo.
- En general el problema que encontramos con los contenidos normativos estatutarios del salario es que, son normas meramente indicativas, subsidiarias y por tanto plenamente dispositivas. Las líneas básicas del régimen jurídico diseñadas en el ET se completan la negociación colectiva y es en esta sede donde se han producido las mayores alteraciones. Ahora bien, también encontramos determinados límites, normas imperativas, y sobre todo esta regulación tiene una importante función orientadora y de ordenación básica y ejemplificadora para la negociación colectiva.
- Ya son una realidad –no generalizada– los nuevos sistemas salariales que conllevan grandes elementos liberalizadores en el predominante hasta ahora modelo clásico, concretados en la pérdida de peso del salario base (en general del componente fijo), la sustantiva deslegalización y protagonismo de la autonomía privada y la reformulación de los complementos ligados al desempeño individual y colectivo (en general de todo el componente variable del salario)¹⁵¹.

151. Vid. Mercader Ugina: «Cambios productivos y nuevos sistemas salariales», TS 87/1998, p. 61.

De otro lado, no se pretende ni sería adecuado en estos momentos plantear la eventual reforma como un retorno a la normativa unitaria y a la recuperación de los espacios normativos heterónomos pero tampoco acentuar la línea de liberalización completa. Se trataría más bien de introducir elementos de racionalización y corrección de determinadas aspectos de la normativa actual.

Nos vamos a centrar en cinco núcleos de problemas: Los relacionados con la definición y estructura del salario, la proyección del mandato de promoción económica, suficiencia del salario, la discriminación por razón de sexo y un breve apunte relativo a los medios de pago.

5.2.2. *Definición y estructura del salario*

El concepto de salario, redactado en art. 26.1, contiene una definición general incluyente estableciendo una presunción *iuris tantum* de «salarialidad» de la totalidad de las percepciones que perciban los trabajadores. De la redacción se pueden extraer determinadas acotaciones: que sea una percepción patrimonial, individualizable y directamente conectada con el trabajo realizado. Pero en todo caso estamos ante una definición abierta y poco operativa que no evita la incertidumbre y la controversia ante determinadas partidas que compensan o recompensan el trabajo pero que no siempre se califican de salariales.

De otro lado, el «salario» no puede ser definido de forma unitaria sino como suma de elementos en algunos de los cuales resulta difícil reconocer comunes características con las que identificar y reconocer su naturaleza salarial. De este modo la definición de salario resulta inoperante o cuando menos, vaga, relativa y necesitada de delimitación en cada caso. A ello se añade que «El salario sigue teniendo un tratamiento insatisfactorio por los *iuslaboralistas*»¹⁵².

En otro orden de cosas, pero estrechamente conectado con la dificultad mencionada, en la fijación de la estructura del salario, y en las opciones de normativas subyace, antes como ahora, la tensión y contraposición entre los principios que satisfacen mejor los intereses de los trabajadores (salario equitativo, criterio de socialidad, de configuración simple, seguro y estable) y los principios y criterios que satisfacen los intereses empresariales (salarios variables e individual en función del resultado, flexible y reversible en función de la situación y competitividad de la empresa. La reforma del 94 y las opciones adoptadas en la negociación colectiva se inclinan por profundizar en el proceso de primar los conceptos variables en función de objetivos individuales y colectivos y de la situación de la empresa: prioridad de las razones de mercado.

152. *Vid.* Vida Soria, J., Prólogo al libro de Martínez Jiménez, J.M.: *El salario mínimo legal*, U. Málaga 1986.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 93

Los propios interlocutores sociales han asumido la necesidad de afrontar cambios en las estructuras salariales a través del cauce adecuado –la negociación colectiva– con objeto de conseguir una mayor vinculación entre retribución y productividad¹⁵³.

Por ello la previsión legal acerca de la estructura del salario es más abierta y maleable pero tiene un gran valor como «guía o modelo»¹⁵⁴ para la determinación de la estructura en la negociación colectiva. Una reformulación de este capítulo puede contribuir a orientar a los interlocutores sociales por una senda de homogeneidad consensuada para un establecimiento crítico de modalidades remuneratorias nuevas. Formalmente la reforma debería intentar la corrección de un uso disfuncional y desviado o desnaturalizado de los diferentes conceptos integrantes de la retribución.

Todas estas cuestiones dificultan cualquier intento de reconstrucción normativa de la estructura, composición y definición de salarios. Pero aún con todas las cautelas y riesgos así como la remisión jurídica a la negociación colectiva para la determinación de la estructura, creemos conveniente introducir determinadas modificaciones que recompongan los elementos disfuncionales originados por la actual redacción extremadamente flexible del art. 26. No se pretende la vuelta a la farragosa y contradictoria relación de partidas y complementos de la anterior normativa ordenadora del salario.

En concreto una hipotética reconstrucción de los contenidos estatutarios acerca de la estructura del salario debería contener:

- a) salario base: Concepto fijo definido con criterios objetivos y correspondiente con el salario de grupo o categoría.
- b) Complementos:
 1. Personales. Vinculados y orientados a valorar las competencias y la capacidad potencial del trabajador.
 2. Naturaleza y características del trabajo realizado. Con especial atención a las posibilidades de discriminación indirecta, especialmente en la utilización de la jornada y horario flexible como criterio para la determinación de complementos.
 3. Participación en la empresa. En función de la implicación o determinación de objetivos individuales y de grupo. Participación en los beneficios, bien mediante la vinculación a la evolución y resultados o a través de la vinculación previa de los empleados al capital de la empresa.

153. *Vid.* Criterios en materia salarial en ANC 2005).

154. Véase el comentario art. 26 ET de García Murcia, J.: «Concepto y estructura del salario», *REDT*, n. 100, p. 622.

Se perseguiría con este tipo de complementos, introducir una regulación en art. 26.3 que termine con las «pagas de beneficios» de cuantía fija en las que ha desaparecido la idea original y sólo les queda el *nomen iuris* constituyendo una partida de salario directo –aunque diferido– de posible imputación al salario base u otro género. En su lugar se trata de impulsar las partidas salariales de contenido variable y optar por una verdadera paga de beneficios¹⁵⁵. En definitiva fomentar y fomenta los complementos participativos «dependientes» de los resultados de la empresa. Hasta ahora, de escasa implantación, posiblemente por la resistencia y desconfianza de sindicatos y trabajadores que prefieren la garantía de un salario seguro a la eventualidad de la participación en los beneficios.

Ahora bien esta tendencia de vinculación creciente del salario al rendimiento (salario conmutativo) significa también una quiebra en los principios de solidaridad y del significado desmercantilizador de la relación de trabajo que se inicia con la primigenia «contratación colectiva». Lo cierto es que estos cambios originan importantes interrogantes de índole jurídica y sindical, demás de no ser concluyentes en cuanto a las virtudes que de ellos se proclaman.

5.2.3. Pagas diferidas

Entre las que se incluirían las pagas las dos gratificaciones extraordinarias y otros complementos que tienen idéntica naturaleza que se pretende enmascarar con otra denominación como las «pagas de beneficios».

Con la actual agrupación de complementos que se hace en el ET quedan fuera algunas partidas que no tienen una adscripción clara a ninguno de ellos. Significativamente tenemos el grupo de los de vencimiento periódico superior al mes tanto las pagas extraordinarias legalmente establecidas (art. 31 ET) como las que con otro nombre diferente tienen esa naturaleza. No está clara su adscripción al salario base porque parecen configurarse con determinada autonomía.

De otro lado las gratificaciones extraordinarias son percepciones regulares, que nada tienen de extraordinario puesto que su abono es regular, cadencial y ordinario salvo su pago diferido a intervalos superiores al mes.

Por ello y, reiterando el carácter simplemente indicativo y orientador de la estructura salarial legal, sería conveniente completar el diseño de la estructura incluyendo un subapartado en el que incluir todos los conceptos salariales de pago diferido y que no obedezcan o no traigan su causa en uno de los tres tipos de complementos.

155. Vid. Fernández Avilés, J.A.: La participación retributiva: evolución y tendencias», REF- DT y SS n.242, p. 284.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 95

En esta sentido, la regulación contenida en art. 31 se puede integrar en actual art. 26 puesto que no hay razón alguna –salvo de naturaleza histórica¹⁵⁶ para justificar la dedicación de un artículo a este concepto salarial. Se podrá incluir en contenido de art. 26 pero por no tener un encaje claro en la estructura salarial dual puesto que no obedecen a causas específicas previstas en los complementos y aunque se adscriben de forma generalizada y frecuente referida su cuantía al salario base tampoco la doctrina y la jurisprudencia se inclinan por su adscripción a esa categoría. Por lo tanto, podría incluirse como una categoría distinta –tercera–: partidas de salario diferidas.

4.2.4. Definición negativa de salario

- a) Compensaciones e indemnizaciones: No son salario ni remuneración puesto tienen naturaleza resarcitoria bien porque traen su causa de una prestación previa y sustitutiva de una obligación empresarial o por una actuación o circunstancia que de origen a un perjuicio que deba ser resarcido.
- b) Las prestaciones de Seguridad Social
- c) Ventajas o mejoras sociales:

La contraprestación debida del empresario no se limita sólo al salario como retribución de contenido económico estricto, también concurren otras prestaciones en términos de desarrollo profesional, atención a la familia, gestión del tiempo libre, etc. expresadas en una serie de asistencias entre las que se encuentran remuneraciones que no constituyen técnicamente salario.

Pueden constituir una remuneración en el sentido del art. 41 pero no son salario por su desvinculación concreta del trabajo realizado, de la calificación profesional, del resultado obtenido y referidas a todos los trabajadores por el hecho de serlo con independencia de su categoría y naturaleza del contrato. Su percepción se obtiene por la vinculación directa o mediata a la empresa no en relación al trabajo realizado sino por su pertenencia a la empresa y la concurrencia de «causa» que lo motiven, de circunstancias personales o familiares que activen la mejora, o por actuaciones del trabajador al margen del trabajo.

En sentido amplio consiste en una partida –ciertamente menor– que integra la remuneración en el sentido amplio de los conceptos retributivos referidos en art. 41 ET pero no constituyen parte integrante del salario. Lo determinante es que no existe una conexión causal con la realización del trabajo. De ahí que consista en provechos o utilidades indirectas satisfechas al margen de la retribución del trabajo. v.gr. descuento en compras, ayuda a disminuidos, abono de viaje de recreo, subvención de préstamos, entradas a espectáculos, becas para formación universitaria, etc.

156. Vid. AA VV., *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Ed. Aranzadi 2005, p. 216.

Siempre han existido elementos o componentes retributivos personalizados o vinculados a la evolución de la empresa: complementos personales, de puesto de trabajo, de beneficios, productividad, etc. Pero hoy ha aumentado el número de estos complementos, el peso en el volumen retribuido, las características de los elementos retributivos, etc. De otro lado se establecen cada vez más como condiciones individuales desligadas de los acuerdos colectivos o la vinculación a unos a objetivos de grupo variables en el tiempo. Ello está siendo posible por la progresiva evolución de una negociación colectiva fuertemente centralizada a otra fuertemente descentralizada a nivel de empresa y a la contractualización de las relaciones laboral.

Como hemos dicho en otro lugar el concepto de salario no es –no puede ser– homogéneo único ni cerrado, es un concepto funcional amoldable a cada realidad, a los objetivos que se pretendan¹⁵⁷. Es necesario en todo caso un concepto jurídico–laboral, aunque la definición positiva tiene dificultades importantes puestas de relieve por la doctrina –y con frecuencia debe ser objeto de determinación judicial. Fundamentalmente porque la causa del salario no es sólo el trabajo sino también la subordinación y ajenidad y porque han proliferado nuevas formas de remuneración de naturaleza imprecisa. Entendemos que el concepto de salario quedaría mejor definido y completo con una concreción y ampliación de las excepciones (definición negativa de salario) de los supuestos que acogiera las múltiples modalidades que se pueden incluir en lo que se ha llamado de forma genérica beneficios o ventajas.

5.2.5. Promoción económica

Promoción a través del trabajo reconocida en la CE significa autorrealización, ampliación, fomento, desarrollo en el ambiente de la empresa y es también principio y objetivo del ordenamiento¹⁵⁸. El art. 35 CE se limita a reconocer el valor promocional del trabajo sin concretar el tipo ni la naturaleza de la misma. Además del valor en orden a la autorrealización personal, el ET se concreta en la promoción profesional (art. 4.1, 23 y 24).

En ese concepto constitucional entra perfectamente la promoción económica (art.25) y, hasta la última reforma, el derecho se concretaba en el establecimiento de un complemento por antigüedad en la empresa.

La permanencia en la empresa como causa retributiva carece de virtualidad en el contexto actual de desenvolvimiento de la actividad empresarial: fuerte com-

157. Vid. Costa Reyes, A.: *El crédito salarial*, Ed. CES Andalucía 2005, pp. 39 ss.

158. Vid. Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C.: «El Derecho al Trabajo, la Libertad de elección, de profesión u oficio: Principios constitucionales del mercado de trabajo», en AA.VV.: *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Ed. Comares, 2002, pp. 347ss

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 97

petencia creada por la globalización económica, necesidad de una mayor y más acelerada elevación de la productividad y permanente situación de cambio tecnológico, nuevos mercados y nuevos productos. Elementos que proyectados sobre el trabajo requieren no tanto a trabajadores antiguos, con experiencia en el oficio (cualidades a las que responde la paga de antigüedad) sino a trabajadores con buena formación –inicial o con capacidad para adquirirla– para los que será más adecuada la remuneración a través de otro tipo de complementos participativos. De ahí que haya desaparecido explícitamente del ET y que esté perdiendo importancia en la negociación colectiva frente a otros conceptos retributivos.

Pese a lo dicho, el complemento de permanencia en la empresa –antigüedad– persiste y se mantiene con frecuencia en la negociación colectiva en una proporción elevada, en muchos casos como complemento de garantía personal. Aunque se aprecia también «una lenta, pero continua, reducción de la relevancia de esta partida»¹⁵⁹.

De lo expuesto con anterioridad respecto a la promoción económica sería necesaria una reformulación de los contenidos estatutarios con el objetivo de introducir elementos de racionalización o corregir los efectos negativos de la reforma, si se nos permite, por mutilación del precepto. No se trata de eliminar la promoción económica de los trabajadores sino de adecuarla al momento y necesidades productivas en la actualidad: En tres vertientes:

1. Eliminando el extrasistemático e inoperante art. 25 del ET. A la vista de las anteriores observaciones acerca de la promoción a través del trabajo, parece conveniente la eliminación completa del art. 25 por las siguientes razones:
 - Mantiene una ubicación externa a la construcción normativa del salario que más parece obedecer a razones históricas que a una correcta ubicación sistemática¹⁶⁰, Sin que a nuestro entender contradiga lo anterior la regulación en otros preceptos cuestiones importantes del salario (h. extraordinarias, vacaciones, ...) precisamente por razones sistemáticas. Su contenido, aún como mandato difuso o remisión a la negociación colectiva, necesitaría de una integración dentro de la Sección que lleva por epígrafe: El salario.
 - Tiene un último párrafo del precepto que pone en evidencia el resultado de una operación de fragmentación lineal y no los efectos remodeladores de una reforma legal. Es un párrafo que no se entiende ni tiene sentido sin el anterior que fue derogado.

159. La ordenación de este complemento en los convenios colectivos firmados en Andalucía en el ejercicio de 2004 alcanzó al 86,58 % de los mismos (Informe Negociación Colectiva 2004. CARL, p. 314).

160. El tratamiento asistemático se arrastra de la regulación contenida en LCT de 1944 (arts. 37-59).

En el primer párrafo más bien encontramos un contenido normativo *vacío* porque no atribuye un derecho, ni un mandato, ni recomendación a la negociación colectiva para incluirlo en su contenido sólo prevé una expectativa de futuro en esta materia que nada añade a la relación de materias del art. 85 ni a la específica del art. 26.3 ET.

2. Fomentar las disposiciones autónomas transitorias para mantener «ad personam» o modificar la naturaleza de los conceptos retributivos por antigüedad como complemento personal.
3. Insertar los derechos de promoción económica en el contexto más amplio de promoción profesional que tendrá como resultado la promoción de niveles retributivos.

Es posible atender la exigencia constitucional del derecho a la promoción a través del trabajo –que también incluiría la económica– mediante transformación de la promoción económica que tiene como único criterio para su medida el transcurso del tiempo, concretada en el complemento de antigüedad, en la implantación de la promoción indirecta remunerando las expectativas, las capacidades y su potencial. Especialmente mediante la retribución según experiencia renovada y «según formación» con los que se fomenta la inversión del empleado en formación y renovación de sus capacidades¹⁶¹.

5.2.6. *Suficiencia del salario*

El reconocimiento del Derecho Constitucional a la suficiencia significa un condicionamiento a la ordenación jurídica del salario. El SMI¹⁶² responde al principio constitucional de suficiencia y constituye una de las principales manifestaciones de la suficiencia del salario requerida en el art. 35.1 CE. . El SMI sustrae el salario de la competitividad privada y concreta el compromiso del Estado en la adquisición por el trabajador de derechos sociales de desmercantilización¹⁶³.

Sin embargo, la trascendencia del concepto de suficiencia para la configuración de un modelo de relaciones laborales desmercantilizado contrasta con la deficiente, obsoleta, inoperante, inaplicada y generalista regulación actual del art. 27 que desarrolla los principios constitucionales y habilita al Gobierno para su concreción anual y, si llegara el caso, su revisión semestral. En la práctica, los criterios que condicionan la acción del Gobierno, han tenido una débil virtualidad

161. Mercader Ugina: «Nuevos rumbos en materia salarial», en Ricardo Escudero (coord.): *La negociación colectiva en España: Una visión cualitativa*, Ed. Tirant, 2004, p. 360.

162. Moreno Vida, M.N.: «Comentario al art. 27», en AA. VV.: *Comentario al Estatuto de los Trabajadores* (Monereo Pérez, Dir.), Ed. Comares, 1998, pp. 374ss

163 *Vid.* Monereo Pérez, J.L. y Molina Navarrete, C.: «El Derecho al Trabajo,...», *op. cit.*, p. 350.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 99

para los sucesivos RD-L, incluso se ha incumplido sistemáticamente la revisión semestral prevista.

En el contexto de la corriente neoliberal –o ultraliberal– que recorre todo el marco de las relaciones laborales y la legislación protectora nos encontramos con una línea de pensamiento que preconiza la eliminación del SMI.

Pues bien, pese a las conocidas barreras constitucionales e internacionales, esta corriente no ha dejado de tener éxito. Concretamente toma cuerpo en el RD-Ley 3/2004 que ha reconducido los efectos del SMI al marco estrictamente laboral creando para otros efectos y referencias el IPREM.

Con el RD-L 3/2004 se ha reconocido la insuficiencia de las cuantías del SMI que no alcanza siquiera a mínimos de dignidad. Pero las novedades introducidas no significan a mi entender una extensión lineal de la suficiencia en todas las situaciones sociales y de otro lado, el proceso de dignificación limitado al ámbito laboral –debería decirse y entenderse en términos de adecuación al principio de suficiencia del salario conferido en la CE– no termina con las medidas de incremento adoptadas.

Así, de un lado se han reforzado los niveles de suficiencia con la elevación cuantitativa del mismo y manteniendo una función relevante en el ámbito laboral pero se ha debilitado el derecho a la obtención de otras prestaciones sociales con la de un Indicador de Rentas (IPREM), inferior al SMI. Para cuya fijación ni para las futuras revisiones se han determinado los criterios conforme a los cuales se realizarían. Obsérvese que las prestaciones por desempleo se han desvinculado del SMI por lo que si la cuantía del SMI es el mínimo suficiente, al desempleado no se le aplica esa medida para garantizar sus rentas.

De otro lado, de mayor relevancia por lo que aquí más interesa, la redacción originaria del art. 27 ET ha permanecido intacta desde su redacción original. Probablemente en el carácter moldeable, orientativo en su terminología abierta haya permitido concreciones diferentes por el Gobierno en los sucesivos Decretos de SMI, pero no cabe duda que si se pretende consolidar los niveles de mínima suficiencia del salario debería afrontarse la remodelación completa de todo su contenido.

Esta necesidad ya se ha recogido en la Exposición de Motivos del RD-L con dos objetivos: Establecimiento de nuevas bases para la determinación anual del mismo y, no solo mantener, sino aumentar el poder adquisitivo hasta alcanzar el 60% de los salarios medios en España.

Concretamente entiendo, en línea con el Documento elaborado por Gobierno e interlocutores sociales para abordar la modificación del SMI, que la reforma estatutaria debería contener los siguientes aspectos: De un lado la definición de SMI y ámbitos de aplicación de las cuantías del mismo. Garantizar el poder

adquisitivo del mismo vinculando su modificación anual a los niveles inflación. Vincular su evolución al aumento salarial medio alcanzado en la negociación colectiva.

Pero como en todo planteamiento previo de reforma de la legislación laboral, también en esta materia, depende de las opciones de política normativa que se adopten en función de la línea de mayor o menor liberalización. Si se incrementa el SMI pero se limitan sus efectos en el conjunto de prestaciones sociales se estará manteniendo para los sectores más débiles la vía de la renta de supervivencia y se avanzará, pero contradictoria y parcialmente en la línea de la suficiencia.

5.2.7. *Discriminación salarial*

El art. 28 se ha reformado en dos ocasiones sucesivas con objeto de adaptar y proyectar en la legislación ordinaria la fuerte preocupación del legislador y comunitario por un tipo de discriminación: la discriminación salarial en razón del sexo.

Lo que preocupa no es tanto la discriminación formal sino que el resultado real y efectivo de las opciones retributivas y aparentemente neutras consienta y provoque efectos discriminatorios por el sólo hecho de pertenecer al género discriminado. Opciones discriminatorias que en la generalidad de los casos se sitúan en un momento anterior como la clasificación de puestos de trabajo o la definición de categorías (art. 22.4).

El salario, como concepto técnico jurídico, es una categoría inadecuada y marco estrecho para sostener un tratamiento retributivo no discriminatorio. El concepto de salario no es apto a efectos de discriminación, conviene a estos efectos tomar el concepto más amplio de remuneración vetando como lo hace el Conv. OIT n. 100, las diferencias «en ninguno de los conceptos o condiciones de remuneración». El art. 28 por su parte, se sitúa, después de las reformas en la concepción más elaborada del principio de no discriminación vetando toda suerte de discriminación¹⁶⁴.

Pero aún así la eventual reforma de este precepto, además de conseguir una redacción más «llana y transparente»¹⁶⁵ debería intentar afrontar, aludir o aproximarse de alguna manera a las siguientes cuestiones:

- En la línea de la Directiva 2000/78, sde 27 de noviembre por la que se establece el Marco General de la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, el contenido del art. 28 debería hacer referencia a la discriminación por orientación sexual.

164. Vid. AA VV., *Comentario al Estatuto ...*, op. cit, p. 190.

165. Vid. Rodríguez Sañudo, F.: «Cambio y continuidad en el régimen jurídico del salario», MT y AS, núm. 58/2005, p. 49.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 101

- Afrontar la discriminación salarial por razón de sexo –sociológica– que tiene su origen en una posición familiar y social diferente que carga y asigna a la mujer el papel de cuidado y atención de otros miembros de la familia fuera o añadidos a los cometidos propios de su condición biológica. En este sentido se puede atentar contra el principio de no discriminación la creación de complementos fundados en criterios aparentemente neutros como la disponibilidad horaria (prolongación de jornada o distribución irregular de la misma) a los que difícilmente van a poder optar los trabajadores con responsabilidades familiares, siendo en la práctica el colectivo de mujeres el que en porcentaje elevado afronta estas tareas.

En conexión con la ampliación de conceptos salariales que hemos propuesto, podría constituir una medida de conciliación desde la óptica del salario declarar expresamente las ayudas y beneficios de este tipo de naturaleza extrasalarial y, en la medida de lo posible, atribuirlos a trabajadores de uno u otro sexo por igual. Estas medidas no representan un coste adicional para la empresa como en el caso de la práctica desarrollada en el «Grupo Danone» de ofrecer Tickets de guardería que se descuentan del salario bruto con el correspondiente ahorro fiscal. En otros casos se trata de gestionar o hacer de intermediario en la promoción de servicios como asesoramiento, organización de colonias para los hijos en época de vacaciones, concierto de guardería como otra entidad, etc.

- En este artículo se debería afrontar el controvertido problema de la implantación de diferencias retributivas en función del momento de ingreso en la empresa –dobles escalas salariales– que no siempre encuentran una justificación objetiva y razonable. Para lo que habría que redefinir el artículo en términos genéricos de igualdad y no discriminación en materia salarial y trascender la finalidad *pro muliere* que tiene en la actualidad. Entiendo que se ha abierto una peligrosa senda discriminatoria que viola el principio de igual salario para igual trabajo. Problemática que no se puede afrontar con una vuelta a la rigidez normativa pero sí se pueden establecer criterios de control en la implantación compromisos objetivos que justifiquen las diferencias de tratamiento y en todo caso limitar su aplicación temporal.

5.2.8. Breve propuesta relativa a los medios de pago

Las cautelas que a nivel internacional y legal se ha rodeado la forma y medios de pago del salario han perdido su sentido originario (pago en día laborable, veto a determinados lugares, moneda de curso legal...). La forma de pago del salario, la redacción originaria del ET debería modificarse con objeto de facilitar el cobro en la modalidad y entidad elegida por el trabajador, teniendo en cuenta las posibilidades que hoy brinda la tecnología posibilitando el cobro por procedimientos interbancarios y fuera de horarios de atención al público. De esta forma si la modalidad elegida para el percibo tiene lugar por procedimientos telemáticos, el

empresario debería transferir el pago a la cuenta y entidad facilitada por el trabajador. Cuando el pago se realice mediante talón o en metálico por acuerdo libremente adoptado por el empresario debería arbitrarse un crédito horario para realizar su depósito y/o hacer efectivo el talón.

6. LAS VICISITUDES DEL CONTRATO DE TRABAJO

6.1. Las modificativas: principales puntos críticos urgidos de revisión o relectura.

6.1.1. Introducción

La modificación sustancial de las condiciones de trabajo como vicisitud de la relación laboral, se encuadra dentro del elenco de potestades que confiere el poder de dirección y organización empresarial (*ius variandi*), cuya dimensión constitucional radica en el art. 38 C.E. y su entronque jurídico-laboral en los arts. 1.1., 5 c) y 20 LET. Fruto de la especialidad laboral y de los múltiples factores económicos, sociológicos y políticos que afloran en el ámbito de las relaciones laborales, esta vicisitud modificativa de la relación contractual depende directamente de una decisión unilateral del empresario y, por ende, permanece al margen de la infraestructura positiva y exigencias jurídicas que el Código Civil común establece para los supuestos de novación contractual, *vid.* arts. 1203 y ss. C.C. (*vgr.* «acuerdo de voluntades»)¹⁶⁶.

En este sentido, una mirada retrospectiva sirve para constatar que la regulación heterónoma de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, ha presentado históricamente un supuesto de hecho que progresivamente se ha ido haciendo más complejo con el paso del tiempo, flexibilizándose de forma gradual hasta eliminar el régimen de intervención administrativa vigente hasta hace pocas décadas en nuestro ordenamiento jurídico¹⁶⁷.

166. *Vid.* Montoya Melgar A., «Poder del empresario y movilidad laboral», *REDT* n° 38, Abril/Junio, 1989, pp. 165 y ss. Cfr. Montoya Melgar A., «El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 48, 2004, pp. 135 y ss. En la actualidad, únicamente, en los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo previstas en un convenio colectivo estatutario, el poder del empresario no es unilateral ya que estará obligado a alcanzar un acuerdo con los representantes de los trabajadores en la empresa, respecto a las siguientes materias: horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y, por último, sistema de trabajo y rendimiento.

167. *Vid.* García Murcia J., Movilidad funcional y modificación sustancial de las condiciones de trabajo, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 58, 2005, XXV años del Estatuto de los Trabajadores, pp. 79 y ss. Baste recordar la regulación prevista en el art. 18 de la Ley de

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 103

Sin embargo, en la década de los noventa se constatan de forma notoria una pléyade de factores que motivan la reforma del régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, a saber: la internacionalización de la economía, las exigencias de convergencia europea, la aceleración del proceso de innovación tecnológica, la necesidad de mejora de la competitividad de las empresas españolas, los efectos de las fases bajas del ciclo económico, la adaptabilidad en el desarrollo de la relación laboral, la flexibilidad en la gestión de los recursos humanos, etc., constituyeron, a la postre, las razones socioeconómicas y sociolaborales determinantes en la modificación del régimen jurídico heterónimo del art. 41 LET 1980, a través de la inclusión de una regulación jurídica basada en la flexibilidad, en la decisión empresarial unilateral y ejecutiva, en un régimen de causalidad y en un control judicial a posteriori (*ex Ley 11/1994, de 19 de mayo, BOE nº 122 de 23 de mayo de 1994*)¹⁶⁸.

Bajo estos auspicios el régimen jurídico actual de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, previsto en el art. 41 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (R.D.L. 1/1995, de 24 de marzo), descansa sobre una regla general: la facultad que ostenta la dirección de la empresa de adoptar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (jornada de trabajo, horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, etc.), cuando existan razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que así lo aconsejen. Asimismo, se amplía legalmente el margen de maniobrabilidad empresarial al recogerse en la norma estatutaria la facultad y legitimación del empresario para modificar sustancialmente las condiciones de trabajo, cuando la medida contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favo-

Relaciones Laborales de 1976 (BOE nº 96 de 21 de abril de 1976): «las modificaciones sustanciales requerirán la previa autorización del Ministerio de Trabajo, precedida del trámite legal que proceda, en el que se recabará siempre el informe previo de la Organización Sindical y del Jurado de Empresa o de los Enlaces sindicales cuando no exista Jurado. Al tiempo de solicitarse tal autorización, o en cualquier momento de su tramitación, la empresa podrá formular propuesta de indemnización para los supuestos correspondientes, en cuyo caso la autoridad laboral, al resolver, podrá aceptar dicha propuesta siempre que resulte superior al máximo previsto en la Ley de Procedimiento Laboral ...». Con el paso del tiempo y la aprobación del Estatuto de los Trabajadores de 1980, el régimen jurídico heterónimo continúa con la estela intervencionista, administrativista y garantista con los derechos de los trabajadores, *vid.* art. 41 de la LET 1980 (BOE nº 64 de 14 de marzo de 1980 - RCL 1980\607): «La dirección de la empresa, cuando existan probadas razones técnicas, organizativas o productivas, podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, que de no ser aceptadas por los representantes legales de los trabajadores, habrán de ser aprobadas por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo...».

168. *Vid.* Pedrajas Moreno A., *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo, dentro de la obra colectiva, La reforma del mercado laboral*, Valdés Dal-Ré F. (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 1994, pp. 359 y ss. *Vid.* Rivero Lamas J., *La modificación sustancial de las condiciones de trabajo, REDT*, nº 100, Marzo/Agosto, 2000, pp. 865 y ss.

rezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda (*vid.* STSJ de Cataluña, de 14 de enero de 2003, AS 2003\447).¹⁶⁹

6.1.2. Problemas detectados en la vigente regulación jurídico positiva

A) Injustificación de un régimen jurídico diferenciado en el procedimiento a seguir para adoptar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Como es sabido, el art. 41.2 LET realiza una distinción entre modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual y colectivo. Las de carácter individual son aquellas modificaciones de las condiciones laborales que los trabajadores disfrutan a título individual. Asimismo, se consideran de carácter individual las modificaciones funcionales y de horario de trabajo que afecten, en un período de noventa días, a un número de trabajadores inferior a 10 en las empresas que ocupen a menos de 100 trabajadores, al 10% del número de trabajadores en las empresas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores y, por último, a treinta trabajadores en las empresas que ocupen trescientos o más trabajadores (art. 41.2 LET).

De conformidad con el régimen jurídico actual (art. 41.3 LET), en los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual, el empresario únicamente tiene la obligación de notificar su decisión con una antelación mínima de treinta días al trabajador o trabajadores afectados y a sus representantes legales, sin necesidad de justificar la medida o abrir un período de consultas con los representantes de los trabajadores, siendo por tanto su decisión de carácter ejecutiva y únicamente sometida a un control judicial a posteriori en el supuesto de que el trabajador decida impugnar judicialmente la decisión empresarial, *ex* art. 138 LPL¹⁷⁰.

Por su parte, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de efectos colectivos, son aquellas reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo y, asimismo, las disfrutadas por los trabajadores en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos. A su vez, se califican como colectivas, las modificaciones funcionales y de horario de trabajo que se encuentren por encima del umbral del art. 41.2 LET.

Pues bien, a diferencia del régimen de notificación y preaviso al que están sometidas las modificaciones individuales, las modificaciones colectivas deben ir

169. *Vid.* Román De La Torre M^a. D., *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Aspectos sustantivos y procesales*, Comares, Granada, 2000, pp. 24 y ss. Cfr. Vallejo Dacosta R. *Modificaciones de las condiciones de trabajo. Un análisis desde la perspectiva del sistema de fuentes de la relación laboral*. Consejo Económico y Social, Madrid, 2002, pp. 199 y ss.

170. *Vid.* *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*, Dir. Monereo Pérez J. L., Comares, Granada, 1998, pp. 511 y ss.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 105

precedidas de un período de consultas con los representantes de los trabajadores de duración no inferior a quince días. Durante el período de consultas las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo, que requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes de los trabajadores que hubiere en la empresa (*cf.* STSJ de Asturias, de 26 de marzo de 2003, AS 2004\1261, STSJ de Andalucía, de 27 de junio de 2003, AS 2004\1485). Por último, indicar que una vez terminado el período de consultas el empresario notificará a los trabajadores afectados su decisión sobre la modificación, que en caso de adopción definitiva surtirá efectos a los treinta días siguientes desde su notificación¹⁷¹.

Así las cosas, con la regulación actual en la mano, cabe afirmar que el vigente régimen jurídico diferenciado para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual y colectivo, carece de justificación jurídico-laboral. No tiene razón de ser establecer para las modificaciones sustanciales de carácter individual, un cauce procedimental dónde únicamente el empresario tiene la obligación de notificar al trabajador/es una decisión ejecutiva que desplegará sus efectos a los treinta días siguientes a la notificación.

El trabajador afectado y sus representantes legales están desprovistos de cualesquiera mecanismos jurídicos para debatir y discutir la decisión empresarial, proponer posibles alternativas a la modificación contractual, corroborar que efectivamente la decisión empresarial se basa en «probadas» razones técnicas, económicas, organizativas o de producción, etc.

Por tanto, son varias las razones que nos llevan a proponer la unificación de los cauces procedimentales para modificar sustancialmente las condiciones de trabajo, de forma que se introduzca en el texto legal un necesario y preceptivo trámite de consultas con los representantes de los trabajadores, cuando el empresario decida adoptar una decisión modificativa de las condiciones de trabajo de carácter individual. A saber:

Con un régimen jurídico unificado no se contraviene el espíritu y finalidad de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, en general, y del art. 41 LET, en particular, ésto es flexibilizar la relación laboral, dejar un espacio amplio a la maniobrabilidad en la gestión empresarial de los recursos humanos y, por último, impulsar la negociación colectiva.

171. Cfr. Román De La Torre M^a. D., *Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Aspectos sustantivos y procesales*, op. cit., pp. 136 y ss. . Vallejo Dacosta R. *Modificaciones de las condiciones de trabajo. Un análisis desde la perspectiva del sistema de fuentes de la relación laboral*, op. cit., pp. 289 y ss. Vid. Montoya Melgar A., Galiana Moreno J. M., Sempere Navarro A. V., Ríos Salmerón B., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Aranzadi, Navarra, 2000, pp. 256 y ss.

Incluir, en las modificaciones individuales, un trámite de consultas con los representantes de los trabajadores no inferior a quince días, en ningún caso supone restar flexibilidad laboral o limitar el margen de maniobrabilidad empresarial. Muy al contrario, un trámite o período de consultas de esta naturaleza, deja la puerta abierta a un posible debate y discusión de la medida, pudiendo plantearse alternativas negociadas que impliquen una sustitución de la modificación sustancial o una minoración de los efectos perniciosos que pudiera acarrear.

Se evitan situaciones de indefensión del trabajador y se reduce la posibilidad de adoptar decisiones empresariales de carácter arbitrario.

Nótese, además, que en el supuesto de que la representación de los trabajadores vote en contra de la decisión empresarial y el trabajador/es afectado/s decida/n impugnar judicialmente la decisión empresarial, contará/n en su caso con la información y el apoyo que supone la apertura de un período de consultas y la votación en contra de su representación en la empresa.

B) Ampliación de los supuestos legales que confieren al trabajador la opción legal de rescisión contractual y percepción de la indemnización legalmente tasada

Cuando el empresario decidiera adoptar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo que afecte a la jornada de trabajo, al horario o al régimen de trabajo a turnos, y el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial, tendrá derecho a rescindir su contrato de trabajo y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año con un máximo de nueve mensualidades (art. 41.3 LET).

Frente a la decisión empresarial unilateral y ejecutiva que supone la adopción de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, el trabajador ostenta la facultad de rescindir voluntariamente su contrato de trabajo y acceder a una indemnización legalmente fijada, siempre y cuando acredite un «perjuicio» que traiga su causa en la citada modificación sustancial. Ahora bien, no se entiende que el art. 41.3 LET limite la facultad de rescisión contractual a los únicos supuestos de modificación de la jornada de trabajo, horario o régimen de trabajo a turnos¹⁷².

De ahí que deba proponerse una reforma del art. 41 LET que amplíe la facultad de rescisión contractual a todos los supuestos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo (sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, etc.), máxime si se tiene en cuenta que la enumeración legal que realiza el art. 41.1. LET no es de carácter cerrada sino abierta. No en vano,

172. En relación a la necesidad de probar el perjuicio causado por la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, véase por todas, STSJ de Madrid, de 24 de junio de 2003 (AS 2003\3628).

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 107

si se supedita la facultad de rescisión contractual a la acreditación de un perjuicio por parte del trabajador, dicho perjuicio se erige en la razón fundamental para rescindir el contrato y percibir la indemnización legalmente prevista, careciendo de toda justificación constreñir la facultad de rescisión contractual a los únicos supuestos de jornada de trabajo, horario y régimen de trabajo a turnos.

C) Posibilidad de reclamar indemnizaciones adicionales en caso de denuncia modificativa empresarial sin resolución del contrato de trabajo

En la actualidad el art. 41 LET no prevé la posibilidad de que el trabajador pueda acceder a una indemnización adicional, cuando continuando vigente el contrato de trabajo se acredite un daño emergente y/o un lucro cesante derivado de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo declarada judicialmente injustificada o nula.

Pues bien, según mantiene una cada vez más consolidada doctrina judicial de suplicación, el trabajador tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios (art. 1101 C.C.) siempre y cuando acredite la existencia de un daño emergente o un lucro cesante que traiga su causa en una modificación sustancial de las condiciones de trabajo declarada judicialmente injustificada o nula (*vid.* STSJ de Murcia, de 11 de febrero de 2002, AS 2002\1021), (STSJ de Madrid, de 21 de octubre de 2003, AS 2004\453), (STSJ de Cataluña, de 11 de junio de 2003, AS 2003\2781), (STSJ de Cantabria, de 26 de marzo de 2003, AS 2003\2001), (STSJ de Cataluña, de 21 de febrero de 2002, AS 2002\1411), (STSJ de Andalucía/Málaga, de 9 de octubre de 2003).

En este sentido, y desde el punto de vista procesal, el trabajador tiene dos vías para reclamar la indemnización de daños y perjuicios: por un lado, puede presentar en primer lugar una demanda impugnando la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y, a continuación, cuando obtenga un pronunciamiento judicial que declare la modificación injustificada o nula, iniciar otro procedimiento con la presentación de una demanda de reclamación de daños y perjuicios (art. 1101 C.C.). O bien, lo que es más conveniente desde el punto de vista de la economía procesal, puede presentar una demanda dónde se acumulen dos acciones: la primera, de impugnación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y, la segunda, ejercitando una acción de reclamación de daños y perjuicios de carácter contractual (*vid.* STSJ de Murcia de 19 de octubre de 1998, AS 1998\4315, STSJ de Cataluña de 11 de junio de 2003, AS 2003\2781).

6.1.3. Propuestas de lege ferenda

A) Injustificación de un régimen jurídico diferenciado en el procedimiento a seguir para adoptar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo

Supresión del primer párrafo del art. 41.3 LET, cuya redacción final sería del siguiente tenor: «...La decisión de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual deberá ir precedida de un período de consultas

con los representantes legales de los trabajadores de duración no inferior a quince días, según lo dispuesto en el art. 41.4 LET...».

B) Ampliación de los supuestos legales que confieren al trabajador la opción legal de rescisión contractual y percepción de la indemnización legalmente tasada

Supresión del párrafo segundo del art. 41.3 LET, cuya redacción quedaría como sigue: «...Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 50.1 a), cuando el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato de trabajo y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año y con un máximo de nueve mensualidades ...».

C) Posibilidad de reclamar indemnizaciones adicionales en caso de denuncia modificativa empresarial sin resolver el contrato de trabajo

Adición de un inciso al párrafo tercero del art. 41.3. LET, cuya redacción final sería la siguiente: «...En el supuesto de que el trabajador sufriera un daño emergente o un lucro cesante derivado de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo declarada nula o injustificada, tendrá derecho a reclamar una indemnización de daños y perjuicios ...».

6.2. Las suspensivas

6.2.1. Introducción

En los contratos con prestaciones recíprocas el Derecho ha entendido la necesidad de proteger la equivalencia de las prestaciones, advirtiendo que el principio de autonomía de la voluntad hace que esa equivalencia digna de protección jurídica exista siempre que las partes subjetivamente hayan estimado su existencia y, en consecuencia, haya celebrado válidamente el contrato; la Ley protege a las partes contra las alteraciones de ese equilibrio subjetivamente establecido, equilibrio, como dice Barassi que es tan sólo «el resultado de la contraposición de fuerzas, cualquiera que sean, aunque una de las partes tenga que adherirse»¹⁷³.

Cuando el desequilibrio en cuestión provenga de un incumplimiento el Derecho, independientemente de la culpabilidad del sujeto que no cumple su prestación, concede al acreedor insatisfecho dos medios de defensa: una acción de resolución del contrato, extintiva del vínculo, (artículo 1.124 del Código

173. Barassi, L. «Instituciones de Derecho Civil». Barcelona, 1955, vol II, p. 542.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 109

civil¹⁷⁴), y una excepción del contrato no cumplido, de carácter negativo (artículo 1.100 del Código civil¹⁷⁵).

Pero la suspensión adquiere especial peculiaridad dentro de los límites del Derecho del Trabajo, peculiaridad derivada, en principio, de consideraciones no jurídicas, al estimarse que era especialmente interesante conservar el vínculo contractual que une a las partes: el trabajador y el empresario (especialmente el primero) tienen interés, por los beneficios que a ellos les ha de reportar y por los perjuicios que a ellos les va a evitar, en permanecer unidos por el acuerdo que ellos mismos concluyeron. Se «endurece», pues, el vínculo protegiendo a la causa del mismo contra eventuales defectos de ella misma¹⁷⁶.

Esta diferenciación, no obstante, lleva en sí un germen de diferenciación jurídica real, esto es, la imposibilidad de prestar servicios va a afectar, en un caso, al trabajador, y, en otro caso, fundamentalmente, al funcionamiento de la empresa, con lo que las consecuencias no son las mismas ya que, primero, en el primer caso la suspensión tiene un carácter físico mientras que en el segundo, lo normal es que la suspensión tenga carácter económico, segundo, si la suspensión tiene su origen en la prestación del trabajador afectará a un contrato de trabajo pero si el origen se encuentra en el empresario afectará a un conjunto de contrato

Quizás ello no sea suficiente porque, es sabido, que el interés en mantener el vínculo es más acusado para el trabajador que para el empresario dadas las circunstancias de un mercado de trabajo presidido por la precariedad en su más amplia acepción, lo que pudiera llevar a la configuración de la figura suspensiva como «un fenómeno de protección del trabajador relegando a segundo término los intereses de los empresarios e incluso las consideraciones puramente referidas a la causa del contrato en sentido técnico» <aunque> «realmente la suspensión...constituye sólo un fenómeno que forma parte de una tendencia a la que podemos denominar principio de la estabilidad en el empleo»¹⁷⁷ (o lo que es mismo, la suspensión del contrato de trabajo lo que parece ser en el fondo no es sino un mecanismo jurídico protector del empleo), principio que va a justificar nuestro comentario.

Posiblemente por respeto a tal principio, en el ET el legislador configuró el conjunto de supuestos suspensivos como una Institución, no ya excepcional, sino «especial», propia del contrato de trabajo, que no tiene casi parangón en otros

174. «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumba».

175. "...en las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple...".

176. Vida Soria, J., *La suspensión del contrato de trabajo*. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1965, p. 16.

177. *Idem*, p. 17. Cursivas nuestras.

sectores del Ordenamiento positivo y que obliga a una interpretación de los artículos 45 a 49 del ET con una mediana coherencia global cuestión no llevada a cabo porque quizás sea imposible¹⁷⁸.

6.2.2. Análisis general del artículo 45 de la LET

Sentadas las premisas anteriores, recordar que el origen de la institución suspensiva estuvo íntimamente ligada al trabajo de la mujer (supuestos de protección de la maternidad, Convenio OIT, nº 3, 1919, sobre «Empleo de las mujeres antes y después del parto», revisado por el Convenio nº 103, 1952, y por el Convenio nº. 183 de 15 de junio de 2000) y a los supuestos de accidentes de trabajo de los que derivaron, no sólo la correspondiente protección de Seguridad Social, sino también, el derecho a la conservación del contrato de trabajo correspondiente incorporándose, después, nuevas causas impeditivas de la prestación de trabajo, primero, y, después, de las prestaciones del empleador.

Así las cosas, las causas de suspensión reseñadas en el artículo 45 de LET, se manifiestan, sin especificar expresamente si se refieren al trabajador o al empresario lo que ha motivado, desde antiguo, propuestas doctrinales de clasificación en las que no nos corresponde incidir aunque sí apuntar urgentemente, ante una posible necesidad de modificación normativa, que las categorías deben clasificarse, en la Ley, atendiendo, no a su entidad propia, sino al fundamento genérico del cual deriva su fuerza suspensoria, esto es, atendiendo al carácter jurídico de la causa¹⁷⁹, (solución radicalmente opuesta, si no erramos, a la seguida por nuestro Derecho positivo), y sin que la enumeración se considere, en ningún caso, tasada para no cercenar la posibilidad de ampliación de causas por negociación colectiva, pacto colectivo de empresa o contrato individual, fundamentalmente.

Amén de ello, el análisis de las catorce causas que hoy en día se reseñan en el artículo 45 de la LET nos llevan a reflexiones dispares respecto de cada una de ellas que someramente las concretamos de la siguiente manera:

La mención a «la voluntad de las partes», como causa suspensiva, (apart a), y a continuación, (apart. b) del artículo 45.1, «las consignadas validamente en el contrato», parece excesiva al operar el artículo 1.1 ET y por ser una nota común a ambos supuestos el realizarse por la voluntad coincidente de los sujetos y, por tanto y a diferencia del resto de las causas, por no operar *ope legis*. E incluso al margen del momento en que se produzca el acuerdo, que no lo consideramos de sustancial referencia dada la libertad de las partes, la voluntad de las mismas puede configurar cualquier causa de suspensión siempre que se respete el artícu-

178. Vida, Monereo y Molina. *Manual de Derecho del Trabajo*. Comares, 2005, p. 548.

179. .Vida Ssoria, J., *La suspensión...*, *op. cit.*, p. 97. *Cursivas nuestras*.

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 111

lo 1.255 del Código Civil, mejorando lo pactado o supliendo al Convenio Colectivo o acuerdo colectivo de empresa.

La incapacidad temporal del trabajador (apartado c), nos parece, plantea dos cuestiones que derivan, a nuestro parecer, de la íntima conexión entre dicho apartado y las normas correspondientes de la Seguridad Social.

Por una parte, es posible que la intención del legislador haya sido conseguir por esta vía un control exitoso de las situaciones de fraude, si bien la empiría se encarga de demostrar una situación distinta. Por otra parte y como consecuencia de lo previsto en el artículo 128 del TRLSS y disposiciones concordantes, la situación de IT, como causa suspensiva del contrato de trabajo, debe necesariamente quedar avalada en tanto en cuanto la asistencia sanitaria sea recibida por un médico de la Seguridad y se cumplan los trámites burocráticos señalados en aquellas normas.

Esta «regla general» choca, a nuestro juicio, con la propia redacción literal del artículo 45.1.c) de la LET (que ni siquiera alude a la involuntariedad del trabajador), provoca una restricción de los supuestos suspensivos en íntima contradicción con el aprt. b) de este artículo y, en fin, contradice el principio general del derecho de los trabajadores a la protección por Seguridad Social, convirtiéndolo en un deber. Y, sobre todo o como consecuencia, planeando un ataque al principio de estabilidad en el empleo.

Pero es que además, el cese de la causa legal que venimos examinando determina la reincorporación del afectado al puesto de trabajo aunque puede ocurrir que dicho supuesto de IL produzca la extinción del contrato de trabajo mediante declaración de invalidez permanente. Pues bien, el artículo 48.2 de la LET no contempla a los trabajadores afectados a una invalidez permanente parcial con lo obviamente no se pronuncia respecto a la suspensión de su contrato ni tampoco, por cierto, las leyes de Seguridad Social. A ello nos referiremos más adelante.

La modificación del apartado, que consideramos necesaria, debería adaptar un término (enfermedad) aceptado generalmente en uso dialéctico cotidiano, entendida desde el punto de vista «médico vulgar», deberían adoptarse controles preventivos médicos desvinculados a los de competencia administrativa o paralelos y compatibles con ellos a fin de evitar en lo posible autolesiones, prolongaciones inaceptables de enfermedades, enfermedades que no inciden directamente en la capacidad para el trabajo, las derivadas de actividades deportivas, lúdicas, etc.. Aliviar, en definitiva, la burocracia administrativa y reducir al mínimo la conexión con normas no laborales *strictu sensu* ya que, pensamos, no todas las contingencias se originan de manera uniforme, las condiciones de las empresas y de los trabajadores difieren según sectores, actividades, plantillas, sistemas de trabajo, etc.

A semeja (apart. d) la Ley los casos de adopción o acogimiento preadoptivo, o permanente de menores de seis años a las situaciones de maternidad (supuesto

biológico básico) a los efectos suspensivos, y, configura una nueva causa de suspensión que engloba la protección de la maternidad dentro de una acción global en materia de prevención de riesgos laborales referida a la mujer trabajadora (artículo 26 LPRL).

No obstante la, para nosotros, acertada ampliación de supuestos extintivos, nuestra discrepancia con la redacción actual del artículo 45.d) de la LET entendemos debe quedar patente en tanto en cuanto «el periodo de lactancia» queda omitido (sin que, probablemente, la omisión quedara obviada por entenderla incluida en concepto amplio de maternidad pues igual operación cabría respecto al término «embarazo»), al igual que se omite, o mejor, se crea vía artículo 46.3 (para nosotros inadecuadamente) de la LET un nuevo caso de suspensión —«excedencia»— por cuidado de hijos y familiares concediendo un tratamiento diferente al señalado para el acogimiento y adopción aunque la teleología es idénticas, pensamos.

Más aún, a diferencia del embarazo, que se remite para conocer su régimen jurídico a la LPRL si bien a través del artículo 48.5 ET, debemos presumir, ante el silencio de la Ley, que en los casos de acogimiento y adopción, los supuestos enunciados son los que se describen en el Derecho de Familia con los inconvenientes interpretativos que a veces pueden surgir.

Y por fin, de nuevo se observa la conexión entre las situaciones de maternidad (vía artículo 48.4 LET) y las normas de Seguridad Social, tal como apuntábamos en el apartado anterior. Parece, a tenor del artículo 48.5, de igual Ley, que en el caso de riesgo por embarazo ocurre igual que en el caso de maternidad olvidando que tanto uno como otro son hechos objetivos que no deben quedar condicionados a la asistencia sanitaria prestada por la Seguridad Social.

Tras la entrada en vigor de la Ley 22/1998, de 6 de julio, de Supresión del Servicio militar obligatorio, nos parece que al artículo 45.1.e) LET debe quedar liberado de toda alusión a «prestación social obligatoria» (objeción de conciencia) pero sí mantener el servicio militar dado que el artículo 177 de aquella Ley determina que la llamada a filas de los «reservistas» dará lugar a la suspensión de los correspondientes contratos de trabajo, que durará lo que dure esa situación de servicio de armas en los términos previstos en el artículo 48.3 ET.

Escueto se presenta el apartado f) del artículo 45.1 de la LET y debería quedar suprimido para incluirlo en el apart. k). A este respecto apostillar que «cargo público representativo» parece ser únicamente el obtenido y desempeñado a través de elección democrática sin que, a nuestro parecer, tengan cabida los numerosos cargos públicos «por designación» («designados» normalmente por aquellos) que sin legitimidad democrática directa pudieran ocupar plaza entre las excedencias. Desde luego ha de concurrir la imposibilidad de acudir al trabajo.

El artículo 45.1.g) nos plantea dos cuestiones fundamentalmente: qué debe entenderse por privación de libertad y qué debe entenderse por sentencia conde-

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 113

natoria. Respecto de la primera de las cuestiones parece innecesario entender que debe tratarse de una privación de libertad gubernativa u ordenada judicialmente que impida la prestación de servicios, y en el segundo bastaría con la primera sentencia condenatoria, sin necesidad de que esta fuera firme en coherencia con el principio constitucional de presunción de inocencia y con la estabilidad en el empleo predicada.

El apartado h) del artículo 45.1, a nuestro juicio debería quedar suprimido ya que al tratarse de una modalidad de la potestad disciplinaria debería quedar incluida en el artículo 58 de la LET o en convenio colectivo o acuerdo colectivo de empresa.

La fuerza mayor temporal, sin más en la norma que venimos analizando (apart. i), puede o no puede determinar el cese temporal de la actividad del empresario o la prestación del trabajador por lo quizás debiera matizarse con lo que pudiere incluirse cualquier supuesto de fuerza mayor temporal que impida la prestación de trabajo.

Operando ahora las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción como medidas a adoptar en los supuestos en los que la crisis de la empresa no se prevea como definitiva, por coherencia nos remitimos a lo que se expone al tratar el Despido.

La excedencia forzosa (apart. k) queda regulada, sin mucha fortuna a nuestro entender, en el artículo 46 del ET por lo que parece que la labor queda reducida a considerar como causa suspensiva y no como causa de excedencia forzosa (número 1 del artículo 46), el ejercicio de cargo público representativo (que lo incluimos en el apart. k), al igual que el cuidado de familiares (número 3) y «el ejercicio de funciones sindicales de ámbito provincial o superior mientras dure el ejercicio de su cargo representativo» (número 4).

En relación con el ejercicio del derecho de huelga y del cierre legal de la empresa, como causas suspensivas del contrato de trabajo, exclusivamente matizar que la huelga se supone, también, legal, extremo que debería preverse en el apartado l).

La letra n) se introduce en el artículo 45 a través de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, contemplando tanto la física, como la sexual o la psicológica que pueda sufrir la mujer trabajadora. Se omite en la Ley Orgánica, como no podía ser de otra manera, cualquier referencia al hombre trabajador pero ello no vetaría para que el artículo 45.1.n) los incluyera pues de tal violencia, no queda indemne el trabajador varón. Si a ello añadimos que la repetida violencia puede devenir, a nuestro parecer, tanto del empresario como del resto de trabajadores la solución puede diversificarse.

A nuestro juicio la conducta violenta derivada de la empresa debiera fundamentar una extinción del contrato de trabajo (y así lo demandan los trabajadores/trabajadoras), pues, en la praxis, no se ha comprobado una modificación real y efectiva de tal conducta tras la suspensión, salvo contadas excepciones de índole traumática (cambios en las estructuras de dirección, sentencias judiciales...). Solución diferente, es posible deviniera si el acto violento nace de la conducta del resto de trabajadores que impida prestar trabajo (no desempeñar su puesto de trabajo ante el deber previo, creemos, de iniciar la movilidad funcional) en cuyo caso el afectado/a sí podría, a nuestro entender, solicitar la suspensión del contrato de trabajo hasta que por el empresario se adoptara la medida disciplinaria pertinente (incluido el despido) que permitiera la restitución de la normalidad.

A manera de nota final, decíamos antes que el artículo 48.2 no contempla la extinción de la suspensión por incapacidad temporal cuando el trabajador queda afecto a una incapacidad permanente parcial, ni tampoco describe el supuesto otras normas de Seguridad Social.

En cambio la salvaguarda de la estabilidad en el empleo hace que una norma de Derecho del Empleo solvente el dilema. Nos referimos al R.D. 1451/1983 (Capítulo II) y O. 1.9.1995 sobre concesión de ayudas y subvenciones sobre fomento del empleo de trabajadores minusválidos que contempla a los trabajadores que hayan sido declarados en situación de IPP obligando a las empresas a su reincorporación al antiguo puesto de trabajo si su incapacidad no afecta al rendimiento normal del trabajador o a adaptarlo a otro puesto de trabajo compatible con su capacidad residual, detallando una serie de situaciones, tras procesos de recuperación, que pueden llevar al lesionado a ocupar de nuevo su puesto de trabajo y a gozar de subvenciones, por las patronales, en sus cotizaciones a la Seguridad Social. En último caso, la declaración de minusválido del operario posibilitara su contratación a través de las normas de fomento del empleo de los minusválidos, cuestiones éstas que deberían reflejarse en el artículo 48.2.

La excedencia forzosa por designación para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo (artículo 46.2 LET, del que ya desgajamos la elección) requiere necesariamente *ejercicio* de esa designación ya que tal como está redactado el número su virtualidad se antoja nula.

6.3. Las extintivas: la institución del despido en la encrucijada del modelo de flexibilidad. Una cuestión de nuevo aplazada

El punto de partida para la reforma laboral es común. Todos tienen identificado el mal –la excesiva temporalidad, que está por encima de las demandas de nuestro mercado de trabajo, en sí mismo proclive a la temporalidad por su carácter estacional en sectores clave, como la hostelería, la construcción... También coinciden en la solución genérica: la contratación indefinida. También tienen

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 115

localizado el método o camino para andar esa respuesta: encontrar un nuevo equilibrio entre la seguridad en el empleo, objetivo irrenunciable, y la flexibilidad empresarial, exigencia de competitividad ineludible en la sociedad global actual.

Entonces, ¿dónde está el problema? Pues en la «letra pequeña», en la práctica o concreción de ese camino. Aquí existen dos corrientes bien diferenciadas: la cultura sindical y la cultura empresarial. La primera que apuesta por la estabilidad sin pérdida de derecho alguno, de modo que la mejora de la estabilidad no tiene que hacerse a consta de los derechos adquiridos, más en época de «vacas gordas».

En cambio, la segunda que apuesta por la estabilidad si se le reducen los costes de gestión significativamente, por tanto, con pérdida de derechos laborales, si no para los que ya están trabajando, sí para los futuros trabajadores «estables». Si se nos permite el juego de palabras, dicen sí al «contrato indefinido» pero no al contrato «seguro» e incluso «estable» —en el sentido de inmóvil o «rígido»—, al menos para los que van a tener la oportunidad de acceder a esta nueva vía.

Esto es, de nuevo, el objetivo del empleo enfrena a dos grupos de trabajadores: los actuales y los futuros. Así, mientras que para los sindicatos hay que acabar con la dualización del mercado español de trabajo de forma radical, para los empresarios habría que reducir esa dualización pero sin renunciar a diferencias de tratamientos, de modo que la oportunidad de la estabilidad se haga a cambio de la pérdida de derechos actuales.

La cuestión clave está, pues, en individualizar una vía de entendimiento entre esas dos posiciones que, de momento, se expresan de forma radicalmente encontrada. Pero ¿de verdad que no es posible encontrar esa vía? ¿No caben acuerdos de este tipo en épocas de bonanza económica?

Causa cuando menos perplejidad que existiendo tan intenso consenso en el diagnóstico de los problemas, y en el objetivo final a alcanzar, la configuración de un entorno que permita conciliar flexibilidad y seguridad, en orden a mantener una capacidad permanente de adaptación a un entorno económico incierto y globalizado, sin embargo no exista un mínimo acuerdo al respecto, de modo que, no obstante los grandes principios, el «eje» de la productividad no ha sido apenas tocado. Cuando menos en el plano normativo y en el de la gestión de personal, porque es sabido que en otros ámbitos se han impulsado muy complejos y costosos procesos de reformas legales, institucionales y financieras para lograr el objetivo de la «productividad», conforme al mandato del artículo 38 Constitución Española.

De todos es sabido que la consecución de ese objetivo no depende fundamentalmente del «marco jurídico» que conforma nuestro mercado de trabajo, sino de factores productivos ajenos al mismo. Además de un escenario de estabilidad macroeconómica, con baja inflación y cuentas públicas saneadas, son muchos los ámbitos de políticas y estructuras a reformar para conseguir mejorar la competitividad.

Ahora bien, lo que tampoco puede negarse es que la dimensión normativa incide de forma relevante en las posibilidades de gestión que tienen las empresas respecto de su personal. En consecuencia, un marco jurídico u otro sí tienen significación a la hora de ordenar un mercado de trabajo, entre otras cosas porque no pueden existir mercados sin regulaciones, por lo que la concreta regulación incide de forma determinante sobre su estructura y, sobre todo, dinámica de funcionamiento. Naturalmente, regulaciones muy rígidas tenderán a buscar en otros ámbitos, orillando la ley en muchos casos, las vías de escape o las válvulas de seguridad para que se evite la ruptura del sistema.

La mejor prueba de lo que aquí se dice es que los empleadores suelen fundamentar sus resistencias a contratar de modo indefinido por dos aspectos netamente jurídicos: primero por el coste de su extinción, segundo por la misma incertidumbre en la aplicación de la norma, disuadiendo ambas de la utilización del contrato indefinido a favor del contrato temporal. Así, esta economía de opción se verifica aún teniendo mayores costes, por cuanto tienen más certeza en su gestión, lo que pone bien a las claras que la seguridad jurídica es un valor económico de primer orden, porque permite prever o anticipar qué va a suceder si se adopta una determinada decisión económico-empresarial

El discurso dominante es, sin embargo, a reducir el papel de la norma jurídica en este ámbito. En consecuencia, también se limita el papel de la norma legal, tendiendo a dar mayor valor o bien a las normas pactadas, por su mayor adaptabilidad, no obstante evidenciar a veces mayor rigidez que las normas legales, o bien los instrumentos que no tienen un valor vinculante, así como las prácticas o usos de empresa.

Asimismo, la racionalidad económica y los imperativos sociales a veces quedan postergados por la preeminente dimensión política, muy presente en un tema tan significativo como la ordenación de las relaciones de trabajo, en la medida en que sigue siendo la fuente de supervivencia – fuente de renta – más importante.

En esta ocasión también la dimensión política ha condicionado la dimensión laboral, porque «el discurso presidencial» sobre la inamovilidad de la legislación sin el debido consenso social habría aumentado el precio del acuerdo: ¿Por qué iban los sindicatos, y sobre todo sus «bases sociales», los costes de la reforma laboral, así como de la Seguridad Social, si quien tiene la competencia para legislar, el Gobierno, estaba dispuesto a dejar las costas como están si no existe un previo acuerdo entre los interlocutores sociales?

En este contexto, el tema de la reforma global de las diferentes piezas del sistema, incluidas la extinción, en diferentes modalidades, ha quedado una vez más postergada. Fuera de reformas de tipo garantista – como por ejemplo el reconocimiento del acoso como causa de despido para el agresor o agresores; o la posibilidad de extinguir el contrato para las mujeres víctimas de violencia de géne-

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 117

ro...-, o flexibilizador, pero para trabajadores de edad, como es la reintroducción de la Disposición Adicional 10ª, para recuperar la extinción por el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, desde 1997 la regulación del despido apenas ha sufrido cambio sustancial alguno. Parece que, de nuevo, esta regulación, en su faceta individual y en su faceta colectiva, tendrá que esperar a mejor momento.

7. SÍNTESIS DE PROPUESTAS DE REFORMA

Este apartado tiene por objetivo fijar de forma plástica y en síntesis (junto a la redacción actual se señalan los cambios a insertar), los aspectos más sobresaliente del estudio crítico que se ha realizado de esta parte del Estatuto. Reconocemos el riesgo que entraña redactar una propuesta de reforma pero la creemos necesaria como punto de partida para iniciar el inevitable proceso de modificación del texto estatutario. En todo caso, a ello nos obliga el compromiso adquirido al asumir la ponencia presentada a las Jornadas.

En la presentación de las propuestas se sigue el mismo orden de exposición que en la ponencia con objeto de comparar el comentario y la justificación de las reformas con la propuesta concreta –eliminación, modificación o nueva redacción–.

3.2.2. EL TRABAJADOR COMO SUJETO PROFESIONAL: EL ESTATUTO PROFESIONAL

ART	REDACCIÓN ACTUAL	REDACCIÓN PROPUESTA
23	<p>1. El trabajador tendrá derecho:</p> <p>a) Al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, así como a una preferencia a elegir turno de trabajo, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional.</p> <p>b) A la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional o a la concesión del permiso oportuno de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo.</p> <p>2. En los convenios colectivos se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos.</p>	<p>1. El trabajador tendrá derecho:</p> <p>a) A la participación efectiva en cursos de formación profesional durante el transcurso de la relación laboral, para lo cual podrá, según las circunstancias concurrentes en cada caso, adaptar la jornada ordinaria de trabajo o disfrutar de un permiso de formación o perfeccionamiento profesional, el cual implicará en todo caso, la reserva de su puesto de trabajo</p> <p>b) Al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, así como a una preferencia a elegir turno de trabajo, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional.</p> <p>2. Corresponde a la negociación colectiva la concreción de los términos del ejercicio de estos derechos, garantizando que su disfrute sea proporcional al tiempo de jornada y duración de los distintos contratos de trabajo.</p>

3.2.4. EL DESEMPLEADO COMO CANDIDATO A UN EMPLEO

ART	REDACCIÓN ACTUAL	PROPUESTA DE REFORMA
1.1	La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica denominada empleador o empresario.	La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica denominada empleador o empresario, así como a las personas candidatas a un empleo.
Nuevo párrafo 2º del art. 1.	Inexistente	A los efectos de esta ley serán candidatas a un empleo todas las personas físicas con capacidad para trabajar, voluntariamente dispuestas a acceder al mercado laboral para celebrar un contrato de trabajo con un empleador o empresario.
1.2; 1.3; 1.4 y 1.5.	No se propone modificación del texto actual	Se propone nueva numeración: 1.3; 1.4; 1.5 y 1.6.
Nuevo párrafo 1º del artículo 4º.	Inexistente	El candidato a un empleo, tiene como derechos básicos, con el contenido y alcance que para cada uno de los mismos disponga su específica normativa, los de: a) Igualdad en el proceso de selección, no siendo discriminado en el acceso al empleo por razón de sexo, edad, estado civil, ideología, discapacidad, origen racial o religión. b) Reconocimiento de su capacitación y titulación para desempeñar las funciones del puesto de trabajo al que aspira. c) Participación real de forma activa en su itinerario de inserción profesional. d) Impugnar ante la jurisdicción social los abusos o arbitrariedades cometidos durante el proceso de selección. e) Representación de los intereses de la fuerza de trabajo en los sistemas de selección que utilicen las empresas. Asimismo, un vez se produzca el acceso a un empleo del candidato, le serán reconocidos los derechos que recogen los párrafos 2º y 3º de este artículo.
4.1 y 4.2	No se propone modificación del texto actual.	Se propone nueva numeración: 4.2 y 4.3
Nuevo párrafo 1º del art. 5.	Inexistente	Los candidatos a un empleo tienen como deberes básicos: a) Buscar activamente empleo y participar en acciones de mejora de la ocupabilidad que se determinen por el Servicio Público de Empleo. b) No rechazar una oferta de empleo adecuada, salvo causa justificada. c) Cuantos se deriven, en su caso, del acceso de estas personas al sistema de protección por desempleo.
5	No se propone modificación del texto actual.	Se propone nueva numeración: 5.2
16.2	Se prohíbe la existencia...y previo informe del Consejo General del <i>Instituto Nacional de Empleo</i> , ...siempre que los <i>trabajadores</i> se hallasen en condiciones de aptitud para	Se prohíbe la existencia...y previo informe del Consejo General del Servicio Público de Empleo Estatal,... siempre que los candidatos a un empleo se hallasen en

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 119

4.1.2. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL DIRECTA

ART	REDACCIÓN ACTUAL	PROPUESTA DE REFORMA
15.1 a)	<p>Quando se contrate al trabajador...Los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa <i>podrán identificar</i> aquéllos trabajos o tareas...que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza</p>	<p>Quando se contrate al trabajador... Los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa identificarán aquéllos trabajos o tareas...que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza</p>
15.1 b)	<p>...Por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal...podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el período dentro del cual se pueden realizar <i>en atención al</i> carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir. (...)</p> <p>Por convenio colectivo se <i>podrán determinar</i> las actividades en las que pueden contratarse trabajadores eventuales, <i>así como fijar</i> criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla de la empresa.</p>	<p>...Por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal...podrá modificarse la duración máxima de estos contratos y el período dentro del cual se pueden realizar siempre que en el correspondiente convenio quede acreditado el carácter estacional de la actividad en que dichas circunstancias se puedan producir. (...)</p> <p>Por convenio colectivo se <i>determinarán</i> las actividades en las que pueden contratarse trabajadores eventuales, <i>debiendo fijarse</i> criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de esta modalidad contractual y la plantilla de la empresa.</p>
15.1 c)		<p>Quando se trate de cubrir provisionalmente un puesto de trabajo durante el proceso abierto para la selección o promoción del titular definitivo.</p>
15.1 d)	<p>Quando se contrate a un <i>trabajador desempleado</i>, inscrito en la oficina de empleo...</p>	<p>Quando se contrate a un trabajador desempleado <i>con especiales dificultades de inclusión social</i>, inscrito en la oficina de empleo...</p> <p><i>La duración máxima de este tipo de contrato dependerá de la disponibilidad presupuestario sin que en ningún caso pueda exceder...</i></p> <p><i>A efectos de la realización de esta modalidad contractual se consideran obras o servicios de interés general o social...</i> (aspecto éste que podrá optarse por desarrollarlo reglamentariamente).</p>
15.5	<p>Los convenios colectivos <i>podrán establecer</i> requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal.</p>	<p>Los convenios colectivos <i>establecerán</i> requisitos dirigidos a prevenir los abusos en la utilización sucesiva de la contratación temporal.</p>

4.1.3. LA CONTRATACIÓN TEMPORAL INDIRECTA: LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

ART	REDACCIÓN ACTUAL	PROPUESTA DE REFORMA
43	<p>1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.</p> <p>2. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en el apartado anterior responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos.</p> <p>3. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.</p>	<p><i>Incorporación de un nuevo punto 4°.</i></p> <p>4. Procederá declarar las mismas responsabilidades y consecuencias descritas en los anteriores párrafos 2° y 3° respectivamente, en aquellos supuestos en que se produzca la cesión temporal de un trabajador por parte de una ETT debidamente acreditada como tal, para cubrir una necesidad permanente de personal de la empresa usuaria.</p>

4.2. LA CONTRATACIÓN A TIEMPO PARCIAL

ART	REDACCIÓN ACTUAL	PROPUESTA DE REFORMA
12.1	<p>1. El contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable.</p> <p>A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá por "trabajador a tiempo completo comparable" a un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar. Si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal.</p>	<p>1. El contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada completa aplicable en el centro de trabajo.</p> <p>A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá por <i>jornada completa la prevista en acuerdo de empresa, convenio colectivo o, en su defecto, la jornada máxima legal.</i></p>

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 121

12.2	2. El contrato a tiempo parcial podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada en los supuestos en los que legalmente se permita la utilización de esta modalidad de contratación, excepto en el contrato para la formación.	2. El contrato a tiempo parcial podrá concertarse por tiempo indefinido o por duración determinada en los supuestos en los que legalmente se permita la utilización de esta modalidad de contratación, excepto en el contrato para la formación.
12.3	3. Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, el contrato a tiempo parcial se entenderá celebrado por tiempo indefinido cuando se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa.	3. Sin perjuicio de lo señalado en el apartado anterior, el contrato a tiempo parcial se entenderá celebrado por tiempo indefinido cuando se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa.
12.4	<p>El contrato a tiempo parcial se regirá por las siguientes reglas:</p> <p>a) El contrato, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 8º de esta Ley, se deberá formalizar necesariamente por escrito, en el modelo que se establezca. En el contrato deberán figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas y su distribución.</p> <p>De no observarse estas exigencias, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios.</p> <p>b) La jornada diaria en el trabajo a tiempo parcial podrá realizarse de forma continuada o partida. Cuando el contrato a tiempo parcial conlleve la ejecución de una jornada diaria inferior a la de los trabajadores a tiempo completo y ésta se realice de forma partida, sólo será posible efectuar una única interrupción en dicha jornada diaria, salvo que se disponga otra cosa mediante Convenio colectivo sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior.</p> <p>c) Los trabajadores a tiempo parcial no podrán realizar horas extraordinarias, salvo en los supuestos a los que se refiere el apartado 3 del artículo 35. La realización de horas complementarias se regirá por lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo.</p> <p>d) Los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los Convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado.</p> <p>e) La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo al amparo de lo dispuesto en la letra a)</p>	<p>El contrato a tiempo parcial se regirá por las siguientes reglas:</p> <p>a) El contrato, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 8º de esta Ley, se deberá formalizar necesariamente por escrito, en el modelo que se establezca. En el contrato deberán figurar el número de horas ordinarias de trabajo al día, a la semana, al mes o al año contratadas y su distribución <i>en periodos mensuales o anuales</i>.</p> <p>De no observarse estas exigencias, el contrato se presumirá celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios.</p> <p>b) La jornada diaria en el trabajo a tiempo parcial podrá realizarse de forma continuada o partida. Cuando el contrato a tiempo parcial conlleve la ejecución de una jornada diaria inferior a la de los trabajadores a tiempo completo y ésta se realice de forma partida, sólo será posible efectuar una única interrupción en dicha jornada diaria, salvo que se disponga otra cosa mediante Convenio colectivo sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior.</p> <p>c) Los trabajadores a tiempo parcial no podrán realizar horas extraordinarias, salvo en los supuestos a los que se refiere el apartado 3 del artículo 35. La realización de horas complementarias se regirá por lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo.</p> <p>d) Los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los Convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado.</p> <p>e) La conversión de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa tendrá siempre carácter voluntario para el trabajador y no se podrá imponer de forma unilateral o como consecuencia de una modificación sustancial de condiciones de</p>

12.4	<p>del apartado 1 del artículo 41. El trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c), de esta Ley, puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.</p> <p>A fin de posibilitar la movilidad voluntaria en el trabajo a tiempo parcial, el empresario deberá informar a los trabajadores de la empresa sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, de manera que aquéllos puedan formular solicitudes de conversión voluntaria de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa, o para el incremento del tiempo de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial, todo ello de conformidad con los procedimientos que se establezcan en los Convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior.</p> <p>Los trabajadores que hubieran acordado la conversión voluntaria de un contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial o viceversa y que, en virtud de las informaciones a las que se refiere el párrafo precedente, soliciten el retorno a la situación anterior, tendrán preferencia para el acceso a un puesto de trabajo vacante de dicha naturaleza que exista en la empresa correspondiente a su mismo grupo profesional o categoría equivalente, de acuerdo con los requisitos y procedimientos que se establezcan en los Convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior. Igual preferencia tendrán los trabajadores que, habiendo sido contratados inicialmente a tiempo parcial, hubieran prestado servicios como tales en la empresa durante tres o más años, para la cobertura de aquellas vacantes a tiempo completo correspondientes a su mismo grupo profesional o categoría equivalente que existan en la empresa.</p> <p>Con carácter general, las solicitudes a que se refieren los párrafos anteriores deberán ser tomadas en consideración, en la medida de lo posible, por el empresario. La denegación de la solicitud deberá ser notificada por el empresario al trabajador por escrito y de manera motivada.</p> <p>f) ...</p> <p>g) Los convenios ...</p>	<p>trabajo al amparo de lo dispuesto en la letra a) del apartado 1 del artículo 41. El trabajador no podrá ser despedido ni sufrir ningún otro tipo de sanción o efecto perjudicial por el hecho de rechazar esta conversión, sin perjuicio de las medidas que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 52.c), de esta Ley, puedan adoptarse por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.</p> <p>A fin de posibilitar la movilidad voluntaria en el trabajo a tiempo parcial, el empresario deberá informar a los trabajadores de la empresa sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes, de manera que aquéllos puedan formular solicitudes de conversión voluntaria de un trabajo a tiempo completo en un trabajo a tiempo parcial y viceversa, o para el incremento del tiempo de trabajo de los trabajadores a tiempo parcial, todo ello de conformidad con los procedimientos que se establezcan en los Convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior.</p> <p>Los trabajadores <i>contratados inicialmente a tiempo parcial</i> y los que hubieran acordado la conversión voluntaria de un contrato de trabajo a tiempo completo en otro a tiempo parcial o viceversa y que, en virtud de las informaciones a las que se refiere el párrafo precedente lo soliciten, tendrán preferencia para el acceso a un puesto de trabajo vacante de acuerdo con los requisitos y procedimientos que se establezcan en los Convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior. <i>La denegación de la solicitud deberá ser motivada y notificada por el empresario al trabajador y a los representantes legales.</i></p> <p>f) ...profesionales.</p> <p>g) Los Convenios....</p>
------	--	---

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 123

12.5	<p>Se consideran horas complementarias aquellas cuya posibilidad de realización haya sido acordada, como adición a las horas ordinarias pactadas en el contrato a tiempo parcial, conforme al régimen jurídico establecido en el presente apartado y, en su caso, en los convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior.</p> <p>La realización de horas complementarias está sujeta a las siguientes reglas:</p> <p>a) El empresario sólo podrá exigir la realización de horas complementarias cuando así lo hubiera pactado expresamente con el trabajador. El pacto sobre horas complementarias podrá acordarse en el momento de la celebración del contrato a tiempo parcial o con posterioridad al mismo, pero constituirá, en todo caso, un pacto específico respecto al contrato. El pacto se formalizará necesariamente por escrito, en el modelo oficial que al efecto será establecido.</p> <p>b) Sólo se podrá formalizar un pacto de horas complementarias en el caso de contratos a tiempo parcial de duración indefinida.</p> <p>c) El pacto de horas complementarias deberá recoger el número de horas complementarias cuya realización podrá ser requerida por el empresario.</p> <p>El número de horas complementarias no podrá exceder del 15 por ciento de las horas ordinarias de trabajo objeto del contrato. Los convenios colectivos de ámbito sectorial o, en su defecto, de ámbito inferior podrán establecer otro porcentaje máximo, que, en ningún caso podrá exceder del 60 por ciento de las horas ordinarias contratadas. En todo caso, la suma de las horas ordinarias y de las horas complementarias no podrá exceder del límite legal del trabajo a tiempo parcial definido en el apartado 1 de este artículo.</p> <p>d) La distribución y forma de realización de las horas complementarias pactadas deberá atenerse a lo establecido al respecto en el convenio colectivo de aplicación y en el pacto de horas complementarias. Salvo que otra cosa se establezca en convenio, el trabajador deberá conocer el día y hora de realización de las horas complementarias con un preaviso de siete días.</p> <p>e) La realización de horas complementarias habrá de respetar, en todo caso, los límites en materia de jornada y descansos establecidos en los artículos 34, apartados 3 y 4; 36, apartado 1, y 37, apartado 1, de esta Ley.</p> <p>f) Las horas complementarias</p>	<p>Se consideran horas complementarias aquellas cuya posibilidad de realización haya sido <i>pactada</i>, como adición a las horas ordinarias <i>estipuladas</i> en el contrato a tiempo parcial. <i>El pacto de horas complementarias se sujetará a los requisitos previstos en el presente apartado y, en su caso, al régimen previsto en los convenios colectivos de aplicación.</i></p> <p>La realización de horas complementarias está sujeta a las siguientes reglas:</p> <p>a) El empresario sólo podrá exigir... El pacto se formalizará necesariamente por escrito, en el modelo oficial que al efecto será establecido.</p> <p>b) Sólo se podrá formalizar un pacto de horas complementarias en el caso de contratos a tiempo parcial de duración indefinida.</p> <p>c) El pacto de horas complementarias deberá recoger el número de horas complementarias cuya realización podrá ser requerida por el empresario.</p> <p>El número ..., que, en ningún caso podrá exceder <i>del 30</i> por ciento de las horas ordinarias contratadas. En todo caso, ... en el apartado 1 de este artículo.</p> <p>d) La distribución y forma de realización de las horas complementarias pactadas deberá atenerse a lo establecido al respecto en el convenio colectivo de aplicación y <i>en su defecto</i> por el pacto de horas complementarias. <i>El trabajador deberá conocer el día y hora de realización de las horas complementarias con el tiempo de preaviso previsto en el Convenio colectivo aplicable y en todo caso no inferior a siete días.</i></p> <p>e) La realización de horas complementarias habrá de respetar, en todo caso, los límites en materia de jornada y descansos establecidos en los artículos 34, apartados 3 y 4; 36, apartado 1, y 37, apartado 1, de esta Ley.</p> <p>f) Las horas complementarias efectivamente realizadas <i>cotizarán</i> como ordinarias. A tal efecto, el número y retribución de las horas complementarias realizadas se deberá recoger en el recibo individual de salarios y en los documentos de cotización a la Seguridad Social.</p> <p>g) El pacto de horas complementarias podrá quedar sin efecto por renuncia a del trabajador, mediante un preaviso de quince días.</p>
------	--	---

12.5	<p>f) Las horas complementarias efectivamente realizadas se retribuirán como ordinarias, computándose a efectos de bases de cotización a la Seguridad Social y periodos de carencia y bases reguladoras de las prestaciones. A tal efecto, el número y retribución de las horas complementarias realizadas se deberá recoger en el recibo individual de salarios y en los documentos de cotización a la Seguridad Social.</p> <p>g) El pacto de horas complementarias podrá quedar sin efecto por renuncia del trabajador, mediante un preaviso de quince días, una vez cumplido un año desde su celebración, cuando concurran las siguientes circunstancias:</p> <p>La atención de las responsabilidades familiares enunciadas en el artículo 37.5 de esta Ley.</p> <p>Por necesidades formativas, en la forma que reglamentariamente se determine, siempre que se acredite la incompatibilidad horaria.</p> <p>Por incompatibilidad con otro contrato a tiempo parcial.</p> <p>h) El pacto de horas complementarias y las condiciones de realización de las mismas estarán sujetos al cumplimiento de los requisitos establecidos en las letras anteriores y, en su caso, al régimen previsto en los convenios colectivos de aplicación. En caso de incumplimiento de tales requisitos y régimen jurídico, la negativa del trabajador a la realización de las horas complementarias, pese a haber sido pactadas, no constituirá conducta laboral sancionable.</p>	
12.6	<p>Asimismo, se entenderá como contrato a tiempo parcial el celebrado por el trabajador que concierte con su empresa, en las condiciones establecidas en el presente artículo, una reducción de su jornada de trabajo y de su salario de entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo de un 85 por 100 de aquellos, cuando reúna las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social con excepción de la edad, que habrá de ser inferior en, como máximo, cinco años a la exigida, o cuando, reuniendo igualmente las citadas condiciones generales,</p>	<p>Asimismo, se entenderá como contrato a tiempo parcial el celebrado por el trabajador que concierte con su empresa, en las condiciones establecidas en el presente artículo, una reducción de su jornada de trabajo y de su salario de entre un mínimo de un 25 por 100 y un máximo de un 85 por 100 de aquellos, cuando reúna las condiciones generales exigidas para tener derecho a la pensión contributiva de jubilación de la Seguridad Social con excepción de la edad, que habrá de ser inferior en, como máximo, cinco años a la exigida, o cuando, reuniendo igualmente las citadas condiciones generales, haya cumplido</p>

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 125

12.6	<p>haya cumplido ya dicha edad. La ejecución de este contrato de trabajo a tiempo parcial, y su retribución, serán compatibles con la pensión que la Seguridad Social reconozca al trabajador en concepto de jubilación parcial, extinguiéndose la relación laboral al producirse la jubilación total.</p> <p>Para poder realizar este contrato en el caso de trabajadores que no hayan alcanzado aún la edad de jubilación, la empresa deberá celebrar simultáneamente un contrato de trabajo con un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente. Este contrato de trabajo, que se podrá celebrar también para sustituir a los trabajadores que se hayan jubilado parcialmente después de haber cumplido la edad de jubilación, se denominará contrato de relevo y tendrá las siguientes particularidades:</p> <p>a) La duración del contrato será indefinida o igual a la del tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación a la que se refiere el primer párrafo de este apartado. Si, al cumplir dicha edad, el trabajador jubilado parcialmente continuase en la empresa, el contrato de relevo que se hubiera celebrado por duración determinada podrá prorrogarse mediante acuerdo de las partes por períodos anuales, extinguiéndose, en todo caso, al finalizar el período correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador relevado.</p> <p>En el caso del trabajador jubilado parcialmente después de haber alcanzado la edad de jubilación, la duración del contrato de</p>	<p>ya dicha edad. La ejecución de este contrato de trabajo a tiempo parcial, y su retribución, serán compatibles con la pensión que la Seguridad Social reconozca al trabajador en concepto de jubilación parcial, extinguiéndose la relación laboral al producirse la jubilación total o por cualquiera de los supuestos extintivos previstos en esta Ley.</p> <p><i>Este contrato a tiempo parcial del trabajador relevado no producirá pérdida alguna de los derechos que venía detentando el mismo.</i></p> <p><i>Para el contrato a tiempo parcial del trabajador relevado no podrá, en ningún caso, pactarse la realización de horas complementarias previstas en el párrafo anterior.</i></p> <p>Para poder realizar este contrato en el caso de trabajadores que no hayan alcanzado aún la edad de jubilación, la empresa deberá celebrar simultáneamente un contrato de trabajo con un trabajador en situación <i>legal</i> de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente. Este contrato de trabajo, que se podrá celebrar también para sustituir a los trabajadores que se hayan jubilado parcialmente después de haber cumplido la edad de jubilación, se denominará contrato de relevo y tendrá las siguientes particularidades:</p> <p>a) La duración del contrato será indefinida o igual a la del tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de jubilación a la que se refiere el primer párrafo de este apartado. Si, al cumplir dicha edad, el trabajador jubilado parcialmente continuase en</p>
------	--	---

12.6	<p>de relevo que podrá celebrar la empresa para sustituir la parte de jornada dejada vacante por el mismo podrá ser indefinida o anual. En este segundo caso, el contrato se prorrogará automáticamente por períodos anuales, extinguiéndose en la forma señalada en el párrafo anterior.</p> <p>b) El contrato de relevo podrá celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial. En todo caso, la duración de la jornada deberá ser, como mínimo, igual a la reducción de jornada acordada por el trabajador sustituido. El horario de trabajo del trabajador relevista podrá completar el del trabajador sustituido o simultanearse con él.</p> <p>c) El puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido o uno similar, entendiéndose por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente.</p> <p>d) En la negociación colectiva se podrán establecer medidas para impulsar la celebración de contratos de relevo</p>	<p>en la empresa, el contrato de relevo que se hubiera celebrado por duración determinada <i>deberá</i> prorrogarse mediante acuerdo de las partes por períodos anuales, extinguiéndose, en todo caso, al finalizar el período correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador relevado.</p> <p>En el caso del trabajador jubilado parcialmente después de haber alcanzado la edad de jubilación, la duración del contrato de relevo que podrá celebrar la empresa para sustituir la parte de jornada dejada vacante por el mismo podrá ser indefinida o anual. En este segundo caso, el contrato se prorrogará automáticamente por períodos anuales, extinguiéndose en la forma señalada en el párrafo anterior.</p> <p>b) El contrato de relevo podrá celebrarse a jornada completa o a tiempo parcial. En todo caso, la duración de la jornada deberá ser, como mínimo, igual a la reducción de jornada acordada por el trabajador sustituido. El horario de trabajo del trabajador relevista podrá completar el del trabajador sustituido o simultanearse con él <i>cuando se opte por una jornada de duración superior a la del trabajador sustituido.</i></p> <p>c) El puesto de trabajo del trabajador relevista <i>deberá</i> ser el mismo del trabajador sustituido o uno <i>correspondiente</i> al mismo grupo <i>funcional</i> o categoría <i>profesional</i> equivalente.</p> <p>d) En la negociación colectiva se podrán establecer medidas para impulsar.</p>
------	--	---

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 127

5.1.1. LAS CUESTIONES DE ENCUADRAMIENTO: LA CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

ART	REDACCIÓN ACTUAL	REDACCIÓN PROPUESTA
22	<p>1. Mediante <i>la negociación colectiva</i> o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores, por medio de categorías o grupos <i>profesionales</i>.</p> <p>2. Se entenderá por grupo <i>profesional</i> el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales.</p> <p>3. Se entenderá que una categoría profesional es equivalente de otra cuando la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permita desarrollar las prestaciones laborales básicas de la segunda, previa la realización, si ello es necesario, de procesos simples de formación o adaptación.</p> <p>4. Los criterios de definición de las categorías y grupos se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo.</p> <p>5. Por acuerdo entre el trabajador y el empresario se establecerá el contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo, <i>así como</i> su <i>equiparación</i> a la categoría, grupo <i>profesional</i> o <i>nivel retributivo</i> previsto en <i>el convenio colectivo</i> o, en su defecto, de aplicación en la empresa, que se corresponda con dicha prestación.</p> <p><i>Cuando se acuerde</i> la polivalencia funcional o la realización de funciones propias de dos o más categorías, grupos o niveles, <i>la equiparación se realizará en virtud de las funciones que resulten prevalentes</i>.</p>	<p>1. Mediante <i>convenio colectivo</i> o, en su defecto, acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se establecerá el sistema de clasificación profesional de los trabajadores, por medio de categorías o grupos <i>funcionales</i>.</p> <p>2. Se entenderá por grupo <i>funcional</i> el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones o especialidades profesionales.</p> <p>3. Se entenderá que una categoría profesional es equivalente de otra cuando la aptitud profesional necesaria para el desempeño de las funciones propias de la primera permita desarrollar las prestaciones laborales básicas de la segunda, previa la realización, si ello es necesario, de procesos simples de formación o adaptación.</p> <p>4. <i>Todos los actos que conforman la clasificación profesional así como</i> los criterios de definición de las categorías y grupos se acomodarán a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo.</p> <p>5. Por acuerdo <i>escrito</i> entre el trabajador y el empresario se establecerá el contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo, y su <i>adscripción</i> a la categoría o grupo <i>funcional</i> previsto en <i>la negociación colectiva</i> o, en su defecto, de aplicación en la empresa, que se corresponda con dicha prestación.</p> <p><i>Se podrá acordar por escrito</i> la polivalencia funcional, <i>entendida como</i> la realización de funciones propias de dos o más categorías o grupos. <i>En todo caso, mediante la negociación colectiva se concretará los supuestos, la extensión, los contenidos y la equiparación del trabajador en caso de pacto de polivalencia funcional. En defecto de negociación colectiva sobre la equiparación, el trabajador se equiparará al grupo o categoría superior de entre las funciones que realice.</i></p>

5.2. LA PRESTACIÓN SALARIAL

ART	REDACCIÓN ACTUAL	PROPUESTA DE REFORMA
	SECCIÓN 4ª SALARIOS Y GARANTÍAS SALARIALES	SECCIÓN 4.ª DE LA RETRIBUCIÓN DEL TRABAJO Y SU GARANTÍA
25	1. El trabajador, en función del trabajo desarrollado, podrá tener derecho a una promoción económica en los términos fijados en Convenio colectivo o contrato individual. 2. Lo dispuesto en el número anterior se entiende sin perjuicio de los derechos adquiridos o en curso de adquisición en el tramo temporal correspondiente.	<i>Suprimido</i>
26.1	Se considerará salario...computables como de trabajo. En ningún caso el salario en especie podrá superar el 30 por ciento de las percepciones salariales del trabajador.	Se considerará salario.... computables como de trabajo. En ningún caso el salario en especie podrá superar el 30 por ciento de las percepciones salariales del trabajador.
26.2	No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones o suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral, las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y las indemnizaciones correspondientes a traslados, suspensiones o despidos.	No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de compensaciones por gastos realizados, <i>las indemnizaciones como consecuencia de su actividad laboral</i> , las prestaciones e indemnizaciones de la Seguridad Social y <i>las ventajas o mejoras sociales percibidas por todos los trabajadores por su vinculación a la empresa pero no en relación concreta al trabajo realizado.</i>
24.3	Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra, y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa.	Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra <i>para todo el grupo o categoría, los pagos diferidos y, en su caso, complementos salariales que pueden ser de naturaleza personal orientados a valorar las competencias y capacidad profesional del trabajador; relativos al trabajo realizado y de participación en la empresa</i> , que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales.
26.4	Todas las cargas fiscales y de Seguridad Social a cargo del trabajador serán satisfechas por el mismo, siendo nulo todo pacto en contrario.	Todas las cargas fiscales y de Seguridad Social a cargo del trabajador serán satisfechas por el mismo, siendo nulo todo pacto en contrario.
26.5	Operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia.	Operará la compensación y absorción cuando los salarios realmente abonados, en su conjunto y cómputo anual, sean más favorables para los trabajadores que los fijados en el orden normativo o convencional de referencia.
27	El Gobierno fijará, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, anualmente, el salario mínimo interprofesional, teniendo en cuenta: a) El índice de precios al consumo. b) La productividad media nacional alcanzada. c) El incremento de la participación del trabajo en la renta nacional. d) La coyuntura económica general.	<i>El Gobierno garantizará la suficiencia de la retribución mediante la fijación de un salario mínimo para todos los trabajadores en cualquier sector de actividad.</i>

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 129

ART	REDACCIÓN ACTUAL	PROPUESTA DE REFORMA
27	<p>Igualmente se fijará una revisión semestral para el caso de que no se cumplan las previsiones sobre el índice de precios citado.</p> <p>La revisión del salario mínimo interprofesional no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando éstos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquél.</p>	
27.2	El salario mínimo interprofesional, en su cuantía, es inembargable	<p>El Gobierno fijará anualmente, previa consulta con las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, el salario mínimo interprofesional teniendo en cuenta <i>los siguientes criterios</i>:</p> <ul style="list-style-type: none"> - <i>El salario medio alcanzado y su relación con el SMI.</i> - <i>El incremento de la productividad media nacional</i> - <i>La coyuntura económica general</i> - <i>La previsión del índice de precio al consumo para los 12 meses siguientes.</i> <p><i>La revisión garantizará en todo caso el mantenimiento del poder adquisitivo. A tal efecto, cuando la variación del índice de precios al consumo hubiere superado las previsiones se procederá a su actualización fijándose el incremento para el ejercicio siguiente sobre la cuantía resultante de dicha actualización.</i></p>
27.3		La revisión del salario mínimo interprofesional no afectará a la estructura ni a la cuantía de los salarios profesionales cuando éstos, en su conjunto y cómputo anual, fueran superiores a aquél.
27.4		El salario mínimo interprofesional, en su cuantía, es inembargable.
28	El empresario está obligado a pagar por la prestación de un trabajo de igual valor la misma retribución, satisfecha directa o indirectamente, y cualquiera que sea la naturaleza de la misma, salarial o extrasalarial, sin que pueda producirse discriminación alguna por razón de sexo en ninguno de los elementos o condiciones de aquélla.	<i>El empresario está obligado, por un trabajo de igual valor, a satisfacer directa o indirectamente la misma retribución, cualquiera que sea su naturaleza y sin que pueda producirse discriminación alguna.</i>
29.1	<p>La liquidación y el pago del salario se harán puntual y documentalmente en la fecha y lugar convenidos o conforme a los usos y costumbres. El período de tiempo a que se refiere el abono de las retribuciones periódicas y regulares no podrá exceder de un mes.</p> <p>El trabajador y, con su autorización, sus representantes legales, tendrán derecho a percibir, sin que llegue el día señalado para el pago, anticipos a cuenta del trabajo, ya realizado.</p> <p>La documentación del salario se realizará mediante la entrega al trabajador de un recibo individual y justificativo del pago del mismo. El recibo de salarios se ajustará al modelo que apruebe el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, salvo que por Convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los</p>	<p><i>El pago de las retribuciones periódicas constarán documentalmente y se efectuará mensualmente mediante transferencia a la cuenta y entidad bancaria designada por el trabajador en la fecha convenida. Cualquier otra modalidad de pago requerirá el consentimiento de los representantes legales.</i></p> <p><i>El trabajador, y en su caso, su representante legal, tendrá derecho a percibir, sin que llegue el día señalado para el pago, anticipos a cuenta del trabajo ya realizado.</i></p> <p><i>La liquidación mensual se documentará en un recibo individual y justificativo del pago del mismo. El recibo se ajustará al modelo aprobado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, salvo que se acuerde otro modelo por convenio o acuerdo colectivo que contenga información clara y separada de los diferentes elementos y partidas que compongan el salario, así</i></p>

ART	REDACCIÓN ACTUAL	PROPUESTA DE REFORMA
29.1	<p>representantes de los trabajadores, se establezca otro modelo.</p> <p>La liquidación de los salarios que correspondan a quienes presten servicios en trabajos que tengan el carácter de fijos discontinuos, en los supuestos de conclusión de cada período de actividad, se llevará a cabo con sujeción a los trámites y garantías establecidos en el apartado 2 del artículo 49.</p>	<p><i>s elementos y partidas que compongan el salario, así como las deducciones que legalmente procedan.</i></p> <p>La liquidación de los salarios que correspondan a quienes presten servicios en trabajos que tengan el carácter de fijos discontinuos, en los supuestos de conclusión de cada período de actividad, se llevará a cabo con sujeción a los trámites y garantías establecidos en el apartado 2 del artículo 49.</p>
29.2	<p>El derecho al salario a comisión ... el año.</p> <p>El trabajadora tales devengos.</p>	Sin modificación
29.3	El interés por mora... de lo adeudado.	Sin modificación
29.4	El salario, así como el pago delegado... crédito, previo informe al Comité de empresa o Delegados de personal.	Se suprime
30	Si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, éste conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo.	Si el trabajador no pudiera prestar sus servicios una vez vigente el contrato porque el empresario se retrasare en darle trabajo por impedimentos imputables al mismo y no al trabajador, éste conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacersele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo.
31	<p>El trabajador tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por Convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores. Igualmente se fijará por Convenio colectivo la cuantía de tales gratificaciones.</p> <p>No obstante, podrá acordarse en Convenio colectivo que las gratificaciones extraordinarias se prorrateen en las doce mensualidades.</p>	<p><i>Sin perjuicio de otras pagas diferidas en intervalos superiores al mes que puedan establecerse en Convenio colectivo o Acuerdo de empresa, el trabajador tiene derecho a dos gratificaciones extraordinarias al año, una de ellas con ocasión de las fiestas de Navidad y la otra en el mes que se fije por Convenio colectivo o por acuerdo entre el empresario y los representantes legales de los trabajadores. Igualmente se fijará por Convenio colectivo la cuantía de tales gratificaciones.</i></p> <p>No obstante, podrá acordarse en Convenio colectivo que las gratificaciones extraordinarias se prorrateen en las doce mensualidades.</p>

EL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPRESARIO 131

6. 1. LAS MODIFICATIVAS

ART	REDACCIÓN ACTUAL	PROPUESTA DE REFORMA
41	3. La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual <i>deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad.</i>	3. La decisión de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual <i>deberá ir precedida de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no inferior a quince días, según lo dispuesto en el art. 41.4 LET.</i>
41	3. <i>En los supuestos previstos en los párrafos a), b) y c) del apartado 1 de este artículo, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50 apartado 1.a), si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año con un máximo de nueve meses.</i>	3. <i>Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 50 apartado 1.a), si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un año con un máximo de nueve meses.</i>
41	3. <i>(Adición de un nuevo inciso no previsto en la norma estatutaria).</i>	3. <i>En el supuesto de que el trabajador sufriera un daño emergente o un lucro cesante derivado de una modificación sustancial de las condiciones de trabajo declarada nula o injustificada, tendrá derecho a reclamar una indemnización de daños y perjuicios.</i>

6.2 LAS SUSPENSIVAS

ART	REDACCIÓN ACTUAL	PROPUESTA DE REFORMA
45.1.a	Mutuo acuerdo de la partes	Supresión
c)	<i>Incapacidad temporal de los trabajadores</i>	<i>...derivada de enfermedad no imputable al trabajador, constatada y asistida por facultativo competente, mientras no exceda los plazos establecidos reglamentariamente.</i>
d)	Maternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer trabajadora y adopción o acogimiento, preadoptivo o permanente, de menores de seis años.	1. <i>Maternidad, riesgo de embarazo y período de lactancia de la mujer trabajadora en los términos establecidos en las leyes y reglamentos, convenios colectivos, pactos colectivos de empresa y contratos individuales.</i> 2. <i>Cuidado de hijo, adopción o acogimiento preadoptivo o permanente de menores de seis años y de familiares hasta segundo grado, impedidos y sin percibir retribución, en los términos establecidos por las leyes y reglamentos aplicables, convenios colectivos, pactos colectivos de empresa o contratos individuales.</i>
e)	Cumplimiento del servicio militar o de la prestación social sustitutoria.	<i>Llamada de reservistas a filas mientras dure la situación de servicio en armas.</i>

ART	REDACCIÓN ACTUAL	PROPUESTA DE REFORMA
f)	Ejercicio de cargo público representativo.	<i>Ejercicio de cargo público representativo que imposibilite la asistencia.</i>
g)	Privación de libertad del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria.	<i>Privación de libertad legal del trabajador, mientras no exista sentencia condenatoria de conformidad con la normativa al respecto.</i>
h)	Suspensión de sueldo y empleo, por razones disciplinarias.	<i>Suprimido al quedar integrado en la potestad disciplinaria.</i>
i)	Fuerza mayor temporal.	<i>Fuerza mayor que imposibilite temporalmente las prestaciones del trabajador o la actividad de la empresa.</i>
j)	Causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.	<i>Remisión a despidos.</i>
k)	Excedencia forzosa.	<i>Excedencia forzosa, que imposibilite la asistencia al trabajo, por ejercicio de cargo público representativo, por ejercicio de funciones sindicales de ámbito provincial o superior, por atención al cuidado de cada hijo tanto lo sea por naturaleza como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo así como por atención a un familiar, hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad cuando por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no puedan valerse por sí mismos, en los términos que se determine legal o reglamentariamente o por convenio colectivo, pacto colectivo de empresa o contrato individual.</i>
l)	Por el ejercicio del derecho de huelga.	<i>Por el ejercicio del derecho de huelga legal.</i>
n)	Por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.	<i>Por decisión de la trabajadora o trabajador imposibilitados de prestar servicios como consecuencia de ser víctimas de violencia física, sexual o mental, proveniente de sus compañeros de trabajo y mientras el empresario no adopte las medidas objetivas que garanticen una situación de normalidad conductual.</i>

II. LA ORDENACIÓN JURÍDICA DEL TIEMPO DE TRABAJO (1980-2005)

*Rosa Quesada Segura
Antonio Márquez Prieto
Francisco Vila Tierno
Paz Romero Paro
María Salas Porras
Salvador Perán Quesada
Universidad de Málaga*

SUMARIO: 1. Reflexión previa. 2. El tiempo de trabajo y su regulación jurídica. 3. ordenación finalista por parte de la norma estatal: el estatuto de los trabajadores y sus sucesivas reformas. 3.1. Las reglas imperativas del Estatuto de los Trabajadores de 1980. 3.2. Primeras medidas flexibilizadoras. 3.3. El nuevo Estatuto de 1995 y la flexibilidad de la lógica económica: reorientación y redistribución de fines y fuentes de regulación. 3.4. Flexibilidad, ¿y empleo? 3.5. Reparto y distribución del tiempo de trabajo. El eje de las políticas regionales de fomento de empleo. 3.6. La apertura a consideraciones familiares del trabajador. 4. Regulación del tiempo de trabajo en la negociación colectiva.

1. REFLEXIÓN PREVIA

El tiempo de trabajo, entendiéndolo como tal el destinado a la prestación de una actividad por cuenta ajena con la finalidad de obtener un beneficio económico, o lo que es igual, el tiempo dedicado al trabajo productivo— en el sentido de implicar necesariamente la existencia de lucro —como opuesto a cualquier otra actividad, que, aunque implique esfuerzo y prestación de trabajo en beneficio de otro queda fuera de este concepto al carecer de la nota esencial que lo define, es una institución relativamente reciente.

La ordenación del tiempo de trabajo, tal y como ahora lo conocemos y se refleja en las legislaciones y prácticas negociales de todos los países industrializados, es el resultado de un largo proceso que se inicia en los primeros años de la

Revolución industrial. Es más, durante la primera mitad del siglo XIX fueron las reglas que limitaban el tiempo de trabajo las que marcaron en todos los países europeos el comienzo de lo que más adelante iba a ser la disciplina jurídica autónoma que hoy conocemos como Derecho del Trabajo.

Comienza la legislación laboral como una forma de intervención pública en las relaciones privadas que, olvidando su carácter hasta entonces imparcial y neutro, regulador de compromisos privados, pasa a asumir una nueva posición que parte del reconocimiento implícito de una situación de abuso social y económico de un sujeto sobre otro de la relación que se establece mediante el contrato de trabajo. Precisamente, fue la situación de explotación que suponían para la clase trabajadora los largos periodos de tiempo de trabajo, uno de los factores desencadenantes del Movimiento obrero, y, precisamente también, la posterior reacción de los Estados burgueses se centró, como una de las primeras medidas intervencionistas, en la reducción de la jornada de trabajo. Se inicia, pues, una legislación de carácter protector, garantista de la seguridad y la salud de los trabajadores mediante la limitación de la jornada, primero para las mujeres y los niños, después para los trabajadores en general.

De esta forma el derecho del trabajador a la salud y a la seguridad en el trabajo se convierte en la base legal de las regulaciones nacionales en cuanto a la ordenación y limitación del tiempo de trabajo. Se suceden normas que tienen por objeto la fijación de la jornada máxima laboral y la concreción de las horas extraordinarias que podían, de hecho, ampliar, así como el reconocimiento de los descansos diario, semanal y anual, siempre retribuidos.

En este sentido tiempo de trabajo significa la medida del tiempo en que la prestación de trabajo es debida, valorable en términos económicos, objeto de una regulación legal que establece mínimos de derecho necesario con fundamento en la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, y que da lugar a una ordenación homogénea de condiciones de trabajo que la regulación pactada en convenio colectivo traslada a las condiciones específicas de los sectores de producción.

El tiempo de trabajo es, a su vez, el tiempo en que se concreta la obligación de prestar un servicio o realizar una actividad que es el objeto principal del contrato de trabajo. Puesto que a lo que el trabajador se compromete mediante el mismo es a realizar una actividad o a prestar un servicio a las ordenes y dentro de la facultad de organización del empresario, el tiempo de trabajo es así el tiempo que mide la subordinación del trabajador. Concepto que tiene a su vez una doble lectura, medida de subordinación, ciertamente, pero también límite del poder de organización empresarial que deberá ajustar sus órdenes e instrucciones a los tiempos marcados para la realización del trabajo. Esta distinción ha dividido básicamente la organización social cuando el modelo de trabajador era el de la industria o los servicios vinculados al empresario por una relación de carácter estable y una prestación de actividad desarrollada a tiempo completo.

No obstante, una serie de modificaciones sustanciales que afectan al modo de producción y organización de los mercados, van conformando una nueva dimensión socioeconómica que se denomina «global» para resaltar la amplitud de sus límites, más allá de las fronteras tradicionales y con ello, más allá también de los sistemas de garantías jurídicos ligados a la territorialidad. Cambios que se reflejan en la nueva conformación de los sectores productivos, con una progresiva disminución del industrial frente a la evidente progresión del de servicios. O en el desarrollo –sorprendente por su profundidad y la rapidez de su sucesión– de nuevas tecnologías, lo que ha dado lugar por primera vez a un fenómeno antes desconocido: la ruptura del principio de economía clásica que ligaba producción a empleo. Ahora es posible –lo señaló con anticipación la OCDE– el aumento de la producción, y, sin embargo, que ello no se traduzca en la creación de más empleo. O en la reorganización de las empresas a través de la división y parcelación geográfica de sus unidades productivas –fenómenos de descentralización productiva y de externalización de servicios que cobran una intensidad no conocida en fases históricas anteriores–. O, finalmente, en la aparición de nuevas categorías profesionales que se crean para cubrir necesidades y servicios también antes inexistentes.

Cambios todos ellos que inciden en el entramado de la realidad social del trabajo por cuenta ajena, y muy directamente afectan a la organización del tiempo de trabajo. Y a la crisis del fordismo, había abierto nuevas formas de organización del trabajo rompiendo paulatinamente la compacta uniformidad en la jornada y horario de trabajo, así como el tiempo de dedicación al mismo. El trabajo no responde ya a la definición general y abstracta en que le había encerrado la revolución industrial. Junto al trabajo subordinado y organizado en torno a reglas precisas y límites concretos, nuevas formas de prestación de trabajo confunden y hacen permeable las hasta entonces claras fronteras entre el tiempo «de subordinación» y el tiempo «libre».

Como muestra, las regulaciones actuales sobre tiempo de trabajo contemplan cada vez con mayor amplitud diferentes fórmulas mediante las cuales el «tiempo libre» se introduce y mezcla en «el tiempo de trabajo asalariado»: las vacaciones, permisos, licencias, sabáticos, excedencias... permiten la interrupción momentánea del contrato de trabajo para realizar actividades privadas. E igualmente y a la inversa, el trabajo asalariado proyecta su sombra sobre el tiempo libre, extendiendo el ámbito de la subordinación a la esfera privada del trabajador: las nuevas formas de trabajo a domicilio y las posibilidades abiertas por las conexiones informáticas son ilustraciones bien conocidas de esta extensión que pone en contradicción principios básicos del Derecho del Trabajo como las reglas sobre seguridad y salud en el trabajo, duración de la jornada, trabajo de niños, y mezcla, de manera inseparable, tiempo de trabajo asalariado y tiempo libre. Fenómeno cada vez más común que puede revestir diferentes variables: como la parcelación de las vacaciones en unidades cada vez mayores pero de muy corta duración, en las que el trabajador mantiene a través de las redes de información una situación de

disponibilidad respecto a la empresa; o los horarios extremadamente flexibles, en los que tiempo de actividad, tiempo de disponibilidad y tiempo libre se confunden sin posibilidad de delimitación.

Y en esta tendencia, la jornada de trabajo, término de referencia para la medida –diaria o semanal– de la prestación de trabajo, núcleo central de toda ordenación normativa y objeto de la reivindicación de los trabajadores, pierde su identidad como término unitario de medida, para convertirse, únicamente, en el criterio de referencia para una medición mucho más amplia, y sólo y en cuanto, es el techo mínimo impuesto por una norma legal o un pacto colectivo. El tiempo de trabajo, fuera de reglas que lo sujetan a horarios concretos y a jornadas estables, adquiere una naturaleza modulable e invertebrada. Ahora es posible que se alargue y adelgace, que se sujete a ritmos y mediciones cambiantes, que olvide los días tradicionales festivos para acumular periodos de descanso y disfrutarlos en épocas diferentes –¿qué pasa aquí con el concepto protector de la norma sobre descanso semanal y diario? –. Es el momento de las jornadas irregulares, la compensación y acumulación de los descansos, las combinaciones que permite el trabajo parcial y las diferentes variaciones de los horarios de trabajo: en turnos, rotatorios, semanales...

Estamos, como se sabe, ante la noción de «flexibilidad», como principio inspirador de los ordenamientos laborales en los últimos años, y en este «orden» nuevo y a la vez con aires de clásico, la organización del trabajo –el lugar, el modo, la forma y el tiempo de prestación de la actividad laboral– es el ámbito esencial donde se desarrolla.

«Flexibilidad» que en materia de «tiempo de trabajo» es sinónimo de «adecuación» del tiempo de trabajo a las necesidades puntuales de la producción –bienes o servicios– de la empresa, de tal forma que «el tiempo pagado» sea siempre, no sólo de «trabajo efectivo» –que por definición ya lo es–, sino, y esto es lo que importa, de «trabajo productivo». Se trata de ajustar con la mayor precisión posible los momentos de máxima actividad laboral con el tiempo de trabajo disponible, a fin de que las necesidades se cubran con la mejor gestión posible de los tiempos de trabajo, por lo tanto, con el menor coste salarial posible.

Muestra de esta tendencia que, desde la prioridad del empleo, considera esencial facilitar la disponibilidad empresarial sobre la fuerza de trabajo es –en nuestro ordenamiento jurídico, pero con experiencias similares en el derecho comparado– el establecimiento de los «pactos de empresa» que permiten el acuerdo entre empresario y representantes de los trabajadores, sobre materia concreta pese a la existencia de un convenio colectivo en vigor. Al admitirse la posibilidad de parcelación del contenido del convenio colectivo entendido hasta entonces como un todo unitario, se produce una alteración fundamental del sistema de negociación colectiva previsto en la primera redacción del Estatuto de los Trabajadores. Convertida la empresa en unidad de negociación respecto a todas las materias ligadas a condiciones de trabajo –el tiempo de trabajo, esencialmente–, se rompe el principio de unicidad del convenio colectivo facilitando, mediante estos pactos, la

más perfecta adaptación del modo de la prestación de servicios a las necesidades de la empresa. De esta forma, se pueden variar horarios, jornada o ritmo de trabajo pese a la existencia de una normativa colectiva más homogeneizadora –y, posiblemente, más favorable para los intereses de los trabajadores entendidos en su conjunto–. Como contrapartida, los representantes de los trabajadores pueden negociar disponibilidad por remuneración, quizá por tiempo libre, o bien, y ello conecta con las últimas orientaciones comunitarias, flexibilidad por seguridad en el empleo, en definitiva, flexibilidad por mantenimiento de los contratos. Entra aquí la noción de calidad en el empleo como sinónimo de estabilidad en tal caso.

Otra reflexión que suscita la tendencia hacia el centralismo de la empresa como eje de las relaciones laborales, es la creciente individualización que se está operando en las mismas. De esta forma el contrato de trabajo adquiere singular importancia como instrumento idóneo para la singularidad y personalización de la prestación de trabajo.

Este aspecto individual de la relación de trabajo se manifiesta también y de forma importante en el ejercicio en el ámbito laboral de una serie de derechos constitucionales de la persona y del ciudadano –el derecho a la intimidad, a la dignidad, a la propia imagen, a la libertad de opinión, de credo... son derechos que no están originados directamente en el ámbito de las relaciones de trabajo en donde, sin embargo, tienen plena vigencia–, que en determinados casos inciden en la ordenación del tiempo de trabajo. Así el derecho a la vida familiar y la protección de la infancia, el derecho a la participación pública y ciudadana, el derecho al descanso y al ocio, el derecho a la formación y al estudio, el derecho a la igualdad de oportunidades, generan en las Constituciones europeas, y conforme avanzan en los principios del Estado Social, nuevas consideraciones que influyen en la regulación tradicional del tiempo de trabajo.

Los permisos y licencias por motivos personales y domésticos del trabajador; el permiso parental por nacimiento o adopción de hijo; la reducción de jornada o la excedencia por cuidado de hijos menores; las excedencias o los permisos para formación; la excedencia por cargo público o sindical; el ejercicio del derecho al voto; la participación como jurado... Traen como base constitucional el derecho de los padres y madres al cuidado y atención de los hijos y es de éstos a su protección y salvaguarda, el derecho de la mujer a la igualdad de trato y, esencialmente, a la igualdad de oportunidades, el derecho de los ciudadanos a la participación social y política.

2. EL TIEMPO DE TRABAJO Y SU REGULACIÓN JURÍDICA

Los diversos intereses, valores y bienes jurídicos que entran en juego en la determinación del tiempo de trabajo, se corresponden necesariamente a su vez con una diversidad de finalidades, opciones y enfoques a la hora de proceder a su

regulación jurídica. Fines distintos que se hacen patentes en desigual medida, como orientación de la ordenación normativa, en fases históricas diferenciadas. Del interés de los sujetos por la determinación objetiva de la prestación de actividad, a la atención que merecen las exigencias de seguridad y salud laboral –en este sentido, el establecimiento de mínimos legales para la protección del trabajador– o a la cada vez más invocada flexibilidad de las relaciones laborales –avalada por argumentos como la mejora de la competitividad o la gestión eficaz de los recursos humanos–, o a la búsqueda de mayores oportunidades de empleo –mediante el reparto y distribución del tiempo de trabajo–, o, finalmente, a la conciliación de la vida laboral y familiar– como paradigma, entre otros de adaptación de los intereses personales y familiares del trabajador a los intereses profesionales–. Y todo ello, con mayor o menor intensidad de acuerdo con las circunstancias económicas y políticas del momento al que obedecen las reglas legales sobre tiempo de trabajo.

Precisamente, atendiendo a que toda ordenación jurídica del tiempo de trabajo es necesariamente una ordenación finalista, interesa subrayar la importancia de la finalidad como criterio sistematizador en una exposición como ésta, que pretende individualizar el fin o los fines que han prevalecido en la regulación del tiempo de trabajo en cada uno de los momentos históricos recientes, lo que al mismo tiempo denota la inevitable presencia de otro elemento sistematizador, cual es el cronológico, desde el momento que este estudio se ordena en el más amplio de la valoración de las reglas laborales contenidas en el Estatuto de los Trabajadores, desde aquel primero de 1980 hasta nuestros días.

Junto a la ordenación finalista de las normas legales deben tenerse en cuenta en este estudio otros factores de importancia que han ido modificando el sistema español de relaciones laborales en estos últimos veinticinco años, como la relación ley-convenio colectivo, la función del contrato individual, o el más amplio margen al poder de dirección empresarial.

3. ORDENACIÓN FINALISTA POR PARTE DE LA NORMA ESTATAL: EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y SUS SUCESIVAS REFORMAS

3.1. Las reglas imperativas del Estatuto de los Trabajadores de 1980

Las principales finalidades de las normas que regulan el tiempo de trabajo han sido, tradicionalmente, la protección de la seguridad y la salud del trabajador y la delimitación del trabajo debido, mediante la acotación del tiempo durante el cual el trabajador debe realizar su prestación de trabajo. Esta segunda finalidad beneficia a ambas partes contractuales, al suponer la determinación de la deuda de actividad, aunque, en relación con el trabajador, ambas finalidades están entrela-

zadas, puesto que la atención a su seguridad y salud en el trabajo se cohonestaba con el establecimiento de un número máximo de horas de trabajo, lo que constituye un mínimo de protección contra el riesgo adicional que supone una jornada excesiva.

Por ello, las reglas que ordenan tradicionalmente esta materia han revestido también tradicionalmente el carácter de normas mínimas –limitativas del tiempo de la prestación y garantes de los períodos de descanso–, lo que a su vez atribuye a la norma estatal un papel decididamente intervencionista en la ordenación jurídica del tiempo de trabajo. En este sentido el Estatuto de los Trabajadores de 1980 no fue innovador, sino que, recogiendo las reglas ya establecidas en la Ley de Relaciones Laborales de 1976, ordenó las normas sobre tiempo de trabajo obediendo a un modelo productivo (*taylorista-fordista*) –caracterizado por una jornada a tiempo completo y con horario fijo para la totalidad de los trabajadores–. Modelo al que responde la histórica lucha obrera por la reducción de la jornada máxima legal. De hecho, la dinámica de las relaciones laborales en España aún respondía al estándar fordista de producción, a pesar de estar ya bastante cuestionado en la fecha de aprobación del Estatuto. Téngase en cuenta que para la reducción de la jornada máxima a cuarenta horas semanales hubo que esperar otros tres años, hasta la Ley 4/1983, de 29 de junio, de fijación de la jornada máxima legal y de las vacaciones anuales mínimas. Así pues, en coherencia con una forma de producción que seguía atendiendo, al menos en intención, a la pretendida existencia de un mismo ritmo de trabajo en todas las empresas y en todos los sectores económicos, la norma estatal se revelaba como el instrumento más idóneo, capaz de establecer, uniformemente y para todos, de forma imperativa, mínimos legales infranqueables. Ello suponía la limitación del poder de dirección del empresario mediante el establecimiento de los períodos en los que el trabajo es debido, reconduciendo la disponibilidad empresarial al tiempo estricto en que la prestación laboral se desarrolla.

Sin embargo, la ley no constituía el único instrumento, ya que desde la primera redacción del Estatuto de los Trabajadores se consideró materia propia de la negociación colectiva la determinación de la estructura y ordenación del tiempo de trabajo. De esta forma el artículo 34 del ET del primer texto de 1980 reconocía a los convenios colectivos la capacidad de fijar la duración de la jornada, así como su fijación en cómputo anual y la distribución irregular de la misma, todo ello condicionado únicamente por unas reglas mínimas que el propio artículo 34 establecía: no sobrepasar para el cómputo de la jornada anual la cantidad de cuarenta y tres horas semanales si se trabajaba en jornada partida, o de cuarenta y dos horas semanales si la jornada era continuada –reducidas más adelante, como se ha dicho, a cuarenta horas de trabajo efectivo a la semana, mediante la Ley 4/1983–, ni el tope de nueve horas de trabajo diario –considerándose en todo caso como horas extraordinarias aquellas que lo sobrepasasen–, ni el límite de doce horas de descanso entre jornadas. De igual forma se atribuía al convenio colecti-

vo la fijación de la duración de las vacaciones anuales –siendo entonces el mínimo legal fijado de veintitrés días, elevado más tarde a treinta días naturales por la misma Ley 4/1983–, así como su planificación anual, si bien con carácter supletorio respecto a lo acordado entre empresario y trabajador.

Con todo, el planteamiento legal era demasiado rígido. Partía del establecimiento de límites precisos y uniformes que condicionaban la decisión del empresario y la capacidad de disposición del convenio, y que afectaban no sólo a la jornada máxima de trabajo, sino también a otros ámbitos –como los descansos y las horas extraordinarias–. Por otra parte, el mantenimiento de otra serie de factores como la existencia de horario flexible únicamente desde la perspectiva del trabajador, y no como interés productivo empresarial ó el preceptivo visado administrativo para el calendario laboral, contribuían, sin duda a la rigidez legal denunciada.

A partir de aquí se fija el punto de inflexión, lo que significa que, a la vez que evoluciona el ordenamiento laboral hacia parámetros de flexibilidad. Por lo que resulta comprensible que a partir de entonces no se haya producido reforma de las normas laborales que no contuviera nuevas vías de flexibilización del régimen del tiempo de trabajo.

3.2. Primeras medidas flexibilizadoras

Estas medidas, introducidas fundamentalmente por el Real Decreto-Ley 1/1986, de 14 de marzo, de medidas urgentes administrativas, financieras, fiscales, y laborales, obedecían a la finalidad de flexibilizar la ordenación jurídica del tiempo de trabajo, con la intención de aproximar dicha ordenación a las necesidades de la realidad productiva. En tal sentido iniciaban una línea, que se mantendría en las sucesivas modificaciones de los artículos 34 y siguientes del ET y sus normas de desarrollo, caracterizada por el intento de reducción de las reglas de carácter imperativo, bien por el procedimiento de convertirlas en dispositivas para las partes –sustituibles por lo acordado en convenio colectivo o en contrato individual–, o bien, sencillamente, por la introducción de nuevas fórmulas tendentes a procurar una mayor disponibilidad del empresario en la ordenación del tiempo de trabajo. Se trata de una tendencia respecto de la cual estas primeras medidas constituyeron un tímido comienzo. Así, el Real Decreto-Ley 1/1986, aparte de eliminar la necesidad de visado administrativo para el calendario laboral –pasando a poderse elaborar libremente por parte de la empresa–, reformó muchos de los aspectos relacionados con las horas extraordinarias: se permitió su compensación por horas de descanso –junto a la posibilidad de seguirlas abonando en metálico–, se estableció una única referencia anual –sin tope diario, semanal o mensual– para su limitación, concretado en ochenta anuales como máximo –en lugar de cien–. Consiguientemente se abrieron posibilidades claras de flexibilización, teniendo en cuenta que los convenios colectivos podían pactar jornadas anuales que, aun

debiendo respetar los límites máximos diario y semanal –de nueve y cuarenta horas respectivamente–, además del necesario descanso de doce horas entre jornadas, no quedaban ya tan sujetas a la anterior consideración de horas extraordinarias, al no tener éstas que ser calificadas como tales por el mero hecho de superar la jornada máxima semanal. Igualmente, tanto a nivel colectivo como individual, quedaba ya permitido utilizar las horas extraordinarias como factor de distribución flexible del tiempo de trabajo. A todo ello se añade que el Real Decreto 2001/1993, de 28 de julio, sobre jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos, permitió la posibilidad de acumulación del descanso semanal en períodos de hasta cuatro semanas para actividades realizadas en régimen de turnos.

Aún así, parecía como si las medidas adoptadas, lejos de entenderse como una satisfacción adecuada a la necesidad de acomodar la regulación del tiempo de trabajo a la realidad del sistema productivo, hubieran abierto aún más el apetito flexibilizador. Da la impresión de que en verdad ello contribuyó a que con más claridad el Estatuto de los Trabajadores fuera calificado de anacrónico, y, como tal, necesitado de una reforma en profundidad, la cual vino de la mano de la Ley 11/1994, que dio a su vez lugar a un Texto Refundido distinto para el Estatuto. En el cual, como no podría ser de otro modo, la regulación del tiempo de trabajo sufrió también cambios de enorme calado.

3.3. El nuevo Estatuto de 1995 y la flexibilidad de la lógica económica: reorientación y redistribución de fines y fuentes de regulación

Sería, ciertamente, muy simplificador, afirmar que la reforma laboral de 1994 estuvo motivada por la finalidad de flexibilizar la dinámica de las relaciones de trabajo –dentro de lo cual asume en efecto una gran relevancia la ordenación del tiempo de trabajo–. Pero es verdad que las anteriores medidas flexibilizadoras iniciaron una tendencia que, a partir del Texto Refundido de 1995, dio paso a una flexibilización realmente estructural, instalada en la base de las necesidades productivas del sistema económico, una flexibilización, perseguida, por lo demás, mediante una nueva relación o redistribución de papeles entre la ley y la negociación colectiva, produciendo un retroceso de la norma estatal y su fuerza imperativa, con el objetivo declarado de lograr una mejor adaptación al contexto productivo. Reflexionemos brevemente acerca de las reglas contenidas en la Sección quinta, Capítulo II, del texto Refundido del ET, artículos 34 a 38, y especialmente respecto a cuáles sean las modificaciones introducidas, a qué orientaciones obedecen y cuál es la finalidad que con las mismas se pretende.

Lo primero que se advierte es que se mantiene, e incluso se refuerza, por la transposición en este ámbito de la Directiva 93/104 CE, de 23 de diciembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, un conjunto de normas imperativas que tienden a garantizar la protección de la seguridad y de

la salud del trabajador, por la vía de la limitación de la jornada y el establecimiento de los períodos mínimos de descanso, contemplando supuestos específicos que requieren mayor protección, bien sea por las circunstancias personales del trabajador –como la edad o la maternidad–, o por la naturaleza del trabajo que se presta –el trabajo a turnos o el nocturno–. Subsisten, así pues, en esta materia, una serie de normas mínimas, y por tanto de obligado cumplimiento, todas ellas referidas a garantizar la protección de la seguridad y salud del trabajador.

Lo segundo es, como se ha señalado, una mayor amplitud en la delegación de la Ley a la negociación colectiva para la regulación de materias respecto a las que la norma legal se autoconfiere un carácter meramente supletorio. Es ésta una manifestación más del importante papel que puede desempeñar la negociación colectiva en la planificación y flexibilización de la relación de trabajo.

De esta forma, corresponde a la negociación colectiva la fijación de la duración de la jornada de trabajo, su cómputo anual, la distribución irregular de la misma a lo largo del año, el prescindir del tope legal de las nueve horas diarias de jornada ordinaria –lo que permite alterar el régimen de las horas extraordinarias–, la propia forma de retribución de las horas extraordinarias –si mediante compensación por tiempo de descanso o por remuneración económica–, así como la determinación de la duración y planificación de las vacaciones anuales.

A lo que el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, añade una nueva competencia, al considerar, en su artículo 2, que los convenios colectivos podrán autorizar, previo acuerdo entre la empresa y el trabajador, que la totalidad o parte de los descansos compensatorios debidos por las reducciones contempladas en dicho Real Decreto para los descansos entre jornadas, así como el medio día de descanso semanal, puedan acumularse para su disfrute conjuntamente con las vacaciones anuales.

Y, lo tercero, es que de nuevo el cambio legal va dirigido a permitir una mayor disponibilidad del empresario en lo referente a la ordenación del tiempo de trabajo, a través de dos vías:

La primera consiste en que el empresario conserva la capacidad de decidir sobre una serie de cuestiones que siempre, salvo pacto colectivo, le han correspondido –como la fijación del horario de trabajo, la organización del trabajo a turnos por equipos de trabajadores que se suceden según un cierto ritmo, el establecimiento de las modalidades de jornada, si continua o dividida por un período de descanso, si desarrollada en sesión diurna o nocturna–, con un nuevo margen de flexibilidad añadido, al poder acumularse el descanso mínimo semanal de día y medio en períodos de hasta catorce días –art. 37.1 ET–.

La segunda vía se debe a que ahora la ley brinda un mecanismo óptimo al empresario para facilitar esa mayor capacidad de disposición sobre la fuerza de trabajo. Se trata del juego combinado de dos reglas del ET: la contenida en el artí-

culo 34.3 y la que más adelante establece el artículo 35, apartados 1 y 2. Por la primera se suprime, vía negociación colectiva, el tope de nueve horas máximas de jornada ordinaria. Por lo tanto la regla antes imperativa se convierte en norma supletoria, operativa a falta de acuerdo expreso de las partes. Y ello es muy importante. Significa que para cuando exista pacto al respecto –y lo habitual es el establecimiento de la distribución irregular de la jornada en cómputo anual– se modifica el concepto de las horas extraordinarias, ya que a partir de ahora no se van a considerar como tales aquéllas que sobrepasen las nueve horas diarias de la jornada ordinaria. Regla, pues, que debía modificarse en primer lugar si, como es evidente, se quería dar entrada a la segunda medida, la que establece el artículo 35 (apartados 1 y 2), que de forma compleja abre considerablemente a la discrecionalidad empresarial la distribución irregular del tiempo de trabajo del que se puede disponer. Comienza estableciéndose la presunción del descanso compensatorio como fórmula de remuneración de las horas extraordinarias salvo pacto en contrario sobre su abono en metálico, cuando tal compensación se realice dentro de los cuatro meses siguientes a su realización, y, a continuación –en el párrafo siguiente– se considera que estas horas –las compensadas por tiempo de descanso dentro de este período de los cuatro meses– «no se computarán» a efectos del límite de las ochenta horas extraordinarias al año que, como máximo, se permiten.

Esto sólo puede entenderse en un sentido: que las horas realizadas por encima de la jornada pactada, siempre que sean compensadas con descanso en ese período de tiempo señalado de los cuatro meses, no son, ni se consideran, horas extraordinarias. Y no lo son aunque se rebasen las nueve horas de jornada diaria, y no lo son aunque se sobrepasen las horas establecidas en el calendario laboral, ni incluso cuando se superen las ochenta horas de más en un período inferior a esos cuatro meses, siempre que al finalizar el mismo se hubiesen compensado con el descanso correspondiente. Se ha establecido una formidable vía de adaptación de la fuerza de trabajo.

Lógicamente, al no ser extraordinarias, no computan como tales, ni cotizan como tales, e incluso se debilita considerablemente la capacidad de su control por parte de la Inspección de Trabajo, al no existir tampoco, en otra sutil modificación del régimen de las horas extraordinarias respecto al régimen anterior, la obligación empresarial de registrar día a día las horas de más realizadas, ni su totalización semanal con entrega de la copia correspondiente al trabajador. Por el contrario, lo que ahora se establece en el artículo 35.5 ET –de forma congruente por lo demás con la nueva regulación– es la obligación del empresario de registrar día a día la jornada de cada trabajador, totalizándose la misma en el período fijado para el abono de las retribuciones «a efectos –se dice– del cómputo de horas extraordinarias». Lo que significa un control remoto y prolongado en el tiempo por parte de la Inspección de Trabajo y de los propios representantes de los trabajadores –el resumen mensual de ese registro se deberá entregar a los representantes de los trabajadores, según la Disposición adicional tercera del Real Decreto 1561/1995, de

21 de septiembre— sin que les sea posible considerar si las horas trabajadas que sobrepasen la distribución irregular de la jornada según el calendario laboral se consideran o no como extraordinarias, salvo que, o se haya sobrepasado el número de las horas correspondientes a la jornada pactada en el período de cuatro meses, o se haya sobrepasado el número total de las horas establecidas como jornada ordinaria en cómputo anual; o salvo que las propias partes las consideren como tales y así se retribuyan. Por ello la única forma de control es la que en el artículo 35.5 se establece: reseñar las horas trabajadas en la jornada de cada trabajador, aunque ésta se recoja en el recibo de salarios y no el «parte» de horas extraordinarias del sistema anterior, pudiendo la Inspección, en el caso en que esta obligación se incumpla, levantar acta de infracción, no por no recoger las horas extraordinarias, ya que en principio no se sabe si son tales, sino por eludir el único medio de control que para su posible existencia se prevé legalmente.

En definitiva, la reforma del noventa y cuatro ha alterado el régimen de las horas extraordinarias e incluso el propio concepto de las mismas, al calificar con ese término una serie de horas volantes que no tienen más finalidad que permitir acomodar con mayor facilidad el tiempo de trabajo y las necesidades de la empresa, y que además no son tales en cuanto legalmente no se consideran como tales —las horas extraordinarias tienen una naturaleza constitutiva— ni sustancialmente pueden serlo, en la medida en que no están sobrepasando la duración de la jornada establecida. Habría resultado más claro separar estas horas de «disposición pactada» de las que realmente tienen tal carácter, reservando la figura de las horas extraordinarias tan sólo a aquéllas que entren en alguno de estos supuestos: que hayan sido expresamente pactadas así en negociación colectiva; que se decida su retribución económica por acuerdo individual o colectivo; así como las que sobrepasen la jornada correspondiente a los cuatro meses establecida en el calendario laboral, o, en todo caso, las que sobrepasen la jornada pactada en cómputo anual.

Resumiendo, existen unas horas variables de las que el empresario va a disponer de acuerdo con el trabajador —se mantiene el carácter voluntario de las mismas— en períodos de hasta cuatro meses, que no consumen tiempo del considerado extraordinario, y al mismo tiempo continúa disponiendo de hasta ochenta horas anuales para incrementar la jornada cuando así lo estime conveniente o haya sido pactado expresamente en convenio colectivo. Lo que nos lleva a la siguiente cuestión.

3.4. Flexibilidad, ¿y empleo?

En efecto, conviene recordar que otra de las constantes del régimen legal del tiempo de trabajo cuando se refiere a las horas extraordinarias es su consideración como una institución que se mantiene de forma coyuntural, reservada sólo a atender necesidades especiales o muy concretas, que debe desaparecer, y sobre todo que debe ser reconducida hacia cualquiera de las modalidades contractuales existentes «para incrementar las oportunidades de colocación de los trabajadores en paro forzoso», como dice el propio artículo 35.2 ET tras diseñar el sistema ya comentado.

Es decir, está aquí presente una idea ya antigua y otra vez emergente: la posibilidad de utilizar reglas del tiempo de trabajo para, mediante su limitación, reparto o distribución, conseguir incrementar el empleo, aunque la regla del ET se refiera, no a una ordenación general, sino tan sólo al tiempo resultante por la no realización de las horas extraordinarias –si en un futuro el «Gobierno decidiese suprimirlas o reducirlas»–, art. 35.2 ET.

En esta línea, por lo demás no única ni novedosa dentro de la acción social comunitaria, ya la Directiva 93/104CE sobre tiempo de trabajo –que ha sido sustituida por la Directiva 2003/88CE–, en relación con los tiempos máximos de trabajo y períodos mínimos de descanso que los Estados miembros deben garantizar en sus respectivos ordenamientos, ofrecía la oportunidad de su desarrollo desde la perspectiva de la ordenación del tiempo de trabajo, en términos compatibles con su utilización como instrumento de la política de empleo.

Recuérdese la célebre Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de septiembre de 1996, sobre la reducción y adaptación del tiempo de trabajo, cuya idea central es la distribución del mismo, sin que ello suponga pérdida de la competitividad de la empresa ni reducción en el salario del trabajador, mediante determinadas compensaciones y subvenciones, a fin de conseguir un aumento en la creación de empleo o, al menos, frenar su destrucción. Propone la Resolución el estudio a los países miembros de la UE acerca de las consecuencias de ahorro en el gasto público que se originaría por la disminución significativa del desempleo como efecto de una nueva ordenación del tiempo de trabajo, basada en su disminución y reparto, lo que permitiría, a su vez, destinar este ahorro potencial o real a compensar la pérdida por las nuevas colocaciones. Y por lo que aquí interesa, esta Resolución es realmente significativa en cuanto contiene una llamada a los interlocutores sociales a la concertación, tanto a nivel europeo como a nivel sectorial, para la celebración de acuerdos flexibles en materia de reducción y adaptación del tiempo de trabajo. En el mismo sentido la Directiva 93/104CE –punto diez– conmina a los agentes sociales a que «creen las condiciones necesarias en los convenios colectivos que permitan a las empresas introducir diferentes tipos y formas de organización del tiempo de trabajo en función de la mano de obra requerida».

Este tipo de medidas han sido ya confirmadas por experiencias procedentes de pactos colectivos, que demuestran su eficacia como fórmula de mantenimiento del empleo y creación de nuevos puestos de trabajo¹.

En nuestro país las políticas autonómicas asumieron prontamente estos planteamientos. Fue Euskadi –Decreto 232/1996, de 1 de octubre– la primera Comunidad Autónoma que subvencionó el reparto del tiempo de trabajo dentro de las políticas activas de fomento de empleo. La vía utilizada fue la de incentivar a los trabajadores mediante cantidades a tanto alzado a fin de que, utilizando las figuras previstas legalmente –jubilación parcial, excedencia forzosa, voluntaria o por cuidado de hijos...–, o las pactadas en convenio colectivo o contrato individual –reducción de jornada de trabajo para el cuidado de personas mayores, para formación...–, se generara un volumen de empleo que pudiera ser cubierto por la contratación de otros trabajadores; lo que se completaba mediante la subvención a las empresas –con cantidades equivalentes al 50% o 100% de la cotización empresarial a la Seguridad Social por contingencias comunes durante períodos variables de tiempo– para que efectivamente realizaran tales contrataciones.

Lo que nos lleva a recoger y valorar las políticas autonómicas de fomento de empleo, en cuanto es común a todas éstas la utilización del tiempo de trabajo –su distribución y reparto– como fórmula de creación de empleo.

3.5. Reparto y distribución del tiempo de trabajo. El eje de las políticas regionales de fomento de empleo

Dentro del ámbito competencial que fijan los arts. 148 y 149 CE, las Comunidades Autónomas pueden actuar en materia de empleo a través de las siguientes vías: asumiendo facultades de ejecución –y en este sentido, competencias y servicios– en el ámbito del trabajo, el empleo y la formación; ejercitando aquellas competencias legislativas que le atribuyen sus Estatutos de acuerdo con

1. Un sólido ejemplo es el pacto realizado en Hannover (15 de septiembre de 1996), a propuesta de la dirección del consorcio automovilístico Volkswagen y aprobado por el comité de empresa, que suponía evitar el despido de 18.000 trabajadores, basado en una distribución flexible del tiempo de trabajo. Básicamente la propuesta consistía en el establecimiento de un modelo denominado «bonos de tiempo de trabajo» que permite la acumulación de horas de trabajo en unidades de diez, veinticinco, cincuenta y cien horas. Ese tiempo de trabajo ya realizado incrementa el patrimonio del trabajador a lo largo de su etapa de profesional activo, de tal forma que cuando tenga más de cincuenta y cinco años pueda mantener el mismo salario por jornada completa trabajando menos horas que las establecidas y haciendo uso de los bonos de tiempo ya trabajado. Estas formas de compensar las diferentes etapas de la vida profesional del trabajador computando el tiempo de trabajo y su distribución irregular en una tan amplia base de cálculo –no el año, como sucede en nuestro ordenamiento, sino toda una vida profesional– es una experiencia desconocida entre nosotros, si bien existen algunas propuestas sindicales en tal sentido, que nunca han culminado en realidades concretas.

el diseño constitucional –y en este sentido, mediante la creación de programas propios de estímulo al empleo; fomentando la economía social y el autoempleo –haciendo uso de competencias exclusivas–; y, finalmente, mediante políticas de protección social de carácter asistencial y con finalidad de integración de colectivos marginados socialmente a través del trabajo y la formación.

Por tanto, los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas y de acuerdo con sus propios Estatutos, podrán desarrollar programas de fomento de empleo –dentro de una amplia diversidad de denominaciones y regímenes jurídicos, y generalmente a través de subvención económica–, siempre que no invadan las esferas exclusivas del Estado relativas a la legislación laboral ni que se vulneren los principios constitucionales de igualdad, de unidad de mercado y de solidaridad.

Generalmente las normas de fomento de empleo autonómicas se basan, como ya se ha anunciado en formulas de reparto y distribución del tiempo de trabajo. En este sentido las líneas de actuación que suelen utilizar de forma más común son, bien el apoyo, mediante la subvención de una cantidad económica equivalente a un porcentaje sobre la cotización empresarial a la Seguridad Social por la celebración de contratos de interinidad y de relevo²; o bien estableciendo ayudas económicas para subvencionar aquellos contratos celebrados con desempleados como consecuencia de la eliminación o reducción de horas extraordinarias en negociación colectiva. Y en determinados casos, potenciando la reducción de la jornada y la distribución irregular de la misma como instrumento de flexibilidad interna y como elemento generador de empleo³.

Por lo demás las normas de fomento de empleo suelen ir dirigidas a procurar la inserción laboral de colectivos concretos⁴, priorizando a los que tienen mayor dificultad de inserción social⁵; o a facilitar la conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

2. Decreto 47/2004, de 9 de marzo, del Gobierno de Aragón, para la promoción de la contratación estable y de calidad; Orden de 8 de abril de 2005 del Gobierno de la Región de Murcia de programas destinados a la integración laboral de personas con discapacidad y Decreto 329/2003, de 23 de diciembre del Gobierno del País Vasco de ayudas al empleo.

3. Orden de 17 de marzo de 2000 del Gobierno de Cantabria, de Ayudas para el Fomento de la Creación de Empleo.

4. En el Decreto 47/2004 de Aragón estas medidas están destinadas a jóvenes menores de 30 años con dos meses como mínimo de desempleo y/o mujeres -en cuyo caso la subvención es incrementada en un 5% del total-.

5. En el Decreto 329/2003 del País Vasco, se destina la medida a desempleados en general, pero se introducen incrementos si se pertenece a algún colectivo como el ser mayor de 45 años con una antigüedad de desempleo de al menos tres meses; personas con minusvalía reconocida física, psíquica o sensorial de al menos 33%; personas que padezcan una enfermedad mental; el padre o la madre de una familia monoparental; víctimas de actos de terrorismo; víctimas de violencia doméstica; quienes hayan finalizado un proceso de inserción socio-laboral en una empresa de inserción; beneficiarias

En este último caso las medidas son numerosas e igualmente conectadas con reglas de distribución de tiempo de trabajo⁶.

Medida generalizada es la que establece una subvención en caso de excedencia para cuidado de hijo⁷ o de familiar dependiente⁸. Que puede, incluso, ir dirigida exclusivamente al trabajador varón como medida efectiva de conciliación⁹.

Y en igual sentido se contemplan los intereses personales del trabajador en determinadas normas autonómicas¹⁰, como aquellas que, por ejemplo, establecen permisos no retribuidos por formación.

3.6. La apertura a consideraciones familiares del trabajador

De forma paulatina, lenta y dilatada, como ocurre en los procesos sociales, han ido entrando en la legislación laboral la consideración de intereses personales y familiares del trabajador más allá de los propios relacionados con la protección de su seguridad y salud o de los episodios estrictamente relacionados con la maternidad. Así se promociona cierto tiempo disponible para el cuidado de los menores y de las personas dependientes en favor de los trabajadores y las traba-

del Ingreso Mínimo de Inserción del País Vasco; extoxicómanos -exalcohólicos y exdrogadictos- e internos en centros penitenciarios que carezcan de cualquier tipo de contrato de trabajo. Orden de 8 de abril de 2005 del Gobierno de Murcia de programas destinados a la integración laboral de personas con discapacidad.

6. Decreto 47/2004, de 9 de marzo, del Gobierno de Aragón para la promoción de la contratación estable y de calidad; Orden de 17 de marzo de 2000 del Gobierno de Cantabria de ayudas para fomento de la creación de empleo; Orden FAM/1970/2004, de 23 de diciembre, del Gobierno de Castilla y León, de ayudas económicas a padres y/o madres que soliciten reducción de jornada laboral para conciliar la vida laboral y familiar; Orden de 16 de marzo de 2005 del Gobierno de Galicia de bases reguladoras y convocatoria de los incentivos de contratación dirigidos a favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar; Orden Foral 187/2005, de 29 de septiembre del Gobierno de Navarra, de ayudas para favorecer la inserción laboral de mujeres y la conciliación de la vida laboral y familiar de personas trabajadoras, y Decreto 329/2003, de 23 de diciembre del Gobierno del País Vasco, de ayudas al empleo.

7. Orden FAM/1970/2004, de 23 de diciembre, del Gobierno de Castilla y León, de ayudas económicas a padres y/o madres para reducción de jornada laboral para conciliar la vida familiar y laboral; Orden Foral 187/2005, de 29 de septiembre, del Gobierno de Navarra, de ayudas para favorecer la inserción laboral de mujeres y la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras y Decreto 329/2003, de 23 de diciembre, del Gobierno del País Vasco, de ayudas al empleo.

8. Decreto 47/2004 de Aragón y la Orden de 16 de marzo de 2005 de Galicia.

9. Orden FAM/1970/2004, de 23 de diciembre del Gobierno de Castilla y León de ayudas económicas a padres y/o madres para reducción de jornada laboral para conciliar la vida laboral y familiar (Base 5ª.3); Orden Foral 187/2005, de 29 de septiembre del Gobierno de Navarra de ayudas para favorecer la inserción laboral y familiar de las personas trabajadoras (arts. 3 y 4) y Decreto 329/2003 de 23 de diciembre del Gobierno del País Vasco de ayudas al empleo (art.49.1).

10. Decreto 329/2003, de 23 de diciembre, del Gobierno del País Vasco de ayudas al empleo.

jadoras en un intento inalcanzado de minimizar la desigualdad entre hombres y mujeres mediante una efectiva política de igualdad de oportunidades.

Una buena parte de las interrupciones, reducciones o adaptaciones de jornada previstas en nuestro ordenamiento responden al interés de los poderes públicos en facilitar a los trabajadores la conciliación de su trabajo con la vida familiar. La materialización de muchos de estos objetivos en nuestra normativa interna responde a las iniciativas comunitarias de tal forma que la Unión Europea se muestra como precursor en la tutela de estos nuevos valores.

Las principales modificaciones introducidas en el ordenamiento laboral español en esta materia proceden, por tanto, del cumplimiento de la obligación de transposición a nuestro ordenamiento de las Directivas Comunitarias, no siempre conseguida con total fidelidad. Así la Directiva 1992/85/CEE, de 19 de octubre, de Seguridad e Higiene en el Trabajo en la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE), y la Directiva 96/34/CE de 3 de junio de 1996, relativa a la aplicación del Acuerdo Marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES.

La transposición de estas Directivas se ha llevado a cabo principalmente a través de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales y de la Ley 39/99, de 5 de noviembre, para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las personas trabajadoras, que se convierte en la norma específica en esta materia, si bien ya con anterioridad la Ley 3/1989, de 3 de marzo, había introducido cambios significativos en la ésta línea. No obstante hay una decidida intención del legislador del momento de arrogarse la titularidad del planteamiento como muestra de ello la Exposición de Motivos declara que a través de esta Ley se van a producir «cambios legislativos en el ámbito laboral para que los trabajadores puedan participar de la vida familiar, dando un nuevo paso en el camino de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres y trata además de guardar un equilibrio para favorecer los permisos por maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones del trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres». Aunque, sin embargo, no fue capaz de afrontar con eficacia la transposición de los permisos parentales, a pesar de que, con igual confianza, continuara afirmando la Exposición de Motivos de esta Ley que a través de la misma «se facilita que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia». Posteriormente la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, introduce algunas medidas menores y de igual naturaleza.

El presente está dominado sin duda por una legislación promocional de la mujer a través de dos normas. Una específica que, aunque tenga un contenido genérico, contempla medidas dirigidas a facilitar la conciliación del trabajo con intereses personales y familiares de la mujer trabajadora. Y otra, en vías de tramitación parlamentaria, de carácter más general. La primera, muy específica, en cuanto a su ámbito subjetivo es la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género; la segunda, actualmente aprobada como Anteproyecto el día 3 de marzo, es la Ley de Igualdad.

Pero centrándolo en las reglas que sobre la conciliación de la vida laboral y familiar se contienen en el Estatuto de los Trabajadores puede afirmarse, de forma general, que se trata de reglas que en su mayoría responden a la transposición de directivas comunitarias y que no siempre han sido objeto de una transposición cuidadosa. Que se trata, además, de disposiciones relacionadas en todo caso con la ordenación del tiempo de trabajo. Y por último, que se trata de reglas mínimas que pueden ser mejoradas por convenio colectivo. Ciertamente este es un tema, como todos los relacionados con condiciones de trabajo y con flexibilidad en la disposición empresarial de los recursos humanos, que tiene en la negociación colectiva un amplio margen para su desarrollo. La ampliación de los descansos por maternidad, las excedencias y la reducción de la jornada o los nuevos permisos, retribuidos o no, por motivos personales y familiares se contemplan en los convenios colectivos, sí no con asiduidad, sí al menos de forma frecuente.

No obstante lo que ahora interesa es la evolución normativa de este derecho dentro del propio Estatuto de los Trabajadores. Así, lo que era una cuestión principalmente de derechos ligados a la maternidad de la mujer trabajadora –y en este sentido se orientaban las reglas de suspensión del contrato de trabajo–, quiere pasar a convertirse en una cuestión de adaptación de los tiempos de trabajo a los intereses personales y familiares de los trabajadores y de las trabajadoras. En definitiva reglas que deben contemplarse como expresión del principio de Igualdad de Oportunidades.

Una ordenación sistemática nos permite dividir este estudio en tres apartados de acuerdo con la institución en la que se introducen. Así los permisos retribuidos regulados en el art. 37.3 ET; la reducción de la jornada por cuidado del menor o de la persona dependiente a la que se refiere el art. 37.5 ET; y, por último, el régimen de la excedencia por las mismas razones del art. 46.3 ET.

a) Permisos retribuidos

El 37.3 ET contiene un listado de causas por las cuales el trabajador, puede ausentarse del trabajo y tiene derecho a mantener la remuneración. Se trata de un listado excesivamente pobre si con el mismo se quiere dar satisfacción al principio de la Directiva 103/1993CEE de «necesaria adaptación del trabajo a las necesidades del trabajador», pero también de un listado posibilista si se contempla

desde el punto de vista empresarial. Por ello las razones son tasadas, principalmente unidas a situaciones personales del trabajador, excepcionales o extraordinarias –el matrimonio, por ejemplo–, sin que aquí puedan tener entrada aquellas otras cuestiones que son más frecuentes como causa de ausencia del trabajador. Son también supuestos que justifican la ausencia remunerada y por tanto se exigen los requisitos de aviso previo y justificación. A este listado, en principio muy breve de supuestos, las distintas reformas legislativas han ido añadiendo otros que podríamos considerar dentro del principio de conciliación de la vida laboral y familiar. Veámoslo:

El apartado b) del art. 37.3 ET, modificado por la Ley 39/99, incorpora dos posibilidades a las ya reconocidas en la anterior redacción. Se trata de los supuestos de accidente o enfermedad grave u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad del trabajador. El permiso es de dos días, ampliable a cuatro cuando el trabajador necesite desplazarse. Recoge esta regla una disposición semejante de la Directiva 96/34CE (art. 3) cuando señalaba la necesidad de que los Estados miembros y/o los interlocutores sociales «adopten las medidas necesarias para ausentarse del trabajo... por motivos de fuerza mayor vinculados a motivos familiares urgentes en caso de enfermedad o accidente que hagan indispensable la presencia inmediata del trabajador»¹¹.

Y la recoge de forma muy limitada ya que contempla únicamente supuestos precisos, graves, específicos, en todo caso relacionado con un familiar cercano y no desde luego otros motivos de ausencia relacionados con obligaciones familiares –enfermedad leve del menor, por ejemplo–. Corresponderá al convenio colectivo la inclusión de otros supuestos o la ampliación de los permisos. Sin embargo es un tema complejo pues ciertamente es difícil una sistematización legal de los supuestos que pueden determinar las ausencias basadas en motivos familiares, pero también corresponde a la ley garantizar el derecho del menor y de la persona dependiente al cuidado de quién los tiene a su cargo. Como a su vez, el trabajador o la trabajadora tiene derecho a mantener el empleo. La cuestión debe solucionarse no mediante la introducción de nuevos supuestos cuya casuística puede ser infinita, sino a través de una planificación flexible de los tiempos de trabajo que permita, por esta vía, compatibilizar esas necesidades personales de los trabajadores –cuya importancia difícilmente se puede prever de antemano– con el

11. Más ejemplos en el mismo Informe. Así en Francia y Portugal se reconoce un permiso de 30 días al año, si se trata de un hijo menor de diez años, para su cuidado, si bien se trata de un permiso no retribuido. En Alemania para cuidado de hijo enfermo se otorgan 10 días de permiso por progenitor y 20 en el caso de un progenitor sin cónyuge o conviviente; si se trata de más de un hijo, el permiso asciende a 25 días por progenitor y 50 días si se trata de una familia monoparental. En Grecia se establece el derecho a disfrutar de 6 días de permiso u 8, si el trabajador ejerce la custodia sobre dos o más hijos, o a 12 días si la custodia se ejerce sobre tres o más hijos.

cumplimiento de su actividad laboral –léase jornada de trabajo o consecución de resultados–¹². Y en este sentido se afirma la futura Ley de Igualdad si bien con una remisión a la negociación colectiva para la planificación flexible y el establecimiento de reglas de recuperación y compatibilización de los tiempos de trabajo.

- El apartado f) del art. 37.3 ET, introducido por la Disposición Adicional Undécima de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, reconoce el derecho a ausentarse del trabajo, «por el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo». También en este caso la norma obedece a la obligación de transposición de uno de los aspectos que se contienen en la Directiva 92/85/CEE (art. 9) cuando ordena a los Estados miembros que tomen las medidas necesarias «para que las trabajadoras embarazadas disfruten, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales, de un permiso sin pérdida de remuneración para realizar los exámenes prenatales en caso de que dichos exámenes tengan lugar durante el horario de trabajo».

Regla destinada a las trabajadoras a tiempo completo, ya que en el supuesto de contrato a tiempo parcial, el ejercicio de tal derecho vendrá condicionado únicamente por la imposibilidad horaria.

- El apartado 4.bis, del art. 37 ET introducido por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, establece el permiso retribuido de una hora de duración en el supuesto de nacimiento de «hijos prematuros o que, por cualquier causa, «deban permanecer hospitalizados a continuación del parto». Permiso que puede ser sustituido por una reducción de la jornada de dos horas con reducción proporcional del salario.

En lo relativo a la titularidad de este derecho, el art. 37.4 bis ET señala que será «la madre o el padre» los que puedan ausentarse del trabajo o reducir su jornada de trabajo, por lo que en principio no existe una titularidad originaria de ninguno de los padres, lo que se inscribe en una medida de igualdad de oportunidades. Es lógico entender que este permiso puede coincidir con la suspensión del contrato por maternidad, en tal caso podría acogerse al mismo el padre o la madre que no estuviera haciendo uso del mismo. Incluso sería utilizado únicamente por el padre durante las seis primeras semanas posteriores al parto, de descanso obligatorio para la mujer trabajadora.

12. Más ejemplos en el mismo Informe. Así en Francia y Portugal se reconoce un permiso de 30 días al año, si se trata de un hijo menor de diez años, para su cuidado, si bien se trata de un permiso no retribuido. En Alemania para cuidado de hijo enfermo se otorgan 10 días de permiso por progenitor y 20 en el caso de un progenitor sin cónyuge o conviviente; si se trata de más de un hijo, el permiso asciende a 25 días por progenitor y 50 días si se trata de una familia monoparental. En Grecia se establece el derecho a disfrutar de 6 días de permiso u 8, si el trabajador ejerce la custodia sobre dos o más hijos, o a 12 días si la custodia se ejerce sobre tres o más hijos.

- El permiso parental que esta previsto en el Anteproyecto de Ley de Igualdad, lo que supondrá la transposición definitiva de la Directiva 96/34/CE en el ordenamiento laboral español. Esta regla viene a completar en cierta forma, el escaso permiso por nacimiento de hijo establecido en el art. 37 3.b) ET de dos días. Lo importante en este caso es que se trata de un permiso individualizado, que en todo caso debe disfrutar el padre, que es riesgo cubierto por la Seguridad Social y que su disfrute puede prolongarse si se ejercita a tiempo parcial. El periodo establecido es de ocho días que unido a los dos de descanso y a los dos de permiso remunerado se convierten en doce consecutivos o en dieciocho si se ejercita con reducción de jornada.
- El permiso por lactancia. El derecho de las trabajadoras a una hora de ausencia del trabajo por lactancia de un hijo menor de nueve meses –que podrán dividir en dos fracciones–, o el derecho a la reducción de la jornada en media hora con igual finalidad, se reconoció desde la primera redacción del Estatuto de los Trabajadores en su art. 37.4, sin embargo, fue la Ley 3/1989, de 3 de marzo la que, al introducir determinadas modificaciones, como la ampliación a dieciséis semanas del permiso por maternidad, reformó esta regla abriendo la posibilidad de que el permiso por lactancia pudiera ser compartido indistintamente por el padre o por la madre en el caso de que ambos trabajasen. Regla por tanto de Igualdad de Oportunidades que, no obstante, debía potenciarse. Por ello la Ley 39/1999, en su disposición adicional cuarta estableció que el Gobierno, en el marco de sus competencias y de acuerdo con los agentes sociales, «impulsará campañas de sensibilización pública con la finalidad de conseguir que los hombres asuman una parte igual de las responsabilidades familiares, y, de manera especial se acojan a las nuevas posibilidades que esta Ley ofrece para compartir el permiso parental».

La titularidad del derecho al permiso por lactancia corresponde sin embargo, a la mujer, trabaje o no el padre, de manera que se reconoce en principio a la trabajadora y sólo si ambos trabajan, este derecho será ejercitado por uno de ellos, o por el progenitor en el supuesto de fallecimiento de la madre por aplicación analógica del art. 48.4 ET, que, en igual supuesto, establece que el padre podrá hacer uso de la totalidad o en su caso, de la parte que reste del periodo de suspensión.

El mismo derecho se reconoce en el supuesto de adopción y acogimiento, además de que la disposición adicional quinta de la Ley 39/1999, considera jurídicamente equiparables a éstos, las resoluciones judiciales o administrativas extranjeras cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción o acogimiento preadoptivo o permanente.

b) Reducción de la jornada por cuidado del menor o de persona dependiente

- El art. 37. 5 ET permite la reducción de la jornada con disminución proporcional del salario en al menos un tercio y un máximo de la mitad de la duración de aquella por cuidado directo del menor de 6 años, o de un disminuido físico o psíquico que no desempeñe actividades retribuidas. Supuestos a los que la Ley 39/1999 añadió el del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

De acuerdo con el art. 37.6 ET corresponde al trabajador la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute, si bien el empresario, por razones justificadas de funcionamiento de la empresa, podrá limitar el ejercicio de este derecho cuando dos o más trabajadores lo soliciten por igual causa. Lo que es indicio, una vez más, de cómo lo que se entiende como un derecho del trabajador puede limitarse cuando entra en colisión con intereses empresariales.

- Supuesto especial, pero que igualmente puede contemplarse como medida de conciliación de la vida personal, familiar y laboral es la regla que permite la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario en el caso de la mujer víctima de violencia de género. En este caso la LO de Protección Integral contra la Violencia de Género, garantiza que la protección –o asistencia social– no incida de forma negativa en el empleo de la mujer. En este sentido las reglas sobre reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario, o las que permiten la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa.

Estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y la trabajadora afectada. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a la trabajadora, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias.

c) Las excedencias

El régimen de las excedencias por motivos de cuidado del menor que ya se contenía en la redacción originaria del ET fue modificado de forma importante por la Ley 39/1999, ampliando el derecho del trabajador a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, lo sea por naturaleza como por adopción o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo. Durante el primer año se mantiene el derecho a la reserva de su puesto de trabajo –como si se estuviera ante el supuesto de suspensión del contrato de trabajo por maternidad– transcurrido el mismo, la reserva

queda referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente. Igualmente se reconoce el derecho a la excedencia forzosa para el cuidado de un familiar hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pudiera valerse por sí mismo. En este caso el periodo de excedencia tendrá una duración no superior a un año, con reserva de puesto de trabajo.

Se trata de un derecho que puede disfrutarse con independencia del sexo de trabajador ya que su titularidad es individual de los trabajadores, hombres o mujeres, y en este caso se reproduce la misma regla ya vista en el art. 37.6 ET respecto a la limitación del derecho en el caso de que dos o más trabajadores de la misma empresa lo solicitaran, pudiendo el empresario limitar su ejercicio por «razones justificadas de funcionamiento de la empresa».

El ET concede este derecho con independencia de la modalidad contractual que vincule a los trabajadores a la empresa ni al tipo de relación laboral de que se trate, por lo que la Ley no impide que puedan hacer uso de ella los trabajadores temporales aunque ciertamente la duración del contrato pudiera hacerlo realmente ilusorio. En este sentido se han pronunciado diferentes resoluciones judiciales, al considerar, por ejemplo, que el convenio colectivo no puede excluir a estos trabajadores del ejercicio de este derecho –STSJ de Castilla-La Mancha de 23-11-1999 (As 1999/4023)–; o, por ejemplo, al reconocer tal derecho al personal interino al servicio de instituciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud –STSJ de Valencia 13-04-1999 (As 1999/5806)¹³.

Es al trabajador al que corresponde elegir la duración de la excedencia dentro de los límites máximos legales o convencionales.

Mediante negociación colectiva el trabajador o la trabajadora, podrá reducir el periodo de excedencia respecto al periodo máximo previsto, bien anticipando el final de su ejercicio o bien retrasando su inicio. Supuesto que a ahora la futura Ley de Igualdad contiene como derecho de los trabajadores.

Contempladas en su conjunto, las reglas legales dirigidas a la conciliación de la vida personal, familiar y profesional de las personas trabajadoras, se muestran insuficientes y poco eficaces. En este sentido el Informe del Consejo Económico y Social de 2005 sobre el Trabajo de la Mujer denunció cómo en España «no se concilia», aludiendo con ello a que los padres trabajadores difícilmente se acogen a las posibilidades que ofrece la Ley al respecto. Esta falta de interés, el importante lastre social y cultural que entiende que el cuidado de menores y de personas dependientes corresponde a la mujer, la generalidad del peor valor del traba-

13. En sentido contrario se ha pronunciado el TSJ de Andalucía (Málaga), en Sentencia de 26-02-1999, -As 1999/5568-

jo realizado por mujeres –menor cualificación profesional, menor salario, menor posibilidad de promoción–, hacen que en la práctica la mujer siga asumiendo estos trabajos y que las normas de conciliación le sirvan para poder conciliar ella misma el trabajo doméstico y el extradoméstico.

En conjunto la ordenación legal de esta cuestión no es que sea inapreciable, sigue con fidelidad, salvo en lo referente al permiso parental, la transposición de las Directivas comunitarias y sin embargo, «no se concilia». Se reconocen días de permiso retribuido, se permite la reducción de jornada, se establecen excedencias con reserva de puesto de trabajo. Así pues, las reformas legales han ido potenciando el cambio de roles y, sin embargo, «no se concilia».

Es preciso un cambio fundamental en la sociedad, algo que desde los años ochenta se viene demandando en un país como el nuestro basado en los principios de igualdad y en la prohibición de discriminación. Por tanto la Ley de Igualdad se presenta como una Ley necesaria capaz de remover esta fuerte, profunda, inercia social.

4. REGULACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El Estatuto de los Trabajadores atribuye a la negociación colectiva importantes funciones en la ordenación del tiempo de trabajo. Así corresponde a la negociación colectiva la determinación de la duración de la jornada, su distribución irregular a lo largo del año, la fórmula de compensación del descanso semanal, el número de horas extraordinarias y el régimen de las vacaciones anuales, mientras que la norma legal cumple la función de garantizar los derechos mínimos en relación con la protección de la seguridad y salud del trabajador.

Junto a esto, la negociación colectiva puede cumplir también un importante papel en la ordenación del tiempo de trabajo y en un doble sentido. Primero, como fórmula de estabilización y creación de empleo; segundo como vía de conciliación de los intereses empresariales con las necesidades personales y familiares de los trabajadores.

En el primer supuesto, es difícil determinar el alcance directo de la negociación colectiva en la creación o estabilización del empleo, ya que tradicionalmente se ha considerado el fomento del empleo como materia no estrictamente propia del contenido negociador. Y únicamente la negociación colectiva, en cuanto vía adecuada para la reducción de la jornada y para la flexibilización el tiempo de trabajo, de forma indirecta y parcial sirve para la creación de las condiciones necesarias para la estabilidad, el mantenimiento del empleo o, más difícilmente, la creación del mismo.

En este sentido pueden resultar paradigmáticas las Directrices de la Unión Europea sobre empleo, tanto las comprendidas en el período 2003-2005 como las correspondientes a los años 2005-2008. En éstas la flexibilidad en la ordenación del tiempo de trabajo no se relaciona directamente con la creación de más empleo, sino con el mantenimiento del mismo; si bien se reconoce a los agentes sociales su importante papel en el fomento de empleo mediante la distribución del tiempo de trabajo por medio de la negociación colectiva.

Esta posición, más conservadora, respecto a la que se inicia con fuerza desde la Resolución de 18 de septiembre de 1996 del Parlamento Europeo sobre reducción y adaptación del tiempo de trabajo, supone en cierto sentido una vuelta atrás, en la idea de que el reparto del tiempo de trabajo puede generar más empleo y que ello compete especialmente al acuerdo colectivo.

Una evolución similar se aprecia en España donde los grandes pactos colectivos –como el Acuerdo Interconfederal de Estabilidad en el Empleo de 1997 y los AINC de 2002 y 2003¹⁴– destacaban el valor estratégico y las posibilidades que ofrecía la gestión del tiempo de trabajo en la creación de empleo, mientras que en el AINC de 2005¹⁵– identificando como principales problemas el insuficiente volumen de empleo existente pese a todas las medidas intervencionistas públicas de fomento, a la vez que denunciando el alto nivel de temporalidad en la contratación– declara la importancia de la negociación colectiva en el establecimiento del marco que permita conjugar formas de organización del trabajo flexibles –y en este sentido, capaces de satisfacer las necesidades empresariales– y el mantenimiento del empleo. Es decir plantea como objetivo de negociación el conseguir el adecuado equilibrio entre flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores¹⁶ en el sentido de las orientaciones de la Estrategia Europea de Empleo.

En esta ambivalencia se mueve la estrategia sindical de estos últimos años. En primer lugar por la reivindicación de una reducción de jornada sin pérdida de poder

14. El AINC de 2002, se establecían distintas fórmulas para permitir a los convenios colectivos acercar las necesidades empresariales y de los trabajadores, como limitar las horas extraordinarias no necesarias o establecer las condiciones para la distribución flexible si se opta por sistemas de cómputo anual de jornada, estos acuerdos mantienen la línea del AINC de 1997, en este se una distribución competencial entre los distintos niveles de la negociación colectiva, así para los convenios colectivos de sector, se recomendaba la fijación de la jornada máxima, su modo de cómputo y criterios generales, mientras que su distribución se reservaba para unidades inferiores de la negociación colectiva, también se reservaba al convenio colectivo del sector la reducción y compensación de las horas extraordinarias, mientras que la naturaleza de la compensación, cuantía y distribución se remitía a unidades inferiores. En todo caso estas fórmulas han tenido una relevancia limitada sobre la negociación colectiva.

15. Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2005 (BOE de 16 de marzo), prorrogado para 2006

16. *Vid.* más información en Cuadernos de información sindical <http://www.ccoo.es/>.

adquisitivo, capaz de generar puestos de trabajo nuevos¹⁷. En segundo lugar, por las llamadas políticas de flexiseguridad, destinadas a equilibrar los procesos de reestructuración laborales con el mantenimiento de empleo estable. En este sentido cláusulas convencionales establecen el compromiso de no acudir a los expedientes de regulación de empleo o el establecimiento de los criterios que debe regir en tales casos.

En consecuencia y aunque se repiten con frecuencia en los convenios colectivos fórmulas declarativas respecto a las preocupantes tasas de paro y precariedad, estas difícilmente se traducen en medidas concretas con vista a crear un cambio en la tendencia. Es más, en la mayoría de las reglas convencionales existe una remisión al poder de dirección y organización de la empresa, al que se le reconoce la facultad de decidir la creación o no de empleo –sin entrar en este caso en consideración la valoración de condiciones que lo posibiliten como la productividad o competitividad–. Todo lo más, algunos acuerdos hacen referencia a medidas de información a los representantes de los trabajadores¹⁸.

Es más, desaparece en los convenios cualquier referencia a reducción de la jornada de trabajo y su reparto como vía de creación de empleo. Y la realidad nos muestra como la tendencia es precisamente la contraria. Así la evolución de la jornada media pactada ha visto desde el año 2004 modificada su tendencia a la reducción, situándose en 1.755,8 horas anuales, lo que equivale a 38,30 horas a la semana, y supone en ese año un incremento de 5,1 horas con respecto al año 2003¹⁹. Por su parte los datos conocidos de 2005 indican que dicha tendencia parece consolidarse, situándose la media de la jornada pactada en las 1757,1 horas anuales hasta diciembre de 2005²⁰.

17. En este sentido cabe destacar el documento «Reducción y Reordenación del Tiempo de Trabajo como Política de Empleo: Por las 35 horas», suscrito por CCOO y UGT el 10 de junio de 1998 que marcó tendencia de un modo claro en la posición sindical en los años posteriores a su firma. De los distintos balances de la negociación colectiva del periodo 2001 al 2004 realizados por el sindicato CCOO, caben destacarse algunos apuntes interesantes, en primer lugar que se produjo una reducción continuada de la jornada desde el año 1998; en segundo lugar, que esta reducción no ha venido vinculada a la creación de nuevos empleos, y tercero, que sigue existiendo una importante distancia entre jornadas acordadas y jornadas reales, siendo estas más altas y cuarto, que existe un deficiente control del uso de las horas extraordinarias.

18 «El Estado actual de la negociación colectiva en España. Balance y perspectivas». Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, pp. 333 y ss.

19. «Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral 2004», CES, Madrid, 2005, pp. 348 y ss.

20. El incremento se produce tanto en los convenios de empresa como en los de sector, aunque en los primeros se observa mayor diferencia con respecto a la tendencia de los años anteriores. En el año 2004, los convenios que redujeron la jornada alcanzaron el 26,5 % afectando al 31,1 % de los trabajadores, cifras inferiores a las que se venían produciendo desde 1999. En estos convenios el número de horas de reducción media ha sido de 3,63 horas, inferior a la de los años anteriores. En todo caso la mayoría de los convenios dedican la reducción de la jornada al establecimiento de días festivos, descansos adicionales o incremento de vacaciones. Fuente: EPA 2004 y Balance de la Negociación Colectiva 2004/2005, CCOO. Y en «La negociación colectiva en España. Una mirada crítica», Observatorio de la Negociación Colectiva, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 170 y ss.

Sin embargo deben destacarse algunos ejemplos del alcance en la negociación colectiva de un interés más general, que se traduce en declaraciones a favor del fomento de empleo estable o la lucha contra el desempleo, y en sentido concreto en reglas claras de fomento de empleo. Así en algunos convenios aparecen cláusulas en las que se fija un porcentaje sobre el total de la plantilla de creación de empleo estable, o se marcan límites a la contratación eventual, delimitándolo a situaciones muy concretas de la producción. En otros casos se regulan las vías de contratación cuando se vaya a recurrir a las ETTs²¹.

Por otra parte se incrementan las reglas convencionales que permiten una mayor flexibilidad en la ordenación –distribución– del tiempo de trabajo, incluso previendo la posibilidad de modificar la jornada pactada durante la vigencia del convenio colectivo²², así como reconociendo al poder empresarial nuevas formulas para modificar el tiempo y el horario de trabajo.

Cada vez son más generalizadas las cláusulas de esta naturaleza. Así aquellas que permiten la ampliación o prolongación de la jornada pactada; la disponibilidad de horas para distribuir irregularmente en sus distintos cómputos con relación a un número global de horas al año o al semestre; el aumento de los días laborales, la variabilidad o modificación de horarios, turnos o sistemas de aplicación de la jornada; el establecimiento de horarios alternativos u opcionales; o el cómputo anual del tiempo de exceso sobre la jornada ordinaria. De hecho este tipo de cláusulas aparecen reflejadas en el 62,5 % de los convenios de ámbito estatal y en el 61,16 % de los convenios colectivos de empresa, reduciéndose su utilización en los convenios de ámbito provincial en el que alcanzan el 30,48 %²³.

En el segundo supuesto, la negociación colectiva, que ha devenido en instrumento idóneo de flexibilización de la disposición empresarial del tiempo de trabajo, cumple también un importante papel en la adaptación del trabajo a las necesidades e intereses personales y familiares del trabajador. Licencias y permisos, excedencias o reducción de jornada, incluso un periodo de tiempo sabático, traen su causa en la formación o realización de estudios del trabajador. Así como otras reglas pactadas contemplan el aumento de los días de vacaciones o la concesión de nuevos días festivos en atención a condiciones personales del trabajador.

21. «Participación y poderes colectivos en materia de empleo y contratación», en «La negociación colectiva en España. Una mirada crítica», Observatorio de la Negociación Colectiva, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 161 y ss.

22. Estos mecanismos aumentan la disponibilidad de los trabajadores sin que en ocasiones existan mecanismos de control sindical, causas que las justifiquen o se prevean límites a la distribución, procedimientos para el descanso compensatorio, preaviso e incompatibilidad con horas extraordinarias. Balance Negociación Colectiva 2004.

23. «La negociación colectiva en España. Una visión cualitativa», Observatorio de la Negociación colectiva, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Sin embargo tales cláusulas no suelen ser demasiado frecuentes en comparación con aquellas dirigidas a la conciliación de la vida familiar y laboral del trabajador. En esta materia parece existir una mayor sensibilidad que aumenta de acuerdo con los impulsos legislativos. Y si bien, muchas de las cláusulas convencionales se limitan a reproducir las reglas legales, también es cierto que se ha ido avanzando y en este sentido introduciendo mejoras significativas, sobre todo en lo referente a aumento de plazos temporales y garantía de mantenimiento del mismo puesto de trabajo y horario en los supuestos de excedencia. Así pueden encontrarse cláusulas que permiten la acumulación de las vacaciones al descanso por maternidad; la excedencia para el cuidado por enfermedad grave de un familiar en primer grado; la excedencia por maternidad o paternidad mejorada a cuatro años «con reserva de puesto de trabajo y garantía de reincorporación automática»; el reingreso obligatorio tras la excedencia por maternidad; el horario flexible que permita compatibilizar el trabajo y la atención a los hijos; la excedencia voluntaria por razones familiares de hasta cinco años con «reincorporación obligatoria» si se solicita con 30 días de antelación; el derecho de la persona excedente por estas causas a ocupar el mismo puesto de trabajo y el mismo horario y salario; las licencias y reducción de jornada por motivos familiares; la consideración de todos los derechos previstos en la Ley 39/99 y el régimen de licencias y permisos «a las parejas de hecho, adecuadamente registradas»; el cambio de puesto de trabajo por embarazo «por prescripción facultativa»; o el cambio de turnos de acuerdo con los compañeros²⁴.

El déficit en esta materia está en el desconocimiento de los permisos parentales. No sólo no se recogen éstos o reglas similares, sino que generalmente las referencias son directas a la mujer trabajadora. Lo que significa que el enfoque de la negociación colectiva en el tema de conciliación familiar y laboral, positivo en cuanto a las mejoras que introduce, es, sin embargo, equivocado. Debe por tanto, y urgentemente, revisarse a fin de que realmente sea la negociación colectiva vehículo que impulse el necesario cambio de roles y valores sociales.

Y finalmente, una última reflexión. No puede desconocerse como la propia composición del mercado de trabajo limita la eficacia del convenio colectivo. Así las altas tasas de temporalidad²⁵, desvirtúan cualquier forma de conciliación entre

24. Quesada Segura, R., «Los principios de Igualdad de Trato y Oportunidades en la Negociación Colectiva», en Jornadas «Negociar con perspectiva de Género: Un camino para construir la Igualdad», Oviedo, diciembre, 2005.

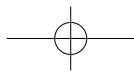
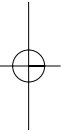
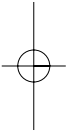
25. El 34,4 % para el inicio de 2006, Fuente: EPA, primer trimestre. La tasa de temporalidad en España pasó del 23 % al 33 % en el periodo de 1994 a 1998, mientras que de 1998 a 2005 se ha mantenido estable en torno al 35%, coincidiendo con un periodo en que no varió sustancialmente el índice de protección al desempleo. Fuente: UGT (www.ugt.es).

LA ORDENACIÓN JURÍDICA DEL TIEMPO DE TRABAJO

161

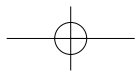
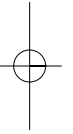
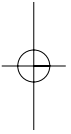
vida familiar y laboral, lo que se acentúa en la pequeña empresa²⁶, en donde difícilmente existe representación sindical y en donde el poder dispositivo de los empresarios se manifiesta con mayor fuerza.

26. Primer trimestre, 2006



SEGUNDA PARTE

EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA



I. LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: REGULACIÓN Y DESREGULACIÓN

*Sebastián de Soto Rioja
José Luis Lázaro Sánchez
M^a Luisa Pérez Guerrero
Miguel Rodríguez-Piñero Royo*

*Grupo de Investigación PAI SEJ-322
Universidad de Huelva*

SUMARIO: 1. Presentación: la descentralización productiva entre ordenación y desregulación. 2. La descentralización productiva en el Estatuto de los Trabajadores: un intento de ordenación. 2.1. Un modelo añoso. 2.2. Los supuestos. 2.3. Las soluciones normativas. 3. El sorpasso de la realidad. 3.1. La relevancia actual de la realidad empresarial. 3.2. La contrata fuera de la propia actividad. 3.3. Descentralización y período de prueba. 3.4. Los nuevos modelos de colaboración empresarial. Los contratos de franquicia, suministro, concesión y distribución exclusiva. 3.5. Las empresas de servicios: la nueva realidad jurídica en el ámbito de la cesión de trabajadores y la huida del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. 3.6. Trabajo por cuenta propia y trabajo autónomo. Una mención al teletrabajo. 4. Un nuevo Derecho del Trabajo para una economía descentralizada. 4.1. Descentralización productiva y reforma laboral. 4.2. La descentralización productiva en la reforma laboral de 2006. 5. Algunas propuestas para un nuevo Estatuto de los Trabajadores en una economía descentralizada

1. PRESENTACIÓN: LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA ENTRE ORDENACIÓN Y DESREGULACIÓN

De todos los fenómenos que en las últimas décadas han afectado a las formas de trabajar, a las relaciones laborales y al Derecho del Trabajo el de la descentralización productiva es probablemente el que a largo plazo tenga mayores efectos.

Menos espectacular que los cambios tecnológicos, menos llamativo que la integración económica, menos sugerente que los cambios en la población activa, esta descentralización ha permanecido sin embargo en la primera fila de los factores afectando a la dinámica y efectividad del Derecho laboral, centrando los debates y promoviendo cambios en la legislación laboral. Desde el Derecho del Trabajo se le ha percibido como un factor extrajurídico que afecta a la eficacia de su propia regulación, desarmando y desinflando a algunas de sus instituciones centrales, cuando no se convierte en un instrumento de huida del Derecho del Trabajo. Valdés Dal-Ré ha podido hablar, así, de «desorganización del Derecho del Trabajo», y esta valoración expresa la sensación que desde la mayoría de la doctrina iuslaboralista se tiene de estos fenómenos.

Si por «descentralización productiva» entendemos una pluralidad de formas de organizar técnica y jurídicamente la producción, que tienen como elemento común la externalización de actividades, servicios o fases del sistema productivo, veremos que nos encontramos ante fenómenos que no pueden ser calificados como tendencias o temas de actualidad, puesto que se han convertido en un elemento estructural, permanente y generalizado de nuestro sistema económico. Unas mismas estrategias y técnicas de descentralización han estado presentes desde hace décadas. Pero es también cierto que este fenómeno ha experimentado cambios que no han sido sólo cuantitativos, de incidencia o extensión. Así, han venido apareciendo nuevas formas de externalizar, articuladas a través de figuras contractuales originales. Como también los objetivos y las finalidades que guían la decisión de acudir a éstas han ido cambiando, pasando a incluir consideraciones técnicas y económicas, pero también laborales. La interacción con otros fenómenos afecta a su presencia y significado en la economía; así, en el contexto de la globalización de la economía la decisión de descentralizar una producción o servicio adquiere significados y alcances mucho mayores que antes, porque las presiones competitivas son mayores y porque el abanico de empresas con las que contratar se amplía. De la misma manera, la expansión de las tecnologías de la Infocomunicación ha supuesto un ahorro de costes en determinados procesos de externalización que ha hecho su acceso mucho más apetecible.

El Derecho del Trabajo se ha enfrentado a la descentralización productiva desde momentos tempranos en su historia normativa, pero siempre ha mantenido con ésta una relación ambigua y difícil. Más aún, precisamente uno de los problemas que lastran al Derecho del Trabajo en el tratamiento de estas cuestiones es precisamente lo temprano de su reacción, que ha hecho que ésta haya quedado envejecida y parcialmente obsoleta. Aunque no faltan normas y reglas para regular las formas descentralizadas de producir, el paradigma de empresa y de proceso productivo sobre el que se construyó el ordenamiento laboral vigente era muy diferente; uno en el que éstas existían, pero no en el grado, la extensión y la intensidad que presentan en la economía actual.

La reacción del Derecho del Trabajo se explica porque las formas de producción descentralizada tienen efectos inmediatos y evidentes sobre las relaciones laborales: afectan a la forma en que los trabajadores prestan sus servicios; provocan que sujetos que no son empleadores se beneficien de las utilidades económicas de éstos; condicionan las dimensiones de las empresas. Sobre todo porque vienen a alterar el modelo de relación laboral sobre el que éste se basa; no sólo una entre un único empleador y un trabajador, sino también una en la que el trabajo de éste beneficiaba tan sólo a aquél. Estas formas de organización de la producción rompen esta ecuación, y tenemos trabajo en beneficio de terceros, cuando no en la sede empresarial de éstos o bajo su control y dirección. Surgen de esta manera vínculos económicos entre una prestación laboral y un tercero que se consideran de la suficiente trascendencia como para que tengan un reflejo jurídico. La alteración no llega a ser tan grave como para justificar la prohibición de la práctica –lo que sí ocurrió históricamente con la cesión de trabajadores–, pero sí como para imponer ciertas reglas especiales.

Hoy nos movemos en un entorno diferente; diferente porque la descentralización se ha normalizado y generalizado, hasta el punto de que tengamos que replantearnos la verdadera estructura y naturaleza de la relación de trabajo; y diferente, también, porque se ha alterado la relación entre ésta y el Derecho del Trabajo. En efecto, éste no reacciona frente a aquélla, sino que es la propia descentralización la que se ve condicionada por la existencia de un Derecho laboral, hasta el punto de que las decisiones sobre producción externa o interna se toman en gran medida sobre la base de consideraciones puramente laborales: ahorro de costes salariales, desvío de responsabilidades, redimensionamiento a la baja de las unidades productivas y similares son cuestiones igual o más relevantes en estas decisiones que las tradicionales de especialización, economía de escala, flexibilidad o capacidad de reacción.

En particular, se identifican una serie de casos en los que los procesos de descentralización están afectando a la propia capacidad del Derecho del Trabajo de ordenar el mercado y el proceso de producción. Por un lado, la aparición de nuevas formas o modalidades de descentralización dificulta su encuadramiento en las clasificaciones y categorías con las que el ordenamiento ha venido funcionando hasta el momento. El modelo vigente de ordenación jurídica de estas prácticas demuestra ser claramente insuficiente. Por otro lado, la eficacia de los instrumentos jurídicos con que se dotó al Derecho del Trabajo para afrontar las diversas modalidades de producción descentralizada se ve reducida ante la aparición de algunas nuevas y la intensificación de las ya conocidas. Finalmente, el proceso de externalización de la producción está teniendo como efecto reducir la eficacia y funcionalidad de instituciones tradicionales del Derecho del Trabajo, diseñadas en y para un contexto diferente; de instituciones no dirigidas específicamente hacia las formas descentralizadas de producir, pero que en un contexto de generalización de éstas pierden gran parte de su sentido.

Podemos hablar, por ello, de un impacto desorganizador y desregulador de la descentralización productiva; no en el sentido de que no existan normas para ordenarla, sino en el de que éstas resultan insuficientes para hacerlo adecuadamente en todos sus aspectos. Esta pérdida de efectividad reguladora supone no sólo perder el control del mercado de trabajo y de los procesos productivos; supone, sobre todo, la incapacidad para lograr los fines que el Derecho del Trabajo se ha asignado frente a la descentralización de la producción: cumplimiento de la legislación evitando las huidas de ésta; atribución y asunción de responsabilidades; transparencia en la toma de decisiones con consecuencias laborales, para hacer posible su fiscalización; protección de los trabajadores implicados.

2. LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES: UN INTENTO DE ORDENACIÓN

2.1. Un modelo añoso

Antes se dijo que la reacción del Derecho del Trabajo ante la descentralización productiva fue temprana, en momentos en los que este sector del ordenamiento aún no se había desarrollado completamente.

De hecho, uno de los instrumentos utilizados para la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo en los primeros años de la legislación laboral se produce precisamente en estas formas de producción: nos referimos a la contratación de obras públicas por el Estado, que podía exigir a los contratistas el respeto de ciertas normas y condiciones laborales como requisito para acceder a las licitaciones.

A lo largo de la primera mitad del siglo XX se suceden las regulaciones parciales de las consecuencias laborales del trabajo en contratas, y a partir de esta fecha el ordenamiento laboral español comienza a interesarse también por la cesión de trabajadores. En los años 70 de este siglo se aprueba una norma, el Decreto 3677/70 de 17 de diciembre, en que se regulan los diferentes supuestos de descentralización productiva de una manera que podemos considerar clásica, pues se mantuvo sin cambios en las dos décadas posteriores: ilegalidad de la cesión de trabajadores; legalidad con garantías de la subcontratación; utilización de la responsabilidad patrimonial como principal mecanismo de garantía. Muchos de estos mecanismos tienen su origen en normas muy anteriores. Este es el dato verdaderamente relevante, la fecha en la que se diseña el modelo, y no la de las normas en las que éste se formula, que puede resultar engañosa; sólo así podemos valorar la auténtica edad de nuestra regulación.

La Ley de Relaciones Laborales de 1976 y el Estatuto de los Trabajadores en su versión de 1980 mantienen el modelo, cada una con su propia redacción. Y no fue hasta 1994, con la macrorreforma del Estatuto y su posterior refundición, que

se produce un cambio de cierta trascendencia en éste: la legalización de las empresas de trabajo temporal (en adelante ETT). En los términos del modelo se prevé un nuevo supuesto, canalizado a través de estas empresas, al que se reconoce su legalidad a reserva del cumplimiento de una legislación específica. No una tercera vía entre cesión y contrata, sino más bien una excepción a una regla, la de la admisión de la una y la prohibición de la otra. Técnicamente se produce un desgaje en la figura de la cesión de trabajadores, que pasa a diferenciarse en dos categorías: una lícita, pero reglada, a la que se llama trabajo en misión; y otra, que engloba a cualquier supuesto del que esté ausente una ETT, y que mantiene su ilegalidad originaria.

El régimen jurídico del trabajo descentralizado experimentó reformas posteriores, pero ninguna de especial importancia: cuestiones de prevención de riesgos laborales en la Ley 39/1995 y en su reforma del año 2004, prácticamente monográfica sobre estas cuestiones; cambios en la cesión legal de trabajadores, con la Ley 29/1999; algunas modificaciones del régimen general de la subcontratación de trabajadores y de la transmisión de empresas, con ocasión de la reforma laboral de 2001; y cambios en la definición de cesión de trabajadores y en el régimen jurídico de la contrata de obras y servicios, a raíz del Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo de 2006. Cambios de escaso alcance, por lo general, al menos en relación con la percepción de la gravedad de los problemas que plantean estos fenómenos; y cuya modestia sorprende cuando se constata que estos problemas han estado en la primera fila de los debates laborales de los últimos años, sin que hayan llegado a plasmarse en cambios legislativos trascendentales.

Más importantes han sido los cambios que la negociación colectiva ha impuesto en determinados sectores económicos en los que la subcontratación es la manera ordinaria de producir. Algunos convenios en construcción, seguridad o restauración han aportado soluciones originales para problemas específicos, que pugnan por generalizarse bien por vía convencional, bien mediante su adopción por el legislador laboral. Cambios y reformas que, en todos los casos, no supusieron alteraciones en el modelo de ordenación legal de la descentralización productiva, que se ha mantenido en sus mismos términos a través de todas estas novedades legislativas.

2.2. Los supuestos

El Estatuto de los Trabajadores se ocupa de la descentralización productiva en varios lugares, pero lo hace de forma monográfica en la Sección II del capítulo Tercero de su Título I, bajo la críptica denominación de «garantías por cambio de empresario». En este capítulo se prevén distintas modalidades de externalización, para las que se prevén regímenes diferenciados, sobre la base de varios criterios de clasificación.

Desde un punto de vista material, el Estatuto distingue dos grandes géneros, la subcontratación¹ y la cesión de trabajadores, identificados y tratadas en los artículos 42 y 43 respectivamente.

La subcontratación no aparece definida en su precepto propio, que entra directamente a establecer su régimen jurídico; a falta de una definición jurídica, el Estatuto opera con una noción omnicomprendensiva, con abstracción del negocio jurídico que dé origen a la relación interempresarial². Es evidentemente una noción jurídica, pero que opera en la práctica como una categoría comprensiva de una pluralidad de figuras jurídicas, teniendo como elemento común uno que es más organizativo o económico que legal, la externalización de funciones de la empresa. El que ésta se ponga en práctica mediante acuerdos entre la empresa principal y la contratista que adoptan formas jurídicas no resulta especialmente relevante.

Este género o categoría de «subcontratación» aparece dividido por el Estatuto en varias especies o modalidades.

- una primera división es la que se produce entre subcontratas de propia actividad y las que no lo son; opera aquí un criterio, el de la propia actividad de la empresa principal, que no por estar presente en nuestro Derecho desde hace mucho tiempo resulta más claro o fácil de aplicar;
- una segunda división se produce por la previsión legal de dos excepciones a la aplicación de este precepto, en su apartado primero, cuando se prevé que «no habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial»;
- una tercera división que parece hacer el precepto, y decimos «parece», se produce cuando se distingue entre contratar y subcontratar en el apartado primero del artículo 42, al hablar de «los empresarios que contraten o subcontraten con otros»; esta distinción, que tiene sentido en términos organizativos e incluso jurídicos, no parece obedecer en el artículo 42 ET a una lógica clara; y sus consecuencias en la aplicación del precepto no han ayudado particularmente;
- una cuarta división, finalmente, ha sido introducida por el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo firmado el año 2006, que se refiere a «empresas contratistas y subcontratistas que comparten un mismo centro de trabajo» con la empresa principal, para las que se prevé un régimen especial, que no

1. Utilizaremos en este trabajo la expresión «subcontratación», haciendo abstracción de las dificultades terminológicas que impone el artículo 42 ET con la confusa redacción de su apartado primero.

2. En extenso A. Martín Valverde, «Protección jurídica del trabajo en contratas: la norma y la realidad normada»; y A.V. Sempere Navarro, «El artículo 42 ET: una visión panorámica», ambos en *Documentación Laboral*, nº 68, 2005, p.5 y 23, respectivamente.

se aplica al resto de supuestos de subcontratación; tanto en el AMCE como en el RDL 5/2006 se diferencia dentro de este supuesto según la convivencia en el centro de trabajo sea o no «de forma continuada».

Junto a estas categorías legalmente determinadas existen otras creadas convencionalmente, aquellos supuestos de subcontratación que quedan sometidos a una regulación especial por convenios sectoriales en actividades económicas concretas. En estos casos es la autonomía colectiva la que, al fijar el ámbito de los convenios, determina qué contratos recibirán este tratamiento.

Por su parte, la cesión de trabajadores puede adoptar dos modalidades según lo dispuesto en el artículo 43: cesión ordinaria o común, regulada en este mismo precepto; y trabajo en misión, cuyo tratamiento se remite a la Ley 14/1994 y disposiciones de desarrollo³. El criterio de diferenciación entre una y otra modalidad es el operar o no bajo una autorización de empresa de trabajo temporal; aunque materialmente existen igualmente diferencias desde el momento en que éstas deben someterse en su actuación a lo dispuesto por su normativa específica. Otras categorías de cesión de trabajadores han sido recogidas en el ámbito de las relaciones especiales de trabajo, y sólo se aplican respecto de éstas. Más complicada resulta la creación jurisprudencial de nuevas diferenciaciones, como la que se produjo en los ochenta entre «cesión legal» y «cesión ilegal»; según esta construcción de nuestros tribunales laborales -elaborada en un momento en el que el artículo 43 ET sólo preveía un tipo de cesión, la ilegal-, no bastaba con que se dieran los elementos materiales de la definición del Estatuto para que se pudiera entender producida una cesión de trabajadores, sino que era necesario además que concurrieran otros factores adicionales, como la intención fraudulenta o el perjuicio a los trabajadores. A falta de éstos nos encontrábamos ante una cesión de mano de obra que a pesar de serlo no merecía la tacha de ilegal. Se rompía así el diseño legal para introducir judicialmente una diferenciación que el legislador laboral no había previsto⁴.

Junto a estos dos géneros aparece en el ET un tercero, la sucesión de empresas, que en principio se fija como objetivo la regulación de un fenómeno diferente, el cambio de titularidad de la empresa, pero que cada vez más tiende a coincidir en su aplicación con los supuestos del artículo 42 ET. En efecto, el artículo 42 y el artículo 44 ET operan en planos diferentes: el primero se fija en una decisión empresarial, que se articula a través de diversos instrumentos jurídicos y que

3. Un estudio reciente de este precepto en M.L. Pérez Guerrero & M. Rodríguez-Piñero Royo, «El artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores: empresas de trabajo temporal y cesión de trabajadores», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 58, 2005.

4. En extenso, M. Rodríguez-Piñero Royo, «Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal», Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1992.

tiene consecuencias organizativas; el segundo se fija en un efecto o consecuencia, el cambio de titular, que puede ser el resultado de una diversidad de negocios jurídicos, *inter vivos* y *mortis causa*. Cuando aquella decisión empresarial tenga este efecto, nos encontraremos ante una aplicación coincidente de ambas regulaciones. La coincidencia se produce con el entrecruzamiento de las situaciones previstas en ambos preceptos: habrá subcontrataciones que supongan cambio de titularidad de la empresa, cuando la puesta en práctica de la decisión de externalizar suponga la transmisión de «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»; y así lo han entendido los Tribunales laborales cuando se han enfrentado a situaciones de subcontratación de actividades asumidas anteriormente por la empresa o de sucesión de contratas; y habrá otras, la mayoría, en que no se producirá esta transmisión, por lo que no se podrán calificar como sucesión de empresa.

Este esquema es mantenido a grandes rasgos en el conjunto del ordenamiento laboral, aunque cada uno de sus sectores se fija en algún aspecto particular de este fenómeno a la hora de ordenar su regulación.

2.3. Las soluciones normativas

El Estatuto de los Trabajadores, tras haber distinguido los distintos supuestos de descentralización productiva, en atención a los factores diferenciadores que considera relevantes, establece un marco normativo en el que cada uno se acoge a un régimen jurídico particular. A la luz de estos distintos regímenes jurídicos resulta posible identificar los instrumentos diseñados y utilizados para ordenar la descentralización productiva en nuestro país:

- la autorización administrativa;
- la delimitación de los supuestos de legalidad;
- la responsabilidad patrimonial;
- la información a los representantes de los trabajadores;
- la sanción administrativa y penal;
- la llevanza de un libro de registro.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA DESCENTRALIZACIÓN PRODUCTIVA							
Modalidad	Obligaciones legales						
	Legal	Autorización administrativa	Información representantes	Responsabilidad	Sanciones	Limitación de supuestos	Otros
<i>Subcontrata Propia actividad</i>	Si	No	Si	Solidaria	Si	No	
<i>Subcontrata no propia actividad</i>	Si	No	No	No	No	No	
<i>Subcontrata Padre de familia</i>	Si	No	No		No	No	
<i>Subcontrata fuera actividad empresarial</i>	Si	No	No	No			
<i>Trabajo en misión</i>	Si	Si	Si	Subsidiaria	Si	Si	Obligaciones ex Ley 14/1994
<i>Cesión de trabajadores</i>	No	No	No	Solidaria	Si	Si	Conversión del contrato
<i>Transmisión de empresas</i>	Si	No	Si	Solidaria			Información Administración laboral

Fuente: elaboración propia

También las soluciones normativas fijadas por el Estatuto se extienden al resto del ordenamiento laboral, aunque en este caso en cada sector del ordenamiento jurídico se produce una modalización de éstas, adaptándolas a las propias prioridades. Así, en materia de protección social lo que prima es la responsabilidad patrimonial, la existencia de patrimonios que respondan del cumplimiento de las obligaciones empresariales derivadas de la relación jurídica de Seguridad

3. EL SORPASSO DE LA REALIDAD

Pese al marcado perfil garantista con que se presenta el modelo jurídico-laboral de regulación de los fenómenos descentralizadores, y quizás como una consecuencia necesaria de ese carácter, resulta necesario advertir no obstante que no todas las fórmulas de colaboración empresarial van a quedar ni mucho menos contempladas en su seno, y menos aún con el mismo nivel de respuesta. En algunas ocasiones se puede afirmar que ello es como consecuencia de una decisión expresa de política legislativa pero en otras, sin embargo, parece más bien fruto de la dinámica y el propio devenir de los modos de organización productiva, que se muestran muy cambiantes y versátiles –seguramente como consecuencia del imperio que ejercen los principios de competitividad y rentabilidad en el mundo económico–, lo que provoca, a modo de efecto reflejo, el que queden por detrás las previsiones legislativas.

3.1. La relevancia actual de la realidad empresarial

Aunque del ET se desprenden algunos rasgos que caracterizan al empresario –es quien asume los frutos y riesgos de la explotación empresarial, así como quien organiza y dirige la actividad–, el artículo 1.2, cuando define al empresario sólo lo hace como receptor de prestaciones laborales.

La descentralización productiva, manifestada en la utilización de pequeñas empresas a través de las cuales se exterioriza parte del ciclo productivo, ha provocado que se atienda a la realidad empresarial de las mismas. Y ello porque lo que se produce es que la empresa «principal» conserva sobre esas estructuras ajenas un cierto poder directivo, cuya extensión es la que genera dudas acerca de si estamos ante verdaderas relaciones entre empresas o se trata de relaciones subordinadas y pertenecientes al terreno de lo laboral.

Los problemas giran en torno a la contrata de obra o servicio debido, por un lado, a que la otra forma de descentralización contemplada en el ET –la cesión temporal de trabajadores a través de ETT– atiende al dato formal de la existencia de una empresa de trabajo temporal autorizada. En efecto, y en tanto se den las circunstancias que habilitan a celebrar un contrato de puesta a disposición, a la vez que no se den las que legalmente lo impiden, la utilización de recursos humanos externos se explica por las singularidades de la relación triangular derivada de la cesión. En estos casos, el propio legislador ha diseñado un esquema en el que la empresa que decide externalizar –empresa usuaria– dirige y controla la prestación de servicios de los trabajadores de la entidad destinataria de la externalización –empresa de trabajo temporal–. Huelga, pues, en estos casos plantearse si la relación entre empresa y sujetos que desarrollan la actividad descentralizada es propia o no de un contrato de trabajo, en tanto el legislador nos da la respuesta. No sucede lo mismo en los supuestos de utilización de empresas contratistas, donde no existe la misma cobertura jurídica a la utilización de mano de obra ajena, y de ahí que los problemas apuntados se den sobre todo en el recurso a las contratas.

No obstante, la cesión temporal de trabajadores sigue planteando problemas, provocados por el ocultamiento bajo contratas de obras o servicios de auténticas cesiones de trabajadores. Consecuencia del diferente y restringido tratamiento que el ordenamiento jurídico realiza del empleo de trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal respecto de los que provienen de contratas, en muchas ocasiones las empresas que quieren descentralizar parte de su proceso productivo no pueden recurrir a la primera de estas dos opciones, lo que les lleva a disfrazar bajo la apariencia del segundo de esos negocios jurídicos la realidad de una verdadera cesión. De esta forma, el análisis de la contratación de obras y servicios lo es también, en ocasiones, de la cesión temporal de trabajadores. Dicho de otra forma, si bien el recurso a la contratación externa es lícito, en cambio no lo es hacerlo, en cualquier caso, bajo los esquemas de una cesión temporal de trabajadores. Sólo en los supuestos en los que es posible celebrar un contrato de puesta a disposición se entiende que la empresa

principal, o usuaria, en definitiva, la que externaliza, actúe sobre la fuerza de trabajo de forma similar a como si fuera su propio empleador. Es decir, resulta decisivo de cara a la calificación de la relación entre las empresas determinar quién ejerce las prerrogativas inherentes a la condición de empresario⁵.

Así, por ejemplo, la STS de 16 de junio de 2003 recuerda los criterios que se vienen empleando para diferenciar entre un mero suministro de trabajadores –cesión ilegal– y una descentralización productiva lícita: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (Sentencia de 7 de marzo de 1988, Ar.1863), el ejercicio de los poderes empresariales (Sentencias de 12 de septiembre de 1988, Ar. 6877, 16 de febrero de 1989, Ar. 874, 17 de enero de 1991, Ar. 58 y 19 de enero de 1994, Ar. 352) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva, ...). Esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. La cesión puede tener lugar «aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta» y la Sentencia de 19 de enero de 1994 (Ar. 352), establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al «suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo» a la empresa arrendataria⁶.

5. Véase Martínez Fons, D., *Los límites en la descentralización productiva: la frontera con los fenómenos de la cesión ilegal de trabajadores*, capítulo II, pp. 47 y ss, de la citada obra «Descentralización productiva y relaciones laborales».

6. En el supuesto concreto que resolvía esta sentencia del TS se llega a la conclusión de que prevalece el suministro de trabajadores sobre el desarrollo de una actividad empresarial propia por parte de la contratista dotada de la necesaria autonomía. En efecto, aunque se indica que la contratista –DGT– cuenta con material propio, no se precisa cuál pueda ser éste y lo cierto es que los elementos esenciales para el desarrollo de la actividad contratada, a excepción de los trabajadores, son de la principal –Airtel–, que aporta el local en el que se realiza el trabajo y el equipo telefónico e informático preciso para la ejecución de las tareas de información y captación de clientes. Además, a diferencia con otros casos –limpieza, vigilancia–, en el supuesto enjuiciado la localización del servicio en la principal revela la ausencia de soporte empresarial en la empresa que actúa como contratista. Esta conclusión se refuerza con la aportación por la principal de los instrumentos de producción esenciales. Considera que es significativo que la forma de retribución de la contrata consista en unas tarifas por unidad de tiempo, que sólo ponderan elementos característicos de la prestación de trabajo (trabajo diurno, nocturno, en festivos, folios 1331 y 1332), lo que confirma que la única aportación relevante del empresario interpuesto es la de la facilitación de trabajo y su interposición aparece como una vía para degradar artificialmente la condición laboral de los trabajadores cedidos que pierden así la estabilidad en el empleo, al quedar vinculados sus contratos de trabajo a la duración de la contrata. Finalmente señala que no resulta decisivo el que la contratista retenga algunas facultades empresariales (las de carácter disciplinario, la ordenación de las vacaciones y el control de «acceso y salida» del personal para lo que sin duda cuenta con una coordinadora (-la actora doña Isabel M.–, como quedó dicho), porque, como ya señaló la Sentencia de 12 de diciembre de 1997 (Ar. 9315), esa disociación o retención de facultades empresariales –una auténtica delegación de la gestión empresarial derivada del propio negocio interpositorio– es compatible en determinados casos con la cesión.

Por tanto, un aspecto clave en la calificación de la relación jurídica que se da entre dos empresas es el referido a la capacidad organizativa del sujeto prestador de los servicios. Sobre tal elemento descansan los razonamientos judiciales que han analizado la adecuada canalización a través de contratos de servicios de los procesos descentralizadores llevados cabo por las empresas.

Es el caso, por ejemplo, de la prestación de servicios en locutorios de teléfonos que la empresa Telefónica ofrecía al mercado apoyándose en contratistas externos. Se trata de casos en los que se reproducen algunos datos que se daban en la actividad de transporte, caso de la apariencia externa de ser servicios desarrollados por la empresa principal como consecuencia de la publicidad colocada en los establecimientos, que hacían referencia al servicio de «Telefónica de España SA». No es éste un dato menor, y por eso lo destacamos, ya que representa la evidencia de que las nuevas formas de producción de bienes y servicios buscan formas al margen del Derecho del Trabajo. Y es así, en tanto que la empresa principal quiere seguir siendo la referencia para los terceros usuarios, hasta el punto de aparentar ser ella quien presta el servicio, o produce el bien en otros casos. Es decir, quiere mantener el vínculo con sus clientes pero hacerlo de forma indirecta, mediata, lo que le obliga a integrar dentro de su ámbito de organización a quien en realidad produce el bien o presta el servicio. Y una forma de articular ambos objetivos es precisamente aparecer en el mercado como si el trabajo realizado por el contratista fuera propio.

Hay que tener presente que este sistema organizativo encuentra cobertura específica en la Ley 9/1992, de mediación en seguros privados, donde su artículo 10, establece dentro de las obligaciones del agente de seguros frente a terceros la relativa a la publicidad de la entidad aseguradora para quien estén desarrollando la actividad mediadora. Si bien, este mismo precepto dispone también que figure la expresión «agente de seguros» o sociedad de agencia de seguros», si se trata de persona jurídica, tal circunstancia deriva, como puede comprobarse en numerosas poblaciones, en la apariencia de que las entidades aseguradoras poseen innumerables centros de trabajo, tratándose en realidad en muchos casos de estructuras a través de las cuales los referidos agentes llevan a cabo su labor mediadora⁷. Todo lo cual, por otra parte, genera la incertidumbre en el «tercero» acerca de la identidad de quién es el verdadero productor del bien o servicio.

7. Estructura que entre otras cosas determina la no laboralidad de las prestaciones de servicios, conforme prevé, con carácter general, el artículo 2.1 de la Ley 12/1992, sobre el contrato de agencia. Este precepto presume la existencia de prestación dependiente, y por tanto sometida al Derecho del Trabajo, cuando el agente no pueda organizar su actividad. A su vez, el artículo 1.2, b) del RD 1438/1985, regulador de la relación laboral especial de intermediarios mercantiles, excluye del ámbito de esta relación, y del Derecho del Trabajo, a quienes realicen sus servicios siendo titulares de una organización empresarial autónoma, considerando que ésta existe cuando hay instalaciones y personal propios.

Pues bien, al margen de esta circunstancia, las resoluciones judiciales de los litigios ocasionados con ocasión de las referidas contrataciones telefónicas⁸ han resalado la laboralidad de las prestaciones entre los contratistas y la empresa citada debido, entre otros argumentos, a la falta de capacidad organizativa de aquellos, puesta de manifiesto en aspectos como la contratación⁹ y gestión del personal¹⁰. En definitiva, como destacan Del Rey Guanter y Gala Duran «un criterio al que debemos darle una importancia creciente a la hora de delimitar trabajo autónomo y trabajo sometido a contrato de trabajo (...) es el de la organización empresarial»¹¹.

Todo este proceso analítico de la descentralización productiva conduce, ineludiblemente, a una reconsideración de la conceptualización laboral del empresario. Como destaca Cruz Villalón, el legislador no incluye ningún elemento definitorio de la figura del empleador «pues éste ha de ser cualquiera que actúe como contraparte», «es un personaje de rostro sin facciones»¹². Sin embargo, como muy acertadamente resalta el propio autor, en los últimos años se están produciendo fuertes transformaciones en la actividad económica con repercusión en la estructura de la empresa, y en la perspectiva jurídica del empresario como parte del contrato. Entre ellas, precisamente la que considera más relevante, es la pérdida de autonomía de las pequeñas empresas –que por otra parte han incrementado su protagonismo como empleadoras como consecuencia de los fenómenos de descentralización productiva– hasta el punto que puede resultar imposible «trazar una línea divisoria nítida entre la presencia de una empresa a se y la existencia de un mero apéndice dependiente a todos los efectos de otra organización formalmente externa»¹³.

8. Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, recaídas en recursos para la unificación para la doctrina, de 17 julio de 1993, de 15 noviembre de 1993, y de 18 marzo de 1994.

9. En las condiciones estipuladas entre la empresa principal y los contratistas figuraba que éstos habían de tener en el locutorio el número mínimo de empleados que fije la «Compañía», estando obligado a elevar o reducir ese número cuando ésta lo ordene; y que los contratos de trabajos que concierte han de revestir las modalidades de fijeza o eventualidad que «Telefónica» disponga en cada caso, sin que pueda aquél estipular contrato de trabajo alguno cuya duración se extienda más allá de la fecha de terminación de su contrata de prestación de servicios de telecomunicación.

10. Lo que derivaba en la obligación de separar del servicio a aquel empleado o empleados que, según el criterio de la empresa principal, no realizasen su labor con la debida discreción o diligencia; estando obligados a permitir que los empleados de «Telefónica» no sólo realicen en el locutorio funciones de vigilancia e inspección, sino que además tiene que consentir que presten en él servicios cuando la misma lo crea necesario.

11. «Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación de progresivo desarrollo y dependencia», *Relaciones Laborales* I/2000, p. 483.

12. Cruz Villalón, J.: «Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales», en VV.AA., Rodríguez-Piñero Royo (coord.), *El empleador en el Derecho del Trabajo*, Tecnos y CARL, 1999, p. 32.

13. *Ibidem*, p. 46.

Por otra parte, las vías de articular la descentralización son diversas, aunque el ordenamiento jurídico laboral sólo parece contemplar algunas. En efecto, desde la perspectiva de la externalización, el legislador español en el referido artículo 42 TRET piensa en el contrato de arrendamiento de obra o servicio como presupuesto aplicativo del precepto. Tanto a nivel doctrinal¹⁴ como sobre todo judicial¹⁵, se interpreta mayoritariamente que este artículo no se aplica cuando el negocio jurídico celebrado entre las empresas no responde a los rasgos propios del regulado en los artículos 1583 y siguientes del Cc. Ello es tanto como excluir de aquel precepto los casos en los que negocios jurídicos encauzan los procesos de externalización, caso, entre otros, de los contratos de distribución, suministro, agencia o compraventa.

Ello determina que buena parte de los supuestos de descentralización queden fuera del cuadro de responsabilidades previsto en el TRET, artículo 42 TRET. En tanto éste se aplica cuando concurren elementos de índole subjetiva –contrata entre empresarios-, comercial –contratación para la realización de obras y servicios-, objetiva –que la contratación sea sobre la propia actividad del empresario principal– y locativa –que el lugar de ejecución de la contrata pertenezca al ámbito de organización y dirección de dicho empresario principal–¹⁶, la presencia o no de tales requisitos se convierte en dato fundamental de cara a la extensión de las responsabilidades en materia salarial y de seguridad social previstas en el mismo entre los diversos empresarios¹⁷.

14. En este sentido, García Murcia, J., «El trabajo en contratas y la cesión de mano de obra en el Estatuto de los Trabajadores», *RPS* n° 130, 1981, pp. 22 y ss.; Martín Valverde, A., «Responsabilidad empresarial en caso de subcontratas de obras y servicios», en VV.AA., Borrajo Dacruz (Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo VIII, 2ª ed., Edersa, 1988, p. 237. En cambio, una interpretación más extensiva del precepto, puede verse en Monereo Pérez, J.L., *La responsabilidad empresarial en los procesos de subcontratación: puntos críticos*, Ed. *ibidem*, 1994, pp. 73 y ss., y Goerlich Peset, J.M., «Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras o servicios», en VV.AA. *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas de obras o servicios*, Ed. Tirant lo blanch, 2000, pp. 77 y ss.

15. Destaca Del Rey Guanter, S., *op. cit.*, p. 31, que «los tribunales laborales no ha dudado en excluir del artículo 42 aquellos otros negocios jurídicos que no obedecen a las características precisas del arrendamiento de obra y servicios», citando al respecto algunas resoluciones judiciales.

16. Del Rey Guanter, *op. cit.*, p. 27. Los tres primeros son analizados por el propio autor –págs. 27 y ss–, mientras que el último, del que señala no puede considerarse decisivo a la hora de aplicar el artículo 42, es tratado, dentro de la misma obra, por Serrano Olivares, R., capítulo III, pp. 87 y ss.

17. Analizados en la citada obra –*Descentralización productiva...*– por Gala Duran, C. –capítulo VI, pp. 221 y ss–, y Luque Parra, M., –capítulo VII, pp. 267 y ss–.

3.2. La contrata fuera de la propia actividad

Una de la realidades que quedan fuera del paraguas protector del art. 42 ET y demás preceptos afines –o al menos, del círculo más tuitivo de los mismos– es, utilizando un criterio de delimitación legal negativo, la que representan las contratas que no versen sobre obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal o comitente. Como antes se ha advertido, el supuesto de hecho que se ha de perfeccionar para que resulte aplicable el cuadro de responsabilidades que nuestro legislador anuda a estos modos de división o estructuración empresarial, resulta algo complejo por cuanto que en él se introducen algunas precisiones y exclusiones de alcance.

Entre esas exclusiones se encuentran las que pueden denominarse de carácter puntual o singular. Como la que se refiere a la contratación que pueda realizar un cabeza de familia respecto de la construcción o reparación de su vivienda¹⁸ o la que encarga el propietario de una obra o industria cuando no contrate por razón de una actividad empresarial. Son supuestos, se entiende, caracterizados por la ausencia de entidad o finalidad industrial, bien porque no se trata de un auténtico empresario, bien porque, aun siéndolo formalmente, se comporte a esos efectos como un particular o, mejor, consumidor final de bienes y servicios más que como productor o intermediario. Pero más allá de estas hipótesis claramente minoritarias, para las que la exención de responsabilidad propia del orden laboral resulta por otra parte completa, el gran debate interpretativo sobre la aplicabilidad del cuadro normativo específico en materia de contratas y subcontratas versa, realmente, sobre la limitación funcional que representa la necesaria inclusión de la actividad descentralizada dentro del concepto potencial de «propia actividad» del empresario principal. A ella se refiere de una manera explícita el precepto estatutario cuando establece: *Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad...*, a modo de condición *sine qua non* para la subsunción del negocio de referencia en el supuesto de hecho de la norma.

No se trata ahora de exponer, siquiera sintéticamente, el conjunto de criterios que doctrinal¹⁹ y jurisprudencialmente²⁰, han pretendido dar respuesta a este concepto, extraordinariamente rico y relevante en la praxis del foro como se sabe y

18. Como se sabe existe en ese sentido una coincidencia total entre la norma laboral sustantiva (art. 42 ET), la de policía (art. 42 RDleg 5/2000, por la que se aprueba TRLISOS) y la sectorial o específica de protección en materia preventiva (art. 2.3 RD 1627/1997, de 24 de octubre, por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción), en el sentido de quedar fuera de su aplicación.

19. Por todos, Nores Torres, L.E., *El trabajo en contratas. La noción de «contrata de propia actividad»*, Tirant lo Blanch 152/2004.

20. Existe una sólida corriente desde hace algunos años (SS TS de 18 de enero de 1995, 24 de noviembre de 1998 y 22 de noviembre de 2002) en el sentido de que lo que determina que una acti-

que debe y ha de considerarse por ello del género de los jurídicamente indeterminados, pero sí quizás de indagar sobre la funcionalidad y finalidad del mismo, así como de evaluar sus resultados.

En ese sentido puede apuntarse que nuestro sistema de extensión de responsabilidades responde, desde su propio origen, a una clara distinción de supuestos a los que el legislador ha querido dotar con un tratamiento desigual. De una parte estarían aquellos casos en los que la colaboración empresarial resulta tangencial, o si quiere, aunque necesaria, que resulta de alguna forma casi obligada. Es el caso de la contratación referida a actividades que dentro del proceso de producción de la principal pueden calificarse como complementarias y auxiliares, y que por ello mismo pueden resultar necesarias e insustituibles pero que no se corresponden con el auténtico núcleo que identifica a la actividad principal. De otra parte, estarían aquellos otros casos en los que el negocio por el que se descentraliza parte de la producción se muestra como conveniente o singularmente interesado y, por ello, fruto de una decisión precisa, estratégica en definitiva desde la perspectiva empresarial²¹. Son los casos en los que puede hablarse de plena identidad entre actividad principal y actividad contratada, y ya se trate de una coincidencia total o parcial, es decir, porque se contrate el proceso productivo completo o tan sólo una parte singular de éste que, en cualquier caso, resultará inherente a aquél.

vidad sea «propia» de la empresa es su condición de inherente a su ciclo productivo. En este sentido la sentencia de 24 de noviembre de 1998 señala que en principio caben dos interpretaciones de este concepto: a) la que entiende que propia actividad es la «actividad indispensable», de suerte que integrarán el concepto, además de las que constituyen el ciclo de producción de la empresa, todas aquellas que resulten necesarias para la organización del trabajo; y b) la que únicamente integra en el concepto las actividades inherentes, de modo que sólo las tareas que corresponden al ciclo productivo de la empresa principal se entenderán «propia actividad» de ella. En el primer caso, se incluyen como propias las tareas complementarias. En el segundo, estas labores no «nucleares» quedan excluidas del concepto y, en consecuencia de la regulación del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Pero, como precisa la sentencia citada, recogiendo la doctrina de la sentencia de 18 enero 1995 «si se exige que las obras y servicios que se contratan o subcontratan deben corresponder a la propia actividad empresarial del comitente, es porque el legislador está pensando en una limitación razonable que excluya una interpretación favorable a cualquier clase de actividad empresarial». Es obvio que la primera de las interpretaciones posibles anula el efecto del mandato del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores que no puede tener otra finalidad que reducir los supuestos de responsabilidad del empresario comitente y, por ello, se concluye que «ha de acogerse la interpretación que entiende que propia actividad de la empresa es la que engloba las obras y servicios nucleares de la comitente».

21. En esa diferenciación subyace también la noción de sustituibilidad, como acto de voluntariedad. Es decir, el empresario que actúa como principal, podría –siempre en sentido potencial, no es necesario que pueda realmente e incluso es indiferente el que carezca de capacidad o dimensión real para hacerlo- desarrollar directamente la actividad contratada empleando para ello a un mayor número de trabajadores, por lo que al decidir –asumir, o asentir- que se realice por una tercera empresa quiere el legislador que asuma también los riesgos o la responsabilidad propia de haber sido el verdadero empleador.

Se trata en ambos casos de supuestos de colaboración y cooperación empresarial que resultan plenamente consentidos y amparados y que no deben confundirse, pues, con aquellos otros prohibidos o elusivos. Pero que se distinguen en todo caso por el legislador, poniendo así de manifiesto una de las peculiaridades que va a presentar nuestro modelo de respuesta.

Y es que no se puede olvidar que la virtualidad por excelencia de las contrataciones y subcontratas, por no decir la primera y principal desde un punto de vista económico, es la de la consecución de un ahorro o abaratamiento en los costes de producción. Esta afirmación, que hoy se puede más que matizar con apuntes sobre la necesaria especialización empresarial, la disponibilidad y mejor administración de los recursos, el adelgazamiento de las estructuras o, en todo caso, por su irreprochable legalidad constitucional, resulta y resultaba tan obvia ya desde el propio origen de estas normas que puede decirse que incluso se llega a favorecer por el propio diseño de las mismas.

Nótese que la regulación laboral de las contrataciones surge, como en tantas otras ocasiones, como una especie de norma crítica respecto del régimen jurídico hasta entonces vigente. Un régimen constituido en esencia por el art. 1597 del Código Civil –más allá de alguna normativa sectorial en el ámbito de la construcción–, en cuya virtud, se viene a reconocer una acción de reclamación directa frente al dueño o promotor de la obra en favor de los trabajadores del contratista, aunque tasada o topada por el límite que representa la parte del precio que aquél no hubiere ya abonado a éste. Es así, como reacción a ese parco y muy escaso régimen del Derecho Común, como se instaura un nuevo y específico régimen laboral de responsabilidades, mucho más amplio que el del Derecho Civil y dotado además del mayor grado de eficiencia posible, aunque también, con ciertas limitaciones sustantivas y cuantitativas de relativa importancia que jugarán a modo de pesos y contrapesos.

Esta ampliación o mejora del ámbito de protección y de la eficiencia de las nuevas obligaciones es lo que representa, por ejemplo, el carácter solidario con el que se establece la responsabilidad empresarial de la cadena de intervinientes, o la posibilidad de exigir conforme a la normativa laboral la totalidad del crédito por salarios debidos, siempre que se hayan devengado o se correspondan, eso sí, con la vigencia de la contrata. Con el contrapeso adicional, lo que era más que llamativo antes de la reforma operada por la Ley 12/2001, del tope que representara lo que hubiese tenido que abonar el comitente de haberse tratado de un trabajador propio de la empresa principal.

La mejora y el carácter parcialmente garantista de la normativa laboral se complementará, primero, con la extensión de estas mismas responsabilidades respecto de las obligaciones propias del ámbito de la Seguridad Social –lógica consecuencia ya entonces de cualquier débito salarial–; y, segundo, con las que, con un mayor grado de matización aún por la especificación del elemento locativo o

topográfico²², efectúa la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y su correlativo de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden de lo Social.

Dicho de otra forma, el régimen jurídico-laboral que se instaura va a mejorar de manera ostensible la respuesta del ordenamiento respecto del grado de efectividad de derecho al crédito salarial, fundamentalmente. Pero consagra la legitimidad de la contratación a la baja o permite, al menos, que se busquen los rescisos para su consecución. Y es que en para nada se asegura, ni se protege, el contenido final del derecho desde la perspectiva de su cuantía, pues no incluye garantías de trato igual respecto de lo que se hubiere devengado de haber sido desarrollado el trabajo directamente en el seno de la empresa principal. Y es que no puede desconocerse tampoco que el fenómeno descentralizador va ligado casi estructuralmente a una suerte de ley del mar o de la selva –de pez grande y pez chico–, en el sentido de que las empresas que actúan como principales o comitentes suelen ser siempre empresas de mayor dimensión y capacidad financiera que aquellas que como auxiliares complementan facetas o parcelas de su proceso productivo. Dimensión o tamaño empresarial que, en el orden laboral, suele traducirse de manera directamente proporcional además a nivel de condiciones de trabajo o, cuando menos, nivel de cumplimiento y de respeto de los términos de las mismas. De ahí que la conclusión a extraer haya de ser, tal como se anticipó, que pese al novedoso régimen protector que se instaura con la norma laboral es ésta misma la que termina provocando que se perpetúe al menos una parte, si no la más importante, de los efectos propios del régimen anterior.

Con todo, el elemento más rupturista de ese nuevo y específico régimen jurídico laboral no es el del marco de responsabilidades empresariales, sino la vocación de generalidad con la que nace la norma, algo absolutamente desconocido hasta entonces por cuanto que va a permitir su aplicación tanto a contrataciones de obras como de servicios, y con independencia además del sector, rama o actividad económica en que se encuadre el proceso de producción, incluida la Administración y demás empresas y organismos públicos²³. De ahí que, una vez comience a generalizarse y a tornarse en fisiológicamente normal y correcto lo que al inicio se veía más bien como algo patológico o, al menos, se encontraba sectorialmente concentrado y muy localizado, hubiese que reconducir de nuevo los términos de la traslación de la responsabilidad, surgiendo una especie de segunda paradoja.

22. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., «El lugar de ejecución de la contrata y el art. 42 ET», *Relaciones Laborales*, 5/1996.

23. Un reciente trabajo sobre las consecuencias en este ámbito tan singular, en Rodríguez Escanciano, S., «Responsabilidades de régimen laboral derivadas de la subcontratación de concesiones administrativas», *Trabajo y Seguridad Social CEF*, 281-282/2006, p. 3 y ss.

En esa segunda función, qué duda cabe que la cláusula exclusiva o inclusiva por excelencia, según se mire, va a ser la que define la pertenencia de la tarea a desarrollar por la contrata como parte de «la propia actividad» de la empresa principal. Los criterios, conceptos y construcciones de todo tipo surgen por doquier para intentar dar consistencia a un esquema que nace prácticamente condenado al casuismo jurisprudencial por más intentos que juristas y economistas quieran llevar a cabo, entre otras razones, por la mencionada versatilidad de los modos de organización de la producción que constantemente se desarrollan en el mundo empresarial.

Y todo ello hay que insistir porque según se construya, o se reconstruya, la definición de la actividad propia de la empresa que actúe como principal se conseguirá quedar fuera o dentro del régimen protector propio de las contratas. Favoreciendo así la creación de una nueva división, la que distingue entre modelos descentralizados regulados o sometidos a la disciplina garantista del art. 42 ET y afines, y modelos desregulados o extramuros de dicha previsión. Es cierto que a efectos de determinadas y muy concretas responsabilidades de Seguridad Social, tal como se analiza en otros apartados de esta ponencia, cabe la inclusión de toda clase de contrata y subcontrata dentro del ámbito de aplicación de algunas normas, pero ni ello resulta generalizable al ámbito estrictamente laboral, y ni siquiera resultará tan factible en el referido ámbito de recaudación de Seguridad Social.

Se asienta así este criterio de la propia actividad como auténtico crisol para la aplicación de los preceptos específicos. Un criterio, además, que a poco que se desarrolla y se contrasta comienza a resultar mucho más restrictivo que extensivo, causando un efecto de vaivén o ida y vuelta. Y es que si un efecto natural tenía el concepto legislativo elegido, conscientemente atécnico, de contrata y subcontrata, era sin lugar a dudas el de permitir que pudieran aplicarse las consecuencias patrimoniales previstas a toda clase de negocio traslativo o descentralizador, con independencia de las notas formales con que se revistiera²⁴. A modo de consecuencia necesaria de esa vocación de generalidad con la que nace la institución. La reducción de la propia actividad sirve, pues, de nuevo contrapeso o límite para el juego del sistema de garantías.

La impresión que todo ello trasluce es que por momentos parece como si asustara la limitación o contrapoder que supone la regulación laboral sobre la materia, de ahí que sea necesario una vez constatado su potencial de generalización, contar con una llave a modo de espita que de forma inmediata lo limite o gradúe. Sólo así se entiende cómo bajo una misma redacción legislativa se puede interpretar que:

24. Vid. Cruz Villalón, J., «Outsourcing, contratas y subcontratas», en AA.VV., *Descentralización productiva y nuevas formas de organización del trabajo*, AEDTSS-MTAS, 2000.

forma parte de la propia actividad de una Administración Pública prácticamente cualquier tarea no ya propia del sector servicios, sino a veces, incluso, del sector primario y secundario; que quede extramuros del contenido de la propia actividad de la práctica totalidad de las empresas –menos las específicas– tareas como la limpieza y la guarda o custodia de las oficinas y locales; o como la jurisprudencia más reciente puede llegar a afirmar, por ejemplo, que la construcción de un edificio no forma parte, necesariamente, de la actividad principal o propia de una empresa promotora o dedicada a la promoción inmobiliaria²⁵.

El juego de esta cláusula de la propia actividad ha servido así, sobre todo en los últimos tiempos, de bálsamo respecto del riesgo de una aplicación más indiscriminada del cuadro de responsabilidades. Olvidándose quizás que la funcionalidad de este régimen jurídico no es precisamente la de ayudar o facilitar la exclusión del conjunto de responsabilidades que instaura, más bien al contrario, el de una aplicación mayoritaria de las mismas en compensación, eso sí, a la ausencia de otras garantías como la de un trato igual o mejor en materia de condiciones de trabajo, en comparación o respecto del que desplaza o sustituye al menos potencialmente. De ahí que pueda sugerirse la instauración o, mejor, la restauración de una más equilibrada compensación de efectos en estos casos. Lo contrario no hará sino acentuar la disparidad entre los supuestos que son objeto de regulación, entre éstos, y entre los que no lo son.

25. La singularidad de esta resolución (STS, Sala Cuarta de lo Social, de 20 de Julio de 2005 – Ponente: Desdentado Bonete–), no reside ya en el carácter más o menos restrictivo de la interpretación del concepto de propia actividad de un modo abstracto o a efectos meramente laborales, sino el que esté referida al ramo de la construcción inmobiliaria que es donde surgió y en el que tradicionalmente se desenvuelven con mayor naturalidad las garantías del art. 42 ET. Y todo ello, claro está, con independencia y al margen de las repercusiones que ello puede provocar además en el terreno de la prevención de riesgos laborales. Sobre todo, por la lectura que se pueda hacer de posible desactivación de previsiones como las que se introdujeron con las últimas reformas operadas en una materia tan próxima como es la de la coordinación de actividades en supuestos de descentralización productiva, tanto a nivel legal (art. 24 LPRL, en redacción dada por la Ley 54/2003), como reglamentario (Real Decreto 171/2004 de 30 de Enero). La argumentación del caso gira en torno a la idea de unidad de actividad, en el sentido de que no ha de ser sólo potencial sino real. En palabras de su FD 3º «... también es cierto que un mismo agente económico podría a la vez dedicarse a la construcción y a la promoción, pero éste no es el caso y además la norma no contempla para establecer la responsabilidad la mera posibilidad de la concurrencia de actividad, sino la actualidad de esa coincidencia de actividades que en el presente caso no se ha acreditado. El supuesto de hecho del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores, en la medida en que está conectado en el plano de las consecuencias jurídicas con la aplicación de un régimen severo de responsabilidad para las contrataciones en el marco de la propia actividad, parte de una conexión más intensa entre las actividades del principal y del contratista, de manera que se produzca una cierta implicación de las organizaciones de trabajo de los empresarios, como se pone de relieve en el debate sobre el denominado «elemento locativo de la contrata» ya en gran medida superado por las nuevas tecnologías que permiten establecer una implicación entre organizaciones de trabajo por encima de la presencia en el mismo lugar de trabajo y es obvio que esta implicación no se produce, en principio, entre las organizaciones de trabajo de una promotora inmobiliaria y de una empresa constructora».

3.3. Descentralización y período de prueba

Una de las instituciones afectadas por la descentralización es el período de prueba. En efecto, la regulación que de la misma hace el artículo 14 ET, al margen de otras consideraciones –duración...–, establece un mecanismo de tutela para el trabajador consistente en declarar nulo el período de prueba pactado si se trata de un trabajador contratado que ya antes haya realizado las mismas funciones en la empresa. De esta forma, la realización de las mismas funciones pero en otra empresa permite a ésta pactar un nuevo período de prueba. Es decir, que lo decisivo es que el trabajador cambie de empresa, situación que propicia la conveniencia de dotar de un plazo temporal inicial para que las partes se conozcan y conozcan la realidad de la relación jurídica.

Sin embargo, puede que como consecuencia de una decisión de descentralización –externalización del servicio en el que el trabajador presta sus servicios– el trabajador cambie de empresa pero siga haciendo el mismo trabajo. Ello sucede especialmente en el caso de sucesión de empresas contratistas en una empresa principal y que contratan al personal que con anterioridad a su llegada desempeñaba sus funciones con la anterior contratista. Es decir, el trabajador cambia de empresa (empresas contratistas) pero sigue desempeñando las mismas funciones en el mismo lugar (empresa principal).

Este escenario ha sido contemplado por algunas resoluciones judiciales que se han pronunciado de diferente forma respecto de la validez de cláusulas que fijaban períodos de prueba en supuestos como el descrito genéricamente. Así, por ejemplo, la sentencia de 15-7-2004 del TSJ de Andalucía, en un caso de un trabajador que desarrolla funciones como vigilante de seguridad en una empresa principal, a través de dos empresas de seguridad que se suceden en el servicio de seguridad, argumentó que el hecho de llevar a cabo las mismas funciones determina la nulidad del período de prueba pactado. Al respecto, de manera gráfica, la sentencia dice que «no es posible defender que el período de prueba aquí acordado obedece a un intento de las partes de conocerse profesional y personalmente, no siendo viable tampoco considerar que la empresa intenta comprobar la aptitud del trabajador y ello porque el mismo ha desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la anterior empresa adjudicataria». Es decir, el acento se pone en la similitud de funciones desarrolladas por el trabajador, obviando el hecho de que se las tareas se realizan para empresas distintas.

Reseñamos otra resolución judicial, en este caso la sentencia de 27-2-2003, del TSJ de la Comunidad Valenciana, que razona en el mismo sentido en un caso en el que un trabajador desempeña sin solución de continuidad las mismas funciones para dos empresas que sucesivamente explotan un negocio de hostelería. No se trata en este caso de sucesión de contratas, puesto que no existe una empresa principal, y por tanto, queda aún más claro que se trata de dos empresas diferentes. Sin embargo, el Tribunal considera que «no es posible aceptar las razones

esgrimidas por el empleador y relativas al hecho de que el segundo contrato fue realizado por un nuevo empresario, pues ello supone una contradicción con el supuesto de hecho indicado por el mismo como no previsto en la norma. Es decir, que si a un trabajador se le contrata atendiendo precisamente a su capacidad demostrada en trabajo realizado al servicio de un empresario anterior, cuya actividad se va a continuar en iguales condiciones, debe estimarse que ya se ha constatado su experiencia y capacidad para dicho puesto». Es decir, lo decisivo vuelve a ser, como en el caso anterior, el desarrollo de las mismas funciones.

A la misma conclusión llega la sentencia de 18-2-2003, del TSJ de Madrid, si bien el caso difiere del anterior, por cuanto en éste el trabajador, también perteneciente al sector de la vigilancia de seguridad, es contratado por la nueva empresa contratista en virtud de las previsiones del convenio colectivo aplicable, que obliga a las nuevas concesionarias del servicio de seguridad a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos, y/o categoría laboral, siempre que se acredite una antigüedad real mínima, de los trabajadores afectados en el servicio objeto de subrogación, de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca. Tal dato es el que resalta la sentencia en tanto considera que «no se inicia una nueva relación laboral entre las partes, sino que como nueva empresa adjudicataria del servicio, y por imperativo del artículo 14 del Convenio Colectivo, se ha subrogado en el contrato del actor, adscrito al servicio de vigilancia del Ministerio de Asuntos Exteriores».

Como se aprecia, en este caso lo determinante resulta ser la continuidad del contrato, que si bien queda modificado respecto a uno de sus titulares –el nuevo empleador–, se mantiene inalterado en el resto. Es decir, no se celebra un nuevo contrato, y por tanto no cabe pactar un período de prueba. De alguna forma, se aplica la lógica del artículo 44 ET, de mantenimiento, en principio, de las mismas condiciones laborales, entre las que está no estar sometido a prueba por haber superado ya el período de prueba, o en el caso de que éste no se pactara, de no incluirlo una vez que la relación laboral ya se había iniciado, ya que esto último es contrario al principio de estabilidad en el empleo, como señala la sentencia del Tribunal Supremo, de 15-09-1986.

Ya en sentido distinto, esto es, de considerar adecuado el período de prueba pactado, puede verse la sentencia de 26-06-2003, del STSJ Canarias. No obstante, también en este caso, las circunstancias son distintas hasta el extremo, como se verá a continuación, que el problema se produce por un proceso opuesto a la descentralización, aunque derivado de ella. En efecto, en este asunto un trabajador es contratado directamente por quien había sido la empresa principal de la contratista en la que el trabajador prestaba sus servicios. Concretando algo más, se trataba de una empresa que se ocupaba de la reparación y mantenimiento de los aparatos de frío que la principal tenía distribuidos entre sus clientes.

Una vez que la empresa principal decide «rescatar» la actividad de mantenimiento, contrata a uno de los trabajadores que se encargaba del mantenimiento de los mencionados aparatos.

Por tanto, nos encontramos ante un trabajador que pasa a desarrollar las mismas funciones, pero para empresas distintas, elemento éste decisivo para el Tribunal, que destaca que el presupuesto de la nulidad del período de prueba, según el artículo 14 ET, es que las funciones se hayan desarrollado «en» la empresa y no «para» la empresa. Es decir, no basta para incidir en la prohibición legal que en la empresa contratante hayan revertido los servicios del trabajador, como sucede en los casos de contrataciones y subcontratas de obras y servicios.

Tras este breve análisis de algunas resoluciones judiciales puede extraerse la conclusión de que hay una cierta tendencia, con excepciones como la que representa la última de las sentencias citadas, a entender que lo sustancial a los efectos de aplicar el artículo 14 ET es que las funciones del trabajador sean las mismas, con independencia de que sea distinta la empresa que lo contrata. No obstante, no creemos que se trate de obviar el dato requerido por el citado precepto en el sentido de exigir que esas mismas funciones se lleven a cabo «en la empresa», sino de entender, en el sentido rechazado por esa última sentencia, que la empresa a la que se refiere el artículo 14 ET puede ser tanto la empleadora como la principal, en tanto lo decisivo es el conocimiento del trabajador.

3.4. Los nuevos modelos de colaboración empresarial. Los contratos de franquicia, suministro, concesión y distribución exclusiva

A modo de elemento coadyuvante en el crecimiento de los ámbitos que a estos efectos pueden calificarse como desregulados o, si se prefiere, que quedan extramuros de la aplicación de la regulación laboral específica prevista para los fenómenos de descentralización productiva, se encuentran algunas de las nuevas formas de contratación empresarial que desde hace algún tiempo se vienen detectando por la dogmática del Derecho Mercantil. Se trata de un tipo de contratos en distribución²⁶, fruto normalmente del desarrollo espontáneo de las relaciones comerciales y que presentan como particularidad el establecimiento de un estrecho marco de colaboración entre las empresas, con fuertes notas, a veces, de gran dependencia. Por su especial significación, en esta categoría suelen destacarse los contratos de franquicia (*factoring*), el de concesión o distribución

26. Se trata de una categoría de contratos mercantiles que se contraponen a la de contratos de organización de la empresa, de intercambio de bienes materiales, de depósito, sobre valores, sobre bienes inmateriales, de financiación, de transporte, de seguro, de publicidad y en situaciones concursales y que sirve para aunar las formas más estrechas y permanentes de colaboración entre las mismas. *Vid.* AA.VV., *Contratos Mercantiles*, Dir. A. Bercovitz, Aranzadi, 2001.

exclusiva y el de cuentas en participación²⁷, aunque también cabe mencionar otras figuras muy próximas como el contrato de comisión, el de corretaje o mediación y, sobre todo, el de agencia.

Y es que parece cada vez más evidente que existe una estrecha ligazón entre esa nueva tipología de contratos mercantiles y la elusión o no inclusión de estos supuestos en el concepto de contrata y subcontrata que opera a efectos laborales. Un fenómeno que va a provocar además que las consecuencias no queden sólo referidas a la efectividad del crédito salarial y al recto cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social sino, y esto es quizás lo más llamativo, a la práctica totalidad del sistema de relaciones laborales.

La posición de partida ha de ser, una vez más, la de la significación que se dé o se haya de dar a construcciones primigenias como la de proceso productivo, propia actividad o contrata de obras y servicios. Sobre todo, y por lo que ahora interesa, a esta última concepción. Ya se ha indicado con anterioridad que el carácter coloquial o conscientemente ambiguo de la expresión utilizada por el legislador laboral tenía como gran virtualidad desde sus orígenes su aplicación a toda suerte de modalidades contractuales que pudieran entablarse entre las empresas comitente y contratista, de forma que la jurisprudencia del caso pudiera ir extendiendo sus resultados con independencia del tipo de relación concreta que se mantuviera.

De hecho, esa generosidad en la interpretación de la fórmula «contratas y subcontratas de obras y servicios», ha permitido –más allá de las críticas meramente conceptualistas y de falta de rigor técnico dirigidas al legislador– la aplicación de los postulados del art. 42 ET a supuestos propios del Derecho privado, Civil y Mercantil, como el arrendamiento de obra, de servicios y de empresas, pero también, a tipos contractuales propios y exclusivos del Derecho público y de carácter Administrativo como la concesión, la ejecución de obras o la gestión de servicios públicos, hasta el punto de que se ha llegado a defender el carácter sinónimo que debiera darse a la expresión legislativa, respecto de un concepto resumen como es el que se conoce como contrato de empresa²⁸.

27. La inclusión de esta modalidad –regulada en el art. 239 del Código de Comercio– se debe, fundamentalmente, a la calificación que realizó en ese sentido la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía (Sentencia de 27 de febrero de 1997, AS 2610), sobre el modelo de colaboración existente entre una empresa de grandes almacenes y un establecimiento autónomo de peluquería que existía en su interior. Desestimando la condición de empresario del primero, respecto de los trabajadores de la segunda, pese a los condicionantes genéricos que imponía (vgr. horarios de apertura y cierre), así como específicos en relación a las facultades sobre el personal (vgr. prohibición de aceptar propinas, homogeneidad en la imagen, etc.)

28. Nores Torres, L.E., *El trabajo en contratas...*, op. cit., p. 64 y ss.

Ha de tenerse en cuenta, no obstante, que en todos estos casos el proceso a desarrollar por la empresa contratada respecto de la principal nunca se ha limitado pura y simplemente –al menos, de una manera formal– a la mera compraventa de un objeto cierto y determinado (*dare*), sino que cabía su inclusión de alguna forma en una suerte de dinámica productiva o de cadena de producción (*facere*), por cuanto que se acompañaba de alguna clase de actividad adicional (instalación, montaje, puesta en funcionamiento, etc.). La irrupción de estas nuevas formas de colaboración mercantil, característica no tanto entre los grupos de empresas como de cualquier modelo de organización en red, viene a cuestionar precisamente esa forma dinámica y agrupada de producción, apareciendo formalmente como procesos estancos o potencialmente separables, y con relaciones que aunque duraderas en el tiempo permiten su liquidación y ejecución por actos y/o periodos temporales concretos. Es decir, como un marco relacional que aunque estable para poder articular un tipo de colaboración empresarial, queda fuera o escapa del ámbito propio de la *locatio* para insertarse entre los negocios puramente traslativos. Espacio para el que no se prevén reglas o garantías laborales salvo que una nueva interpretación del supuesto, más teleológica y funcional, lo remedie.

No ha de ser casual por ello que este conjunto de formas y modalidades contractuales respondan a una serie de parámetros comunes que hacen difícil su delimitación no ya entre ellas mismas, sino también con aquellas otras que son precisamente las que mayor incidencia presentan en relación con los confines propios del Derecho del Trabajo e, incluso, con los supuestos de hecho previstos por éste. Se afirma así por la doctrina especializada²⁹ que estos nuevos contratos mercantiles, como la franquicia y la concesión o distribución en exclusiva –y sólo en parte otros como la comisión, el corretaje, el de agencia o el de cuentas en participación–, pertenecen a un género o categoría que se caracteriza: 1) por ser negocios atípicos³⁰; 2) normativos, en el sentido de prever y dar cobertura a las diferentes situaciones de una relación jurídica con

29. Pueden consultarse a estos efectos los estudios dedicados a los mismos, en AA.VV., *Contratos Mercantiles*, *op. cit.*, en especial, p. 99 y ss, sobre el contrato de suministro y sus diferencias con la venta fraccionada; p. 262, sobre el contrato de distribución en exclusiva o concesión; y p. 296 y ss, sobre el contrato de franquicia.

30. Suele afirmarse de este tipo de contratos que son jurídicamente atípicos, pero socialmente nominados atendiendo a su nivel de generalización y conocimiento. En el caso de la franquicia es cierto que existe algún tipo de mención legal a la misma, aunque meramente instrumental y para nada reguladora de su contenido o naturaleza. Así cabe calificar a la regla introducida en una norma intervencionista y de naturaleza administrativa como la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, cuyo art. 62 ordena su inscripción en un Registro que se ha de crear al efecto, así como ciertas garantías de conocimiento y preaviso respecto de las entregas de material y firma del contrato. Registro que se constituye finalmente por el RD 2485/1998, de 13 de noviembre, recientemente modificado por el RD 416/2006, de 7 de abril, no sólo a fin de habilitar la compatibilidad de las competencias estatales y autonómicas –varias CCAA no tenían competencias asumidas en la materia, previéndose un Registro central de funcionamiento también residual o subsidiario–, sino para clarificar ciertos aspectos de regulación y régimen jurídico de la franquicia, entre ellos, el de su propia concepción (art. 2).

vocación duradera (tracto sucesivo); 3) que funcionan habitualmente más como contratos de adhesión que de estricta colaboración; 4) con un fuerte componente personal en la designación del «contratista» (*intuitu personae*³¹) y; 5) muy ricos en su contenido material, aunque con una clara preponderancia o inclinación en su clausulado.

Se trata de un conjunto de contratos, se decía, que presenta grandes dificultades de delimitación entre ellos mismos y, también, respecto de otras figuras centrales del derecho contractual, como la compraventa –el contrato de suministro– y, sobre todo, el contrato de agencia³². Figura ésta que, como se sabe, vive una singular relación de exclusión cuasiconstitutiva cuando se ejerce a título personal y directo, respecto del concepto definitorio de la relación jurídico-laboral.

En la mayor parte de estos supuestos, el franquiciado, el concesionario o el suministrado, culminan por así decirlo el proceso de producción tradicional o proceso propio del fabricante, productor o dispensador. Bien porque comercializan, venden y distribuyen el bien o el servicio a su consumidor final, bien porque facilitan esa tarea a modo de penúltimo eslabón en la cadena de distribución. Es cierto que en todos estos casos no suele existir coincidencia locativa y topográfica entre las empresas colaboradoras, menos aun de sus respectivos trabajadores en el centro de trabajo propio de la contraparte, circunstancia ésta que aunque más que conocida en el ámbito laboral de las contratas no puede considerarse ni mucho menos del todo superada³³. Hasta el punto que cabe afirmar, que este factor puede resultar codeterminante a la hora de no considerar la relación de tráfico comercial entre las empresas como subsumible o identificable en el seno del concepto de contrata de obra o servicios³⁴.

31. En ese sentido, se describen casos en los que el candidato a la concesión u otorgamiento de la franquicia ha de superar personalmente –y con total independencia de que con posterioridad articule su organización en forma societaria–, un largo curso de training y aprendizaje, totalmente sufragado a su costa y, lo que resulta verdaderamente llamativo, sin que se pueda tener hasta el final del proceso certeza alguna sobre la concesión final del derecho (vgr. establecimientos McDonald's).

32. La referencia que efectúa Díaz Echegaray, J.L., «El contrato de distribución en exclusiva o de concesión», AA.VV., «Contratos...», *op. cit.*, p. 64, a la STS de 8 de noviembre de 1995 (RJ 8637) sobre la utilización de la nota de dependencia como único criterio delimitador con el contrato de agencia –defendiendo que sólo en éste la prestación puede efectuarse por cuenta y en nombre ajeno, mientras que en los contratos de distribución siempre se realizará por cuenta propia–, deja bien a las claras la dificultad de diferenciación, pues no en vano es esta misma nota, la que ha servido para protagonizar los debates de su delimitación con el trabajo subordinado. *Vid.* Fernández López, M^a F., «El contrato de agencia y la representación de comercio. A vueltas con la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo», en AA.VV., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo, Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, CARL, 1999.

33. Su exigibilidad distingue el halo de responsabilidades propias en materia preventiva (art. 24 LPRL), lo que no ocurre con las otras de naturaleza laboral y de seguridad social. *Vid.* Serrano Olivares, R., «El elemento locativo en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios», *Relaciones Laborales*, 18/2000, p. 41 y ss.

34. Sobre la necesidad de redimensionar el concepto de empresario, sobre todo, en los supuestos de colaboración entre empresas, *vid.* Cruz Villalón, J., «Poder de dirección y nuevas estructuras empresariales», *Relaciones Laborales*, monográfico, 2005.

Sin embargo, y por lo que ahora interesa, lo más peculiar de todas estas nuevas figuras contractuales es el grado de poder que permite ejercer a una empresa sobre la otra. No se trata ya de una consecuencia de la participación en su titularidad o accionariado, lo que evita por otra parte la aparición de una de las formas tradicionales de respuesta, si no la única, del Derecho del Trabajo ante este tipo de fenómenos. Nos referimos a la consideración de las empresas como integrantes de un grupo, a modo de comunidad de bienes, que en cuanto empleador final resultará responsable patrimonial de todas las obligaciones³⁵. Y es que el título por el que surge y se legitima ese poder de control es el que otorga el principio de autonomía de la voluntad y el propio contrato, es decir, el contenido negocial que se pacta. En virtud de las obligaciones que se asumen, el grado de control, de sumisión, de dependencia en definitiva de una empresa respecto de la otra, puede ser tal que los ejemplos resultan innumerables, radicando ahí el verdadero aspecto central de la cuestión. Porque no se trata ya de garantizar eficazmente el cobro del salario por parte de los trabajadores de las empresas auxiliares, ni siquiera de cuestionar la entidad o existencia de ésta a los efectos de identificar un supuesto de cesión, sino de dar respuesta al desplazamiento del verdadero poder de dirección.

Dejando a un lado aquellos supuestos que puedan resultar patológicos y que pueden afectar incluso a quien ejerce las funciones de empresario formal³⁶, en los supuestos de descentralización que ahora se quieren resaltar no se cuestiona en realidad ni la inversión real que ha de efectuar el empresario delegado, ni tampoco la existencia del riesgo propio que debe derivar de ésta. Si se apura, las garantías en esta clase de negocios suelen ir ligadas a la solvencia y credibilidad del producto o marca, más que a la posibilidad de caución sobre las pérdidas que pueda efectuar el franquiciado o concesionario por lo que, de hecho, quien deberá aportar aval y fianza suficiente será normalmente el empresario que ejerza el papel de menor o delegado. En estos casos, pues, no se pone en tela de juicio la

35. Valga la cita de una doctrina que aunque asentada no deja de presentar singularidades, en un caso complejo como el de Home English, donde se han sucedido diferentes resoluciones. Y es que como aclara la reciente STS de 22 de julio de 2005, sobre el levantamiento del velo societario y la solidaridad en las responsabilidades: 1) en el litigio de la sentencia recurrida el «levantamiento del velo» y la consiguiente imposición de responsabilidad solidaria a las sociedades del grupo se apoya en la existencia de una «confusión de actividades» entre las mismas, mientras que en la sentencia de contraste son diferentes las actividades de las distintas empresas del grupo; 2) en el litigio de la sentencia recurrida consta también una confusión de «propiedades y patrimonio» entre las sociedades del grupo que no se da en el de la sentencia aportada para comparación, donde las distintas sociedades integrantes facturan los servicios prestados por unas a otras; y 3) a diferencia de lo que ocurre en la sentencia de contraste, en la que el grupo se constituye con propósito de ensamblar colaboraciones, en la sentencia recurrida las distintas empresas carecen de un «sustrato real, por haber sido creadas con el solo y primordial efecto de eludir fraudulentamente el pago de deudas u otras responsabilidades».

36. Así lo declara la STSJ Comunidad Valenciana núm. 2017/2005 (Sala de lo Social, Sección 1ª), de 17 junio, en un caso seguido a instancias de la Inspección de Trabajo, respecto de una serie de dentistas agrupados a modo de trabajadores autónomos franquiciados.

entidad empresarial de quien figurará como empleador final de los trabajadores, en cuanto que le respalde un verdadero acumulo de bienes patrimoniales, sino más bien la capacidad de organizar los medios propios de producción, contenido último del derecho a la libertad de empresa³⁷.

Y es que lo realmente significativo a efectos de su significación laboral, es que al empresario franquiciado, al concesionario o al titular de la licencia en última instancia, se le puede imponer desde la propia radicación de la empresa, a la dimensión de sus centros, la imagen a utilizar, la rotulación o el consumo mínimo de materiales que debe efectuar. Todo ello pasando, por supuesto, porque cualquier fórmula para la fijación de la contraprestación económica o precio resulta admisible (*royalties*), incluida la participación en los beneficios por parte de la empresa matriz o principal respecto de la que actúa bajo licencia o delegación. Una capacidad tal, en suma, que se llegan a detentar auténticos poderes de control y supervisión, incluida la capacidad de rescisión y/o liquidación unilateral de la propia relación mercantil que les une.

La titularidad de este haz de facultades puede ser de tal entidad que cabe llegar a cuestionarse seriamente si la ausencia del disfrute de las atribuciones básicas que han de ser propias del titular de una organización empresarial, no cambia a éste su verdadera naturaleza. De ahí que no sea de extrañar tampoco que las cuestiones litigiosas que surgen entre este tipo de empresas hayan de dilucidarse a veces atendiendo a concepciones como la verdadera calificación de la relación jurídica que mantienen, la necesidad de que la interpretación de las cláusulas oscuras no favorezca a quien las introduce o, directamente, aplicando las reglas y preceptos de la Ley 7/1998, de 13 de abril, reguladora de las condiciones generales de la contratación.

3.5. Las empresas de servicios: la nueva realidad jurídica en el ámbito de la cesión de trabajadores y la huida del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores

Uno de los fenómenos que merece nuestra atención en este estudio es precisamente el de la cesión de trabajadores a través de las Empresas de Trabajo Temporal, cuya regulación inicial pierde en gran medida sentido ante los nuevos fenómenos que representan las denominadas «empresas de servicios», cada vez más presentes en el mercado de trabajo. Estas empresas, en la actualidad, preten-

37. Un supuesto muy singular por cuanto que la dependencia se manifiesta en términos organizativos, más que económicos y/o jurídicos en sentido estricto, son los que conforman los procesos productivos denominados *just in time*. Un modelo de organización que, además, se caracteriza por la difícil separación entre la contratación o descentralización y el mero suministro.

den escapar a la regulación legal de la cesión ilegal de trabajadores, llevando a cabo una auténtica actividad de intermediación en el mercado de trabajo, a pesar de simular la realización de otra actividad.

No podemos olvidar que la cesión de trabajadores fue ubicada inicialmente en la Ley de 8/1980 en el artículo 43 ET, intitulado como «cesión de trabajadores» y ubicado en la Sección III, bajo la rúbrica de «garantías por cambio de empresario», junto con el artículo 42 sobre contratas y subcontratas y el artículo 44 sobre sucesión de empresas. Y no es esta ubicación una cuestión casual, pues las figuras que aparecen reguladas en esta sección comparten algunos elementos esenciales: al referirse todas ellas a situaciones en las que aparece implicado más de un empresario, y la utilización de la responsabilidad como mecanismo de garantía de los derechos de los trabajadores afectados. Por otro lado, esta figura se encuentra vinculada también a la subcontratación de obras y servicios, como manifestación de un mismo fenómeno, las relaciones mediatas de trabajo.

Las Empresas de Trabajo Temporal se introdujeron legalmente en nuestro mercado de trabajo gracias a su regulación, a través de la Ley 14/1994, habiendo solventado la más llamativa carencia del artículo 43 ET en aquel momento, su incapacidad para dar respuesta al fenómeno de las ETT, parecía que por fin se había conseguido el objetivo de regularizar las relaciones triangulares de trabajo, estableciendo una clara frontera entre las formas legales y las ilegales de éstas. Todas las cesiones que respondieran a una verdadera lógica empresarial legítima, y que no ocultaran intenciones fraudulentas o especulativas, se canalizarían a través de una ETT, y su legalidad se comprobaría fácilmente mediante el control de su autorización administrativa. El resto de las cesiones, ilegales, sería evitado mediante la prohibición del artículo 43 ET y su aparato sancionador recaería sobre cualquier cesión llevada a cabo por un sujeto no autorizado como ETT.

Sin embargo, el propósito del legislador de 1994 se vio pronto superado por los acontecimientos en el mismo instante en que, en la realidad, las fronteras entre las formas legales e ilegales de cesión de trabajadores se diluían en una multiplicidad de fenómenos variables que iban desde la más pura cesión ilegal del artículo 43 a los supuestos de cesión mediante contratas y subcontratas de obras o servicios basados en el régimen jurídico del artículo 42 ET.

Así, son varios los supuestos a analizar tras el estudio del tenor literal del actual artículo 43, pues considerar ilegal toda cesión temporal de trabajadores que no se lleve a cabo a través de «empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan» no implica que sea fácil detectar qué supuestos merecen la calificación de ilegales y cuales no lo son. Es precisamente la interpretación del tenor literal de este artículo el que nos lleva a considerar varias posibilidades incumplimiento de los requisitos exigidos para llevar a cabo las cesiones de trabajadores que no tienen por qué determinar la ilegalidad de los mismos.

a) Primer supuesto de huida del art. 43: El incumplimiento de las normas que regulan el funcionamiento de las ETT y la cesión ilegal de trabajadores: el caso de las ETT sin autorización y el uso irregular del contrato de puesta a disposición

La modificación del artículo 43 ET tras la reforma de 1993 tuvo como objetivo la legalización de un solo supuesto de cesión de mano de obra, el llevado a cabo a través de Empresas de Trabajo Temporal; siendo así que cualquier otro fenómeno de cesión de trabajadores resultaría inmediatamente ilegalizado al incumplir el requisito de la autorización administrativa. Conforme al citado precepto, sólo las ETT pueden suministrar trabajadores de forma legal y tienen que estar debidamente autorizadas para ello. La regla general sigue siendo, en el artículo 43 ET, la prohibición general de la cesión de mano de obra, estando excepcionalmente permitida cuando se trate de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas.

Que el artículo 43 ET define la cesión legal como excepción a la regla general de la ilegalidad de la cesión de mano de obra es claro, como también lo es que los efectos que la aplicación del mismo conlleva, que se encuentran recogidos en sus apartados segundo y tercero, dependen del incumplimiento de lo establecido en el párrafo primero. De ser así, cualquier cesión de mano de obra que no fuera efectuada por una ETT debidamente autorizada, cualquiera que fuera la causa para ello, sería una cesión ilegal.

Las consecuencias derivadas de la ilegalidad de la cesión de mano de obra, conforme a lo establecido en el artículo 43 ET despliegan sus efectos sobre diferentes planos dando lugar a tipos diferentes de sanciones. Desde la responsabilidad solidaria entre cedente y cesionario en relación con las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, a la responsabilidad penal derivada del artículo 312 del Código Penal en relación con el delito de *tráfico ilegal de mano de obra*³⁸; pasando por las infracciones administrativas recogidas en el TRLISOS para los supuestos de incumplimiento de las prescripciones legales referidas a las ETT.

Es por ello que debemos analizar detenidamente los dos supuestos más llamativos, calificados por la doctrina como las «zonas grises» de la cesión de trabajadores a través de Empresas de trabajo temporal: el caso de las empresas de trabajo temporal «aparentes» o sin autorización, y el uso irregular del contrato de puesta a disposición.

Por lo que se refiere al primer supuesto, la necesidad de obtener una autorización administrativa como requisito para actuar legítimamente como ETT en el

38. *Vid.* en relación con la aplicación del artículo 312 CP, C. Gala Durán, «Supuestos y consecuencias de la utilización inadecuada de las empresas de trabajo temporal», en *Relaciones Laborales*, tomo II-1998, pg. 404 y ss., en esp. 415.

mercado de trabajo español, ha desvirtuado su verdadero objetivo de control y de garantía de protección de los derechos de los trabajadores, para convertirse en un auténtico elemento de legitimidad de actuación de estas empresas. Siendo éste un requisito necesario para impedir la aplicación, en toda su extensión, de los efectos de la calificación de cesión ilegal del artículo 43 ET.

La obtención de la autorización está supeditada a la demostración del cumplimiento de unos requisitos, como la existencia de una estructura organizativa, dedicación exclusiva a la actividad constitutiva de la ETT, carecer de obligaciones pendientes de carácter fiscal o de Seguridad Social, constitución de una garantía financiera para asegurar el cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social, no haber sido sancionada con suspensión de actividad en dos o más ocasiones³⁹, y, por último, incluir en su denominación los términos «empresa de trabajo temporal». Si la empresa logra justificar ante la autoridad laboral el cumplimiento de estos requisitos, se le otorgará la correspondiente autorización administrativa que le permitirá actuar en el ámbito geográfico para la que haya sido emitida y durante el tiempo autorizado.

El problema vendría determinado, pues, por la existencia de una empresa que, sin haber obtenido la correspondiente autorización administrativa, se encontrase operando en el mercado bajo la forma de ETT; o por aquellas empresas que, habiendo sido autorizadas, superan el ámbito geográfico o temporal para los que recibieron la referida autorización. Parece lógico que consideremos ambos casos como situaciones diferentes a efectos de determinar sus consecuencias jurídicas.

Así, en el primero de los supuestos, nos preguntamos qué sucede cuando la empresa reviste la forma de ETT y actúa como tal pero carece de autorización administrativa, es decir, si la autorización administrativa es realmente un requisito de legalidad, necesario para actuar como ETT, o por el contrario es un mero trámite administrativo que puede subsanarse a posteriori. Existen varias teorías al respecto que defienden una y otra posición. Así, la interpretación literal del artículo 43 ET y 1º de la LETT nos llevaría a considerar que la autorización es un requisito indispensable de actuación de la ETT y que su inexistencia conllevaría la aplicación del régimen jurídico contenido en los apartados 2º y 3º del precepto estatutario, implicando la calificación de ilegal para cualquier cesión llevada a cabo por la empresa. Como consecuencia de ello, cualquier empresa que actuara en el mercado de trabajo para ceder trabajadores a otras empresas usuarias de sus servicios y que no contara con la debida autorización administrativa, no sería considerada una ETT y, por tanto, la cesión de mano de obra que pudiese realizar o haber realizado como objeto principal de su prestación de servicios debería declararse igualmente ilegal y encuadrarse en el régimen jurídico recogido en el artículo 43 ET.

39. Art. 2º de la Ley 14/1994, reguladora de las ETT.

Según el citado precepto los empresarios, cedente y cesionario, «responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos». Asimismo, los trabajadores sometidos al tráfico prohibido «tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria». Régimen sancionador que obedece a la necesidad de garantizar los derechos de los trabajadores objeto de cesión ilegal o «tráfico de mano de obra».

Esta interpretación restrictiva del precepto se vería apoyada por el hecho de que en el actual régimen jurídico existe una prohibición general de cesión de mano de obra, siendo la ETT una excepción a la misma; por lo que cualquier actuación en contra de las normas que regulan las ETT se consideraría fraudulenta y por tanto ilegal.

En segundo lugar, nos planteamos qué sucede cuando una ETT que, habiendo obtenido inicialmente la autorización administrativa, la pierde con posterioridad o se le retira por imposición de una sanción administrativa.

Una variante de este primer supuesto estaría en la ETT que, gozando de autorización administrativa para actuar en un determinado ámbito geográfico se excede del mismo, no gozando para este último territorio de la debida autorización. En este caso, parece irracional considerar que todo el ámbito sancionador del artículo 43 ET recaiga sobre la ETT, tratándose tan sólo de una infracción administrativa que se sanciona con una multa pecuniaria, sin que sea necesario presumir una intención fraudulenta en la actuación del empresario.

Por lo que se refiere al segundo supuesto, consistente en el uso irregular del contrato de puesta a disposición; se trata de considerar aquellos supuestos en los que se incumple el régimen jurídico establecido para los contratos de puesta a disposición.

En relación con éste, algunos autores consideran que existe un gran desfase o más bien, que falta coordinación entre los párrafos primero y segundo y tercero del artículo 43 ET. Así, no faltan quienes afirman tajantemente que «toda cesión, todo contrato de puesta a disposición, celebrado incumpliendo los artículos 6.2 y 8 LETT es una cesión ilegal», pues cómo calificar si no un contrato contrario a la ley⁴⁰. Aunque ello no implica que deban aplicarse los efectos previstos en el mismo precepto, «porque el art. 43 no establece el régimen jurídico del contrato de puesta a disposición sino de aquellas cesiones no instrumentadas a través de un contrato de puesta a disposición»; es decir, «la presencia de una ETT excluye la aplicación del artículo 43 ET»⁴¹.

40. En este sentido se pronuncia A. Cámara Botía, «Sobre la posición jurídica de los trabajadores de las Empresas de Trabajo Temporal», en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 124, 2004, p. 17.

41. Así se expresa A. Cámara Botía, *ibidem*.

Resulta interesante reflexionar acerca de la posibilidad de denominar cesión ilegal a la llevada a cabo incumpliendo los requisitos legales del contrato de puesta a disposición, especialmente los que aparecen recogidos en los artículos 6.2 y 8 de la LETT. En este caso, la calificación como cesión ilegal nos llevaría directamente a la aplicación del régimen jurídico previsto en el artículo 43 ET para las cesiones de mano de obra que así se califican. Pero no es conveniente aplicar este régimen jurídico, razón por la cual el legislador prevé un grupo de infracciones de carácter administrativo que permita suplir las excepcionales medidas recogidas en el artículo 43 ET cuando los incumplimientos no generan daños para los trabajadores.

Finalmente, y con carácter añadido a los dos supuestos anteriores, sería preciso considerar aquellos supuestos en los que la Empresa de Trabajo Temporal lleva a cabo su actividad fuera del ámbito territorial o temporal que reconoce la autorización.

Como hemos dicho anteriormente, la inclusión de la autorización administrativa entre los requisitos exigidos para constituir legalmente una ETT se convirtió en la clave angular, en la base de la ordenación del mercado de trabajo en España⁴², al suponer, además de un requisito que convertía la cesión de trabajadores en una actividad lícita, un instrumento de selección y control de los operadores legitimados para acceder al mercado de trabajo temporal⁴³. De este modo, la autorización administrativa se concede por la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de la provincia en que se encuentra el centro de trabajo de la empresa o por el órgano equivalente de las Comunidades Autónomas con competencia de ejecución de la legislación laboral, provocando, así, una segmentación del mercado de trabajo temporal en provincias, cuyas razones se encuentran seguramente en el control administrativo tan reclamado por los agentes sociales para garantizar los derechos de los trabajadores puestos a disposición.

Para el supuesto en que la empresa de trabajo temporal posea centros de trabajo en varias provincias, la autorización será concedida por la Dirección General de Empleo o por el órgano equivalente de la Comunidad Autónoma competente, si el ámbito de actuación de dicha empresa coincide con el de la Comunidad. De forma que si la apertura de nuevos centros de trabajo supone la alteración del ámbito geográfico de actuación, la autoridad laboral competente por el nuevo ámbito deberá conceder una nueva autorización administrativa, quedando sin efecto la anterior (art. 2.2 LETT). Por su parte, la Ley 29/1999 modificó el artículo 5 de la Ley 14/1994 para regularizar aquellos supuestos en los que el lugar de la ejecución del contrato de trabajo, o de la orden de servicio, en su caso, se encontrase situado en

42. Vid. F.J. Calvo Gallego, M. González Rendón y M. Rodríguez-Piñero Royo, *El impacto de las Empresas de Trabajo Temporal en España: de la legalización a la reforma*, Tecnos, 2000, p. 228.

43. De nuevo F.J. Calvo Gallego, M. González Rendón y M. Rodríguez-Piñero Royo, *El impacto de las Empresas de Trabajo Temporal en España...*, *ibídem*.

un territorio no incluido en el ámbito geográfico de actuación autorizado de la ETT, incluyendo una nueva obligación para ésta consistente en notificar a la autoridad laboral de dicho territorio la prestación de estos servicios, con carácter previo a su inicio, adjuntando una copia del contrato de trabajo y de su autorización administrativa. De este modo, no sería preciso solicitar una nueva autorización para el lugar de ejecución de servicios, quedando resuelto así, el problema relativo al uso extraterritorial de la autorización administrativa por las ETT.

Además, el incumplimiento de la citada comunicación conllevaría la aplicación del régimen sancionador administrativo previsto en el TRLISOS, e introducido por la Ley 29/1999, cuando aún se encontraba recogido en la Ley de ETT, consistente en una infracción de carácter grave la puesta a disposición de trabajadores en ámbitos geográficos para los que no se tiene autorización administrativa si no se cumple el requisito recogido en el artículo 5.3 de la LETT⁴⁴. Quedaba así zanjada una situación jurídica que hasta el momento aparecía indeterminada.

Sin embargo, algunos autores han seguido destacando las dificultades de interpretación que plantea el citado precepto tras la reforma. En primer lugar, es preciso aclarar que la nueva redacción del artículo 5.3 LETT sólo autoriza la extralimitación territorial de la ETT en relación con el lugar de ejecución de la prestación por el trabajador temporal, pero no, en cambio, para la realización de contratos de puesta a disposición. Esto implica, como se ha destacado en otro lugar, que la norma del artículo 5.3 LETT tendría un sentido más limitado del que en un principio podría pensarse, quedando restringida la funcionalidad del precepto a permitir la ejecución en todo el territorio nacional de campañas globales concertadas de forma unitaria con grandes empresas usuarias⁴⁵. En segundo lugar, quedarían fuera de la excepción infractora del artículo 5.3 LETT los supuestos de celebración de un contrato de puesta a disposición, es decir, de realización de la actividad propia de la ETT se produce extralimitándose del ámbito geográfico para el que se concedió la autorización, o la apertura de nuevos centros de trabajo en un ámbito territorial diferente. El supuesto podría subsumirse más bien en el artículo 2.2 LETT, en el que se especifica que cuando la apertura de nuevos centros de trabajo suponga la alteración del ámbito geográfico de actuación, la autoridad laboral que resulte competente por el nuevo ámbito concederá nueva autorización administrativa, quedando sin efecto la anterior. Desde esta perspectiva, la falta de autorización administrativa nueva para el ámbito geográfico de

44. Es interesante destacar que en el texto aprobado en el Congreso la infracción era calificada como muy grave, siendo una modificación introducida en el Senado la que determinó el carácter definitivo de la infracción.

45. Para un estudio más profundo de la cuestión *vid.* F.J. Calvo Gallego, M. González Rendón y M. Rodríguez-Piñero Royo, *El impacto de las Empresas de Trabajo Temporal en España...*, *op. cit.* p. 247 y ss.

actuación de la ETT actualizaría el tipo de la infracción recogida en el 18.2.f) TRLISOS, constituyendo una infracción administrativa grave.

Finalmente, la extralimitación del ámbito autorizado desde el punto de vista temporal no parece plantear tantos problemas por cuando la propia Ley prevé un mecanismo de prórroga anual y renovación definitiva tras tres años de actividad que se extinguirá tan sólo cuando la ETT deje de realizar la actividad durante un año ininterrumpido. En este sentido, la no renovación de la autorización se producirá tan sólo en el caso de que la empresa no la hubiese solicitado con tres meses de antelación a la expiración del período autorizado o hubiese incumplido cualquiera de las obligaciones previstas en la Ley que den lugar a la pérdida de la condición de ETT⁴⁶.

Teniendo en cuenta este supuesto, las consecuencias de la actuación de la ETT cuando ha expirado el tiempo previsto en la autorización, sin que se haya solicitado la renovación ni el reinicio de actividades, o ésta le ha sido denegada o suspendida por haber incurrido en algunos de los supuestos previsto para ello, deberían ser similares a los previstos para el supuesto de cesión ilegal de trabajadores, ya que, a diferencia del supuesto anterior en el que tenía lugar una extralimitación territorial de la actuación de la ETT, la autorización existía, requisito que no se cumple en el supuesto actual.

El caso de la suspensión de la autorización por reincidencia en la comisión de una infracción administrativa muy grave es el más sencillo de entender ya que la empresa debería someterse a un proceso de solicitud de una nueva autorización, por lo que si ésta no se obtiene, la empresa estará actuando sin autorización y, como tal, incurrirá en la prohibición prevista en el artículo 43 ET desencadenando todo el régimen sancionador y de protección de los trabajadores cedidos ilegalmente previsto en este precepto.

En general, las consecuencias son las mismas para los supuestos en que la cesión de trabajadores la lleva a cabo una empresa que no ha solicitado la correspondiente autorización administrativa, o ésta le ha sido denegada por incumplir los requisitos legalmente establecidos, o se encuentra suspendida o no ha solicitado el reinicio de actividades en los supuestos previstos legalmente. Nos hallaríamos ante un supuesto de cesión ilegal de trabajadores ya que no se dispone de la «debida autorización en los términos legalmente establecidos», requisito indispensable para que la cesión sea calificada como legal⁴⁷.

46. Conforme a lo establecido en el artículo 41.3 TRLISOS, la reincidencia de la ETT en la comisión de infracciones tipificadas como muy graves en esta Ley podrá dar lugar a la suspensión de sus actividades durante un año (...) Transcurrido el plazo de suspensión, la empresa de trabajo temporal deberá solicitar nuevamente autorización administrativa que le habilite para el ejercicio de la actividad.

47. En este sentido también se pronuncia C. Gala Durán, «Supuestos y consecuencias de la utilización inadecuada...», *op. cit.* p. 414 y ss.

b) Segundo supuesto: La frontera entre las ETT y las contratatas y subcontratatas de obras o servicios. La distinción entre los supuestos de hecho de los artículos 42 y 43 del ET

La ambigüedad existente en la frontera entre las ETT y las contratatas y subcontratatas de obras o servicios, como fenómenos de gestión empresarial, dentro de las denominadas «relaciones mediatas de trabajo» ha generado importantes estudios doctrinales que ha tratado de definir ambas figuras desde el punto de vista de su diferente regulación jurídica. Siendo muy ajenas a las ETT, en cambio, mantienen rasgos coincidentes con las contratatas y subcontratatas de obras y servicios⁴⁸, de forma que resulta muy difícil reconocer el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita.

Esta similitud entre ambas figuras también obligó a nuestros Tribunales a realizar un esfuerzo en la labor de desentrañar las diferencias entre los supuestos de hecho de los artículos 42 y aquellos que enmascaraban una actividad de suministro de mano de obra que, al no realizarse a través de las Empresas de Trabajo Temporal debidamente autorizadas, materializan el fenómeno de la cesión ilegal de trabajadores regulada en el art. 43 del ET. Es decir, en un intento de eludir el régimen jurídico cada vez más restrictivo de las ETT, los empresarios recurren a la figura de las contratatas y subcontratatas de obras y servicios para llevar a cabo una auténtica actividad de suministro de mano de obra bajo. Se trata de las denominadas «empresas de servicios», reaparecidas tras la reforma de 1999 como respuesta de los empresarios de trabajo temporal para hacer frente a las pérdidas económicas que conlleva el nuevo régimen de cesión de trabajadores establecido para los mismos.

Con la legalización de las ETT y la reforma del artículo 43 ET se abrió una nueva etapa en la que la determinación de los supuestos de cesión legalmente autorizados, parecían más fáciles de identificar. E incluso se llegó a afirmar que lo importante, a partir de este momento, no debía ser tanto el carácter o intención fraudulenta de la cesión el elemento sobre el que hacer pivotar la cesión prohibida sino el hecho de que la misma no se llevase a cabo a través de una ETT⁴⁹. Sin embargo, pronto pudimos observar cómo la aparición de nuevos fenómenos ilegales bajo la apariencia de contratatas y subcontratatas de obras y servicios que encubrían auténticas cesiones de

48. Hasta el punto en que el código de conducta de la Asociación de Grandes Empresas de Trabajo Temporal, introdujo la necesidad de mantener una «estructura organizativa, diferenciada en medios técnicos y humanos entre empresa de trabajo temporal y empresa de servicios. El objetivo de la empresa de servicios es la consecución de resultados bajo su propia dirección y control y responsabilidad. El objeto de la ETT es la puesta a disposición de trabajadores para la empresa usuaria». *Vid.* referencia en *Capital Humano*, Extra trabajo temporal, septiembre 2000, en p. 9.

49. *Vid.* referencia doctrinal de este debate en M. Nogueira Gustavino, *op. cit.* p. 229.

mano de obra, provocaban de nuevo el debate sobre las fronteras entre la cesión legal e ilegal de mano de obra, cuando esta no se realiza a través de ETT.

A la doctrina del Tribunal Supremo elaborada hasta el momento, que señalaba como requisitos necesarios de la existencia de una auténtica contrata, que la empresa contratista ejerciera una actividad empresarial propia mediante una organización empresarial estable (patrimonio, instrumentos y maquinaria y organización estables); y que fuera posible imputarle efectivas responsabilidades contractuales basadas en la ejecución de la contrata bajo su propia dirección y gestión, con asunción del riesgo correspondiente, manteniendo, en todo caso a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección conservando con respecto a la misma, los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que son inherentes a la condición de empleador⁵⁰; hubo que añadir nuevos indicios que ayudaran a identificar las fraudulentas empresas de servicios cuyo objeto era suministrar mano de obra a empresarios con necesidades.

La identificación de los supuestos de cesión ilegal es más fácil, dice el TS, cuando la empresa cedente carece de infraestructura empresarial propia e independiente, ya que la empresa «aparente o ficticia» se muestra sin estructura ni entidad propias ni verdadera organización empresarial, manifestando de forma evidente su actividad de proporcionar mano de obra a otros empresarios⁵¹. Sin embargo, como ha declarado recientemente el mismo Tribunal, el problema más importante en esta delimitación se produce en relación con la contrata que se concrete en una prestación de servicios que tienen lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, pues no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre cedente y cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita⁵².

En estos casos, el TS recurre a otros indicios de ilegalidad, que tienen valor indicativo u orientador, pudiendo citarse entre ellos el riesgo empresarial asumido por el empresario cedente⁵³, la autonomía del objeto de la contrata, la aportación de medios de producción propios⁵⁴, el ejercicio de los poderes empresa-

50. *Vid.* STS de 25 de octubre de 1999 (Ar. 8152), que reitera jurisprudencia contenida en las SSTS de 17 de enero de 1999 (Ar. 58) y 31 de enero de 1995 (Ar. 532).

51. De nuevo STS de 25 de octubre de 1999, que cita jurisprudencia anterior; por todas SSTS de 21 de marzo de 1997 (Ar. 2612), de 18 de marzo de 1994 (Ar. 2548), y de 15 de noviembre de 1993 (Ar. 8693).

52. *Vid.* STS de 14 de septiembre de 2001 (Ar. 582/2002).

53. Como sucede en la STS de 17 de enero de 1991.

54. De nuevo STS de 25 de octubre de 1999, *vid.* también SSTS de 12 de diciembre de 1997 y 19 de enero de 1994.

riales⁵⁵ o la naturaleza de la intervención de éste en la actividad realizada. Es decir, señala como elemento fundamental para arbitrar la distinción, no ya la existencia de un empresario con actividad empresarial propia y organización estable, sino la actuación empresarial en el marco de la contrata⁵⁶. Existirá, por tanto, cesión ilegal de trabajadores cuando la participación del empresario en el contrato se limite a suministrar mano de obra sin incluir otros elementos, personales y materiales, que configuran la estructura empresarial, permitiendo, por tanto, identificar el verdadero objetivo de su actividad que no es otro que el suministro de mano de obra necesaria para desarrollar el servicio. Suele llevar aparejados otros indicios como el hecho de prestar servicios los trabajadores cedidos en las dependencias de la empresa principal sin diferenciarse de sus empleados, encontrándose, incluso, bajo el poder de dirección de los mismos mandos directivos de la empresa principal. Aunque, es preciso aclarar, conforme a la reciente doctrina elaborada por el Tribunal Supremo⁵⁷ que el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no es suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal.

Esta doctrina elaborada por el Tribunal Supremo pretende clarificar, en cierto modo, el panorama de la cesión ilegal de trabajadores a través de empresas de servicios, aunque no ha evitado que sigan apareciendo estas formas empresariales en la actualidad.

3.6. Trabajo por cuenta propia y trabajo autónomo. Una mención al teletrabajo

Para las múltiples realidades de colaboración empresarial que se han venido describiendo, algunas en cuanto que fórmulas para el desarrollo de un mismo o idéntico proceso productivo; otras, en tanto que para instrumentar fases necesarias aun cuando o con un marcado carácter complementario; así como para las consecuencias y efectos que de ello se derivan, incluidas las expresamente previstas por el legislador laboral, resulta casi ocioso advertir que es un dato indiferente el de la opción orgánica con que se constituyan las diferentes empresas. Es decir, resulta irrelevante el que se trate de una modalidad empresarial unipersonal, mejor, personalísima, ya de una formulación propia de las personas jurídicas –asociativa, corporativa o fundacional–, incluidas las subdivisiones correspon-

55. *Vid.* por todas STS 19 de enero de 1994 (Ar. 352), en el mismo sentido recientemente STSJ Asturias de 10 de septiembre de 2005 (AS 206) y STSJ de Canarias de 28 de septiembre de 2004 (AS 2815).

56. STSJ de Canarias de 28 de septiembre de 2004 (AS 2815).

57. STS de 16 de junio de 2003 (Ar. 7092), en la que se cita jurisprudencia anterior recogida en las SSTs de 20 de julio de 1999 (Ar. 6839), 31 de octubre de 1996 (Ar. 8186) y 17 de julio de 1993 (Ar. 5688), entre otras.

dientes según se tenga naturaleza jurídico-privada o jurídico-pública y se carezca o no de ánimo de lucro.

Lo anterior se traduce en que lo mismo actúa como empresario a estos efectos, y por tanto como sujeto susceptible de facilitar y articular los procesos de descentralización productiva, un empresario autónomo que una sociedad mercantil. Ello no quita, sin embargo, que alguna de estas modalidades no presenten especiales y singulares efectos. Y es que, como se sabe, tal como se suele definir en nuestro ordenamiento jurídico –vgr. a efectos de reconocimiento del derecho de libertad sindical o de acceso al régimen público de previsión social- el autónomo, que a la vez puede ser empleador y empresario, no deja de ser a la vez un trabajador más o menos dependiente que también presta sus servicios de forma personal y directa. Siendo entonces muy necesario su deslinde con las formas subordinadas y por cuenta ajena para evitar su confusión.

Como ya se tuvo ocasión de apuntar en relación con posibles supuestos de franquicia ficticios o patológicos, nuestra jurisprudencia arranca de un criterio objetivo, analizando los rasgos que rodean al caso concreto, con independencia de la calificación jurídica que le hayan querido dar las partes, pues de lo contrario no se podría hacer frente a las ficciones jurídicas de falsas relaciones autónomas.

Las zonas grises o dudosas entre el trabajo asalariado y el trabajo autónomo son, de hecho, numerosas en nuestra práctica convencional. De modo que en muchas ocasiones son oscurecidas aún más si cabe por parte de ciertas empresas interesadas en huir de las cargas que le supone el Derecho del Trabajo. Más allá de los esfuerzos realizados por el legislador y Tribunales las dudas permanecen, de modo que no es fácil identificar cuando hay una actuación de encubrimiento bajo contratación extralaboral de situaciones que deberían incluirse dentro del ámbito de la legislación laboral.

Entre las actividades más discutidas se encuentra la relativa al transporte de mercancías y las actividades de distribución de bienes y servicios. En ciertas ocasiones, por añadidura, se producen situaciones de transición, de modo que a partir de una situación de laboralidad, el empresario le vende al trabajador el vehículo de transporte y le obliga a formalizar su situación como autónomo a efectos fiscales y de Seguridad Social. En estos casos, en unas ocasiones se trata de situaciones reales de autonomización del trabajador inicialmente asalariado, mientras que en otros casos se perciben auténticas conductas de encubrimiento. Otro ejemplo es el que se localiza en el sector de la construcción, sector caracterizado cada vez más por las elevadas dosis de sofisticación que presenta, en especial, en materia de externalización en cadena, capilarizada con fuerte presencia del trabajo autónomo. Un tercer ámbito en el que a título ejemplificativo suelen suscitarse zonas grises es el relativo al de los representantes de comercio u operadores mercantiles, que actúan en nombre y representación de una empresa como intermediarios de la misma para la comercialización de sus productos a otras empresas o

profesionales. En ciertas ocasiones igualmente la autonomía del trabajador es más que dudosa, a pesar de los intentos de encubrimiento de parte de la empresa con la que se contrata. Por último, resulta obligado mencionar también el uso manifiestamente espurio por parte de la Administración Pública de ciertas formas de contratación, presentada formalmente para la realización de actividades profesionales específicas en régimen de autonomía. Situaciones que en la práctica se desarrollan con un régimen de ejecución en los locales de la propia Administración Pública, con un horario fijo y fuerte sometimiento a la jerarquía de mando en el seno de la estructura administrativa.

Respecto de la significación que en este terreno puede representar la fórmula de trabajo a distancia o teletrabajo, ciertamente hay que comenzar recordando un dato tan básico como que la legislación española no contempla regulación específica alguna en relación al mismo, por lo que la cuestión se remite a la mayor o menor capacidad de adaptación de las instituciones laborales generales a las especialidades propias de esta forma de prestación. Al propio tiempo, tampoco existe jurisprudencia a estas alturas que haya abordado los interrogantes básicos del régimen jurídico en nuestro país del teletrabajo.

Lo que existe en la legislación laboral española es un artículo en el Estatuto de los Trabajadores dedicado a regular el trabajo a domicilio, cuya regulación cierta doctrina ha considerado aplicable al teletrabajo subordinado. Ciertamente, el destino sociológico de una institución pensada en su momento por el legislador no puede constituir óbice alguno para su aplicación a situaciones diferenciadas, mientras que cumplan los rasgos definitorios exigidos por la norma positiva que regula la institución en cuanto tal. Y es que, de hecho, este precepto estatutario no impone que se haya de tratar de un trabajo manual o industrial y, por supuesto, no excluye que pueda abarcar tareas de tipo informático, pues el requisito por excelencia es que la actividad se realice «en el domicilio o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario». Aunque eso sí, como se ha encargado de señalar alguna resolución judicial, no se trata de conceptos coincidentes, porque el teletrabajo puede prestarse en lugar no elegido por el trabajador y distinto de su domicilio y porque además puede haber formas de teletrabajo en la que exista una vigilancia empresarial. En cualquier caso, lo más relevante a estos efectos es que, aun cuando se pudiera aplicar esa regulación al teletrabajo, la misma resulta obsoleta y sus reglas no atienden a los problemas clave que hoy en día suscita en teletrabajo.

Por lo que se refiere al régimen jurídico existente entre las partes, la vinculación entre un teletrabajador y la empresa a la que suministra el servicio puede ser de naturaleza variada. En particular puede instrumentarse tanto por la vía del trabajo autónomo —con variadas fórmulas de contratación civil, mercantil o administrativa—, como por la vía del trabajo subordinado, en éste último caso sometido a la legislación laboral, en principio a todos los efectos. De hecho, la definición legal

de trabajo a domicilio puede permitir incorporar al teletrabajo como una variante del mismo, puesto que se dan los elementos conceptuales del mismo, siempre que se supere el dilema de que en ocasiones el teletrabajo se realiza con fuerte vigilancia de parte del empresa –precisamente a través del uso de las tecnologías de comunicaciones bajo la variante *on line*– que no puede concurrir en el caso del trabajo a domicilio. Sin embargo, afirmar que el teletrabajo puede constituir una variante del trabajo a domicilio no elimina los problemas, por cuanto que no excluye la posibilidad de que la relación de servicios se pueda articular sobre un régimen de trabajo autónomo. En otros términos, la aplicación del ET tiene como premisa que se trate de una relación de servicios sometida a la legislación laboral, por tanto, donde concurren los elementos de ajenidad y dependencia exigidos para calificar como laboral un contrato de prestación de servicios.

Por ello llama poderosamente la atención que hasta el momento presente la cuestión apenas haya sido suscitada en sede judicial, lo que tan sólo se puede explicar en base a dos hechos: uno, que el uso del teletrabajo sea marginal dentro de la estructura organizativa de las empresas españolas; dos, que el reducido número de teletrabajadores en nuestro mercado laboral tienda de forma pacífica a articular sus relaciones laborales a través de contrataciones civiles o mercantiles de trabajo autónomo.

Pese a todo lo anterior, una referencia obligada que en parte relativiza tan singular panorama de anomia específica es la que proporciona el Acuerdo Europeo sobre el Teletrabajo. Acuerdo libre, no reforzado por vía de una Directiva comunitaria como se sabe, y cuya transposición al Derecho nacional queda a lo que decidan los interlocutores sociales en el ámbito de cada uno de los Estados miembros. Por lo que afecta a España, lo único que se ha hecho es incorporar el tenor literal del Acuerdo Europeo como un Anexo dentro del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2003. De su texto cabe destacar que se advierten ciertas posiciones compartidas por los interlocutores sociales, que desean transmitir a sus organizaciones federadas, y que se pueden resumir básicamente en dos ideas capitales. Primera, el teletrabajo es una forma de organización del trabajo a contemplar positivamente, particularmente necesaria en determinadas actividades profesionales o sectores, de forma que en España se deben propiciar esas formas de trabajar que pueden proporcionar efectos deseables tanto para empresas como para trabajadores. Segunda, para la construcción del obligado equilibrio de intereses entre las partes implicadas por el teletrabajo, el acuerdo europeo constituye un instrumento esencial, por lo que hay una decisiva invitación a que se ponga en práctica el mismo. Eso sí, cuando se desciende al ámbito de los compromisos de efectiva vinculabilidad jurídica, lo único que figura es un compromiso de divulgación del contenido del referido acuerdo.

4. UN NUEVO DERECHO DEL TRABAJO PARA UNA ECONOMÍA DESCENTRALIZADA

4.1. Descentralización productiva y reforma laboral

El proceso de reforma laboral desarrollado a lo largo de los años 2005 y 2006, y culminado en el Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo del año 2006 ha hecho de la descentralización productiva uno de sus núcleos de atención, como no podía ser de otra manera dada la centralidad y la problematicidad de este fenómeno. Comenzando por el mismo Informe del Grupo de Expertos para el Diálogo Social que sirvió de inicio a todo el proceso, en los sucesivos textos de sindicatos, patronales y Gobierno de la Nación se incluyen cuestiones relacionadas con las formas externalizadas de producir. Más aún, con ocasión de este proceso se han conectado las manifestaciones de la descentralización productiva con otros problemas de nuestro mercado de trabajo, como la temporalidad, de tal modo que a diferencia de en otras ocasiones se plantean reformas desde una perspectiva sistemática e integradora.

Un aspecto esencial de todo el proceso de reforma ha sido el de la temporalidad en el empleo, y ésta se ha planteado en gran medida como la búsqueda de mecanismos para reducir ésta. Desde un primer momento la temporalidad se puso en relación con la descentralización productiva, en particular en los efectos de incremento de la temporalidad que tenía el recurso a contratas y subcontratas. Las organizaciones sindicales propusieron que se prohibiera expresamente que la realización de una contrata fuera utilizada como causa para concertar un contrato de obra o servicio determinado. Por su parte, el Gobierno de la Nación recogió esta propuesta en su Documento, proponiendo una «nueva regulación del contrato temporal de obra y servicio (artículo 15.1 del ET) que clarifique las causas de su utilización y la desvincule de las contratas o subcontratas. El carácter temporal de la contratación o subcontratación de obras y servicios no constituirá, por sí misma, causa suficiente para esta modalidad contractual».

La conexión entre temporalidad y subcontratación, o mejor la subcontratación como factor de incremento de la temporalidad, se pretende romper desvinculando el contrato de obras o servicios de la prestación externalizada de servicios, uno de sus ámbitos naturales de utilización. Lo que se pretende es que el trabajar directamente en el proceso productivo de una empresa o el hacerlo en empresas auxiliares o contratistas sea neutral desde el punto de vista del empleo; la decisión empresarial de gestionar directamente o de externalizar no afectará así al volumen de trabajo temporal, puesto que si no se es fijo en la empresa principal se será en la contratista. Como contrapartida el Gobierno propone un mecanismo especial de extinción del contrato para las empresas contratistas, en el que la finalización de la contrata deja de ser motivo de extinción de un contrato de obra o servicio determinado para pasar a ser causa de despido económico.

Esta compensación que se ofrece a cambio de la desvinculación entre subcontratación y contratación temporal abre un nuevo ámbito de la regulación laboral de la subcontratación de obras y servicios, hasta ahora inexplorado: el de un tratamiento especial del despido en las empresas contratistas, sometidas hasta ahora al régimen general del Estatuto para todas las empresas. De adoptarse estas medidas el tratamiento de la subcontratación adquiriría una naturaleza diferente: mientras hasta ahora su regulación en el artículo 42 ET se refiere a aspectos puntuales, y en general poco sustanciales en la ordenación de la relación de trabajo –información y responsabilidad, sobre todo–, la propuesta del Gobierno comienza a hacer de las empresas contratistas un sujeto diferenciado dentro de nuestro Derecho del Trabajo, con una identidad propia y una regulación especial en materias nucleares como el despido, al estilo del tratamiento que reciben las empresas pequeñas. En este contexto la definición de lo que es y deja de ser subcontratación adquiere una importancia aún mayor; y así lo entiende el mismo Gobierno cuando afirma que «como cuestión previa, cualquier modificación en esta materia exige una definición legal lo más precisa posible de lo que deba entenderse por contrata o subcontrata, que delimite con toda claridad el ámbito de aplicación de las nuevas normas que se establezcan y que se incluiría en el artículo 42 del ET».

Respecto del nuevo régimen que se propone para las empresas contratistas, el Gobierno plantea a los interlocutores sociales dos alternativas:

- bien introducir en el contrato de fomento de la contratación indefinida un elemento causal, específico para los supuestos de contratas y subcontratas, que permita la inclusión *ab initio* en el propio contrato individual de condiciones más precisas de extinción, vinculadas a una condición extintiva expresa, y una indemnización en función de la antigüedad;
- bien establecer modificaciones en el procedimiento actual de extinción de los contratos de trabajo, tanto de carácter individual como colectivo limitadas a los supuestos de finalización de las contratas o subcontratas en que no exista posibilidades de subrogación o de ocupación de los trabajadores en otras actividades de la empresa, que establezca que dicha finalización es causa suficiente para el despido por razones económicas, y regule para los despidos colectivos un procedimiento específico para estos supuestos;

Junto a estas medidas, el Gobierno propone mejorar los instrumentos en manos de la representación de los trabajadores para controlar los procesos de subcontratación, señalando como posibilidad la de «ampliar los derechos de información de los representantes de los trabajadores, incluida la posibilidad de que los de la empresa principal y los de las empresas contratistas y subcontratistas puedan ejercer coordinadamente sus funciones».

También ha salido a la luz a lo largo del proceso de reforma el problema de las empresas de servicios, que ya analizamos. El Informe del Grupo de Expertos denunció el desarrollo irregular de estas empresas, que invadía el espacio reser-

vado por el ordenamiento laboral para el trabajo temporal y burlaba la prohibición de cesión de trabajadores, al amparo de la amplia admisión de la subcontratación de obras y servicios. Los sindicatos fueron especialmente combativos en este campo, logrando el apoyo de las organizaciones patronales que en el ANC 2005 recogieron críticas a esta práctica. El Gobierno ha sido sensible a estas propuestas, y ha incluido en su agenda la regularización de la situación de las empresas de servicios, señalando que «la estabilidad y la seguridad en el empleo de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas se verá notablemente reforzada si se operan reformas (...) separando nítidamente lo que se considera contrata de obras y servicios y lo que constituye cesión ilegal (y por tanto, prohibida) de trabajadores». Para ello se propone «delimitar con toda precisión en el artículo 43 del ET los supuestos de cesión ilegal de trabajadores. En cualquier caso se entenderá cesión ilegal de trabajadores y, por tanto, prohibida, cuando concurren las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria; que la empresa cedente carezca de patrimonio, organización o medios propios de producción o que la empresa cedente no ejerza directamente la organización, dirección y control de la actividad de los trabajadores por ella contratados».

Parece que se propone dar una nueva redacción a este precepto estatutario, en el que se pasará a señalar expresamente que las contrataciones de sólo o principalmente mano de obra se considerarán cesiones ilegales. Este propósito debe ser positivamente valorado. Debe criticarse, sin embargo, que la propuesta se limite a incluir en el texto de la ley lo que son ya criterios jurisprudenciales muy consolidados, con lo que poco de nuevo se aporta.

En general, uno de los objetivos del proceso de reforma, en el que coinciden todos sus protagonistas, es el de la necesidad de mejorar el marco jurídico de la subcontratación de obras y servicios en España, con una nueva redacción del artículo 42 ET que defina los conceptos que maneja, y que simplifique la delimitación de su ámbito de aplicación. Para incrementar la eficacia de esta regulación los sindicatos han propuesto incrementar las competencias de la representación de los trabajadores en las empresas involucradas en la cadena de contratación.

Toda la reforma de la regulación de los efectos laborales de la subcontratación es enmarcada por el Gobierno de la Nación dentro de una política general de equilibrio entre necesidades empresariales y sociales, de acuerdo con el paradigma de flexiguridad promovido por el Informe del Comité de Expertos para el Diálogo Social. A la hora de anunciar las medidas que se proponen se afirma que «resulta aconsejable modernizar la regulación de los efectos laborales de las contrataciones y subcontratas, a partir de un enfoque equilibrado que combine mayor seguridad para los trabajadores sin restar flexibilidad a la organización de las empresas». Esta búsqueda de equilibrios resulta muy evidente en el tratamiento

que se da a la desvinculación del contrato de obra de la contrata, que se propone acompañada de medidas que equilibren la pérdida de flexibilidad de gestión para las empresas contratistas mediante la facilitación del despido de sus empleados al final de la contrata. Tanto es así que en la propuesta del Gobierno se afirma expresamente que «si no se introducen modificaciones en alguna de las líneas señaladas, debería abandonarse la pretensión de desvincular los contratos de obra y servicio de los supuestos de contratación y subcontratación, centrándose en este apartado las reformas en el establecimiento de límites temporales para los encadenamientos sucesivos de contratos temporales». Esta salvaguardia supone un reconocimiento tanto de la importancia de la subcontratación de obras y servicios como mecanismo ahora habitual de organización de la producción, como de su función de fuente de flexibilidad para las empresas.

Finalmente, a lo largo del proceso de reforma se ha tenido también ocasión de tratarse las empresas de trabajo temporal, que ha diferencia de reformas anteriores han recibido un tratamiento bastante favorable. En el Documento del Gobierno de octubre de 2005 se plantean una serie de reformas destinadas a mejorar su posición en el mercado de trabajo, partiendo de que el tratamiento riguroso que hasta ahora han recibido no está ya justificado⁵⁸; por ello se propone suprimir algunos de los sobrecostes que estas empresas sufren en materia de cotizaciones sociales, e iniciar los pasos para replantear su exclusión de ciertos sectores y actividades. También se ocupa de ellas el Documento indirectamente, cuando se refiere a las empresas de servicios; en efecto, se dice que se considerará que existe una cesión de trabajadores en aquellas subcontrataciones que supongan la mera puesta a disposición de trabajadores; con lo que está diciendo que estos servicios sólo podrán ser prestados por ETT, los únicos sujetos legitimados para poner trabajadores a disposición de empresas usuarias. La contrata de mano de obra sólo se admite si participa una ETT, con todo lo que ello supone.

4.2. La descentralización productiva en la reforma laboral de 2006

Celebradas ya las XXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo, de las que trae origen este libro, se produjo la firma del Acuerdo para la Mejora del Crecimiento y del Empleo de 2006 que formalmente culmina con el proceso de reforma laboral iniciado tras la toma de posesión del Gobierno Socialista en 2004. Formalmente decimos, porque culmina el proceso de forma muy parcial, al

⁵⁸ Se dice, en efecto, que «la experiencia acumulada en los años transcurridos desde la regulación legal de las empresas de trabajo temporal, y las garantías que para su funcionamiento como gestoras del trabajo temporal han introducido tanto las sucesivas reformas legislativas como la regulación incluida en los convenios colectivos del sector, aconsejan la supresión de las penalizaciones respecto a la contratación temporal directa establecidas actualmente en materia de cotizaciones por desempleo e indemnizaciones por final de contrato, que carecen de justificación al día de hoy».

haber dejado de lado muchas de las cuestiones que se trataron durante la negociación, y que aparecían en los documentos manejados por el Gobierno y los interlocutores sociales⁵⁹. Dado que uno de los temas centrales de toda la reforma, como se ha visto, era el de la descentralización productiva, resulta imprescindible realizar un estudio, si quiera superficial, del Real Decreto-Ley 5/2006, que pone en práctica lo acordado en el AMCE y culmina la reforma laboral de 2006.

La primera conclusión a la que se llega del estudio de la reforma de 2006 es que éste supone una severa reducción de los objetivos y planteamientos manejados durante el proceso de reforma. Se reducen los tipos o supuestos de descentralización sobre los que se acuerda; y, dentro de éstos, los aspectos o facetas tratados. Así, en general en relación con la descentralización productiva, el AMCE se fija como único objetivo el de «introducir mayor transparencia en la subcontratación de obras y servicios entre empresas cuando comparten un mismo centro de trabajo»; posteriormente se afirma que la finalidad de las medidas que se acompañan es la de «asegurar que la organización empresarial de la producción mediante diversas fórmulas de descentralización productiva no vaya en perjuicio de la protección de los trabajadores, especialmente cuando se trate de empresas principal, contratistas y subcontratistas que comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo». Se observa claramente la reducción del centro de atención del acuerdo, que en materia de subcontrata identifica un supuesto particular de éstas, las que se producen de forma continuada en un mismo centro de trabajo.

Cuestiones centrales en este debate como la conexión entre la subcontratación y el contrato temporal de obra o servicio han desaparecido del acuerdo final. Nuevamente se ha perdido la oportunidad de dar una nueva redacción, completa, clara y exhaustiva a un precepto como es el art. 42 ET. De ahí que cuestiones como el concepto de propia actividad, el papel y la dinámica del certificado negativo de descubierto y otros tantos que se plantearon en los primeros documentos, sobre todo sindicales, hayan quedado relegados al olvido⁶⁰.

El AMCE y el RDL 5/2006 vienen a introducir en nuestro Derecho una nueva categoría, la de empresas vinculadas mediante contratos de obras y servicios que comparten un mismo centro de trabajo; categoría ésta que no coincide con las manejadas hasta ahora por el legislador laboral —propia actividad o no, padre de familia respecto de su hogar o no, con o sin razón de una actividad empresarial—, y que habrá que ir definiendo, introduciendo un nuevo elemento de complejidad en la gestión del precepto. De entrada, parece claro que pueden ser de éstas contratos tanto de propia

59. A la fecha de cierre de este trabajo el Acuerdo estaba todavía falto de desarrollo legislativo, por lo que los detalles de ésta eran aún desconocidos para sus autores.

60. Este silencio es aún más llamativo si tenemos en cuenta que ya se encuentra en el Senado una importante regulación de la subcontratación de obras o servicios en el sector de la construcción, ésta sí, completa y exhaustiva y que tiene paradójicamente su origen en la negociación entre los interlocutores sectoriales.

actividad como de actividad ajena, por lo que esta difícil diferenciación no interferirá con la introducida en 2006. Los textos de 2006, por otra parte, distinguen según las empresas compartan de forma continuada o no este centro de trabajo común.

Para empezar, el Acuerdo da nueva redacción al artículo 42.4 ET, mediante la cual a la información a la que ya tenían derecho los representantes de los trabajadores se añade la necesidad de disponer de un libro registro en el que se hará constar esta información. Este libro registro sólo será obligatorio «cuando las empresas principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo»; la obligación de llevarlo es de la empresa principal; y en éste se harán constar todas las informaciones a que se refiere el apartado 4 de este artículo 42 ET; este libro, finalmente, «estará a disposición de los representantes legales de los trabajadores». El artículo 42.4 ET se ocupa de una obligación de información de la empresa principal respecto de los representantes legales de sus trabajadores; por ello hay que entender que esta última mención afecta a estos mismos representantes; aunque lo lógico sería entender que también los de las empresas contratistas y subcontratistas –si comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo– tienen derecho a consultar este libro, particularmente cuando el objetivo de la reforma es mejorar la tutela colectiva de estos trabajadores cuando se encuentran en la principal.

La reforma incluye un nuevo apartado 6 en el artículo 42, que establece nuevas reglas en cuanto a la representación de los trabajadores en estos casos: «los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación. Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende». Este precepto pretende incrementar la protección colectiva de los trabajadores de empresas contratistas, mediante la actuación de unos representantes de los trabajadores que no son los suyos; este mecanismo se inspira claramente en el ya previsto para los trabajadores puestos a disposición por empresas de trabajo temporal, que pueden presentar a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria «reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de su actividad laboral» (artículo 17 de la Ley 14/1994). El nuevo artículo 42.6 lo recoge, sin embargo, con grandes limitaciones que minan su efectividad: sólo se podrá acudir a los representantes de la empresa principal si carecen de representación; siempre por «cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral»; nunca respecto de «reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende»; y sólo «mientras compartan centro de trabajo».

En particular no se entiende la exigencia de que este personal carezca de representación; exigencia que, por otra parte, no se aplica al personal en misión según

la Ley 14/1994. La idea debería ser la de ofrecerles, por la forma especial en que prestan sus servicios, un nuevo canal de representación, paralelo al que puedan disfrutar en sus propias empresas; canal que no debe ser entendido como alternativo o subsidiario al natural, el de los representantes en su propia empresa. Sobre todo cuando este mecanismo sólo opera en relación con las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa principal; para las que se planteen con su empleadora debieran actuar sus propios representantes, por lo que unos y otros, los de la empresa empleadora y los de la principal, podrían tener muy bien marcadas sus funciones. En los términos del nuevo artículo 42.6 ET este reparto de funciones no es posible, y si existen representantes en la empresa contratista el trabajador no podrá acudir a los de la principal⁶¹.

Debemos criticar esta solución, por ser excesivamente rígida y reduccionista; basta compararla con lo previsto en el artículo 17 de la Ley 14/1994 para el personal en misión. Y eso que este personal se encuentra por definición en la empresa usuaria de forma temporal, mientras que el acuerdo se refiere a empleados que pueden mantener una relación estable con la empresa principal, dado que ésta y su empleadora comparten de forma continuada un mismo centro de trabajo.

Por el contrario, este precepto se presenta con un amplio ámbito de aplicación, ya que lo dispuesto en este nuevo apartado se aplicará respecto de los «trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas», sin que sea necesario que compartan el centro de trabajo de forma continuada; ni que la contrata en cuestión afecte a la propia actividad de la empresa, a lo que parece.

La reforma incorpora también un nuevo apartado 7 en el artículo 42, en el que se prevé la posibilidad de los representantes de los trabajadores de las empresas que compartan el centro de trabajo de forma continuada se reúnan para coordinar sus actividades. No se dice mucho sobre estas reuniones: sólo que se efectuarán «a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral»; y que se harán «en los términos previstos en el artículo 81 de esta Ley». En esto el AMCE supera lo previsto por la Ley 14/1994 para las empresas de trabajo temporal, antecedente claro de esta regulación.

Este mismo apartado concluye con un inciso de redacción oscura: «La capacidad de representación y ámbito de actuación de los representantes de los trabajadores, así como su crédito horario, vendrán determinados por la legislación vigente y, en su caso, por los convenios colectivos de aplicación.» Podemos entender que con esta previsión, innecesaria por obvia, se nos está queriendo decir otra cosa, que sí tiene sentido: que el hecho de que ambas representaciones se coordi-

61. Lo que plantea la cuestión de quién representa al trabajador cuando tiene problema con su propia empresa, su empleador, la empresa contratista; los representantes de la empresa principal no, porque los excluye el artículo 42.6 ET; y los de la contratista tampoco, porque por definición no existen.

nen no altera ni las competencias ni las prerrogativas de éstas. En términos prácticos: que los representantes de la empresa contratista no dispondrán de un crédito de horas adicional por actuar en la sede de la empresa principal; y que sus competencias seguirán siendo las que marca la ley, frente a su propia empresa. De la misma manera, los representantes de la empresa principal ni tendrán crédito de horas adicional ni podrán actuar como representantes de los trabajadores empleados por empresas contratistas. De nuevo la Ley 14/1994 es más clara y directa en este punto, cuando tras reconocer competencias de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria respecto del personal en misión dispone que esto se produce «sin que pueda suponer una ampliación del crédito de horas mensuales a que tengan derecho dichos representantes» (artículo 17.1 Ley 14/1994)⁶².

La única ampliación de competencias y prerrogativas de los representantes de los trabajadores se produce cuando el Acuerdo modifica el artículo 81.1 ET, donde se recoge el derecho de éstos al uso de un local para sus actividades. A partir de ahora, «la representación legal de los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas que compartan de forma continuada centro de trabajo podrán hacer uso de dichos locales en los términos que acuerden con la empresa». Derecho éste que no sustituye al que tiene reconocido en las instalaciones de su propia empresa, sino que lo completa, teniendo en cuenta que a partir de ahora parte de su actividad representativa tendrá lugar también en la sede de la empresa principal⁶³. Del texto acordado parece desprenderse que se trata de los mismos locales cuyo uso haya sido reconocido a la representación de los trabajadores de la empresa principal; y que para su utilización se deberá negociar exclusivamente con la empresa, y no con los representantes del personal de ésta que ya los estén utilizando⁶⁴.

Se mantiene el mismo mecanismo de resolución de las posibles controversias en cuanto a la utilización de este local: «las posibles discrepancias se resolverán por la autoridad laboral, previo informe de la Inspección de Trabajo». Sólo que ahora estas discrepancias pueden tener una naturaleza distinta a la tradicional: no sólo que se podrán plantear entre unos representantes de los trabajadores –los de la contratista– y una empresa que no es la suya –la principal–; sino también que es muy probable que las controversias se produzcan entre los mismos representantes, entre los de la empresa principal y los de las contratistas y subcontratistas; o entre éstos.

62. Claro que la Ley 14/1994 no proviene de un acuerdo interconfederal, sino que fue una iniciativa legislativa del Gobierno; no tuvo que cuidar tanto el lenguaje, en consecuencia.

63. De nuevo en este punto el Acuerdo va más allá de lo previsto en la Ley 14/1994, en la que no se recoge ninguna disposición en este sentido.

64. La voluntad de no incrementar las cargas para la empresa es evidente; en los términos del Acuerdo, el acceso de estos otros representantes se convierte en una carga para los de la empresa principal, que deberán compartir con ellos sus instalaciones, parece que de forma obligatoria. El origen pactado de esta medida se comprueba claramente en esta solución.

En lo que a la cesión de trabajadores se refiere, el AMCE y su desarrollo legislativo siguen de manera bastante fiel lo recogido por el Gobierno en su Documento de 2005, con alguna pequeña modificación⁶⁵. El objetivo, entonces y ahora, es el de facilitar la diferenciación entre la contrata legítima y la cesión ilegítima, problema tradicional que ahora ha renacido con las empresas de servicios. Para ello el acuerdo incluye una identificación de supuestos tipo de cesión de trabajadores. El objetivo no es tanto definir la figura –algo que ya se hacía en el apartado 1 del artículo 43–, como diferenciar ésta de la subcontratación de obras y servicios. Esto es, que más que definir la cesión en sí, se identifican aquellas formas de cesión encubiertas o confundibles con subcontrataciones legales. No caben dudas de que éste era el objetivo del AMCE en este punto, pues en él se lee que «es conveniente deslindar con claridad la subcontratación de obras y servicios entre empresas de las prácticas que incurren en la figura de la cesión ilegal de trabajadores».

Esto se hace mediante un nuevo apartado 2, que obliga a reenumerar el resto de los del artículo 43. Se dice que «en todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo» cuando se produzca alguna de las circunstancias, expresadas de forma alternativa:

- que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria,
- que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable,
- que la empresa cedente no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad,
- que la empresa cedente no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario

El primero de los supuestos se refiere a la relación entre las partes; para que no resulte redundante –puesto que «poner a disposición trabajadores» es precisamente en lo que consiste la cesión– debe interpretarse como que se refiere al objeto material del contrato, no al formalmente pactado entre las partes. Esto es, que con independencia de lo que en el contrato se diga, en la práctica el intercambio de prestaciones se ciña al préstamo de mano de obra y a su retribución. Nos movemos en el campo de lo que en España se ha llamado tradicionalmente como «pseudocontrata», construcción judicial que se centraba en el análisis de las prestaciones efectivas, operando sobre la base del fraude de ley. A partir de la realidad del mercado de trabajo, en el que la contrata del artículo 42 ET operaba como pantalla para ocul-

65. Lo que no debe extrañar, toda vez que el Documento del Gobierno se presentaba como una concreción de las propuestas de los interlocutores sociales.

tar la cesión del 43, los jueces analizaban la realidad del intercambio de prestaciones entre ambas empresas, con abstracción de la calificación que hubieran dado a su vínculo contractual; si resultaba que éste no coincidía con aquélla se deducía la existencia de una simulación, que llevaba a calificar la práctica como cesión prohibida, aplicando todo el aparato sancionador previsto en el Estatuto.

Los supuestos segundo y tercero, que en el texto acordado aparecían de forma conjunta, se refieren a las características de la empresa cedente, que si es una falsa organización productiva impide que la relación entre las empresas sea una verdadera contrata, inclinándola hacia la cesión de trabajadores. Aquí el acuerdo recoge otra construcción tradicional de nuestra práctica judicial, la de la «empresa aparente», cuya presencia ha sido durante mucho tiempo exigida por nuestros tribunales para considerar presente una cesión; hasta bien entrados los años noventa del siglo XX, una empresa debía ser falsa o fraudulenta para poder considerarla cedente de trabajadores. Últimamente los tribunales laborales habían redimensionado la importancia de este elemento, manejándolo como indicio de la cesión más que como requisito de ésta.

El cuarto supuesto se fija en el desarrollo efectivo de los servicios del trabajador de la empresa cedente en la cesionaria, analizando la dirección y control efectivos de su actividad. También se trata de un indicio generalmente manejado por los tribunales para identificar la existencia de una falsa subcontratación.

Estas cuatro situaciones pasan de ser indicios a convertirse en supuestos-tipo de cesión, de tal modo que basta con su mera identificación para que se entienda producida ésta. Se desplaza con ello la actividad del juez laboral, que hasta ahora debía encontrar estos elementos, y a partir de éstos valorar cuál debía ser la calificación de la relación entre las empresas tomando en consideración el conjunto de las circunstancias del caso; con la reforma debe limitarse a la primera fase, operándose *ope legis* la calificación de la práctica como prestamismo laboral.

Esta es la verdadera finalidad de la reforma, facilitar la aplicación de la regulación vigente hasta entonces, sin modificar ésta, que se considera aceptable. Ni siquiera se pretende corregir la práctica jurisprudencial en este sentido, sino más bien confirmarla y potenciar su aplicación. Que la reforma no pretende innovar nada en este punto se confirma con una lectura de lo acordado: «teniendo presente que, según nuestra legislación, la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa solo puede efectuarse legalmente a través de empresas de trabajo temporal (...) debe incorporarse al Estatuto de los Trabajadores una definición de la cesión ilegal de trabajadores que incorpore a la ley la jurisprudencia sobre esta materia».

Aunque no se diga expresamente, con esta previsión se pone en marcha lo que había sido una prioridad de todos los protagonistas del proceso de reforma, el control de la actividad de las empresas de servicios. Repárese que el nuevo apartado 2 habla expresamente de «los contratos de servicios entre las empresas». Seguramente por no tratarse de una categoría legal se ha preferido evitar cualquier mención algu-

na a este tipo de empresas, que sin embargo están ya siendo reconocidas como tales, y con esta denominación, en la negociación colectiva y en la jurisprudencia laboral.

La reforma es sumamente modesta en este punto, como se ve, ya que en gran medida se produce una legalización de criterios ya conocidos en nuestro país, sólo que se les pasa del plano jurisprudencial al normativo, y del nivel de indicios al de tipos legales. Pero es dudoso que estos cambios tengan efectos importantes. En España la distinción entre cesión ilegal y contrata legal se hace desde hace tiempo precisamente analizando la existencia de una organización real en la empresa que presta el servicio, y quién ejercita de hecho el poder de dirección sobre el trabajador; y la situación de inseguridad jurídica que se denuncia proviene precisamente de la dificultad de aplicar estos indicios en la práctica. De ahí que su introducción en el texto del artículo 43 ET no suponga una gran ventaja. El problema está en que la delimitación de ambos preceptos es enormemente difícil, dados los evidentes puntos de contacto entre ambas figuras; y dada, también, la «ingeniería jurídica» utilizada por las empresas cedentes de trabajadores, que camuflan su actividad al amparo del artículo 42 ET.

Por otro lado, debe criticarse la confusión de planos que se produce en el nuevo artículo 43.2, pues éste señala cuatro supuestos en los que se considerará automáticamente la existencia de cesión ilegal —¿sin excepción?—; y estos supuestos son muy dispares. En el primer caso, la mera puesta a disposición de trabajadores, nos encontramos precisamente ante el supuesto de hecho del artículo 43 ET, sólo que expresada con otras palabras, usando la terminología propia del trabajo temporal. Interpretada de manera literal, y con cierta mala idea, resulta tautológico, ya que se nos dice que se entenderá que incurre en cesión a aquellos que realicen una cesión de trabajadores. Sí resulta ya evidente la necesidad de unificar la terminología relativa a esta institución, ya que la misma actividad es referida indistintamente como «ceder» y «poner a disposición» trabajadores dentro de un mismo precepto estatutario.

En los otros tres casos se trata de indicios acuñados por la jurisprudencia laboral para identificar una práctica como de cesión ilegal; en realidad, todos ellos estarían englobados en el primer supuesto señalado en el Acuerdo. De esta manera, si hay puesta a disposición, por ejemplo, automáticamente la empresa cedente no podría las funciones inherentes a su condición de empresario; este cuarto supuesto sería la consecuencia de la presencia del primero de ellos.

5. ALGUNAS PROPUESTAS PARA UN NUEVO ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES EN UNA ECONOMÍA DESCENTRALIZADA

Cuando se diseñaron XXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo se pidió a los autores de las distintas ponencias que las terminaran haciendo propuestas para un nuevo Estatuto de los Trabajadores, a modo de con-

clusiones que no se quedaran en las valoraciones sino que indicaran líneas de tendencia sobre cómo diseñar un Derecho del Trabajo para el siglo XXI. Este ejercicio, siempre complicado, resulta especialmente complicado en estos momentos, cuando tenemos propuestas concretas encima de la mesa frente a las cuales las nuestras siempre serán comparadas⁶⁶.

Podemos empezar por hablar de la responsabilidad. La responsabilidad empresarial es un instrumento sin duda necesario para la ordenación de la colaboración entre empresas, pero desde luego no es suficiente en estos momentos. Sin plantear en modo alguno su abandono como técnica de gestión de la colaboración entre empresas, se han propuesto intervenciones más intensas, que afecten al núcleo de la regulación de la relación de trabajo replanteándose la conceptualización de sus partes y su propia estructura. Se habla, así, de rediseñar el concepto de empleador, mal definido y pobremente tratado en nuestro Derecho del Trabajo⁶⁷, cuyas carencias resultan especialmente visibles en un contexto de externalización generalizada. Las opciones son múltiples. Desde un «neoinstitucionalismo» basado en la empresa-organización como unidad económica que englobe a todas las empresas que participan en un proceso productivo con independencia de su titularidad, y que vincule a los trabajadores de todas ellas con un único empleador integrado; hasta el redescubrimiento de la relación de trabajo como mecanismo para vincular al trabajador empleado en procesos productivos descentralizados con el empresario principal que se beneficie en última instancia de sus servicios; pasando por la elaboración de un concepto de «coempleador» que permita involucrar a más de un sujeto en las obligaciones vinculadas a la condición de empleador, más allá del instrumento de la responsabilidad⁶⁸. Propuestas de este tipo se vienen manejando desde hace tiempo, centrándose más en los problemas provocados por la agrupación de empresas; las importantes reflexiones realizadas con ocasión de éstas pueden resultar de gran interés para avanzar en la resolución de los problemas planteados por la descentralización productiva. Lo que parece indudable es que resulta imprescindible avanzar por esta vía de reconstrucción de

66. En la doctrina resulta imprescindible citar el trabajo de J. García Murcia, «La dispersa regulación de las contratas y subcontratas: propuestas de cambio», en *Documentación Laboral*, nº 68, 2005, p.129.

67. M.L. Molero Marañón, en su trabajo «Sobre la inminente necesidad de revisar el concepto de empresario en su dimensión jurídico-laboral», *Relaciones Laborales*, Tomo I-2001; la misma F. Fernández López en su libro (coord.), «Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas», Trotta, Madrid, 2004; C. Molero Manglano, «Una configuración actualizada de la noción de empleador y sus problemas básicos», *Actualidad Laboral*, tomo II, 1996, p.505 ss.; y M. Rodríguez-Piñero Royo, «Prólogo», en M. Rodríguez-Piñero Royo (coord.), «El empleador en el Derecho del Trabajo», Colección Andaluza de Relaciones Laborales, nº1, Madrid, 1999, p.10 ss.

68. Una reciente tesis doctoral defiende expresamente esta opción; se trata del trabajo de M.C. López Sánchez, dirigido por el Dr. J. Rivero Lamas, defendida en la Universidad de Zaragoza con el título de «El empleador en las organizaciones empresariales complejas (Coempleadores y contenido del contrato de trabajo)».

la relación de trabajo, cuyo diseño responde todavía en gran medida al contexto productivo industrialista y centralizado para el que se creó. La puesta al día de los artículos 42 y 43 ET pasa también por una nueva redacción para el artículo 1.2.

De la misma manera es imprescindible replantearse el tratamiento de las empresas de servicios, que hoy se ubican en la indefinida frontera entre la cesión de trabajadores y la subcontratación legítima. El régimen previsto por el artículo 42 ET, insuficiente como lo es para las contrataciones tradicionales, no ofrece prácticamente soluciones para estas empresas. La opción del Gobierno de aplicar en sus mismos términos los artículos 42 y 43 ET, ilegalizando aquellas que carezcan de soporte material u organizativo, no parece la mejor en un contexto económico en el que el conocimiento es el principal valor y el outsourcing la forma común de producir. Habría más bien que buscar instrumentos que les permitieran operar, como instrumento útil para las empresas que utilizan sus servicios, y excluyeran tan sólo a aquellas más nocivas para la posición de los trabajadores.

En esta tarea la principal dificultad es la de delimitar qué se entiende por empresa de servicios, diferenciándola del resto de las contrataciones para fijar la aplicación de su régimen jurídico especial. Y es que, materialmente, las empresas de servicios encajan dentro del indefinido concepto de contrataciones de obras y servicios con el que opera el Derecho del Trabajo en España. Por eso podría resultar útil funcionar con una lista de servicios ordenados por esta legislación específica, mejor que intentar definir la empresa que los presta⁶⁹; las que se dedicaran a prestarlos se constituirían legalmente como empresas de servicios técnicamente hablando, con una autorización administrativa especial y un régimen jurídico *ad hoc*. Otra posibilidad, discutida a lo largo del actual proceso de reforma laboral, es la de atribuir a las ETT la posibilidad de prestar aquellos servicios empresariales más próximos a la mera puesta a disposición de trabajadores, esas contrataciones de mano de obra cuyo régimen jurídico es hoy tan dudoso. Esto supondría una profunda alteración del régimen jurídico de las ETT, que superara la obligación de actividad exclusiva para hacer de éstas unas verdaderas empresas multiservicios en el mercado de trabajo.

En general el papel de las ETT debe ser profundamente revisado. Su diseño actual como empresas suministradoras exclusivamente de trabajo temporal responde al contexto de su legalización en España, contexto que ha cambiado radicalmente con la aceptación progresiva de esta forma de empleo. Tanto más cuando el mismo Gobierno está planteando la admisión de otras actividades en el mercado de trabajo, como la colocación lucrativa y la recolocación, que serán desarrolladas por empresas privadas con ánimo de lucro, y que podrían ser perfectamente asumidas por las ETT ya existentes. De esta manera, la ETT puede

69. Como hacía, por cierto, en su momento la Ley italiana de 1960, pionera en la ordenación de las relaciones mediatas de trabajo en Europa.

ampliar el ámbito de sus operaciones en una doble dirección: como suministradora de servicios, asumiendo aquellas subcontrataciones de solo o principalmente mano de obra; y como operadora en el mercado de trabajo, desarrollando las nuevas actividades que se prevé legalizar. Con ello se produciría, también, el paso a una nueva concepción de estas empresas⁷⁰, de agentes del trabajo temporal a proveedoras de servicios integrales en el campo del mercado de trabajo y de los recursos humanos⁷¹. Esto permitiría integrar a las ETT en el desarrollo de las políticas de empleo, utilizando en beneficio de éstas su infraestructura y su conocimiento del mercado como, una vez más, se está haciendo ya en algunos países europeos⁷². Esta propuesta estaría en la línea de lo propuesto por el Informe del Grupo de Expertos para el Diálogo Social, para el que «puede contemplarse el reconocimiento de un papel superior al actualmente atribuido a las Empresas de Trabajo Temporal»⁷³.

Junto a estas medidas particulares se proponen otras dos de carácter transversal, que se aplican respecto de todas las instituciones vinculadas con la descentralización productiva. La primera es la de incrementar la presencia de los representantes de los trabajadores de las empresas vinculadas en un mismo proceso productivo en su gestión y control, diseñando mecanismos que permitan fiscalizar la cadena de contrataciones y faciliten la colaboración entre ellos. La reforma de 2001 supuso un primer avance en esta dirección, claramente insuficiente; la del

70. Existe incluso una propuesta de reconvertir las ETT en otro tipo de sujetos, denominados «agencias de empleo» que asumirían otras funciones relacionadas con los recursos humanos y el mercado de trabajo, al margen de la puesta a disposición de trabajadores.

71. Un análisis de estas nuevas construcciones en J. Denys, «Challenges for temporary agency work in the information society», *Bulletin of Comparative Labour Relations*, Nº 50, 2004, p. 7 ss. De gran interés resulta también el informe de la patronal CIETT, *Orchestrating the Evolution of Private Employment Agencies towards a stronger society*, Bruselas, 2000.

72. Una síntesis de estos desarrollos en M. Rodríguez-Piñero Royo, «El nuevo papel de las empresas de trabajo temporal en España», en M.F. Fernández López & M. Rodríguez-Piñero Royo (coord.), «Diez años de Empresas de Trabajo Temporal en España», Monografías de Temas Laborales, Sevilla, 2004.

73. Desde varias instancias se está promoviendo esta utilización de las ETT como sujetos activos del mercado de trabajo. Así, en el Informe KOK de 2003 se señala como una de los mensajes dirigidos específicamente a España el de «desarrollar las empresas de trabajo temporal», como instrumento para superar los problemas de nuestro mercado de trabajo. También en un Documento de la CEOE del año 2003 en el que se reflexionaba sobre una posible futura reforma laboral en España podía leerse que «sería por lo tanto recomendable que se incentivara la operación de las empresas de trabajo temporal y los servicios privados de colocación que, en competencia con el INEM, animarían a éste a conseguir una mayor efectividad. Una posibilidad que merecería consideración es la de permitir que dichos servicios operen a semejanza de los *head-hunsters* y que, como éstos, cobraran una prima de éxito cada vez que logaran una colocación».

año 2006 sigue en esta misma línea, pero sin agotar ni mucho menos todas las posibilidades en este campo. La decisión de producir directamente o de externalizar; de producir de forma autónoma o implicándose con otras empresas; de subordinarse al poder directivo de otra empresa tienen consecuencias directas y potencialmente graves para los trabajadores, y éstos deben participar en éstas a través de sus representantes. Éstos representan, además, la opción más eficiente para asegurar un control del proceso productivo descentralizado, al estar presentes en todos los escalones de éste.

Una segunda medida de carácter transversal es potenciar la función reguladora de la negociación colectiva en este campo. Algunas de las soluciones más imaginativas y eficientes a los problemas de la subcontratación han venido precisamente de convenios sectoriales; como también las mayores disfunciones detectadas en el funcionamiento de las ETT fueron en su momento corregidas a través de la negociación sectorial⁷⁴. Los convenios colectivos son el instrumento para asegurar la adaptación de los instrumentos normativos disponibles a las peculiaridades de cada sector y actividad, probablemente la principal carencia del Estatuto de los Trabajadores en este ámbito. Un nuevo artículo 42 ET debe recoger expresamente este papel protagonista de la negociación, atribuyéndoles competencias específicas en la regulación de estas formas de producir.

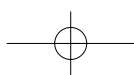
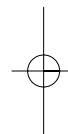
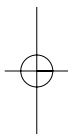
En cualquier caso, cualquier reforma que se proponga de la regulación de las consecuencias laborales de la descentralización productiva debe enmarcarse en la búsqueda del paradigma de la flexiguridad, de esta difícil combinación entre flexibilidad en la gestión de los recursos humanos y seguridad para los trabajadores implicados. Siendo la flexiguridad un criterio de análisis de actualidad para el conjunto de las políticas laborales de este país en los últimos tiempos, parece conveniente plantear qué valoración debemos hacer de los fenómenos que hemos analizado en este estudio. Esto es, hasta qué punto contribuyen a lograr este equilibrio, o si lo alteran hacia alguno de sus extremos.

Que la descentralización productiva se plantea como un instrumento de gestión flexible de la producción está fuera de toda duda; como lo está también que como tal no resulta prescindible en estos momentos, por lo que tenemos que plantearnos un escenario con los niveles actuales o superiores de externalización. La cuestión es determinar hasta qué punto este efecto positivo compensa los efectos negativos que en muchas ocasiones se detectan. Porque es indudable también que en la actualidad los instrumentos de la externalización se han convertido también en un cauce para la huida del Derecho del Trabajo, y que muchos trabajadores empleados en empresas auxiliares o subcontratistas ven mermadas sus condicio-

74. En extenso M. F. Fernández López (dir.), «*Relaciones Laborales y empresas de trabajo temporal*», Laborum, Murcia, 2002.

nes y expectativas profesionales. El interés de las organizaciones sindicales por reformar el régimen jurídico de las formas descentralizadas de producción se explica por estos efectos nocivos y distorsionados.

Hay que romper las ecuaciones que hoy encontramos en nuestro sistema productivo, según las cuales externalización supone temporalidad, así como peores condiciones salariales y de trabajo, cuando no inseguridad laboral. La regulación de estas actividades debe garantizar un principio de neutralidad, de tal modo que desde el punto de vista del trabajador ser empleado por una empresa principal o contratista no le suponga una gran diferencia. Neutralidad que debe operar también respecto del empleador, para que éste no perciba ventajas estrictamente laborales en la decisión de externalizar, sino que sean otras consideraciones las que la motiven. Estamos hablando de medidas como la estabilidad en el empleo de los trabajadores de las empresas contratistas; de desconexión causal entre contratación laboral y empresarial; de representación por los órganos unitarios de los centros de trabajo en los que prestan sus servicios; de control sindical de los procesos de subcontratación; de homologación salarial; de identificación clara de responsabilidades y de responsables. De nuevo la experiencia de la negociación colectiva sectorial nos puede indicar soluciones muy eficientes a este dilema; el Acuerdo para la Mejora de la Competitividad y el Empleo del año 2006 apunta también en esta misma dirección, aunque las dificultades del proceso negociador han limitado considerablemente el alcance de las medidas adoptadas.



II. LA DESCENTRALIZACION PRODUCTIVA Y SU REPERCUSION EN EL TERRENO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

*Santiago González Ortega
Cristina Blasco Rasero
Manuel García Muñoz*

Universidad Pablo de Olavide

SUMARIO: 1. *Las contratas y subcontratas*. 1.1 El fenómeno, su sentido, los instrumentos contractuales. 1.2. Las garantías en cuanto a la Seguridad Social de los trabajadores de las contratas y subcontratas. Sentido general. 1.3. El alcance concreto de las garantías en Seguridad Social 1.4. La garantía reforzada: la solidaridad y sus requisitos. 1.5.- La responsabilidad secundaria o subsidiaria. 2. *La cesión de trabajadores*. 2.1. Derivación de responsabilidades por deudas de Seguridad Social en la cesión ilegal de trabajadores. 2.2. Responsabilidades derivadas en los supuestos de mediación de empresas de trabajo temporal. 3. *La transmisión de empresa*. 3.1. La transmisión de empresa objeto de regulación normativa. 3.2. Los efectos jurídicos de la transmisión de empresa. 3.3. Los efectos jurídicos «problemáticos» en materia de Seguridad Social.

1. LAS CONTRATAS Y SUBCONTRATAS

1.1. El fenómeno, su sentido, los instrumentos contractuales

Como se sabe, las contratas y subcontratas constituyen una de las manifestaciones típicas de la descentralización productiva. Una de las formas mediante las cuales una empresa, previa la fragmentación, desde el punto de vista organizativo, de su proceso productivo, externaliza partes o fases del mismo, encomendándose, mediante un acuerdo contractual, a otra empresa. En todas estas operaciones, que pueden ser muchas y coincidentes en una misma empresa hasta formar parte de un diseño estratégico de la misma, late siempre una idea: en la externalización hay siempre, paradójicamente, integración. Esto es, la ruptura de

la unidad del proceso productivo se mueve en el terreno de la organización y se traduce en el ámbito jurídico a través de contratos interempresariales entre empresas separadas y distintas; pero esa ruptura aparente se recompone luego en la incorporación de los frutos de la actividad de las diferentes empresas implicadas en un único resultado productivo común, bajo el control de la empresa que inicia y cierra el mecanismo descentralizador. Este hecho, que es el que justifica la propia tutela especial de los trabajadores implicados, centrada en una cierta recomposición de la unidad empresarial mediante la atribución conjunta de responsabilidades, tiene una repercusión importante en la delimitación jurídica del propio fenómeno; y, en consecuencia, en la fijación del ámbito de aplicación de la normativa laboral de garantía.

Si la contrata, y la subcontrata tanto da, es una forma organizativa con una fuerte dimensión interna (considerando como unidad el conjunto del dispositivo productivo y no cada una de las empresas contractualmente conectadas), sólo encajan en el fenómeno los tipos contractuales interempresariales que materializan esa cooperación; quedando fuera del supuesto (y no estando justificada, pues, la especial tutela prevista en la norma laboral) aquellos otros en los que la colaboración empresarial está volcada hacia el exterior, hacia el mercado o hacia la obtención separada y no integrada de los objetivos productivos. De las decenas de contratos, pues, que puede suscribir una empresa con otra en razón del desarrollo de su actividad productiva, no todos encajan en la inconcreta definición legal de la «contrata y subcontrata»¹.

Sin duda alguna, una contrata es un contrato de ejecución de obra o de resultado, llámese contrato de empresa o arrendamiento de obra, en los términos más clásicos del Código Civil (art. 1544). Tampoco hay duda hoy de que la contrata es también un contrato de prestación de servicios, en la línea del arrendamiento de servicios (art. 1583 del Código Civil). Lo dice el encabezamiento del propio art. 42 del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante) y se reitera en su apartado 1, así como en el art. 127.1 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS, en adelante), al hablar de las responsabilidades en materia de Seguridad Social de las contratas y subcontratas, a las que se refiere con la dualidad de «obras y servicios» o «correspondiente obra o industria». La idea que se ha expresado antes de integración de las actividades de las diferentes empresas en una unidad productiva fáctica supraempresarial admite sin dificultad, o mejor requiere, dada la variedad de necesidades de la empresa, la incorporación en ese diseño productivo global tanto de obras como de actividades conducentes a las mismas (desde la construcción al

1. Poniendo de manifiesto esta imprecisión, J. M. Goerlich Peset. «Determinación del supuesto: la noción de contrata y subcontrata de obras y servicios», en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas* (Estudios en recuerdo de Francisco Blat Gimeno). Valencia, 2000, pp. 78-81. L. R. Martínez Garrido: «Descentralización productiva: *outsourcing*», en *Descentralización productiva*, Consejo General del Poder Judicial, pp. 52-67.

asesoramiento; desde el diseño a la vigilancia; desde la gestión contable a los servicios informáticos; desde el transporte a la dirección de operaciones; etc.). El resultado no es otro que una vocación muy general del concepto de contrata, abarcando un amplio número de modalidades contractuales específicas.

Pero esa amplitud, para nada contraproducente con la finalidad del art. 42 del ET como es la de garantizar de manera especial, aunque parcialmente, los derechos laborales y de la Seguridad Social de los trabajadores de las diferentes empresas implicadas en fenómenos de descentralización articulados a través de este tipo de formas contractuales, encuentra determinados obstáculos relacionados con el hecho de que la obra contratada deba ser concreta, el servicio determinado, las tareas definidas y precisadas. Lo que provoca el riesgo de que determinadas prestaciones empresariales, claramente funcionales al objetivo productivo global e integradas estratégicamente en él, queden al margen de la definición de contrata y, por tanto, fuera los trabajadores que realizan esos trabajos de la particular protección diseñada. Lo que se acaba de decir se pone en conexión habitualmente con contratos interempresariales en los que predomina un dar más que un hacer (suministro, compraventa), o el pago de un precio o canon a cambio de la posibilidad de usar una marca o imagen, o un espacio para comercializar los productos².

En todo caso, no parece que la posición metodológica a la hora de excluir o incluir tipos contractuales entre empresas en la denominación de contratas o subcontratas deba guiarse por apriorismos, que ni la norma y menos la práctica avalan (una asociación muy reductiva de la contrata con la ejecución de obra, por ejemplo), sino que más bien el criterio a seguir es el de partir de un concepto de contrata amplio y dinámico, susceptible de acoger todos los tipos contractuales entre empresas que materialicen un determinado tipo de cooperación o colaboración. En concreto, la que tiene lugar en el marco de un diseño productivo y organizativo más global, donde el objetivo final resulta marcado por una empresa que domina el proceso, la que abre y cierra el proceso de externalización-integración, y en el que cada una de esas aportaciones de las empresas contratadas se integra de forma natural en razón de ese objetivo³. Lo que no sucede cuando una empresa se limita a arrendar a otra un local, o a suministrarle sin más materias primas, o a comercializar de forma autónoma y seguramente no exclusiva los productos servidos por otra o a gestionar la venta de propiedades o activos. En todos estos

2. En relación con estas exclusiones, Goerlich Peset, cit. pp. 90-98.

3. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 23 de febrero de 2004 (Rec. Sup. 4191/2003) que recalca la amplitud de los tipos contractuales incluyendo a los suscritos, de naturaleza administrativa, por la Administración Pública. Con ello recuerda la jurisprudencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 1996 (RJ 1996/5990), que afirma que el concepto de contrata abarca todos los negocios jurídicos que tengan por objeto una obra o un servicio, incluyendo a los correspondientes a la esfera pública.

casos, las finalidades productivas de las diversas empresas no se cruzan sino tangencialmente y, en ningún caso, se integran en un proyecto global o común.

Por todo lo dicho, a la par que entender que el concepto de contrata es un concepto amplio e indeterminado, susceptible de integrar diversos tipos contractuales interempresariales, ha de dejarse abierta la puerta siempre a considerar tal otras formas de colaboración interempresarial en la que se den los elementos de diseño global, integración en el proceso, elementos de control de una empresa sobre otra e inviabilidad de esa cooperación en otras circunstancias⁴.

1.2. Las garantías en cuanto a la Seguridad Social de los trabajadores de las contratas y subcontratas. Sentido general.

Las previsiones legales y reglamentarias en torno a las garantías ofrecidas a los trabajadores de las contratas y subcontratas en materia de Seguridad Social se regulan en las siguientes normas, que han sufrido por cierto cambios normativos importantes y algunos muy recientes: en primer lugar, el art. 42 del ET, fundamentalmente los apartados 1 y 2; también los arts. 15.3, 104.1 y 127, apdos. 1 y 2 de la LGSS; así como los arts. 12 a 14 del RD 1415/2004, de 11 de junio, Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social.

La finalidad de estas normas es plural. Sin duda que una de ellas, seguramente la principal, es reforzar las garantías de protección efectiva en el terreno de la Seguridad Social de los trabajadores de la contrata o de la subcontrata. Se parte de la base, lo que es ya un lugar común, que los procesos de descentralización, siendo absolutamente legales y una opción organizativa legítima sobre la base última de la libertad de empresa establecida en el art. 38 de la CE, tienen costes particulares para los trabajadores afectados.

En realidad se trata de un coste, o de un riesgo, por comparación más que en sí mismo considerado; salvo que ser contratado por una empresa de escasa dimensión, relativamente poco solvente y mal asentada en el mercado se considere un riesgo a proteger de forma especial. Lo que, obviamente no sucede. En una economía de mercado, de libre creación y destrucción de empresas, todo trabajador asume un riesgo asociado a la entidad, solvencia, adecuada gestión y posibilidades de futuro de la empresa que le contrata. Y frente a esta circunstancia, el ordenamiento laboral no proporciona una tutela especial salvo la genérica, aplicable indistintamente a todo tipo de empresa, de los mínimos de tratamiento, de las obli-

4. Haciendo hincapié en el elemento de la dirección del proceso por parte de la empresa principal, Goerlich Peset, pp. 100-102. Sobre estas cuestiones, también, S. del Rey Guanter. «Los requisitos subjetivo, negocial y objetivo previstos en el art. 42.1 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores», en el volumen *Descentralización productiva y relaciones laborales*. Lex Nova, 2001, pp. 25-34.

gaciones legales y de la causalidad del despido (por poner algunos ejemplos). Ninguna previsión de comunicación de responsabilidades existe entre las diferentes empresas; salvo la marginal y específica del Fondo de Garantía Salarial, por ejemplo, o, en el terreno de la Seguridad Social, los instrumentos de garantía de efectividad de la tutela en los casos de incumplimiento de obligaciones o de insolvencia (automaticidad y responsabilidad subsidiaria de la entidad gestora).

En el caso de las contratadas, en cambio, el riesgo, o el deterioro de las condiciones de trabajo, se mide por comparación con un referente que es el de la empresa que pilota todo el proceso de descentralización, la que impone su mayor jerarquía a las demás empresas y la que controla la integración de las aportaciones de las demás empresas en el diseño productivo común. El daño que se sufre es el derivado de no ser trabajador de esta empresa principal, aunque en beneficio final de ella se realice el trabajo. Un daño que se refleja en peores condiciones de trabajo (otro salario, otro convenio, otras condiciones de prestación del esfuerzo laboral), en una menor seguridad acerca del cumplimiento correcto por parte de la empresa de sus obligaciones respecto de los trabajadores, y en una más debilitada garantía de que la empresa directa hará frente, correcta y plenamente, a sus responsabilidades.

Es evidente que la norma laboral no pretende paliar todos estos deterioros. Si así lo hiciera, la existencia de otras empresas diversas de la principal carecería de sentido. Sólo en casos límite como la cesión ilegal (lógicamente ya que se trata de una práctica fraudulenta o de simulación de una empresa inexistente⁵), o en relación a un solo aspecto (el salarial, en el supuesto de los trabajadores cedidos por una ETT), el ordenamiento opta por la equiparación de condiciones, como si la empresa contratada no existiera (lo que en el primer caso así es). Salvo estos ejemplos, por obvias razones económicas y de eficiencia, estrechamente vinculadas a los fenómenos de externalización, la ley asigna a los trabajadores de las contratadas las condiciones de trabajo vigentes en ellas, aunque sean peores en relación con las de la empresa principal para la que la contrata realiza su trabajo. La intervención legal de garantía es menos incisiva, limitándose a comunicar o contagiar la responsabilidad inicial de la empresa directa a la empresa que contrató, como principal o superior sus servicios, en el sentido de dotada de poderes de ordenación. Con la finalidad, en el terreno laboral, de que las condiciones de trabajo de la contratista (malas o buenas que sean) se respeten efectivamente; pero no todas, sino sólo las salariales y las asociadas a las mismas, así como, en otra

5. Cfr. Lo que se señala más adelante acerca de la existencia de una cesión ilegal de trabajadores simulada bajo la apariencia de una contrata. En todo caso, puede verse, a título de ejemplo, L.R. Martínez Garrido, cit. pp. 44-46 y 62-63; M.L. Molero Marañón. *La descentralización productiva en la unificación de doctrina*, La Ley, Madrid, 2003, pp. 99-118; y D. Martínez Fons. «Los límites en la descentralización productiva: la frontera con los fenómenos de la cesión ilegal de los trabajadores», en el volumen *Descentralización productiva y relaciones laborales*, cit. pp. 51-80.

dimensión las relacionadas con la seguridad en el trabajo. Lo que seguramente tiene que ver con la búsqueda de una relación, aunque sea subsidiaria y desde la perspectiva de la empresa principal, entre coste del trabajo y beneficio⁶.

En el campo de la Seguridad Social, sin embargo, la pretensión legal es doble, no siendo tan nítida la preocupación por los intereses del trabajador de la contrata. Porque, si bien es cierto que se trata de garantizar que se abonen las cotizaciones a la Seguridad Social, (lo que, en un sistema profesional y contributivo tiene relevancia indudable, aunque no siempre, en cuanto al disfrute efectivo de las prestaciones), también supone la garantía para el sistema de Seguridad Social de que esas cotizaciones, al margen de su repercusión sobre las prestaciones que pueda recibir el trabajador, serán efectivamente ingresadas en el patrimonio de la Seguridad Social. De igual manera, el refuerzo de la garantía en el caso de las prestaciones busca que el trabajador efectivamente las perciba una vez generado el derecho y pese al incumplimiento empresarial (no se hablaría de responsabilidad de prestaciones si no existiera ese incumplimiento previo); pero también pretende que, en los casos de anticipo de la prestación o de responsabilidad subsidiaria, se amplíe el campo, el número y, sobre todo, la solvencia de las empresas a las que puede reclamarse la cuantía de esas prestaciones ya abonadas por el sistema de Seguridad Social. Una doble función que se verá asomar en algunas de las cuestiones o aspectos que determinan el régimen jurídico laboral de las contratas.

1.3. El alcance concreto de las garantías en Seguridad Social

Pues bien, en este contexto, las normas arriba citadas establecen, como es conocido, dos tipos de responsabilidades desde el punto de vista material: por cotizaciones y por prestaciones. Y dos tipos de responsabilidad según su alcance o naturaleza: solidaria y subsidiaria. Sin que proceda entrar aquí en el análisis de ciertas responsabilidades conectadas con la Seguridad Social como son las relativas a las mejoras voluntarias de las prestaciones de la Seguridad Social (como quiera que se articulen), y la referida a la responsabilidad por el recargo de prestaciones por incumplimiento de las medidas de seguridad y salud laboral, establecida en el art. 123 de la LGSS⁷.

6. Crítica con esta argumentación, proponiendo una equiparación de condiciones entre trabajadores de la empresa principal y los de las contratas y subcontratas que se integran en el núcleo productivo de la primera, R. Serrano Olivares. «El elemento locativo en el marco de la contratación y subcontratación de obras y servicios: significación y funciones», en el volumen *Descentralización productiva y relaciones laborales*, cit. pp. 108-111.

7. Un tratamiento general en J. Muñoz Molina. «Responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de la Seguridad Social», Tirant lo Blanch, 1999, pp. 83 y ss; también en G. Molinar Tamborero. «La responsabilidad empresarial en el pago de prestaciones de la Seguridad Social. Déficit regulador de la misma», en el volumen *Aspectos complejos en materia de Seguridad Social*. CGPJ, 2003, pp. 182 y ss.

En el primer caso, por no ser prestaciones de Seguridad Social sino de previsión privada voluntaria. El rechazo a aplicar las garantías legales previstas para la materia de la Seguridad Social en relación con las mejoras voluntarias de dichas prestaciones se encuentra plasmado con toda contundencia y reiteración en resoluciones judiciales como la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2000 (RJ 2000/2036). La cual, respecto de una indemnización complementaria por accidente de trabajo, insiste en lo ya sostenido, considerándolo como doctrina unificada de la Sala, en la Sentencia de 19 de mayo de 1998 (RJ 1998/4730), en el sentido de que el art. 42 del ET no impone al contratista principal ninguna responsabilidad adicional en materia de mejoras voluntarias de la Seguridad Social. En todo caso, quizás pudiera llamarse la atención acerca del hecho de que la exclusión de las mejoras voluntarias, basada en un ciertamente atendible argumento literal, no deja de evidenciar cómo en el establecimiento de las garantías también se ha tenido en cuenta los intereses de la propia Seguridad Social, radicalmente ajenos a las mejoras voluntarias que quedan al margen de su campo de actuación y de toda la gama de instrumentos, tanto de forzar el cumplimiento como de garantía de su percepción. Una adecuada atención a los intereses de los trabajadores, máxime en los tiempos actuales en los que la relevancia de las mejoras voluntarias y de las prestaciones complementarias es mayor, debería conducir a una revisión de este criterio reductivo⁸.

En el segundo, porque el recargo no es tampoco una prestación de la Seguridad Social, aunque se calcule sobre ellas. En esta materia, la imputación de responsabilidad exclusiva al empresario infractor y la prohibición de aseguramiento lo han llevado a intentar establecer una cierta garantía de abono del mismo a cargo de la Seguridad Social, habiéndose rechazado toda responsabilidad al respecto. De nuevo aquí la no vinculación o implicación de la Seguridad Social en el recargo, más allá de ser el instrumento de su establecimiento y su pago, expulsa al recargo de las garantías previstas en el art. 42 del ET. Siendo respecto de él imposible, como a lo mejor sí podría intentarse en cuanto a las mejoras voluntarias (piénsese en los compromisos de aportación a un plan de pensiones fiscalmente imputados al trabajador como rendimientos del trabajo), su inclusión en el concepto de deuda salarial⁹.

En cuanto a la responsabilidad material, circunscrita a cotizaciones y prestaciones, se trata de una limitación lógica. Es verdad que el apartado. 2 del art. 42 del ET se refiere, más genéricamente, a «obligaciones referidas a la Seguridad Social»; lo que incluiría afiliación, alta, inscripción de empresas, baja. Pero se trata de obligaciones instrumentales a la de cotización, que afectan al trabajador sobre todo en la medida en que su incumplimiento es, simultáneamente, un

8. En este sentido, M.L. Molero Marañón, cit. 195-207.

9. Sobre esta cuestión, Molero Marañón, cit. pp. 207-222.

incumplimiento de la obligación de cotizar. Aisladamente consideradas, las obligaciones formales o de encuadramiento, si incumplidas, sólo tendría efectos (en el régimen establecido de responsabilidad prestacional del empresario) en cuanto a impedir el anticipo de las prestaciones o llevar incluso a una ausencia de responsabilidad, ni siquiera subsidiaria, de la entidad gestora¹⁰. Pero no añaden nada a una responsabilidad por prestaciones que ya viene impuesta a la empresa incumplidora por la ausencia de cotización.

Según alguna versión, el art. 42.2 del ET se referiría sólo a la responsabilidad por cotizaciones, sobre todo si se conecta con el apartado 1 (así lo hace defectuosamente la ley), dejando abierta la responsabilidad por prestaciones que estaría recogida, de forma exclusiva, en el art. 127 de la LGSS. Poco sentido tienen estas elucubraciones ya que el juego combinado de los arts. 42 del ET y 15, 104 y 127 de la LGSS arroja el siguiente resultado: a) las responsabilidades previstas en el art. 42 se refieren a todas las obligaciones en materia de Seguridad Social, no sólo a las cotizaciones (lo que se manifiesta en la remisión que al mismo hace el art. 127 de la LGSS, dedicado a la responsabilidad por prestaciones como indica su título); b) respecto de estas obligaciones, la responsabilidad del art. 42 es solidaria, cumpliéndose determinados requisitos; c) la responsabilidad prevista en el art. 127 de la LGSS es una responsabilidad de segundo nivel o subsidiaria; d) esta responsabilidad está referida tanto a las prestaciones, lo indica el título del artículo, como a las cotizaciones, como se manifiesta en los arts. 15 y 104 de la misma LGSS, sobre todo por la remisión expresa de este último al art. 127.1. Un repertorio final un tanto atormentado fruto de las sucesivas, y no siempre correctas, modificaciones de los textos en liza¹¹.

1.4. La garantía reforzada: la solidaridad y sus requisitos

El nivel máximo de garantía es el que se materializa en la responsabilidad solidaria prevista en el art. 42 del ET. Ni que decir tiene que esa responsabilidad solidaria existe en beneficio del trabajador de la contrata o de la subcontrata, sin que pueda beneficiarse de ella el trabajador de la empresa principal que domina todo el proceso. No hay solidaridad a la inversa porque produciría lo que, en términos

10. Todo esto en razón del régimen de responsabilidad prestacional establecido en los arts. 94 a 96 de la Ley de Seguridad Social de 1966, aplicable, como se sabe, con valor reglamentario.

11. Afirmando con claridad que la referencia del art. 42 del ET a las obligaciones en materia de Seguridad Social abarca tanto las deudas por cotizaciones como por prestaciones, Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1998 (Ar. 998). No obstante, Sentencias posteriores, como las de 19 de mayo de 1998 (RJ 1998/4730), de 16 de septiembre de 1999 (RJ 1999/7226) y de 22 de diciembre de 2000 (RJ 2000/2036) parecen volver a limitar el ámbito material de la solidaridad sólo a las cotizaciones. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 8 de enero de 2004 (Rec. 1869/2003). Explicando este cambio de orientación y decantándose por la tesis extensiva, pese a aceptar sus dificultades prácticas de aplicación, Molero Marañón, cit., pp. 172 a 185.

de Seguridad Social, se denomina efecto Mateo. Es la empresa dominante la que se ve obligada a poner a disposición de los trabajadores de las demás su patrimonio como garantía, no tanto del cumplimiento ya que la solidaridad surge cuando el incumplimiento se ha producido, sino de las consecuencias del incumplimiento: pagar las cotizaciones que no se han abonado por quien corresponde; asumir el coste de las prestaciones no ingresado en la TGSS por quien está inicialmente obligado a ello en razón de un incumplimiento previo.

Según la exigencia legal, aquí sólo el art. 42 del ET, para que la solidaridad opere es necesario que se de un requisito inicial: que la contrata o subcontrata se refiera a «obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la principal o de la que contrata y subcontrata». Además, la solidaridad en cuanto mecanismo reforzado de garantía sólo opera de forma limitada en el tiempo: un año a partir del fin de la vigencia de la contrata («terminación del encargo» dice el art. 42) y respecto de deudas u obligaciones surgidas durante el periodo de vigencia de la contrata o subcontrata. Finalmente, la responsabilidad solidaria puede eludirse con el cumplimiento de ciertas actividades formales de comprobación de solvencia de la contrata o de la subcontrata. Cualquiera de estos elementos ha dado origen a una enorme cantidad de opiniones doctrinales y jurisprudenciales; debido, en gran parte, a la poco afortunada dicción del precepto y a su escaso rigor prescriptivo.

1.4.1. La exigencia de la propia actividad y sus problemas

El concepto de propia actividad es un concepto tradicional que ha tenido y tiene amplia presencia en la disciplina jurídica de las contratas y subcontratas. Presencia tradicional que ha ido siempre acompañada de una, igualmente tradicional, dificultad de establecer sus confines conceptuales. Lo que es indudable es que se trata de un concepto limitativo o restrictivo que quiere marcar una frontera entre un tipo u otro de contratas: las que son de la propia actividad y las que, por simplificar, llamaremos de actividad ajena; reservando a las primeras un tratamiento tutelador más intenso de los intereses del trabajador (y, en materia de Seguridad Social, por extensión, también de la entidad gestora). Variadas han sido las justificaciones de ese acotamiento de campo que, en algún terreno como el de la prevención de riesgos laborales (algo atenuado últimamente por las reformas introducidas en el art. 24 de la LPRL y por el RD 171/2004), ha supuesto el paso de la protección a la desprotección, de la garantía a la ausencia total de la misma. Si hubiera que enumerar esas razones podría apreciarse que se mezclan varias de intención y fundamento muy diverso.

La más reiterada tiene que ver con la lógica interna de los procesos de contratación y subcontratación: si se trata de una forma de producir integrada en un diseño global controlado por una empresa dominante o principal que finalmente es la beneficiaria, igualmente principal, de los resultados de esa organización productiva, parece lógico que quien se beneficia también asuma ciertas peculiares

responsabilidades en relación con trabajadores que no son propios; algo así como el principio de que quien se beneficia ha de soportar las cargas. Otra razón se apoya en un dato fáctico como es la debilidad estructural y la menor solvencia de las empresas contratadas o subcontratadas, ya sea en términos absolutos, ya sea por comparación con la principal, por lo que parecería razonable proporcionar a los trabajadores de estas empresas instrumentos adicionales de garantía, que refuercen la, normalmente poca o menor, que pueden ofrecer las empresas directas de esos trabajadores.

También ha de tenerse en cuenta otro tipo de valoración, algo más implícita, consistente en la cautela o sospecha difusa acerca de la licitud de tales contrataciones y subcontratas. No sólo porque, en algunos casos, la frontera entre una contratación legítima y una cesión ilegal de trabajadores es difícil de establecer; las garantías adicionales serían una forma preventiva de cubrir incumplimientos previsibles en empresas ficticias no afloradas como tales. También porque, en el fondo, existe una especie de rechazo moral a una práctica empresarial como es la de la externalización, legítima sí pero tan poco equitativa como lo son otros fenómenos económicos legales. Es decir, se considera que la eficiencia económica, la productividad o el ahorro de costes, son ciertamente fines que legítimamente puede perseguir una empresa, no vulnerando desde luego exigencias legales imperativas; pero que esa legitimidad significa una jerarquización de fondo donde los intereses empresariales se hacen preferentes a los de los trabajadores. Cuyo trabajo, beneficiando finalmente a una empresa principal, se ve retribuido o recompensado con condiciones de trabajo peores que si formaran parte de la plantilla de esa empresa. Esta diferencia de trato legalmente justificada y a la que es difícil poner freno en cuanto exista como valor la libre iniciativa económica, queda, de alguna forma, compensada con la comunicación de responsabilidad de la empresa formal o directa a la empresa principal o beneficiaria final.

Esto no lleva a una igualdad plena de trato, como se ha dicho: no podría hacerlo so pena de inutilizar las opciones empresariales; pero sí a un refuerzo de garantía de los derechos, sean cuales sean los que se les reconozcan. Esta asociación en la responsabilidad es, como puede verse, un artificio excepcional que no puede generalizarse a todos los casos de colaboración o cooperación entre empresas. De aquí su limitación a las contrataciones de la propia actividad: porque la integración productiva es más evidente, porque es más claro el beneficio que se persigue con la descentralización ya que no está motivada por razones sólo técnicas o de especialización, de incapacidad técnica, o de alejamiento de la tarea central de la empresa que contrata; porque igualmente es más clara la finalidad económica de la descentralización; porque precisamente entre empresas dedicadas a la misma actividad es más fácil que se produzcan fenómenos de interposición encubiertos; y porque, el elemento comparativo con los trabajadores de la empresa principal es más fácil, directo y lógico de hacer dada la identidad del trabajo productivo y la más fácil comparación de trabajos y situaciones entre los trabajadores afectados.

Finalmente, la propia actividad marca, con un cierto fundamento de aceptarse las razones antes dichas, una diferencia de trato entre las empresas. Bien es verdad que la diferencia de trato se valorará como más relevante en razón de la alternativa que le resta a las contratadas excluidas. Si la opción es entre garantía y ausencia total de ella, el debate de la noción de la propia actividad podría ser mucho más áspero. En este caso, no obstante, y como se verá ahora, la propia actividad marca un espacio de tutela o de garantía privilegiado, pero no condena a la ausencia total de garantías a las empresas de actividad ajena. Por eso la fijación de la frontera, siendo relevante, lo es menos en razón de sus consecuencias.

Pese a lo dicho, y aceptando las razones de una diferencia de tutela, no tendría por qué descartarse (en el plano de las propuestas, desde luego) una ampliación de la garantía solidaria a todos los casos de contratadas y subcontratadas. Su limitación temporal (un año sólo tras el fin de la contrata) ya impondría un fuerte carácter selectivo. O quizás no tanto una igualación de la garantía para todas las contratadas sino restringiendo la solidaridad a los fenómenos de cooperación dotados de un cierto sentido; donde el tipo de actividad sería secundario para cobrar protagonismo la forma de la cooperación, y donde los rasgos reales de integración y control sustituirían al tipo de actividad. Elementos por cierto detectables de forma más fácil que, como la experiencia demuestra, la noción misma de propia actividad. Una noción que al final se resuelve con argumentaciones en las que se tiende más a hacer disquisiciones teóricas imposibles acerca de qué es la actividad propia de una empresa que establece libremente las actividades a las que se dedica; salvo que, acentuando la teorización, se prescindiera de la opción concreta material de cada empresa. En cuyo caso se ha de responder a la pregunta con referencia a una actividad, que siendo propia (elegida), lo es o no si responde al prototipo de lo que es propio, en sentido teórico (es decir, no elegido), de cada tipo de empresa; lo que se suele denominar como objetivización del concepto. Por eso, la propia actividad (o como quiera que se le denominara) debería resolverse en la existencia, real o no, del fenómeno de la descentralización productiva en sentido estricto¹².

Nos centramos, pues y pese a lo dicho, en el concepto de propia actividad, y no tomamos en consideración el argumento literal que sostiene que el apartado 2 del art. 42 del ET no dice nada de la propia actividad, reservando esta determinación para el primer apartado y para el mecanismo allí previsto de comprobación de solvencia. Pero es absurdo reservar a estas contratadas de la propia activi-

12. Sobre el tema de la propia actividad, entre otros, F. Pérez de los Cobos Orihuel. «El concepto de 'propia actividad' empresarial», en el volumen *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratadas*, cit. pp. 162 y ss, finalizando con una propuesta de superación del concepto de propia actividad; del Rey Guanter, cit. pp. 34-44; y, ampliamente, en la línea indicada en el texto, Molero Marañón. cit., pp. 76 a 99. También. M. Luque Parra. «La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en el ámbito de las contratadas y subcontratadas de obras y servicios». *Relaciones Laborales*, 11/2000, pp. 187 y ss.

dad sólo el procedimiento de comprobación y la posible exoneración resultante, mientras que las contratas que no fueran de la propia actividad no podrían recurrir a esta vía de exoneración, siendo así que los elementos fundantes de la garantía tienen más sentido en las primeras que las segundas. El resultado absurdo de la argumentación lleva sin duda a aceptar que el apartado 2, como generalmente se asume, se refiere también a las contratas de la propia actividad; y, en consecuencia, sólo a ellas la responsabilidad solidaria mencionada en el apartado segundo. Además, la última dicción del art. 127 de la LGSS contribuye a ello ya que expresamente menciona a las contratas de la propia actividad como las reguladas en el art. 42 del ET.

Volviendo a la atormentada regulación legal y aceptando, como se ha dicho, que la propia actividad marca esa frontera de garantía, es inútil incidir más en el debate acerca del concepto. Condenado a una imposible concreción que deriva hacia otros conceptos igualmente indeterminados como los de inherencia, nuclearidad de la actividad, indispensabilidad, etc.¹³. Y cuya ineficiencia se manifiesta en resultados judiciales tan variados como contradictorios y, en general, poco seguros. Puestos a persistir en la utilización de la propia actividad como referente, una mejor y más concreta definición legal de lo que se entiende por tal, exigiendo ciertas y concretas manifestaciones de esa condición sería posiblemente precisa. Incidiendo sobre todo en los elementos siguientes, que no deben ser considerados como criterios decisivos ni únicos: rama o sector de actividad (al uso de lo que se utiliza en la determinación del ámbito funcional de los convenios colectivos, pero sin que, como sucede, el pertenecer a otra rama ya signifique la exclusión del concepto); objeto social real de la empresa, lo que implica un análisis del caso y no una mera referencia a la descripción que puede figurar el documento público fundacional; funcionalidad directa de la actividad desarrollada por la contrata en relación con la de la empresa principal, algo semejante a la inherencia o indispensabilidad; términos de la contrata y caracterización de las relaciones entre empresa principal y contratas; dimensión del control de la empresa principal; integración de la contrata en la actividad habitual de la empresa principal (exclusividad, reiteración de contratas con la misma empresa, durabilidad o permanencia).

13. L.R. Martínez Garrido, cit. pp. 68-70. Emblemática es la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1995 (Ar. 514) como expresiva del criterio de propia actividad limitada a las actividades inherentes a la actividad empresarial; o la de 24 de noviembre de 1998 (Ar. 10034), refiriéndose a las actividades nucleares de la empresa principal. Estas y otras Sentencias que han afrontado la cuestión en similares términos (por ejemplo, reiterando el concepto de «actividad inherente», o de soporte indispensable, o de integración en el ciclo productivo de la empresa principal, las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2002, RJ 2003/510, y la de 11 de mayo de 2005, RJ 2005/6026), siempre acaban produciendo la sensación de una cierta inconcreción, inseguridad o, incluso, aleatoriedad del resultado calificador. G. Barreiro González. «Responsabilidad empresarial en contratas y subcontratas», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 100/2000, pp. 889 y ss.

Para acabar este apartado, se ha insistido por algunos autores en la exigencia de un elemento locativo para que pueda darse la aplicación del art. 42 del ET¹⁴; siendo aquí y ahora un tanto indiferente, o secundario, si se trata de un elemento necesario de la contrata o de la propia actividad, o bien un requisito autónomo. Lo que es claro es que la exigencia de una unidad de lugar no está en la ley y resulta inadecuado extender a la responsabilidad por deudas salariales y de Seguridad Social un requisito que tiene todo su sentido en el ámbito de la prevención de riesgos laborales. Donde la responsabilidad de la empresa principal, más que solidaria en sentido propio, es consecuencia de un incumplimiento, genérico o concreto, del deber de vigilancia que sólo puede ponerse en práctica en un espacio físico sometido al dominio de la empresa principal. Es en este campo donde la presencia de los trabajadores de contratas y subcontratas en un medio bajo el control de la empresa principal resulta más importante incluso que la exigencia de la propia actividad, cuya pertinencia se ha puesto en duda de forma reiterada y respecto de la cual algún indicio ofrece la nueva versión del art. 24 de la LPRL y el RD 171/2004, de 30 de enero, de desarrollo del mismo. Pero en lo que hace a la responsabilidad por deudas salariales o de Seguridad Social no parece que el factor locativo deba ser relevante o decisivo.

Sin duda que trabajar en el lugar bajo el control de la empresa principal pone de manifiesto ese dato del dominio del proceso de descentralización que hemos entendido páginas antes como más decisivo que el criterio de la propia actividad; pero no necesariamente la ausencia del elemento locativo niega toda posibilidad a la responsabilidad prevista en el art. 42 del ET. Puede ser, en consecuencia, importante; incluso un indicio, en el enfoque clásico, de la propia actividad (aunque no necesariamente si se tienen en cuenta actividades accesorias realizadas en el mismo lugar, pero excluidas del concepto); puede servir para mejor solventar una de las cuestiones subjetivas presentes en el tema de la responsabilidad solidaria como es identificar a los trabajadores en relación con los cuales funciona la extensión de responsabilidad ya que, como se sabe, ésta sólo se extiende a los trabajadores de la contrata o subcontrata que desarrollan su actividad para la empresa principal (lo que no tiene por qué suceder con todos los trabajadores de la contrata si ésta realiza sus tareas para varias empresas con diferentes trabajadores).

Sea de una forma u otra, para las contratas que finalmente entran en el círculo protegido especial se prevén, como se ha dicho ya, garantías igualmente especiales. Solidaridad respecto de las deudas en materia de cotización, solidaridad en cuanto a las prestaciones a cargo de la empresa contratista o subcontratista por incumplimiento de sus obligaciones en materia de Seguridad Social. Pero algunas cosas han

14. M. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer. «El lugar de ejecución de la contrata». *Relaciones Laborales*. 5/1996, pp. 1 y ss; también, del Rey Guanter, cit. pp. 31-34 y R. Serrano Olivares. «El elemento locativo en el marco de la contratación y subcontratación de obras y servicios: significación y funciones», cit. pp. 87-111.

de precisarse; la primera de ellas hacia quién o con quién se establece ese vínculo de solidaridad. Lo que lleva a la cuestión de la cadena de las contratas.

1.4.2. La cadena de contratas

Parece indudable, sobre todo a partir de la última versión del apartado 2 del art. 42 del ET, que el empresario principal responde solidariamente en todo caso de las obligaciones relativas a la Seguridad Social de cualquiera de los contratistas o subcontratistas, aunque no tenga con la mayoría de ellos relaciones contractuales directas. Si bien esa responsabilidad solidaria es exigible ya que deriva de la ley y no del contrato. Pero es lógico que así sea ya que la empresa principal es la que pone en marcha el proceso de descentralización y la que lo controla en su propio beneficio; además de que, normalmente, es la empresa principal la que ofrece mayores garantías de solvencia y de capacidad económica para asumir el coste económico de esas responsabilidades y de que una opción diversa facilitaría una elusión de responsabilidades con sólo incrementar el número de eslabones de la cadena. Hay que rechazar, pues, las tesis que, pese a entender lógica la exigencia de responsabilidad a la empresa principal (y aun a todas las empresas integrantes de la cadena de contratas), considera que la comunicación de responsabilidad sólo puede existir entre contratantes directos¹⁵.

Aceptada la responsabilidad solidaria del empresario principal en todo caso, y excluida la responsabilidad estrictamente limitada a las empresas que contratan entre sí, por parejas o binomios, la cuestión ahora es si responden todas las empresas que ocupan los sucesivos eslabones de la cadena, además de la empresa principal que lo hace siempre¹⁶. Esto es, si todas las empresas implicadas responden en relación con los trabajadores de las empresas que le siguen en la cadena, aunque obviamente no de los de las empresas que la preceden. Semejantes argumentos a los que se acaban de decir en relación con la empresa principal pueden utilizarse para implicar a las contratistas y subcontratistas. No obstante, la dicción legal no es clara al respecto.

15. M. Llano Sánchez. «El alcance personal de la responsabilidad solidaria en los supuestos de encadenamiento de contratas y subcontratas». *Actualidad Laboral*, 2000-1, pp. 153-156. Aunque luego acepte que el consentimiento prestado por la empresa principal (y necesario muchas veces según los términos de la contrata inicial) para sucesivas subcontratas ya vincularía a la empresa principal; y también que es posible una acción directa contra la empresa principal debido a la conexión funcional que existe entre el contrato principal y el derivado, formando parte de una misma operación económica como es la ejecución de una obra o servicio que le da unidad y cuyo beneficiario último es el empresario principal. Sostiene, no obstante, la necesidad de una reforma legal para establecer esa responsabilidad en cadena, por el carácter bilateral del art. 42 del ET. Genéricamente, a favor de la responsabilidad encadenada, F. López i Mora. «El alcance subjetivo de la responsabilidad solidaria», en el volumen *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, cit, pp. 182-194.

16. Encadenamiento total al que se refiere C. Gala Durán. «Aspectos problemáticos de la responsabilidad salarial en el ámbito de las contratas y subcontratas de obras y servicios». *Relaciones Laborales*, 18/2000.

Si bien la jurisprudencia de unificación del Tribunal Supremo, siguiendo otras resoluciones en semejante sentido de otros tribunales, ha establecido, mediante la Sentencia de 9 de julio de 2002 (RJ 2002/10538) que la contratación o subcontratación lo que pone de manifiesto es la existencia de una realidad fáctica productiva en la que concurren varias empresas con relaciones en cadena, o de dos en dos, pero bajo el control económico y técnico prevalente del contratista principal. Tal realidad es obvio que sitúa en el centro de los beneficios y de la responsabilidad a la empresa principal; pero también las demás empresas se benefician, aunque en menor medida de dicha cooperación, de la misma forma en que ejercitan, aunque también en menor grado, facultades de control. Por tanto, concluye la Sentencia, todos los situados en la cadena de contratación han de considerarse responsables a los efectos del art. 42 del ET ya que, al referirse a los contratistas y subcontratistas, utiliza un plural donde han de entenderse incluidos todos los eslabones de dicha cadena de contratación¹⁷.

Lo anterior es así aunque deba aceptarse, de seguir vigente el apartado primero del art. 42 del ET, que la exoneración de la responsabilidad solidaria que en él se permite haga posible que algunos de los eslabones de la cadena eludan esa responsabilidad. De forma que puede darse que en una cadena de contrata y subcontratas, unos respondan solidariamente y otros no respondan en absoluto (según alguna versión minoritaria del alcance de la responsabilidad subsidiaria del art. 127 de la LGSS) o respondan de forma subsidiaria. Lo que, sin duda, complica todo el procedimiento de reclamación de las diversas responsabilidades por la diferente posición de los protagonistas.

1.4.3. La exoneración de la responsabilidad solidaria¹⁸

Aparentemente el art. 42.1 del ET establece una obligación de comprobación para los empresarios que contraten o subcontraten con otros obras y servicios. Lo que quiere decir que se trata de una obligación exigible a todos los integrantes de la cadena de contrata en relación con las empresas con las que realizan esos negocios jurídicos, si bien es una obligación que sólo tiene efecto en relación con las contrata de la propia actividad, sin que pueda extenderse a otras por impedirlo el tenor literal de la norma. Se habla de obligación pero, de serlo, sería una obligación sin sanción salvo que así se considere materialmente la previsión del

17. También, L.R. Martínez Garrido, cit. pp. 75-78. En el sentido del texto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 20 de julio de 2004 (Rec.sup.. 301/2003).

18. Sobre este tema, M.Luque Parra. «La responsabilidad empresarial en materia de Seguridad Social en el ámbito de las contrata y subcontratas de obras o servicios», en el volumen *Descentralización productiva y relaciones laborales*, cit. pp. 290-293; más extensamente, L.Camps Ruiz. «La obligación empresarial de comprobar la solvencia del contratista o subcontratista», en el volumen *Descentralización productiva y protección del trabajo en contrata*, cit. pp. 243 y ss.

mismo art. 42.1 del ET; lo que es discutible¹⁹, ya que lo que se deriva de la inobservancia de la misma es, no una carga, sino la no adquisición de una ventaja. De no cumplirse la hipotética obligación, la responsabilidad será la prevista de forma estandarizada en el propio art. 42.2 del ET: esto es, la responsabilidad solidaria. Al menos en la versión más asumida de la finalidad del art. 42.1 del ET²⁰.

No es nuestra intención reproducir aquí las posiciones acerca del sentido final de la regla contenida en el apartado primero del art. 42. Esto es, si de lo que se trata es de que el empresario que contrata o subcontrata con otro pueda eludir su responsabilidad en relación con deudas de Seguridad Social (más concretamente, en el que parece el sentir de la norma, respecto de las cotizaciones ya que lo que se comprueba es el incumplimiento del deber de cotizar) de la contrata o subcontrata anteriores al inicio de la misma; o si, por el contrario, la elusión se refiere a deudas futuras originadas durante la contrata. En puridad, la primera de las versiones parece la más coherente con el precepto, que lo que perseguiría es obstaculizar las contrataciones y subcontratas con empresas deudoras a la Seguridad Social, estigmatizando esa contratación con la carga de asumir sus deudas originadas en un tiempo en el que aún no existía relación entre empresa principal y contrata²¹. De manera que la norma articularía una advertencia negativa (no estrictamente una prohibición cuya legalidad podría discutirse) acerca de la contratación con este tipo de empresas morosas; que de no seguirse podría implicar esa responsabilidad en deudas ajenas, con las que no se ha tenido vinculación alguna y además de tipo solidario.

Esta funcionalidad de norma depuradora del mercado de contrataciones, aun conectando a una negligencia de la empresa (no solicitar el certificado) un resultado puede que desproporcionado, cumpliría, precisamente por la enormidad de las secuelas, esa función con eficiencia. Toda empresa al contratar con otra estaría interesada en verificar que se trata de una empresa cumplidora. O, al menos, asumiría, consciente o negligentemente, que se la está asociando a una responsabilidad de la otra empresa anterior a su relación; porque la información de la existencia de descubiertos no evita obviamente la responsabilidad solidaria.

Los defectos de esta tesis se encontrarían en lo siguiente: a) no hay limitación alguna en cuanto a las deudas que se asumirían, pero todo indicaría que serían todas las deudas aún no prescritas; b) no se identifica expresamente el tipo de responsabilidad que se generaría, si solidaria o subsidiaria, sin que valga la mención

19. Camps Ruiz, cit. p. 247.

20. Negando en todo caso el carácter de sanción, Camps Ruiz, cit., p. 247, recurriendo a la ausencia de mención en la Ley de Infracciones y Sanciones; además de subrayar que no es posible imponer una prohibición de contratar entre privados.

21. Que la certificación se refiere a deudas anteriores lo confirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1998 (Ar. 4730); y que se trata de una solicitud única lo declaró la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, en Sentencia de 30 de julio de 1996 (Ar. 6364).

del apartado 2 ya que se referiría a deudas distintas, excepto si se tiene en cuenta y se fuerza la conexión que el inicio del apdo. 2 establece; c) difícilmente se podría ampliar esta responsabilidad a las prestaciones, o en relación a incumplimientos de alta/cotización previos a la contrata ya que aquí si que parecería desproporcionada esa consecuencia respecto de una obligación formal de comprobación, o incluso en relación con una información que ponga de manifiesto la existencia de descubiertos, acerca de lo cual el art. 42 recalca que lo que se solicita es información respecto de las cuotas; d) no existiría, por lo que parece, un límite para el ejercicio de esa acción, cuando así sucede con la responsabilidad solidaria expresamente prevista en el apartado 2 del art. 42 del ET; de manera que esas reclamaciones se podría prolongar mientras la deuda no hubiera prescrito. Por otra parte, como se ha indicado²², que la responsabilidad se refiere a las deudas futuras deriva del hecho de que la certificación negativa no puede liberar de deudas anteriores, precisamente porque no existen; si no, no sería negativa²³.

Si finalmente lo que se pretende es expulsar a las contratas morosas del mercado de contratas, esta finalidad interesa más bien a la Seguridad Social (evitar futuras morosidades) y ésta debería articular mecanismos y procedimientos más eficientes de cobro, sin desplazar hacia una empresa, hasta ese momento ajena, un crédito que seguramente sería en otro caso incobrable y con un beneficiario remoto. O incluso podrá preverse un sistema, al margen de la Seguridad Social, de exclusión de contratación de las empresas morosas; lo que, salvo en el caso de la contratación con la administración pública, es dudosamente constitucional cuando se trata de relaciones entre empresas privadas. Por último, no es posible establecer una consecuencia económica tan grave, que incluso es más rígida que lo previsto en el art. 44 del ET para los supuestos de sucesión de empresa, donde la responsabilidad solidaria se proyecta sólo durante tres años después de la sucesión, vinculando a esa satisfacción a la cedente, mientras que quien asume las obligaciones y deudas es justamente la empresa cesionaria por cuanto ha ocupado el lugar, se ha subrogado, de la anterior empresa. La asunción de deudas de otros tiene en este caso un título como es el que materializa la sucesión; el déficit de comprobación (o la certificación positiva) no parece que sea por su parte título suficiente para esa ampliación de responsabilidad.

Aceptada una intención fallida del legislador (y, en todo caso, oscura), la alternativa interpretativa ha sido, como se sabe, considerar que de lo que la compro-

22. Camps Ruiz, p. 256

23. Decantándose por una exoneración sólo de deudas futuras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Contencioso-Administrativo) de Andalucía, de 24 de marzo de 2003 (Rec. 1821/1997). Criticando las Sentencias de la Jurisdicción Contenciosa que refieren la certificación y la responsabilidad que no se elude si no se solicita a deudas anteriores a la contrata, L.Pérez Capitán, *Una aproximación al estudio de la responsabilidad derivada en materia de cotización a la Seguridad Social*. Aranzadi Social. Vol. V. 1998, pp. 967-1024.

bación libera, si negativa (o su mero intento) es de la responsabilidad solidaria señalada en el art. 42 por deudas surgidas durante la contrata; dejando intacta la responsabilidad subsidiaria a que se refiere el art. 127 de la LGSS. Pudiendo, desde luego, la empresa contratante o principal aceptar esa responsabilidad solidaria en el caso de certificación positiva. Es una interpretación razonable, basada incluso en la reserva que hace expresamente el art. 42.2 del ET, pero que tiene el defecto de ser, a diferencia de la anterior, excesivamente tolerante con la empresa contratante. Puede bastar el mero gesto formal de la solicitud para que la exoneración se produzca, incluso aunque la Tesorería no haya respondido en el plazo establecido de los treinta días en un procedimiento a regular por vía reglamentaria y que sólo lo fue, de forma muy pobre, en el anterior Reglamento General de Recaudación. Una regulación de la que no quedan trazas en el nuevo y vigente Reglamento, quizás por la conciencia de su inutilidad; o, si se piensa de otra forma, como una manera de hacer imposible esa exoneración por lo que tiene de reducción de garantías del cobro de cotizaciones y prestaciones. Algo que afecta muy directamente a la propia Tesorería.

Pero, como se ha dicho, es un deber formal de tan escasa entidad que resulta desproporcionado en relación con la ganancia que se obtiene: liberarse de la responsabilidad solidaria futura, por todo el periodo de la contrata²⁴ quedando si acaso sólo la responsabilidad subsidiaria. Nada garantiza que una contrata no se haya puesto al corriente con la sola finalidad de evitar la responsabilidad solidaria. Algo que, en otras versiones anteriores del art. 127 de la LGSS, podría incluso haber propiciado una interpretación favorable a considerar exonerada toda responsabilidad por cotizaciones. Lo que ahora no sucede por razón de lo dicho en el art. 104 y 127 de la LGSS. Además de que, tratándose de deudas futuras, la comprobación inicial es muy poco funcional a los fines que se pretenden. La escasa funcionalidad del precepto, su discutible y compleja interpretación y sus defectos técnicos abogan por una pura y simple eliminación del apartado primero del art. 42 del ET, resultando una responsabilidad solidaria en todo caso (cumplidos los demás requisitos) por prestaciones y cotizaciones a lo largo del año inmediatamente posterior a la contrata y siempre por deudas surgidas vigente la misma. La amenaza de esta responsabilidad agravada e ineludible ya es bastante advertencia por sí misma al empresario (sin ser esa que puede hacerse humo con sólo cumplir una formalidad) para servir a depurar el mercado de contratas. Y preserva mejor los intereses, tanto de la Seguridad Social como de los trabajadores afectados; a los que, en la interpretación actual, se desapodera de protección reforzada con un fácil expediente formal o como consecuencia de una negligencia de la Tesorería.

24. Camps Ruiz, cit., p. 253

1.4.4. El alcance limitado de la solidaridad

La solidaridad establecida en el apartado 2 del art. 42 del ET sólo rige, si no exonerada, durante la contrata y hasta el año siguiente a la terminación de la misma y por las deudas originadas durante la vigencia de dicha contrata. Algunos problemas plantean ambas exigencias que se analizarán brevemente a continuación.

En cuanto a la vinculación entre vigencia de la contrata y surgimiento de la deuda, no a las anteriores ni a las posteriores a la misma, es una conexión fácil de establecer respecto de las deudas por cotizaciones: la responsabilidad solidaria del 42.2 (si no exonerada) se proyecta sobre las cotizaciones que por los trabajadores afectados o adscritos a la contrata se generaron durante los meses o días que la misma duró (art. 15.2 de la LGSS). Cuestión distinta es que esas deudas puedan reclamarse, como será lo normal, finalizada la contrata, dado el plazo de prescripción de cuatro años establecido en el art. 21 de la misma LGSS, susceptible, como el propio artículo prevé de interrupciones por las causas allí previstas. Pero, como se viene afirmando, las deudas recogidas en el art. 42.2 no son sólo por cotizaciones sino también por prestaciones de la Seguridad Social de las que el empresario incumplidor puede ser finalmente responsable (aunque opere la automaticidad o la responsabilidad subsidiaria de la gestora). En estos casos resulta más complejo delimitar cuándo surge la responsabilidad y de qué forma ésta se vincula a la vigencia de la contrata.

A este respecto parece aceptado de forma general que no es tanto el hecho causante de la prestación sino el incumplimiento que genera la responsabilidad prestacional que la empresa principal asume solidariamente en virtud del art. 42²⁵. De manera que si los incumplimientos, de cotización por ejemplo, que hacen responsable de la prestación a la empresa directa se producen durante la vigencia de la contrata, operará la responsabilidad solidaria del art. 42.2 del ET, aunque la reclamación de la prestación (o el hecho causante de la misma) tenga lugar tras la finalización de la contrata. Algo semejante sucede si el incumplimiento, producido durante la vigencia de la contrata, genera, también durante ésta, el derecho a la prestación y la responsabilidad inicial de la empresa directa; la responsabilidad se extenderá solidariamente a la empresa principal no sólo mientras dura la contrata, también tras el fin de la misma hasta el agotamiento de la prestación (de tratarse de una de carácter temporal²⁶). Por el contrario, si el derecho o la reclamación prestacional se origina vigente la contrata pero deriva en su integridad de hechos anteriores a la misma, la empresa principal no será en absoluto

25. Sobre esta cuestión, aunque inclinándose por la coincidencia temporal de incumplimiento y hecho causante, Molero Marañón, cit., pp.190-195.

26. El supuesto de la Sentencia de 17 de mayo de 1996 /Ar. 4472) donde, ante un incumplimiento producido durante la contrata y que genera, también durante la misma, el derecho a la prestación de incapacidad temporal, establece que la empresa principal responde solidariamente del subsidio incluso cuando la percepción de éste se prolonga más allá de la vigencia de la contrata.

responsable (o lo será sólo parcialmente, en la medida en que la responsabilidad primera por las prestaciones se ha generado en parte antes y en parte durante la vigencia de la contrata).

En consecuencia, puede existir una exigencia de responsabilidad surgida tras el fin de la contrata; o dicho de otro modo, la responsabilidad asociada nace porque la responsabilidad inicial está vinculada temporalmente a la vigencia de la contrata. Que esto sea así no significa que esa responsabilidad asociada sea siempre solidaria ya que la solidaridad no es una condición que se atribuya a la responsabilidad inicial y se mantenga en el tiempo de forma ilimitada (piénsese en el caso de una reclamación de una pensión de jubilación cuya capitalización se imputa a las empresas incumplidoras en proporción a su incumplimiento, afectando a la contratista y, por derivación, a la empresa principal. Porque, en el juego actual de los arts. 42 del ET y 127 de la LGSS, la responsabilidad solidaria no es algo sustantivo (que determine la existencia o no de responsabilidad) sino, si se quiere, algo adicional. Responsabilidad habrá siempre, sea solidaria o subsidiaria y se trate o no de propia o ajena actividad. Sólo que el reforzamiento de la misma en que consiste la solidaridad sólo tendrá lugar durante la contrata de la propia actividad y el año inmediatamente posterior a la finalización de la misma. El agotamiento del año pone fin, no a la responsabilidad, sino a la solidaridad²⁷.

Lo anterior quiere decir, en la práctica, que cotizaciones no pagadas correspondientes al tiempo de la contrata, podrán ser exigidas a la empresa principal, en el plano de la solidaridad, durante la contrata y sólo un año después del fin de la contrata. Agotado este plazo, la exigencia podrá persistir pero ya en el plano de la subsidiaridad; de forma que lo que surgió como responsabilidad solidaria se degrada a responsabilidad subsidiaria, sin que la connotación inicial marque siempre a la responsabilidad, variando a lo largo del tiempo conforme se agota el periodo señalado del año. Y en cuanto a las prestaciones, la responsabilidad será solidaria (si se establece, en los términos dichos, la conexión entre incumplimiento y responsabilidad) hasta el año siguiente del fin de la contrata. Pero no más allá, de forma que, a partir de ese momento, la responsabilidad, de existir, ha pasado a ser subsidiaria²⁸.

27. R. Roqueta Buj. «Alcance temporal de las responsabilidades», en el volumen *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, cit, p. 26-270. En este mismo sentido, la Sentencia de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 6 de junio de 2003 (Rec 2740/1999), establece que el transcurso del año no libera de responsabilidad sino sólo la transforma en subsidiaria; indicando además, que el plazo del año de exigencia de la responsabilidad no es un plazo de prescripción de la deuda que conserva los especialmente previstos en las normas reguladoras.

28. Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1988 (Ar. 5471), transcurrido el año establecido en el art. 42 ya no es exigible la responsabilidad como solidaria: Muñoz Molina, cit., p. 92.

Puede que este trasiego de tipo de responsabilidad no esté justificado. Y puede igualmente que lo más adecuado sería establecer que la responsabilidad nacida como solidaria persiste como tal mientras se mantenga en el tiempo. Es decir, hasta el agotamiento de los plazos pertinentes de prescripción de las deudas por cuotas o por prestaciones; o limitada o ilimitadamente, según el plazo de prescripción establecido para la reclamación de la prestación misma. Restando en la práctica la responsabilidad subsidiaria sólo para los casos en los que nunca estuvo prevista la subsidiaria, es decir, para los supuestos de contratas y subcontratas de actividad ajena. De manera que el art. art. 42 vendría a establecer el alcance (desde luego no exonerable, según se postula) de la responsabilidad solidaria; y el art. 127 de la LGSS el de la responsabilidad subsidiaria. Ciertamente no es así, sólo que la transformación de solidaria en subsidiaria será menos frecuente en la medida en que se entienda que el plazo del año del art. 42 es un plazo de prescripción y no de caducidad. Porque la interrupción posible del plazo permitirá proyectar la solidaridad más allá del año estricto²⁹.

1.5. La responsabilidad secundaria o subsidiaria

La propuesta que se acaba de hacer encaja perfectamente en una función diferenciada del art. 127 de la LGSS frente al art. 42 del ET. Dejando para éste todas las previsiones referidas a la responsabilidad solidaria, temporal y exonerable, el art. 127 vendría a configurar una responsabilidad subsidiaria general para las contratas de todo tipo, incluyendo las de propia actividad en los casos de exoneración o de superación del plazo del año previsto en el art. 42 del ET; y ello tanto en relación a las cotizaciones como a las prestaciones³⁰. Por supuesto, en ningún caso exonerable³¹, donde la responsabilidad está viva mientras no hayan prescrito las cuotas o el derecho a la prestación, y respecto de la cual hay que predicar, como en la propia actividad, la responsabilidad en cascada (en los supuestos, seguramente menos infrecuentes, en los que puede tener lugar). Las cosas no son hoy exactamente así. Ya hemos dicho lo que sucede con la entrada de la responsabilidad subsidiaria cuando se agota el tiempo de la responsabilidad solidaria, sin que

29. Considerándolo plazo de prescripción, Roqueta Buj, cit. p. 270 y Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 1994 (Ar. 8254) y del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, de 8 de enero de 2002 (Rec. 1747/2000). En sentido contrario, L. Gil Suárez. «La descentralización productiva y la Seguridad Social», en el volumen *Descentralización productiva*, CGPJ, 2000, pp.147-148. Como señala Barreiro González, cit. p. 893, los plazos de Seguridad Social juegan de forma propia en relación con lo establecido en el art. 42 del ET.

30. Todavía en contra, apoyándose en el inciso inicial del art. 127 de la LGSS, las Sentencias de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (de 26 de junio de 2002, Rec. 1708/1998) y del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (de 11 de junio de 2002, Rec. 2415/1998).

31. Pérez Capitán, cit., p. 1011.

cambie ni el incumplimiento ni el derecho afectado. También sabemos que, a diferencia de la responsabilidad solidaria del art. 42 del ET, la subsidiaria del art. 127 no es exonerable en los supuestos de contratas y subcontratas. Finalmente, el art. 127 de la LGSS, a diferencia del art. 42 del ET, no establece plazo alguno para la reclamación de dicha responsabilidad (o, mejor, para el mantenimiento de tal responsabilidad), rigiendo el propio de la prescripción de la deuda o del derecho.

Por último, hay que recordar, aunque ya se ha venido diciendo a lo largo de este trabajo, que la responsabilidad subsidiaria del art. 127 de la LGSS se refiere tanto a las prestaciones (es el título del artículo) como a las cotizaciones en virtud de lo establecido en el art. 104 de la LGSS.

2. LA CESIÓN DE TRABAJADORES

2.1. Derivación de responsabilidades por deudas de Seguridad Social en la cesión ilegal de trabajadores

La determinación de los efectos que, en materia de Seguridad Social, presentan los distintos supuestos de descentralización productiva, requiere continuar este estudio trazando las fronteras entre las modalidades antes analizadas y las operaciones de interposición empresarial, básicamente de aquellas que, por expresa disposición legal, constituyen operaciones ilícitas de cesión de trabajadores a las que, por la misma razón, se les adjudican consecuencias eminentemente sancionadoras. En este empeño, el principal problema se centra en distinguir los supuestos válidos de contratación o subcontratación de obras y servicios (admitidos, como ya se ha señalado, por el art. 42 del ET) del tráfico de trabajadores expresamente prohibido en el art. 43 del mismo texto legal. En esta cuestión, el clásico problema de delimitación de las contratas y la cesión de trabajadores se ve hoy agudizado ante la proliferación y diversificación de tales fenómenos de descentralización productiva.

2.1.1. *Contrata y subcontratas de obras y servicios o cesión ilegal de trabajadores*

Para la delimitación de ambos supuestos es necesario partir de los conceptos legales para ahondar en los criterios jurisprudenciales que, ante la parquedad de los primeros, son esenciales para distinguir ambas figuras. En el primer aspecto, y expuesta ya la figura de la contrata y subcontrata de obras o servicios, es imprescindible reproducir la definición legal contenida en el art. 43.1 del ET para definir la cesión de trabajadores como aquella operación en la que un sujeto se encarga de «*la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa*». Dicho de forma más extensa, la cesión constituye un negocio celebrado entre dos empresas por el que la primera contrata trabajadores para cederlos a la segunda, dentro de cuyo ámbito de organización y dirección realizarán éstos su

prestación de servicios. En ejecución de tal negocio, como la empresa cedente es quien celebra el contrato de trabajo, es ella la obligada al cumplimiento de los deberes derivados de la relación laboral, recibiendo de la empresa cesionaria un precio por la cesión que comprende tanto los costes de su actividad como el beneficio empresarial.

Como puede observarse, en el texto actual el supuesto aparece definido en términos notablemente más reducidos que en la anterior regulación estatutaria, donde expresamente se prohibía tanto el reclutamiento y la contratación de trabajadores para prestarlos o cederlos temporalmente a otro empresario, como la utilización por éste de los servicios de dichos trabajadores sin incorporarlos a la plantilla de la empresa. No obstante, a nuestro parecer, la reducción conceptual no lleva aparejada una simplificación del supuesto de hecho; en la regulación vigente, como en la anterior, la conducta ilícita también exige la concurrencia de dos acciones, una de la persona que selecciona y contrata trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa, y otra de la receptora de tal cesión, quien obtendrá la prestación de servicios de los trabajadores por la primera contratados sin incorporarlos a su plantilla ni asumir, respecto a los mismos, la posición de empleadora.

Pero la definición legal, incluso en esta versión más explícita, se muestra insuficiente para resolver los supuestos que se plantean ante los tribunales de justicia. Por ello, resulta esencial recurrir a la jurisprudencia social para utilizar los criterios que permiten diferenciar los supuestos de contratación o subcontratación de obras y servicios de las actuaciones que impliquen un mero tráfico de mano de obra; la claridad de tales criterios es fundamental para denominar correctamente supuestos notablemente similares que, sin embargo, responden a tipos diferenciados con una calificación jurídica diametralmente opuesta, tanto que la primera se califica como una actuación legal y la segunda como una operación prohibida por el ordenamiento jurídico. De este análisis jurisprudencial se deduce, como nota general más destacada, una ampliación significativa del supuesto prohibido que responde, entre otras posibles razones, a la legalización de las empresas de trabajo temporal en España. Si con anterioridad a ese momento, el Tribunal Supremo venía interpretando de forma restrictiva el supuesto de hecho de la cesión ilegal para permitir ciertas formas de cesión de trabajadores, desde la admisión de las ETT en 1994, se procede a interpretar ampliamente el tipo legal para no validar más supuestos de cesión que los que se efectúen a través de las empresas de trabajo temporal legalmente constituidas. Dicha ampliación de la conducta prohibida hace más complicado distinguirla de los supuestos de contratación y subcontratación de obras o servicios.

Efectivamente, en los años anteriores a la reforma laboral la distinción conceptual entre ambos fenómenos estaba suficientemente clara: si en la contrata y subcontrata de obras o servicios se celebraba un negocio válido entre dos empresas reales, la cesión ilegal era aquella en la que el empleador que contrataba los

servicios laborales del trabajador era un mero empresario aparente que carecía de una organización y de una actividad empresarial efectiva y que, por lo tanto, contrataba a tales trabajadores con un único fin fraudulento –de interposición empresarial, de reducción de las condiciones de trabajo, de defraudación de las normas sobre contratación, de elusión de cargas y responsabilidades, etc.–. De acuerdo con esta interpretación, los tribunales calificaban como supuestos de cesión ilegal todos aquellos en los que el empleador formal carecía de un patrimonio y de una organización empresarial, no ejercía ninguna actividad (STS de 17 de enero de 1991, RJ 1991/58), no detentaba facultad alguna sobre los medios humanos y patrimoniales, ni asumía el riesgo ni obtenía inmediatamente el beneficio del negocio (STS de 17 de julio de 1993, RJ 1993/5688). La evidencia del fraude cometido, así como de los perjuicios que ocasionaba a los trabajadores, justificaba en estos años la ilegalidad de este tipo de operaciones, así como la admisión, más o menos explícita, de ciertos supuestos de cesiones lícitas –aquellos en los que no se daban las condiciones que los tribunales venían exigiendo para calificar como ilegal la cesión, cual sucedía en los casos de cesiones realizadas por empresas reales, cesiones en las que no se produjera un perjuicio efectivo para los trabajadores implicados, cesiones explícitas, que no se realizaran a través de maquinaciones o engaños, etc.³².

Frente al sentido de tales resoluciones, se inició en 1994 una práctica judicial que permitía diferenciar, sobre parámetros diversos, los fenómenos de contratación de la cesión ilegal de trabajadores. Ya antes de la reforma, en la STS de 19 de enero de 1994 (RJ 1994/352), el Tribunal comparó en un supuesto concreto ambas realidades concluyendo que no se trataba de una contrata amparada en el art. 42 del ET, aunque fuera realizada por una empresa no aparente, porque «al no poner en juego la organización empresarial de esta última empresa, quedó convertida en una operación de cesión de trabajadores no permitida por el ordenamiento vigente». El giro dado a la doctrina jurisprudencial se ratificó en la STS de 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997/9315), donde se indica que, aunque exista un empresario real y no ficticio «existe la cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial».

Con tales antecedentes, se consolida una interpretación jurisprudencial que incluye bajo el concepto común de cesión de trabajadores regulado en el art. 43

32. Sobre la normativa reguladora de la interposición empresarial, véase M. Rodríguez-Piñero Royo. *Cesión de trabajadores y empresas de trabajo temporal*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social Madrid, 1992, quien analiza tanto la ordenación histórica, como el contenido de la legislación estatutaria anterior a la reforma de 1994. En relación a la situación anterior véase, singularmente, la referencia a la doctrina judicial sobre la cesión de trabajadores y la distinción que los tribunales venían haciendo entre cesiones legales e ilegales.

del ET tanto las cesiones fraudulentas realizadas por empresarios ficticios, como las cesiones temporales de trabajadores entre empresas reales que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia para eludir cargas y responsabilidades. En cualquiera de los dos supuestos se produce la operación de interposición empresarial prohibida cuando, sobre la base de un acuerdo entre ambos sujetos, el empresario «formal» (esto es, el que celebra el contrato de trabajo –contrato simulado–) proporciona al empresario «material» los trabajadores por él contratados para que realicen en la organización empresarial del segundo y bajo su poder de dirección, la prestación laboral –cuya utilidad se incorpora a su propio patrimonio–, sin que éste asuma la posición jurídica de empleador ni las obligaciones inherentes a tal situación. Frente a tales supuestos de interposición empresarial o simulación contractual pretende el legislador, con la previsión contenida en el art. 43, que la relación laboral realmente existente coincida con la formal, a fin de que quien obtiene la efectiva prestación de servicios y ejerce las facultades de dirección sobre ese trabajo y esos trabajadores asuma las obligaciones y responsabilidades que le corresponden³³.

Desde esta interpretación, el TS reconoce la dificultad de diferenciar el mero suministro de trabajadores de los supuestos válidos de descentralización productiva. Al efecto, el Tribunal ha recurrido a diversos indicios para determinar cuando se produce uno u otro supuesto (tales como la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios, el ejercicio de los poderes empresariales o la realidad empresarial de la contratista, entre otros). Sobre la aplicación de tales criterios, se entiende que existe cesión ilegal cuando la empresa, en un supuesto concreto (según la STS de 30 de mayo de 2002, RJ 2002/7567, no se puede determinar de forma general sino en cada caso quien ocupa la posición empresarial), no «ponga en juego» su organización productiva, limitándose al mero suministro de mano de obra, sin ejercer una actividad específica ni ejercitar, respecto a los trabajadores de esta forma contratados, las facultades de organización, dirección y control de su actividad que realmente permiten calificarla como su empleador laboral (STS de 14 de septiembre de 2004, RJ 2002/582; STS de 17 de enero de 2002, RJ 2002/3755, STS de 20 de septiembre de 2003, RJ 2004/260 y STS de 16 de junio de 2003, RJ 2003/7092).

33. En el «Acuerdo para la mejora del crecimiento y del empleo» firmado por el Gobierno y los agentes económicos y sociales el 9 de mayo de 2006, se propone una definición de cesión ilegal de trabajadores que precisa el concepto en los términos adelantados por la jurisprudencia social. En concreto, las partes acuerdan dar nueva redacción al apartado 2 del art. 43 del ET para señalar que: «En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario».

En sentido opuesto, si la prestación de servicios se hace para un sujeto que realiza una actividad productiva efectiva, cuya organización y medios materiales (aunque sean mínimos) pone al servicio de la empresa comitente para la ejecución de la obra o servicio objeto de la contrata, realizándose la prestación laboral en el ámbito de actividad de dicha empresa auxiliar, que es quien dirige y coordina el trabajo de los sujetos por ella contratados, se está ante un supuesto lícito de contratación de trabajadores (STS de 17 de diciembre de 2001, RJ 2002/3026); en otros palabras, la subcontratación lícita se produce en aquellos supuestos de empresas contratistas que asumen la posición de empleadores respecto a los trabajadores que han contratado, desempeñando los poderes y ejerciendo las responsabilidades que derivan de tal posición (STS de 30 de mayo de 2002, citada)³⁴.

2.1.2. La responsabilidad solidaria de cedente y cesionario

En el comentario de los efectos que, en materia de Seguridad Social, derivan de este supuesto de interposición empresarial se pone claramente de manifiesto su consideración como una conducta ilegal que, por la misma razón, recibe una respuesta eminentemente coercitiva, de imposición de sanciones o de exigencias de responsabilidades, del ordenamiento jurídico. En el primer aspecto, la cesión o el tráfico ilegal de trabajadores constituye el tipo legal de concretas infracciones expresamente previstas en el orden administrativo y penal³⁵. En el segundo, y ya en el ámbito social del Derecho, se imponen obligaciones y se exigen responsabilidades a los sujetos que intervienen en el tráfico prohibido con la finalidad de salvaguardar los derechos de los trabajadores y los intereses del Sistema de protección social³⁶.

Concretamente, respecto a las responsabilidades derivadas en materia de Seguridad Social, hay que subrayar cómo, a diferencia de lo que ocurre en otros supuestos de descentralización productiva, existe en la regulación de la cesión ilegal de trabajadores una total coincidencia entre los preceptos estatutarios y las

34. Se apuntan algunos criterios para la delimitación de ambas realidades en J. M. Ramírez Martínez, y T. Sala Franco. «Contratas y subcontratas de obras y servicios y cesión ilegal de trabajadores», en *Descentralización productiva y protección del trabajo en contratas*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp.109-131.

35. Mientras que la cesión ilegal se califica como infracción muy grave en el art. 8.2 de la LISOS, en el art. 312.1 del CP se castiga con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, a los que trafiquen de manera ilegal con mano de obra.

36. El art. 43 del ET dispone diversos instrumentos que garantizan los derechos de los trabajadores afectados por el tráfico prohibido: de un lado, en el apartado segundo, se hace a ambos empresarios responsables solidarios de la satisfacción de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social y, de otro, en el tercero, se reconoce el derecho de los trabajadores a adquirir la condición de fijos en la empresa cedente o cesionaria, siendo acreedores en esta última de los derechos y obligaciones que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que ocupe el mismo o equivalente puesto de trabajo -computándose la antigüedad desde el inicio de la cesión ilegal.

normas de Seguridad Social. En efecto, el art. 43.2 del ET coincide con el art.127.2 de la LGSS en hacer a ambos empresarios, cedente y cesionario, responsables solidarios de las obligaciones contraídas con el Sistema. En estas disposiciones, el legislador extiende la responsabilidad que corresponde al empresario formal –a quien ha celebrado el contrato de trabajo y por lo tanto aparece como empleador en dicha relación laboral– y en los mismos términos, a quien realmente ha obtenido la prestación de servicios. Como ambos sujetos han contribuido a la realización de la prohibición legal (según se ha señalado, la cesión de trabajadores requiere la concurrencia de las acciones de ambos sujetos) se convierten en responsables solidarios de las obligaciones sociales, lo que permite al acreedor –según el art. 13 del RD 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social– dirigir la reclamación de la deuda o el acta de liquidación contra todos o contra cualquiera de los empresarios responsables, y tanto por el principal de la deuda, como por los recargos, los intereses o las costas que se hubieren generado.

Pero si la regla de solidaridad está suficientemente clara, no se puede decir lo mismo de los términos en los que puede exigirse tal responsabilidad. Al igual que se ha señalado en la delimitación del supuesto de hecho, también en la concreción de sus efectos jurídicos muestra la regulación vigente en materia de cesión laboral una parquedad significativa que es origen de importantes lagunas legales. Particularmente, en relación con el tema de estudio, porque se plantean dudas razonables en relación con el objeto de tal responsabilidad solidaria, dada la ausencia de unas reglas expresas y determinadas en el ET o en la LGSS que permitan resolver la cuestión directamente; por ello, se hace necesario realizar una labor interpretativa que permita concretar la norma.

Respecto a cuáles son las obligaciones contraídas con la Seguridad Social que se hacen derivar sobre ambos sujetos, pueden reproducirse las consideraciones realizadas con anterioridad para extender la responsabilidad solidaria a las cantidades debidas por el empresario en concepto de cotizaciones sociales y a las prestaciones de las que éste es responsable por incumplimiento de las obligaciones generales de afiliación, alta y cotización; ni se incluyen las obligaciones derivadas de instrumentos de previsión voluntaria ni los recargos sobre prestaciones por incumplimiento de las medidas de seguridad y salud laboral porque, como ya se ha indicado, ninguna de las dos constituyen, por una u otra razón, prestaciones de Seguridad Social. Pero no basta con especificar las deudas afectadas para determinar el objeto de dicha responsabilidad solidaria; también se hace necesario concretar la extensión de tal responsabilidad para decidir si ambos empresarios son responsables solidarios sólo de las obligaciones contraídas durante la cesión de los trabajadores, o también de las originadas en el período anterior o posterior a la cesión.

Partiendo de la inexistencia de una regla concreta en la regulación de la cesión ilegal que permita dar una respuesta clara y definitiva, pueden presentarse argu-

mentos a favor de una u otra interpretación. Desde una primera perspectiva, puede pensarse en la conveniencia de aplicar analógicamente la norma dispuesta en el art. 16.3 de la Ley 14/1994 para entender que, como sucede en el reparto de responsabilidades entre la ETT y la empresa usuaria, también en los supuestos de cesión ilegal de trabajadores ambas empresas son responsables de las obligaciones de Seguridad Social contraídas con el trabajador «*durante la vigencia del contrato de puesta a disposición*». Desde otra, podría plantearse la posibilidad de aplicar, también analógicamente, las normas reguladoras de la sucesión empresarial para decir, por un lado, que la extensión de la responsabilidad se refiere a las obligaciones nacidas con anterioridad que no hubieran sido satisfechas, o por otro, y con más razón, a las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, norma aplicable «*cuando la cesión fuese declarada delito*» (art. 44.3 del ET). A pesar de la diversidad de interpretaciones posibles, a nuestro parecer, sólo existe una relación de semejanza suficiente que permita la aplicación de la analogía entre los supuestos de cesión legal e ilegal de trabajadores. Mientras que la transmisión de empresas es una realidad en la que se produce una relación de continuidad entre empleadores que justifica la comunicación a ambos de las deudas nacidas con anterioridad o posterioridad a la transmisión, la cesión de trabajadores es un negocio que tiene una vigencia limitada en el tiempo, siendo en este período, exclusivamente, en el que se mantienen relaciones efectivas entre las partes; ni antes de la cesión había relación alguna entre ambos sujetos –el trabajador es contratado por la empresa cedente para cederlo a la cesionaria-, ni después tampoco, dada la extinción de la relación laboral cuando concluya la cesión temporal. Otra razón ha de sumarse a la anterior, mientras que la transmisión de empresas es un contrato de tracto único en el que resulta imposible exigir una responsabilidad solidaria por las deudas contraídas durante la propia transmisión, la cesión de trabajadores crea una relación duradera en el tiempo, en el que cabe hacer responsables a ambas partes de las deudas originadas en ese período.

En consecuencia, en aplicación de esta interpretación, ha de considerarse a ambas empresas responsables solidarias del ingreso de las cotizaciones sociales devengadas durante el período en el que se haya producido la cesión de los trabajadores y que no hayan sido satisfechas. Pero si la determinación temporal de la responsabilidad solidaria es clara en relación con las obligaciones derivadas del pago de las cotizaciones, no puede decirse lo mismo respecto a las que se contraen en materia prestacional, en la que cabe plantear si también se extiende la responsabilidad solidaria al pago de las prestaciones que hayan de ser satisfechas con posterioridad a la cesión que deriven de hechos acaecidos en el transcurso de la misma, de los que responden ambos empresarios por haber incumplido el contratante en este período las obligaciones de afiliación, alta o cotización. En otras palabras, el problema se plantea en aquellos casos en los que, durante la cesión, el empresario contratante no haya afiliado o dado de alta al trabajador o no haya pagado las cotizaciones correspondientes, produciéndose en ese mismo período

de tiempo el hecho causante de alguna prestación social. Del pago de la misma responde el empresario incumplidor y, como consecuencia de la regla de comunicación de la responsabilidad ya comentada, el empresario cesionario solidariamente. En nuestra opinión, la norma que extiende la responsabilidad a ambos sujetos de las obligaciones contraídas con la Seguridad Social permite decir que, en estos casos, la responsabilidad solidaria no sólo puede exigirse mientras dure la cesión temporal sino también posteriormente, en tanto continúe la situación protegida y tenga derecho el trabajador a la prestación correspondiente. Es más, esta interpretación incluso permite decir que, sin con posterioridad a la cesión el trabajador pasara a ser beneficiario de una prestación distinta causada por los mismos hechos (por ejemplo, porque la situación originaria de incapacidad temporal hubiera sido calificada como una incapacidad permanente), seguirían ambos empresarios siendo responsables solidarios de su pago.

2.2. Responsabilidades derivadas en los supuestos de mediación de empresas de trabajo temporal

Entendida la cesión de trabajadores en la forma amplia antes referida, conforme a la regulación actual ha de entenderse que sólo resultan lícitas las operaciones de interposición empresarial realizadas por empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas que cumplan las condiciones previstas. La cesión de trabajadores llevada a cabo por empresas que no reúnan tales requisitos –que no sean empresas de trabajo temporal o no hayan obtenido la autorización administrativa necesaria– continúa siendo una actuación prohibida por el ordenamiento jurídico. En este aspecto, la reforma laboral emprendida en 1994 con el objetivo –entre otros– de flexibilizar el marco legal vigente, alteró sensiblemente el esquema tradicional de prohibición de la cesión de trabajadores, primero, porque la Ley 10/1994, de 19 de mayo, de medidas urgentes de fomento de la ocupación, derogó el anterior art. 43 del ET para regularla en otros términos, y segundo porque, unos días más tardes, se aprobó la Ley 14/1994, de 1 de junio, para legalizar en España las llamadas empresas de trabajo temporal que se constituyeran con arreglo a las normas que asimismo se disponían.

De la ordenación de las ETT se deducen dos notas igualmente relevantes en la determinación del supuesto de hecho. En primer lugar, su consideración como empresas específicamente dedicadas a contratar trabajadores para cederlos a las llamadas empresas usuarias, donde éstos prestarán servicios de forma temporal. En otras palabras, la actividad de las ETT exige, primero, la celebración de un contrato de trabajo con un individuo, para posteriormente realizar un nuevo negocio –el llamado contrato de puesta a disposición– con la empresa usuaria, cuyo objeto es la cesión del trabajador. En esta relación compleja, la Ley reparte entre ambas empresas los derechos y obligaciones derivados de cualquier contrato de trabajo, desde la consideración de que, aunque la ETT es la empleadora del tra-

bajador, éste presta servicios para la empresa usuaria, a cuyo ámbito de organización y dirección queda sometido. La segunda nota supone la exclusividad de las ETT en las operaciones de cesión de trabajadores: conforme a la regulación estatutaria, sólo se admite la actividad de interposición empresarial realizada por las ETT y sólo de aquellas que se constituyan y funcionen conforme a los controles y requisitos expresamente dispuestos. Del cumplimiento de tales condiciones depende que las operaciones de cesión de mano de obra se califiquen como actuaciones lícitas a las que, por lo tanto, no se le han de aplicar las sanciones y el régimen de responsabilidades referidas en el epígrafe anterior.

2.2.1. Cesión legal o ilegal de trabajadores: las difusas fronteras entre las ETT y las empresas de servicios

Diversas circunstancias explican la proliferación en los últimos años de otros fenómenos de interposición empresarial que dificultan, en la práctica, la aplicación del régimen jurídico-laboral que venimos describiendo. Entre otras razones, el esquema de condiciones y garantías previsto en la Ley 14/1994 –ampliado en la reforma realizada por la Ley 29/1999, de 16 de julio– explica un fenómeno creciente de «huida» de las ETT para consolidar otro tipo de empresas que, sin cumplir los requisitos legales, se dedican también a la cesión de trabajadores. Ante estos hechos, se plantea la necesidad de deslindar la lícita actuación de las empresas de trabajo temporal legalmente constituidas de la organización y funcionamiento de las llamadas empresas de servicios cuya actuación, al margen de las ETT, podría ser considerada, alternativamente, como un supuesto válido de subcontratación o como una operación ilícita de cesión de trabajadores.

Se trata, efectivamente, de empresas con un objeto social amplio –en muchas ocasiones, se constituyen como empresas de servicios integrales– que, entre otras posibles prestaciones, se dedican a suministrar a sus clientes los trabajadores que éstos demanden para la realización de un trabajo de carácter temporal. Para las propias empresas de servicios constituye una actuación ventajosa en cuanto realizan la misma actividad de contratación y cesión de trabajadores a cambio de una contraprestación, eludiendo el cumplimiento de las condiciones, límites y garantías que la Ley impone a las ETT. Por su parte, las empresas clientes muestran su preferencia por estas nuevas entidades que les prestan el mismo servicio evitando la aplicación de las condiciones laborales –cargas, costes y responsabilidades– que la Ley hace derivar sobre ellas cuando media en la contratación una ETT.

La respuesta que, en opinión de la doctrina, merecen tales empresas de servicios varía en razón de las condiciones de su actuación. De forma resumida, y volviendo a los criterios jurisprudenciales referidos en un apartado anterior, se trata de determinar si, en cada supuesto concreto, la empresa realiza una operación de contratación o subcontratación de trabajadores legalmente admitida o, por el contrario, se limita a contratar trabajadores para cederlos a otra empresa, sin tener

una organización propia o sin ponerla en juego en ese caso específico, y sin ejercer, respecto a los trabajadores por ella contratados, las facultades de dirección y gestión que permiten calificarlo como empleador laboral. En este último caso, se trata de una clara operación de cesión de trabajadores que, al no ser realizada por una ETT debidamente constituida, entra en la prohibición legal para integrar el supuesto de hecho de la cesión ilícita. De todas formas, y a pesar de la aparente claridad de ambos supuestos, la aplicación de dichos criterios resulta, en la práctica, mucho más complicada³⁷.

2.2.2. *La responsabilidad subsidiaria como regla general y la solidaridad como excepción*

Volviendo al supuesto legal, hay que señalar cómo, a pesar de la admisión de las ETT y de la licitud de su actividad, resulta ser una fórmula de prestación de servicios mirada con cierto recelo por el legislador, quien se encarga de disponer reglas concretas para salvaguardar los derechos de los trabajadores y los intereses del Sistema. En el aspecto que ahora nos interesa, la cesión legal de trabajadores presenta unas consecuencias jurídicas propias respecto a la derivación de responsabilidades en materia de Seguridad Social. Concretamente, el hecho de que la ETT ocupe la posición de empleadora en el contrato de trabajo, supone que recaiga sobre ella parte de las obligaciones que derivan de la relación laboral. En particular, en este tema, el art. 12.1 de la Ley 14/1994 expresamente atribuye a la ETT «el cumplimiento de las obligaciones salariales y de Seguridad Social en relación con los trabajadores contratados para ser puestos a disposición de la empresa usuaria». En este último ámbito, la ETT es la responsable del ingreso de las cotizaciones sociales, tanto de la cuota empresarial como de la correspondiente a los trabajadores, y es la obligada al pago de las prestaciones a ella imputadas por incumplimiento de las obligaciones de afiliación, alta o cotización, todo ello respecto a los trabajadores por ella contratados para prestar servicios en la empresa usuaria. No es, por el contrario, responsable del recargo de prestaciones en caso de accidente de trabajo o enfermedad profesional sufridos en el centro de trabajo de la empresa usuaria durante la vigencia del contrato de puesta a disposición que deriven del incumplimiento de las medidas de seguridad y salud, ya que esta responsabilidad, según el art. 16.2 de la Ley 14/1994, recae sobre la empresa usuaria.

No obstante, a pesar de la atribución a la ETT de una responsabilidad directa en el pago de las cotizaciones y de las prestaciones correspondientes, el art. 16.3 de la

37. Sobre el tema, *vid.* M. Nogueira Gustavino. «Ingeniería jurídica y empresas de trabajo temporal: las difusas fronteras entre las contrataciones y la cesión de trabajadores», *Temas Laborales*, nº 56, 2000, pp. 251- 258, y J. M. Goerlich Peset. «Empresas de servicios, empresas de trabajo temporal y cesión ilegal de trabajadores», *Actualidad Laboral*, 2001-I, pp. 43- 48.

Ley 14/1994 atribuye a la empresa usuaria una responsabilidad subsidiaria o de segundo orden respecto a «las obligaciones salariales y de Seguridad Social contraídas con el trabajador durante la vigencia del contrato de puesta a disposición». Con esta norma, se establece una vinculación entre ambas empresas que permite extender las reglas de responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones sociales de la ETT –que, como empleadora del trabajador, es la obligada directa a su satisfacción– a la empresa usuaria en razón del contrato de puesta a disposición entre ellas concertado y, en definitiva, a la obtención por ésta de los servicios laborales del trabajador cedido. La empresa usuaria –que, en principio, se ve liberada del pago de la retribución y de la cotización de estos trabajadores, simplemente, porque su coste se integra en el precio que paga por la cesión– se ve de esta forma inmersa en un proceso de ejecución de responsabilidades que le puede hacer responder de unas cantidades que, de forma indirecta, ya ha satisfecho.

Con todo, la participación de la empresa usuaria en una relación completamente legal explica la disposición de una regla de responsabilidad, la subsidiariedad, menos coercitiva. Por un lado, porque sólo es exigible tal responsabilidad cuando se haya constatado la insolvencia del deudor principal, cosa que no será muy frecuente dadas las obligaciones que se imponen a las ETT de disponer de una estructura organizativa y de unas garantías financieras que le permitan cumplir las obligaciones salariales y de Seguridad Social que asume como empleadora (art.2.1.a) y d) de la Ley 14/1994)³⁸. Por otro, porque dicha responsabilidad comprende sólo el importe de la deuda exigible a la ETT, quedando excluidos los recargos, intereses o costas derivados de aquella deuda (sólo después de que se le comunique tal responsabilidad y de que haya transcurrido el plazo previsto para su ingreso, se derivarán los recargos e intereses correspondientes a su propio incumplimiento)³⁹. Este principio de responsabilidad subsidiaria da lugar a un sistema más precario e inseguro de protección de los trabajadores, que sólo pueden reclamar a la empresa usuaria la satisfacción de sus créditos cuando haya agotado las vías de reclamación contra las ETT previstas y, en todo caso, previo cumplimiento de los trámites y los plazos igualmente establecidos.

En fin, para ordenar esta cuestión de forma sistemática y coherente dispone

38. De hecho, según dispone el art. 9 del RD 4/1995, de 13 de enero, de desarrollo de la Ley 14/1994, la garantía financiera constituida por la ETT responderá, entre otras, de las deudas de Seguridad Social contraídas con los trabajadores contratados para ser cedidos a empresas usuarias, cuando las citadas deudas estuvieran pendientes de pago por insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores de los empresarios, aplicándose sólo la regla de responsabilidad subsidiaria cuando tal garantía financiera fuera insuficiente (apartado 5º).

39. Sobre el procedimiento de recaudación aplicable en los supuestos de responsabilidad subsidiaria véase, con más extensión, lo previsto en el art. 14 del Reglamento General.

el legislador una regulación convergente que permite, desde el régimen aplicable a las ETT, volver, en ciertos casos, a la ordenación de la cesión ilegal de trabajadores. Efectivamente, la responsabilidad subsidiaria de las empresas usuarias prevista para las cesiones de trabajadores realizadas válidamente por las ETT, se convierte en responsabilidad solidaria entre ambas en aquellos supuestos en los que la cesión incumple alguna de las condiciones esenciales de validez del contrato de puesta a disposición. En concreto, el art. 16.3 de la Ley 14/1994 establece la regla de la solidaridad cuando el contrato se haya realizado incumpliendo lo dispuesto en los artículos 6 y 8 de la misma, normas que determinan, respectivamente, los supuestos en los que puede o, por el contrario, está prohibido celebrar un contrato de puesta a disposición. Lógicamente, se vuelve a aplicar la regla de la responsabilidad solidaria porque en estos casos se produce, en un supuesto –cuanto menos- equiparable al previsto en el art. 43 del ET, una cesión de trabajadores contraria a las disposiciones legales⁴⁰. En estas circunstancias, el incumplimiento de tales normas justifica la aplicación de una regla más grave que permite a los trabajadores y las Entidades Gestoras de la Seguridad Social dirigirse directamente contra la empresaria usuaria para reclamarle la satisfacción de sus derechos⁴¹.

En esta disposición tampoco se determina la deuda a la que se refiere la extensión de la responsabilidad solidaria, pudiendo considerarse que la misma también se refiere a las obligaciones contraídas durante el contrato de puesta a disposición,

40. Para una parte de la doctrina (*vid.* L. M. Camps Ruíz. *Las empresas de trabajo temporal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 44-46 o C. Chagartegui Jávea. *Empresas de trabajo temporal y contrato de trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pp. 124 y 125) estos supuestos de utilización indebida del contrato de puesta a disposición se han de integrar en la regla general del art. 43 del ET (que no admite más supuestos de cesión de trabajadores que los realizados por ETT debidamente autorizadas en los supuestos legalmente previstos) a fin de permitir la aplicación, no sólo de la consecuencia prevista en el mismo art. 16.3 de la Ley 14/1994, sino también de los efectos dispuestos en los apartados 2 y 3 del propio art. 43 del ET. Para otros autores, sin embargo, (*vid.* B. Valdés de la Vega. *Las empresas de trabajo temporal*, Comares, Granada, 2001, pp. 44 a 48) sólo procede la aplicación de los preceptos estatutarios en aquellos casos de empresas que se dediquen al tráfico prohibido sin poseer la autorización administrativa necesaria; por el contrario, según esta doctrina, se niega la extensión de tales reglas a los supuestos en los que se lleve a cabo una cesión de trabajadores por ETT debidamente autorizadas que incumplan las condiciones señaladas en los arts. 6 y 8 de la Ley 14/94.

A nuestro entender, y sin entrar en discusiones acerca de si procede o no calificar este supuesto como una cesión ilegal de trabajadores, lo cierto es que se trata de una actuación realizada por una empresa debidamente constituida que, en ese caso concreto, infringe los límites legales, siendo así que tal actuación ha de calificarse, claramente, como una operación ilegal a la que se le han de aplicar las consecuencias previstas, siendo una de tales consecuencias –ésta expresamente dispuesta en la norma especial- la extensión a la empresa usuaria de la responsabilidad exigible a la ETT por las deudas de Seguridad Social en términos de solidaridad.

41. La infracción de las disposiciones legales por parte de ambas empresas también permite en estos supuestos la imposición de las sanciones administrativas previstas en los arts. 18 y 19 de la LISOS.

incluso en este caso con más razón por situarse esta norma como una excepción a la regla de responsabilidad subsidiaria prevista en el art. 16.3 de la Ley 14/1994, en la que expresamente se limita dicha responsabilidad a las obligaciones contraídas en este período. Ahora bien, como antes se señaló, entendemos que esta regla no permite limitar tal responsabilidad a las deudas que se devenguen con simultaneidad al contrato de puesta a disposición, siendo también posible su aplicación respecto a las obligaciones nacidas con posterioridad que tengan su origen en deudas contraídas en este período (tanto porque se refiera a incumplimientos –de las obligaciones de afiliación, alta y cotización– realizados en este plazo, como porque derive de hechos causantes originados en el mismo período de tiempo).

3. LA TRANSMISIÓN DE EMPRESA

La transmisión de empresa, en su expresión más habitual, supone una vicisitud de la relación laboral consistente, sin más, en el cambio o una sustitución de una de las partes de dicha relación, concretamente del empresario, pero en los últimos tiempos constituye, asimismo, un instrumento idóneo para proceder a la reordenación organizativa, mediante los fenómenos de la descentralización productiva tanto ascendente –por la que la empresa amplía o extiende su organización empresarial, desarrollando actividades anteriormente no ensayadas por ella u ocupando nuevos mercados –como descendente– por la que la empresa desgaja de su proceso productivo facetas o actividades previamente realizadas por ella o que aún siendo nuevas las traslada a otra u otras entidades organizativas autónomas para que las realicen independientemente. La utilización de la transmisión de empresa con esta última finalidad es, por tanto, la que justifica su tratamiento homogéneo con los otros supuestos más tradicionales utilizados para la articulación de las operaciones de descentralización productiva, como son las contrataciones y subcontratas de obras y servicios y la cesión de trabajadores, al haberse observado, también, en todos ellos la derivación de responsabilidad por obligaciones de Seguridad Social. Además, este tratamiento homogéneo viene, a su vez, motivado por la propia normativa, pues, como se sabe, la legislación laboral y de Seguridad Social ha previsto un régimen de obligaciones y responsabilidades muy similar, e incluso podría decirse idéntico, para los supuestos de contrataciones y subcontratas de obras y servicios, de cesión de trabajadores y de transmisión de empresa, plasmado mediante una sucesión lineal de artículos (art.42 –contratas–, art.43 –cesiones–, y art. 44 –sucesión– del ET) por la norma laboral y en sucesivos apartados de un mismo precepto por la norma de Seguridad Social (127.1 y 2 al que, para completar el régimen de obligaciones y responsabilidades, se remite, también unitariamente, el art.104.1 de la LGSS).

3.1. La transmisión de empresa objeto de regulación normativa

La transmisión o sucesión de empresa objeto de regulación legal supone, ante todo, un cambio de la titularidad de la empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma, como consecuencia de un acto o negocio jurídico celebrado por un empresario originario o anterior que cede la empresa o mejor dicho la posición de titular jurídico de la entidad empresarial (como destaca la doctrina mercantilista, la empresa en si misma no es un objeto, sino más bien un conjunto de «aspectos, elementos, intereses y funciones del sistema de organización del ejercicio profesional de la actividad económica en el mercado»)⁴², denominado empresario cedente o transmitente, a un empresario actual o nuevo que la adquiere y se coloca en la misma posición jurídica que aquél venía ostentando, denominado, en este caso, empresario cesionario. No obstante, para que exista sucesión, en los términos expresados por el art. 44 del ET, como ha señalado el Tribunal Supremo, es esencial que exista la transmisión de un elemento patrimonial individualizado de uno a otro titular, como sucede cuando se transmite una explotación empresarial completa, es decir, cuando se transmite toda la estructura, la organización productiva y los derechos derivados de la actividad empresarial (STS de 18 de enero de 2002 –RJ 2002\2514–), por lo que cuando no se transmiten elementos significativos del activo material o inmaterial de la organización empresarial, como sucede en supuestos de concesiones administrativas y de contratos de obras o servicios, no puede considerarse que exista sucesión de empresa a efectos de la aplicación del régimen establecido en el art. 44 del ET (TJCE de 11 de marzo de 1967 –RJ 1997\45–). A no ser que expresamente se haya previsto por convenio colectivo su aplicación a los supuestos de finalización de contratos y adjudicación de servicios a una empresa distinta a la que venía desarrollándolos, sin necesidad de que se transmitan infraestructuras o elementos patrimoniales (STS de 23 de enero de 1995 –TJCE 1995\403–), así como cuando el propio convenio dispone la subrogación del nuevo contratista respecto de los trabajadores adscritos al mismo contrato y en el mismo lugar de trabajo (STS de 18 de septiembre de 2000 –RJ 2000\8295–).

3.1.1. La irrelevancia del elemento formal (acto o negocio) de la transmisión de empresa

De acuerdo con lo expuesto, se deduce, en consecuencia, como regla general, que el acto o negocio por que se efectúa el cambio de titularidad es irrelevante para que se considere producida la sucesión de empresa, lo que ha llevado a que la jurisprudencia del Tribunal Supremo incluya múltiples y diversos actos o negocios para que opere la sustitución de titularidad, entre ellos: venta de la empresa (STS de 14 de mayo de 1990 –RJ 1990\4320–); adquisición en subasta pública de la totalidad

42. G.J. Giménez Sánchez (Coord.). *Derecho Mercantil*, Ariel, 2005, p. 56.

de la empresa o de la misma que permita continuar su funcionamiento (art. 51.11 del ET); finalización de la concesión administrativa con continuidad de la actividad por el ente público que la realizó (STS –Sala de lo contencioso-administrativo– de 17 de abril de 1984 –RJ 1984\2106–); extinción de arrendamiento de industria por desahucio con recuperación de la titularidad empresarial por quien antes la ostentaba (STS de 26 de marzo de 1984 –RJ 1984\1609–); y, en fin, todos aquellos casos en los que se haya creado una apariencia de discontinuidad, si realmente la actividad continúa desarrollándose (STS de 16 de enero de 1990 –RJ 1990\129–, por ejemplo). Igualmente, se incluyen las transferencias del Estado a las CC.AA respecto de los trabajadores adscritos a la Administración estatal (STS de 3 de junio de 1992 –RJ 1992\4737–) y las fusiones y absorciones de sociedades. En cambio, no se considera sucesión la integración de empresas en un grupo más amplio (STS de 22 de marzo de 1991 –RJ 1991\2891–), ni tampoco la constitución de una Sociedad Anónima Laboral por los trabajadores cuyos contratos se extinguieron por expediente de regulación de empleo, aunque el objeto social sea el mismo que el de la primitiva empresa (STS de 15 de abril de 1999 –RJ 1999\4408–); ni, asimismo, se reputan sucesiones, respecto de los trabajadores de los Recaudadores de tributos del Estado, al asumirse la actividad recaudatoria directamente por el departamento ministerial correspondiente, salvo que se hubiese entregado al Recaudador la infraestructura para la gestión del servicio (STS 9 de julio de 1991 –RJ 1991\5879–); ni la asunción directa por el Ayuntamiento del servicio de recaudación anteriormente desarrollado por una empresa (STS de 19 de marzo de 2002 –RJ 2002\6465–); ni entre el notario anterior y el nuevo notario titular de la notaría (STS de 8 de noviembre de 1994 –RJ 1994\9068–); ni, en definitiva, la integración en la Administración pública del personal de las extinguidas Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana (STS de 23 de septiembre de 1997 –RJ 1997\6582–).

Junto con los casos de transmisión de empresa por actos o negocios «*inter vivos*», de los que son buenos ejemplos los supuestos inmediatamente citados, también se produce la sustitución de la titularidad por actos o negocios «*mortis causa*», en los que a través de la sucesión abierta por el fallecimiento del anterior empresario la empresa se integra en el patrimonio del heredero y la sucesión se despliega siempre que exista una persona que continúe la actividad, pues la muerte del empresario por sí sola no es causa de la extinción de los contratos de trabajo si no va seguida de la interrupción definitiva de la actividad empresarial, como se desprende del art. 49.1 g del ET. Lo cual se produce en los casos en los que es voluntad del heredero no prologar la explotación empresarial recibida por título sucesorio, al no existir previsión jurídica, de acuerdo con el art. 38 de la CE, que permita imponer a los nuevos titulares el mantenimiento de la actividad (STS de 18 de diciembre de 1990 –RJ 1990\9807–), voluntad que no queda empañada si, tras el fallecimiento, la actividad sigue ejerciéndose durante un período de tiempo a efectos de liquidar las operaciones o para atender el volumen de negocio comprometido (STS de 16 de junio de 1988 –RJ 1988\405–).

3.1.2. La trascendencia del elemento objetivo (activo material o inmaterial) de la transmisión de empresa

Pero más trascendencia que el cómo se transmite tiene el qué se transmite en la sucesión de empresa, pues, como señala el art. 44.2 del ET, el objeto de la transmisión puede comprender la totalidad de la empresa, un centro de trabajo o una unidad productiva autónoma de la empresa, es decir, puede ser, de acuerdo con su objeto, una transmisión total (se transmite la totalidad del entramado de relaciones y bienes que integran la empresa) o una transmisión parcial (se transmite parte del entramado), siempre que el cambio de titularidad afecte, en todo caso, como expresamente señala dicho precepto, 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 accesorio». Es, por tanto, preciso para que exista transmisión de empresa, y no una mera venta de instrumentos productivos o herramientas –como sucede cuando se venden por separado diversos elementos de la empresa a distintas personas (STS de 3 de marzo de 1983 –1983\1105–) o se procede al desahucio del simple local de negocio (STS de 13 de junio de 1985)–, que se sustituya la titularidad de una entidad con autonomía, esto es, de una explotación económica independiente capaz de ofrecer bienes y servicios al mercado (STS de 27 de octubre de 1994 –RJ 1994\8531–). No obstante, la diferencia entre las transmisiones que puedan suponer una sucesión de empresa, en los términos previstos en el art. 44 del ET, o, en cambio, una venta de bienes, no resulta siempre clara, por lo que habrá de determinarse en cada caso si realmente el objeto de la transmisión es «susceptible de desarrollar una actividad con cierto nivel de autonomía en su vertiente productiva u organizativa»⁴³. Y, por tanto, solamente, cuando se llegue a esta conclusión, será de aplicación a la operación traslativa el régimen de obligaciones y garantías legal e, incluso, convencionalmente establecido para la regulación de la transmisión de empresa, independientemente de la finalidad última que pueda tener dicha operación traslativa.

3.1.3. La finalidad descentralizadora de la transmisión de empresa

Efectivamente, el acto o negocio jurídico por el que se transmite una unidad productiva autónoma puede responder a diferentes motivos, entre los que se encuentra, sin duda, la materialización de fenómenos de descentralización productiva. En este sentido, la descentralización productiva, a través de la sucesión de empresa, puede llevarse a cabo tanto mediante transmisiones totales, por ejemplo, supuestos de fusión y absorción de sociedades o adquisiciones de empresas completas por otra empresa, pero sin llegar a integrarse en ésta, con el fin de desarrollar una parte del proceso productivo de forma autónoma con una entidad

43. E. González Biedma. «La sucesión de empresa». en *Estatuto de los Trabajadores. Comentario y con jurisprudencia*, S. del Rey Guanter (Dir.), La Ley, 2005, p. 768.

jurídica independiente o, simplemente, atender una parte del mercado, como mediante transmisiones parciales, en las que se traspasa a una nueva entidad jurídica (creada previamente o específicamente «*ex novo*») elementos significativos del activo material o inmaterial que permiten desarrollar una actividad con cierto nivel de autonomía en su vertiente productiva u organizativa o, incluso, cuando no se llegan a traspasar infraestructuras o elementos patrimoniales, como sucede por ejemplo en las adjudicaciones de servicios que previamente eran ejercidos por la propia empresa adjudicataria o por un contrata, si existe convenio colectivo que así lo prevea o acuerdo a este respecto (STS de 23 de enero de 1995 –RJ 1995\403–). En cualquier caso, el régimen jurídico que disciplina la institución de la sucesión de empresas no difiere en atención a la finalidad que impulse la celebración del acto o negocio por el que se procede a la operación traslativa, por lo que a los supuestos en los que la finalidad se concreta en fenómenos de descentralización productiva se les aplica el mismo régimen jurídico que a aquellos supuestos que no persiguen dicha finalidad descentralizadora.

3.2. Los efectos jurídicos de la transmisión de empresa

Efectivamente, la sucesión de empresas despliega diversos efectos y responsabilidades respecto a las distintas relaciones que convergen en el desarrollo de una actividad empresarial y que son las que la definen como una institución jurídica propia. Así, por una parte, el cambio de titularidad no conlleva por sí mismo la extinción de los contratos de trabajo existentes en el momento de la transmisión, sino que éstos mantienen en sus mismos términos los derechos y obligaciones generadas antes de producirse ésta, de modo que las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión conservan todas sus condiciones o, al menos, se mantienen inmunes frente a aquellas actuaciones que por consecuencia de la transmisión puedan perjudicarlas. Asimismo, estas relaciones laborales seguirán, en consecuencia, rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación, prolongándose hasta la fecha prevista para su expiración o hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo que resulte aplicable, salvo que se acuerde otra cosa entre el empresario cesionario y los representantes de los trabajadores, los cuales seguirán, a su vez, ejerciendo sus funciones de representación de manera idéntica a la que regía con anterioridad a la transmisión. Por otra parte, el empresario cedente y el empresario cesionario, que queda subrogado por imperio de la ley en los derechos laborales y de Seguridad Social del anterior empresario, responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieran sido satisfechas, sin perjuicio de lo establecido, a estos efectos, en la legislación de Seguridad Social. Además, si la transmisión fuese

declarada delito el empresario cedente y el empresario cesionario, responderán solidariamente de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión⁴⁴.

3.3. Los efectos jurídicos «problemáticos» en materia de Seguridad Social

Concretamente, que es lo que en estos momentos nos interesa, el art. 44 del ET prevé que el empresario cesionario se subroga en las obligaciones correspondientes a la empresa en materia de Seguridad Social, incluidos los compromisos de pensiones y las medidas de protección social que hubiere adquirido el cedente (si bien, ni los compromisos de pensiones, ni las medidas de protección social integran la materia de Seguridad Social, aunque de la redacción del precepto, derivada de la normativa y jurisprudencia europea, pudiera parecer que dentro de las obligaciones de Seguridad Social se incluyen dichos compromisos y medidas) que surjan a partir de la transmisión, lo cual es totalmente lógico, y las anteriores que sigan vigentes, así como que responda de las mismas de acuerdo con las reglas establecidas en la legislación de Seguridad Social. No obstante, a pesar de la aparente claridad con que parece el citado artículo disciplinar los efectos jurídicos derivados de la sucesión de empresa, surgen determinadas cuestiones, no todas ellas aún resueltas satisfactoriamente, ni de forma definitiva, pese a los esfuerzos interpretativos realizados por la jurisprudencia y por la doctrina científica.

3.3.1. La asunción de responsabilidad

En primer lugar, respecto a la asunción de responsabilidad por las obligaciones de Seguridad Social, los términos en que se expresa el apartado 3º del citado artículo 44 del ET plantean el interrogante, de si, además del régimen de responsabilidad establecido por las normas de Seguridad Social, también rige el régimen de responsabilidad señalado en dicho apartado y que, como antes se ha expuesto, impone que el empresario cesionario y el empresario cedente respondan durante

44. El Tribunal Supremo (STS de 30 de junio de 1993 –RJ 1993\4939–) considera que para que se declare la responsabilidad solidaria entre el empresario transmitente y el empresario adquirente por las obligaciones laborales y de Seguridad Social nacidas con posterioridad a la transmisión es necesario que dicha transmisión sea declarada delito por el órgano competente del orden jurisdiccional penal. En el mismo sentido, parece pronunciarse la doctrina, entre otros, E. González Biedma, cit., p. 773 y L. Pérez Capitán, cit. p. 980; indicándose, asimismo, que, al no señalarse por la norma laboral un período limitador de esta responsabilidad, el plazo para hacerla efectiva podría coincidir con el previsto para la prescripción del delito, A. Mateos Beato y R. Martín Jiménez., *La derivación de responsabilidad en materia de Seguridad Social*, Lex Nova, 2003, p. 67. En nuestra opinión, entendemos que para que se despliegue esta responsabilidad solidaria podría ser suficiente que la transmisión fuera declarada fraudulenta, aunque no constituyera en sentido estricto un ilícito penal, es decir que con el acto de transmisión se intentara evitar consecuencias distintas a las establecidas por la legislación en perjuicio de terceros, fundamentalmente trabajadores y Seguridad Social, puesto que, aunque puedan existir otros perjudicados que por cualquier título se hayan convertido en acreedores de la empresa transmitida, la norma contenida en el art. 44 del ET está específicamente dirigida a velar por los derechos laborales y de Seguridad Social.

tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión y que no hubieren sido satisfechas, así como de las obligaciones nacidas con posterioridad a la transmisión, cuando la cesión fuere declarada delito (fraudulenta, en nuestra opinión), puesto que la redacción de dicho apartado únicamente menciona de forma expresa las «obligaciones laborales», mientras que el apartado 1º del mismo artículo literalmente se refiere a los «derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social». Ante ello, se han formulado las siguientes hipótesis: bien que el artículo 44 del ET solamente es aplicable a las obligaciones laborales y no a las de Seguridad Social, puesto que éstas cuentan con un régimen legal de responsabilidad establecido específicamente en los artículos 127.2 y 104.1 de la LGSS sobre las obligaciones por prestaciones y por cotizaciones respectivamente, bien que el artículo 44 del ET ha derogado los artículos de la LGSS en esta materia, por ser una norma posterior, de acuerdo con el principio de modernidad de las normas jurídicas, bien que las disposiciones contenidas en la LGSS siguen en vigor, de acuerdo con el principio de especialidad, y, por consiguiente, tanto el artículo 44 del ET como los artículos 127.2 y 104.1 de la LGSS son aplicables en su conjunto de forma complementaria. Esta última parece ser la solución aceptada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, al entender los pronunciamientos judiciales que han tenido ocasión de referirse a esta cuestión que no existe contradicción entre ambas normas, sino complementariedad (STS –Sala de lo contencioso-administrativo– de 28 de octubre de 1997 RJ 1997\7085-), lo que, en consecuencia, lleva a entender que el apartado 3ª del art. 44 incluye con la expresión «obligaciones laborales» las obligaciones de Seguridad Social⁴⁵.

En segundo lugar, también respecto a la asunción de responsabilidad solidaria por empresarios cedente y cesionario, por una parte –probablemente, relacionado con la complementariedad antes citada entre las reglas recogidas por el ET y por la LGSS– se ha advertido, a nuestro modo de ver, una cierta confusión entre el plazo de prescripción de las obligaciones, que es distinto para las diversas obligaciones de Seguridad Social, y el plazo de tres años sobre los que se extiende la responsabilidad solidaria. Fruto de esta confusión se ha sostenido doctrinalmente que el plazo durante el cual es exigible la responsabilidad solidaria al empresario cedente y al empresario cesionario es el mismo que el plazo de prescripción de la obligación concreta que se pretenda hacer efectiva. Así, según esta posición doctrinal, la exigencia de responsabilidad por obligaciones de cotización no se podrán reclamar solidariamente solo durante tres años, sino durante cuatro años, pues es el plazo actual de prescripción en materia de cotización previsto por el art. 21 de la LGSS, durante cinco años se podrán reclamar solidariamente las obligaciones por las prestaciones prescriptibles, ya que el art. 45 LGSS establece una plazo de prescripción de cinco años o, siguiendo esta misma argumentación, durante toda la vida se podrán reclamar las obligaciones por prestaciones imprescriptibles, si

45. En este sentido, L. Pérez Capitán. Cit. p. 971.

bien con el límite de retroacción de los efectos económicos derivados de las mismas a los tres últimos meses anteriores a la solicitud de la prestación, como por ejemplo dispone el art. 164 de la LGSS⁴⁶. Todo ello de acuerdo nuevamente con el principio de especialidad que impregna las normas de Seguridad Social, en contraste con las normas laborales generales. Por otra parte, en cambio, se ha considerado por la jurisprudencia, en nuestra opinión de forma más acertada de conformidad con el mandato de la norma, que «el art. 44 no establece un plazo de prescripción, sino un plazo delimitador del ámbito temporal de responsabilidad solidaria» (STSS de 30 de mayo y 28 de noviembre de 1997 –RJ 1997\8558 y RJ 1997\4404–). Sin embargo, tampoco compartimos la interpretación que para su aplicación, en alguna ocasión, se ha realizado por la jurisprudencia, en cuanto que entiende que se responde solidariamente durante los tres años establecidos legalmente, computados hacia atrás, desde que se produjo la sucesión (STS –Sala de lo contencioso-administrativo– de 30 de mayo de 1997 RJ 1997\4404–) y, consecuentemente, a las obligaciones nacidas durante esos tres últimos años se les aplica el plazo de prescripción que les corresponda. Es decir, según esta interpretación, el empresario cedente y el empresario cesionario, responden solidariamente de las obligaciones nacidas durante los tres últimos años inmediatamente anteriores a la fecha en que se haya realizado la transmisión y hasta que, de acuerdo con el plazo de prescripción fijado para cada una de ellas, puedan exigirse.

En nuestra opinión, ciertamente, el apartado 3 del artículo 44 del ET establece, como señala la jurisprudencia, un plazo delimitador del ámbito temporal de la responsabilidad solidaria (que no debe confundirse con los plazos de prescripción de las obligaciones), que se extiende a los tres años siguientes a la fecha en que se realiza la transmisión, plazo en que se podrá exigir el cumplimiento de las obligaciones por Seguridad Social contraídas por el empresario cedente antes de la transmisión, siempre que, de conformidad con el plazo de prescripción establecido para cada una de ellas, continúen vigentes. Ello es debido a que el legislador lo que pretende con esta regla de responsabilidad solidaria es reforzar la posición de los trabajadores y de la Seguridad Social, otorgándoles un plazo de tiempo relativamente amplio para que puedan reclamar el cumplimiento de sus derechos a dos sujetos diferentes, al empresario cedente por ser el que ha contraído la obligación, y al empresario cesionario por haberse colocado por disposición legal, mediante la operación de transmisión, en el lugar que hasta entonces ocupaba el empresario anterior, garantizándose así una mayor eficacia para el cumplimiento

46. De esta opinión, parece ser E. González Biedma. Cit. p. 772, al sostener respecto de las obligaciones estrictamente laborales, aunque parece que también extensible a las de Seguridad social, que existe una contradicción entre el plazo de tres de años para ejercer la responsabilidad solidaria (art. 44 del ET) y el de un año de prescripción de las deudas laborales (art. 59 del ET).

de dichas obligaciones y evitándose que la operación traslativa se utilice en perjuicio de terceros⁴⁷. Así, una vez transcurrido el plazo de tres años, únicamente el empresario cesionario responderá de las obligaciones nacidas con anterioridad a la transmisión, sin otro límite temporal que el rige para la prescripción de las obligaciones, quedando liberado a partir de ese momento el empresario cedente.

No obstante, el propio art. 127.2 de la LGSS, en su párrafo 3º, de aplicación complementaria con el art. 44 del ET, en los términos antes señalados por la jurisprudencia, tras establecer en el primer párrafo, «que en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión», prevé un mecanismo para que el empresario cesionario pueda evitar la asunción de responsabilidad solidaria, al disponer que «reglamentariamente se regulará la expedición de certificados por la Administración de la Seguridad Social que impliquen garantía de no responsabilidad». Sin embargo, este desarrollo reglamentario nunca ha llegado (si bien el art. 10 del Reglamento General de Recaudación⁴⁸ inmediatamente anterior al actualmente vigente⁴⁹, el cual no contiene mención alguna al respecto, recogía para los supuestos de contrata y subcontratas de obras y servicios la posibilidad del empresario principal de recabar de la TGSS respecto de los contratistas o subcontratistas certificación negativa o positiva de descubiertos con la TGSS, que deberá ser librada en el término de 30 días improrrogables, de modo que si se extendiera certificación negativa o transcurriera dicho plazo sin haberse expedido la misma, el empresario solicitante quedaría exonerado de la responsabilidad solidaria a que se refiere el apartado segundo del art. 42 del ET), por lo que se ha querido encontrar una regulación supletoria en diversas circulares de la TGSS referidas a lo dispuesto en el art. 26 de la Orden de 26 de diciembre de 1966 sobre normas de aplicación y desarrollo en materia de campo de aplicación, afiliación, cotización y recaudación del período voluntario en el Régimen General, artículo actualmente derogado, si bien subsiste su contenido en algunos preceptos de las normas reguladoras de los Regímenes especiales. Por otra parte, también se ha apuntado por la doctrina la aplicación analógica de la regulación establecida, en este sentido, por el art. 42 del ET para los supuestos de contratas y subcontratas de obras y servicios en los tér-

47. En cuanto a la forma concreta de hacer efectiva la responsabilidad solidaria, como apunta E. González Biedma. Cit. p. 772, «los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia consideran que se debe reclamar ante los empresarios sobre los que se extiende la responsabilidad solidaria para evitar la posible indefensión que se le podría causar al empresario que no ha sido demandado, si posteriormente el empresario demandado y condenado ejerce frente a él una reclamación en vía de regreso, pues se trata de un litisconsorcio pasivo no voluntario, sino necesario, como señala la Sentencia del STJ de Andalucía de 22 de abril de 2003».

48. Aprobado por el Real Decreto 1.637/1995, de 6 de octubre (BOE de 24 de octubre).

49. Aprobado por el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio (BOE de 25 de junio).

minos señalados en art. 10 del derogado Reglamento General Recaudación, contenidos en estos momentos únicamente en dicho art. 42 del ET⁵⁰.

A nuestro modo ver, esta última solución es la que nos parece más lógica, puesto que el régimen previsto para el certificado exoneratorio, en los casos de contratas y subcontratas es perfectamente aplicable a los supuestos de transmisión de empresas, incluso, en estos supuestos –además de lo expresado a este respecto con relación a las contratas y subcontratas de obras y servicios– es en los que realmente puede desplegar su eficacia el citado certificado, debido a que las sucesiones de empresas se instrumentan a través de actos jurídicos de tracto único, en los que existe una situación anterior relativa a un originario empresario y una situación actual relativa a un nuevo empresario, mientras que las contratas y subcontratas se desarrollan en un momento presente en el que conviven simultáneamente las relaciones de las empresas contratadas y subcontratadas, en el que una certificación de deudas anteriores tiene una escasa virtualidad. Efectivamente, mediante la obtención del certificado el nuevo adquirente conoce la situación jurídica de la empresa que pretende adquirir y, por tanto, puede decidir con conocimiento de causa si le interesa o no colocarse en la posición del empresario anterior y responder, en su caso, de las obligaciones existentes, sin poder ampararse, bajo ningún concepto, en el desconocimiento de las obligaciones que por el acto o negocio de la transmisión adquiere. Además, entendemos que son analógicamente aplicables las reglas del art. 42 del ET, ya que vienen a regular un supuesto idéntico con el previsto en el art. 127.2 de la LGSS –emisión de certificado exoneratorio de responsabilidad–, cumpliéndose con ello el requisito de la aplicación analógica de las normas jurídicas (art. 4.1 del Código Civil), y porque la desidia del legislador reglamentario no puede suponer la inoperatividad de lo dispuesto por la ley, sobre todo cuando el desarrollo reglamentario no es imprescindible para la aplicación legal, al estar regulado por la ley para otro supuesto con el que guarda identidad de razón. Téngase en cuenta, no obstante, que el certificado solamente tiene efectos exoneratorios si es negativo, es decir, si no refleja la existencia de deudas contraídas por el anterior empresario o no se emite por la TGSS en el plazo de 30 días, ya que, en caso contrario, el empresario adquirente asume ante las deudas consignadas en el certificado (y solamente ante éstas, y no en cambio ante a las deudas que puedan existir pero que no constan en el certificado emitido) su responsabilidad⁵¹. Así, si el empresario cesionario queda liberado, el único sujeto responsable será el empresario cedente y frente a él únicamente podrá exigirse el cumplimiento de las obligaciones pendientes en la fecha de la transmisión, durante el plazo de tres años previstos por el apartado 3^a del art. 44 del ET.

50. E. González Biedma. cit. p. 770.

51. *Ibidem*, p. 98.

Por lo demás, aunque el art. 127. 2 de la LGSS únicamente se refiere a las obligaciones de pago de las prestaciones causadas antes de la sucesión, el régimen de responsabilidad que contiene dicho artículo es igualmente aplicable respecto a las obligaciones por cotizaciones, de conformidad con la remisión que el art. 104.1 de la LGSS hace al citado art. 127.2 del mismo texto legal.

3.3.2. La asunción de obligaciones

Asimismo, también se han suscitado algunas cuestiones respecto a lo preceptuado por el apartado 1º del art. 44 del ET, al disponer que en los supuestos de sucesión de empresa queda «el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior» empresario. Por una parte, se ha discutido, sin llegar a una solución definitiva, si el término subrogación es utilizado por el legislador en su acepción estricta, que se refiere a la asunción de una deuda por un sujeto contraída por otro sujeto, o en su acepción amplia, que alude a la sustitución jurídica de un sujeto por otro, sin que ello de por sí conlleve la asunción por el sujeto cesionario de las deudas adquiridas por el sujeto cedente⁵². No parece que existan dudas sobre la utilización del concepto amplio de subrogación que es, además, en el que se fundamenta la institución de la transmisión de empresas, al prever que la posición de empresario sea ocupada por un sujeto distinto al que la venía ocupando y que la empresa continúe su actividad productiva, sin que, por ello, las obligaciones asumidas por el anterior empresario sufran alteración alguna (es decir, continuaría siendo deudor de obligaciones generadas antes de la transmisión el empresario transmitente, aunque con la posibilidad de que pueda ser reclamado el cumplimiento de dichas obligaciones a ambos empresarios, de conformidad con el régimen de solidaridad establecido por la normativa aplicable a la institución de la transmisión de empresa). Sin embargo, respecto a la aplicación del concepto estricto que, en definitiva, se reduce a no dotar de validez a los acuerdos entre el empresario cedente y el empresario cesionario dirigidos a identificar al titular final de la obligación (esto es, que el anterior empresario mantenga la condición de deudor de las obligaciones nacidas antes de la transmisión), se ha señalado, de un lado, que sería perfectamente factible un pacto en estos términos, pues, en atención al régimen de responsabilidad solidaria, quedarían incólumes los derechos de terceros frente a dicho pacto, ya que éstos podrían dirigirse sucesiva o alternativamente contra el nuevo empresario y contra el anterior para reclamar el cumplimiento de las obligaciones nacidas a su favor, lo que significa que solamente no serían de aplicación los efectos que integran el concepto estricto de subrogación entre los sujetos de la operación traslativa y si, en cambio, frente a terceros. Y de otro lado, sin embargo, parece excluirse, en todo caso, esta posibilidad, esto es, la celebración de cualquier pacto entre transmitente y adquirente, al afirmarse que la subroga-

52. E. González Biedma. cit. p. 770.

ción se produce por mandato de la ley, sin necesidad de que la acepte el nuevo titular y sin que puedan impedirlo los acuerdos entre éste y el anterior empresario, lo que lleva a la aplicación del concepto estricto de subrogación.

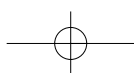
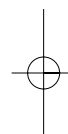
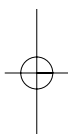
En nuestra opinión, el concepto del término subrogación, contenido en el art. 44 del ET, se refiere a su acepción estricta, aunque de forma matizada, puesto que el nuevo empresario, a través del acto o negocio por el que se articula la sucesión de empresa, adquiere la condición de nuevo titular de los derechos y obligaciones correspondientes a la unidad productiva transmitida, sin que quepa que sobre los mismos puedan existir otros titulares, pero sin que ello, a su vez, impida que entre el empresario cedente y el nuevo empresario puedan celebrarse acuerdos que recaigan sobre estos derechos y obligaciones, acuerdos que en ningún caso, podrán ser oponibles frente a terceros, sino solamente desplegará sus efectos entre el empresario transmitente y el empresario adquiriente. No obstante, no parece que esta haya sido una cuestión muy litigiosa ni que, por consiguiente, en la práctica haya planteado mayores problemas⁵³.

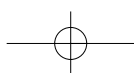
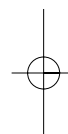
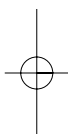
Más relevancia, a nuestro modo de ver, tiene el momento concreto en el que se produce la subrogación y, por tanto, transmitida la empresa, al que no se refiere expresamente la ley. En nuestra opinión, el momento concreto en que se entiende transmitida la empresa, y, por consiguiente, desplegada la subrogación de derechos y deberes y el régimen de responsabilidad solidaria, no tiene por qué coincidir con la fecha en que se perfeccione el acto o negocio a través del cual se instrumenta la sucesión empresarial, sino que las partes pueden fijar una fecha de efectos de la transmisión distinta, anterior o posterior a la de la perfección del acto o negocio, y que será, por tanto, la fecha en la que se comiencen a aplicar las reglas contenidas en el art. 44 del ET y los arts. 127.2 y 104.1 de la LGSS, respecto a todas las obligaciones derivadas de la sucesión de empresa y, particularmente, de Seguridad Social. No obstante, en defecto de previsión, a este respecto, se ha de entender que los efectos de la transmisión se generan desde la fecha en que se perfeccione el acto o negocio que articula la transmisión, asumiendo desde esa fecha el nuevo empresario las obligaciones, tanto laborales como de Seguridad Social, generadas y las que en adelante se generen. Concretamente, en principio, puede decirse que éstas últimas obligaciones son todas aquellas que imponen las normas de Seguridad Social a los empresarios, de modo que desde que se entienda producida la transmisión el nuevo empresario estará obligado, sin solución de continuidad, a formalizar los actos de encuadramiento relativos a los trabajadores y a la propia empresa (afiliación, alta, baja, inscripción de empresas y variaciones de datos) y conservar los documentos en que se formalizan; realizar las operaciones materiales de cotización, cumplimentar y conservar los documentos de cotización e ingresar las cuotas; gestionar y facilitar al interesado y la

53. *Ibidem*, p. 770.

entidad gestora los documentos pertinentes para la tramitación de prestaciones causadas a favor de los trabajadores de la empresa y de sus familiares; dispensar las prestaciones (básicas y complementarias) que como empresario le corresponde por disposición legal y, en fin, abonar y correr con el coste económico de las prestaciones reconocidas a los trabajadores de la empresa y a sus familiares de las que haya sido declarado responsable, y responderá únicamente desde ese momento de las mismas. Asimismo también responderá solidariamente con el anterior empresario de las obligaciones nacidas previamente a la transmisión, salvo que opere el mecanismo exoneratorio resultante del certificado negativo de deudas emitido por la Administración de la Seguridad Social, en cuyo caso de las obligaciones anteriores, como se ha expuesto antes, responderá exclusivamente el empresario cedente, así como, en el caso de que la transmisión haya sido declarada delito, (parte de doctrina, insistimos, considera que para ello es necesario que exista sentencia penal que declare la sucesión constitutiva de delito, y parte considera que solamente es necesario que la transmisión sea fraudulenta, es decir, con ánimo de perjudicar los derechos de terceros), responderán solidariamente el empresario cedente y el empresario cesionario de las obligaciones nacidas tanto con anterioridad como con posterioridad a la operación traslativa.

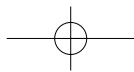
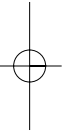
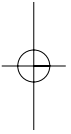
Estas son, en definitiva, algunas de las cuestiones más destacables de la institución de la sucesión de empresas en materia de Seguridad Social, que están presentes tanto en las transmisiones que consisten únicamente en la sucesión del sujeto titular de una entidad autónoma productiva por otro sujeto, como en aquellas que, además de esta finalidad principal, se pretende con ella materializar determinados fenómenos de descentralización productiva.





TERCERA PARTE:

**EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y LA
NEGOCIACIÓN COLECTIVA**



I. EL MODELO LEGAL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA A LOS VEINTICINCO AÑOS DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

*Miguel Ángel Almendros González
María José Caballero Pérez
José Antonio Fernández Avilés
María Isabel Granados Romera
Juan Antonio Maldonado Molina
José Luis Monereo Pérez
María Nieves Moreno Vida
Sofía Olarte Encabo
Juan Romero Coronado
Carolina Serraba Falcón
Natalia Tomás Jiménez*

Universidad de Granada

Sumario: 1. *El modelo de negociación colectiva*. 1.1. Perspectiva de conjunto. 1.2. La fuerza vinculante de los convenios. 1.3. Tipología de convenios colectivos y acuerdos de empresa. 2. *La estructura de la negociación colectiva. la negociación colectiva articulada: los «acuerdos marco» y «acuerdos interprofesionales sobre materias concretas»*. 2.1. Breves referencias al origen y evolución del paradigma estructural del sistema estatutario de negociación colectiva. 2.2. Régimen legal de los Acuerdos Marco: problemática en torno a la identificación jurídica y distinción de los tipos contractuales del art. 83 ET. 3. *Ámbito subjetivo del convenio colectivo: los sujetos del convenio*. 3.1. Perspectiva normativa. 3.2. Perspectiva jurisprudencial: puntos críticos. 3.3. Perspectiva negocial. 4. *Ámbito objetivo: el contenido de la negociación colectiva*. 4.1. Configuración estatutaria del contenido de la negociación colectiva. Los cambios en las estructuras empresariales y enriquecimiento de contenidos. 4.2. Análisis de los principales contenidos materiales. 5. *Epílogo*. 6. *Bibliografía*.

1. EL MODELO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

1.1. Perspectiva de conjunto

El referente constitucional es ineludible en esta Ponencia. Como es sabido, el art. 37.1 C.E. dispone que la «ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios colectivos». Con ello se diseña un sistema de fuentes que, junto a las potestades normativas del Estado –y aún reconociendo su primacía–, da entrada a la autonomía colectiva como potestad normativa originaria reconocida a los grupos sociales. Es en este plano de las *fuentes* donde, como se ha dicho, con el reconocimiento de la autonomía colectiva en la Constitución, aparece de forma más clara la *especificidad* del Derecho del Trabajo respecto a otros sectores del ordenamiento jurídico (Mengoni, 1990). No se realiza en vano esta afirmación, toda vez que constituye un principio elemental, pero básico, del ordenamiento laboral moderno el reconocimiento del pluralismo jurídico de las fuentes del Derecho (Curvitch, 2005; Giugni, 2004): dando entrada junto al Estado a los poderes de los grupos sociales (la autonomía colectiva).

Es importante hacer notar que el carácter *abierto* y flexible del modelo constitucional de negociación colectiva permite una multiplicidad de opciones de política legislativa en el desarrollo de las previsiones constitucionales y lógicamente también diversas alternativas de regulación en la puesta en práctica del principio de autogobierno del conflicto y de las relaciones laborales de parte de la propia autonomía colectiva negocial así «constitucionalizada». Esta lectura del sistema constitucional de negociación colectiva permite una adaptación permanente de la misma (y de sus «productos» jurídicos) a la variabilidad de respuestas que exige la regulación de los procesos sociales en una sociedad en transformación y, en particular, a los cambios en el sistema de relaciones laborales, en las formas de organización económica de los empresarios (grupos de empresas, descentralización productiva y funcional...) y en la organización del proceso productivo (con la expansión del «modelo post-fordista» de organización del trabajo). Precisamente, una de las tendencias más apreciables de los sistemas de negociación colectiva es la búsqueda más equilibrada de «puntos de encuentro» entre los actores para la resolución de problemas (dialéctica centralización-descentralización) y el fortalecimiento de su función regulativa y racionalizadora de la organización de la empresa y de sus sistemas decisorios (en los distintos sectores técnico, social, profesional y económico). Se trata de asumir una función de gobernabilidad en el marco del emergente modelo pluralista de «empresa participada», no de convertirla en un mero instrumento de gestión del personal en la organización productiva (Monereo, 1992, 1996).

La Constitución, en su art. 37.1, establece en favor de la autonomía negocial, como ha indicado Valdés, un sistema de doble garantía. La Constitución garanti-

za y ordena garantizar a la ley el derecho a la negociación colectiva; es decir, establece un cuadro de garantías para la actividad contractual y para los convenios colectivos resultantes de ésta (1979; 1990). Para ello el texto constitucional contiene un esquema, dentro de una configuración abierta y plural de este derecho, del sistema de negociación colectiva. La Constitución establece el «esqueleto» del sistema de negociación colectiva, «conformando el armazón jurídico de los aspectos más sobresalientes del mismo: titularidad del derecho, contenido de la actividad contractual y efectos del convenio colectivo», pero no prefigura un modelo concreto de negociación colectiva. El desarrollo legal de ese «esqueleto», el contenido concreto de cada uno de esos aspectos señalados en la Constitución, permite varias opciones que corresponde, en una opción de política-legislativa, decidir al legislador ordinario. Y así, es la regulación legal contenida en el Título III de la LET, en desarrollo del mandato constitucional, la que va a conformar realmente un determinado sistema de negociación colectiva en nuestro ordenamiento jurídico articulado en torno al «paradigma legal» (como ha sido definido) del convenio colectivo estatutario.

Pero es claro que al amparo del art.37.1 de la Constitución tienen cabida la multiplicidad de acuerdos o convenios colectivos constituidos en expresión formal pluralista de la negociación colectiva (el tenor del art.37.1 CE es de una claridad meridiana al establecer genéricamente que «La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios...»; sólo después de haber establecido la garantía básica del derecho a la negociación colectiva introduce el mandato al legislador infraconstitucional para que por Ley garantice la eficacia normativa vinculante de los convenios colectivos). De cualquier modo, como ha señalado Giugni, la identidad jurídica del contrato colectivo ha sido siempre una cuestión notablemente controvertida ante la innegable singularidad de la figura en sí, aunque se tiende a que el Derecho positivo le atribuya una fuerza imperativa directa (eficacia jurídico-normativa).

El Título III de la LET es una legislación reguladora y conformadora de un determinado modelo de negociación colectiva y es en buena parte una ley que promociona ese modelo concreto de negociación y de la acción sindical de ciertos sindicatos en base a la mayor representatividad. Esto supone que aunque el Estatuto de los Trabajadores sea una ley de desarrollo del art. 37.1 C.E. el modelo de contratación colectiva que su Título III diseña no agota ni absorbe completamente la norma constitucional y, por tanto, permite la existencia de una contratación colectiva extraestatutaria, no conformada ni promocionada en el Estatuto de los Trabajadores. Como acertadamente ha señalado Valdés, «la C.E. también ampara la negociación colectiva de eficacia limitada que, cabalmente, sirve para dar pleno sentido a la propia contratación de obligatoriedad general, entendida como un plus que el legislador oferta a los grupos sociales organizados. Sólo concebida la negociación colectiva estatutaria como modalidad negociada que no ha pretendido ni conseguido colmar el mandato constitucional, el Título III puede

entenderse inmune al reproche de inconstitucionalidad que, de otro modo, habría recaído sobre él, de manera inexorable a mi juicio, al haber atribuido a ciertas organizaciones sindicales y exclusivamente a ellas el ejercicio de una de las expresiones funcionales básicas del principio de libertad sindical». Así pues, la negociación colectiva celebrada al margen de la regulación estatutaria cumple la importante función de sustentar constitucionalmente el propio sistema de contratación de eficacia general.

De cualquier forma, en la doctrina sigue siendo problemática la comparación entre el «modelo» constitucional y el «legal», centrada fundamentalmente en la *eficacia jurídica del resultado de la actividad negocial*. Baste recordar las dos tendencias existentes en la doctrina en torno a la eficacia normativa (que actualmente parece tener una aceptación mayoritaria) o meramente contractual (mantenida por otro sector doctrinal y ampliamente por la jurisprudencia ordinaria) de los convenios colectivos extraestatutarios y la tesis planteada por Valdés sobre la «eficacia real» de estos convenios. Por su parte, el Tribunal Constitucional en sus pronunciamientos sobre el tema no ha sido concluyente a favor de una u otra tesis hasta el momento. La jurisprudencia ordinaria les asigna claramente en cambio una eficacia contractual estricta, aunque de modo criticable tiende a desconstitucionalizar este tipo de convenio, substrayéndolo de la garantía constitucional ex art. 37.1 C.E. No obstante, el art.37.1 CE viene a conferir fuerza vinculante a todo tipo de convenio colectivo y la «eficacia real» se traduce desde el punto de visto técnico-jurídico en eficacia normativa; incluso la figura de los llamados «contratos normativos» son reconducibles en la experiencia jurídica más al campo de las fuentes del Derecho objetivo que al de las fuentes propiamente generadoras de obligaciones contractuales. La técnica «contractual» privada es inadecuada para abarcar la fisonomía propia del convenio colectivo como expresión formal de los poderes sociales con facultad normativa creadora (Monereo, 2001 y 2002).

Por otra parte, también se ha puesto de manifiesto una cierta tendencia hacia la progresiva devaluación de la configuración constitucional, abierta y plural, de la negociación colectiva por parte de la jurisprudencia de los tribunales laborales que vienen interpretando el art. 37.1 C.E. desde el Título III de la LET, lo que produce como consecuencia inmediata, en palabras de Valdés, «la conversión del paradigma legal en paradigma constitucional». La jurisprudencia, de esta forma, transforma la opción de política legislativa plasmada en la LET en la única opción deducible del texto constitucional, devaluando así el modelo constitucional y «constitucionalizando» el modelo legal de negociación colectiva.

El propósito del legislador del Estatuto de los Trabajadores fue el de establecer un instrumento negocial fuerte, con eficacia normativa y general (*erga omnes*), como opción política que permitiera implantar un sistema efectivo de contratación colectiva para la regulación de las relaciones de trabajo a pesar de la atomización de las unidades productivas y la debilidad de los sindicatos en la rea-

lidad socio-económica española. Esta opción política del Derecho confluyó también con el interés de los sindicatos por fortalecer su poder contractual frente a otras instancias representativas de los trabajadores, y con el interés de los empresarios en controlar la conflictividad laboral. La confluencia de intereses de los interlocutores sociales se plasmó en el Acuerdo Básico Interconfederal suscrito entre la UGT y la CEOE en julio de 1979 (Sobre el contenido del ABI, Moreno Vida, 1989, pp.181 ss), cuyo contenido conformó básicamente el modelo de negociación colectiva que el legislador incorporó en el Título III de la LET (inaugurando en España la fórmula de la legislación negociada).

En el modelo de negociación colectiva establecido en el Título III, basado en el convenio colectivo dotado de eficacia general y normativa, se fijan reglas precisas para la determinación de los sujetos negociadores y se establece la necesidad de conseguir un sistema de mayorías para que el convenio negociado pueda alcanzar ese «plus» de eficacia que el Estatuto de los Trabajadores oferta. Con ello se produce también una selección de los interlocutores sociales en base a un criterio de mayor representatividad que permite garantizar la efectividad del derecho a la negociación colectiva y fortalecer el poder de negociación sindical.

Ahora bien, el sistema de negociación colectiva que la LET establece es un sistema rígido, caracterizado por un fuerte intervencionismo y control estatal (la promoción de la autonomía colectiva proviene de la propia Ley y ello da también como resultado un fuerte protagonismo de los poderes públicos). El valor «cuasi-legal» que se atribuye al convenio colectivo deriva en un más fuerte control público del resultado de lo negociado; la propia Administración conserva importantes facultades de control en el desarrollo de las relaciones de trabajo. Es claro que el modelo estatutario, como ha señalado Rodríguez-Piñero (1987), ha facilitado una visión excesivamente oficialista o legalista del convenio desdibujando en cierta manera la esencia de la autonomía colectiva y ha contribuido a desincentivar la afiliación sindical, pero, como también se ha señalado, la opción por el convenio de eficacia limitada habría supuesto que un gran número de trabajadores no afiliados (los más) habrían permanecido al margen de una regulación colectiva de sus relaciones de trabajo, pasando a estar reguladas éstas por el pacto individual (el puro contractualismo en una situación de desigualdad de las partes) o bien por una regulación reglamentaria.

Con todo, el convenio colectivo estatutario se ha convertido en «el cauce típico de fijación de condiciones de trabajo, en el instrumento de regulación por excelencia de las relaciones de trabajo en nuestro ordenamiento jurídico, frente al carácter subordinado del convenio extraestatutario. El convenio extraestatutario se ha configurado hasta el momento como un fenómeno de escasa presencia y caracterizado por su discontinuidad. En este sentido, ha actuado fundamentalmente como «válvula de seguridad», sustituyendo transitoriamente a la negociación estatutaria (cuando concurren deficiencias en el procedimiento de negocia-

ción previsto en el Título III LET, sobre todo ante la no consecución de las sucesivas mayorías que señalan los arts. 87, 88 y 89 LET) o como mecanismo de adaptación o integración del convenio estatutario en los ámbitos empresariales (superando así la prohibición relativa de concurrencia que establece el art. 84 LET). Se ha de destacar, sin embargo, la instrumentación antisindical de los pactos extraestatutarios por parte del sindicalismo «profesional» o «de empresa», predominantemente de carácter corporativo, y, por otra parte, cómo la utilización del convenio extraestatutario es prácticamente inexistente en los supuestos de vacíos de negociación estatutaria, cuando falta el presupuesto de legitimación o de implantación suficiente para negociar un convenio colectivo de eficacia general (haciéndose recurso en estos supuestos al mecanismo de extensión de convenios previsto en la LET). Por el contrario, y pese a sus insuficiencias, el convenio colectivo estatutario ha venido mostrando una evidente solidez, en base a lo cual parece, en el momento actual, y así lo ha venido señalando algún sector de la doctrina (Valdés, Baylos), impensable la «sustitución» de este modelo de negociación colectiva por otras opciones político-institucionales.

Es en la dinámica de la negociación que se lleva a cabo en la realidad donde se centran hoy día la mayor parte de las críticas, señalándose un cierto «desdoblamiento» entre la importancia que institucionalmente se atribuye al convenio colectivo y a su función y la estructura y los contenidos que se plasman en la realidad. Así, se considera que la negociación colectiva se caracteriza en nuestro sistema por una acusada centralización que tiene además como consecuencia una homogeneización de contenidos que impide una respuesta adecuada y flexible a las circunstancias específicas (organizativas, técnicas, productivas o económicas) de las diversas unidades de producción y a las nuevas exigencias del sistema productivo. Ciertamente, el legislador del Estatuto de los Trabajadores al ordenar la estructura de la negociación colectiva se decantó claramente por un modelo centralizado y sentó las bases para una ordenación coordinada de los diversos niveles de negociación (art. 83.2 LET) con la posibilidad de llevar a cabo una «negociación colectiva articulada», inspirada en el modelo italiano. La centralización de la negociación colectiva, que se llevó a cabo a lo largo de la década de los 80 mediante los Acuerdos-Marco, se consideró como un mecanismo adecuado para lograr una mayor racionalización y ordenación de la negociación colectiva y disminuir así la conflictividad laboral derivada de la atomización de los convenios, y paralelamente a ello fortalecer a las grandes organizaciones sindicales. Pero además fue la expresión de un método de actuación política, la concertación social, surgida en la realidad española de forma similar a los demás países industrializados occidentales, de tal forma que la racionalización de la negociación colectiva ha estado estrechamente ligada a la concertación social tripartita (el pacto social).

En los últimos años, sin embargo, se ha venido produciendo una tendencia muy acusada en los Estados europeos a la descentralización de la negociación

colectiva en el ámbito de la empresa, influida, entre otros factores, por la presión de la competencia y las exigencias de productividad. El convenio y acuerdo colectivo de empresa permiten la adaptación de los acuerdos de ámbito supraempresarial a la situación particular de cada empresa y a las exigencias de competencia e innovación, de tal forma que puede ser tanto un instrumento de regulación colectiva, como un instrumento de racionalización en el ejercicio de los poderes empresariales. Estas nuevas tendencias descentralizadoras de los ámbitos de las negociaciones colectivas redimensionan los papeles asignados a las estructuras representativas de intereses de los trabajadores en las empresas, revalorizándolas y dando un nuevo sentido a los derechos de información y consulta que tales órganos tienen atribuidos, que, de este modo, quedan funcionalizados a las distintas formas de democracia industrial en la empresa. Esto ha producido un creciente interés sindical por el ámbito de la empresa, como apareció ya inicialmente en la Plataforma Sindical Prioritaria y, después, en la Iniciativa Sindical de Progreso y en sucesivos acuerdos similares.

Sin embargo, es difícil que en la actualidad se adopte una estructura plenamente descentralizada de negociación colectiva, más bien se insertará dentro de una tendencia hacia la implantación progresiva de un modelo de neocorporativismo medio caracterizado por un sistema de concertación social más institucionalizada y un modelo de «empresa participada», como exigencia de los cambios estructurales y por la necesidad de garantizar la competitividad en un sistema económico integrado a escala de la Unión Europea y de conferir un plus de legitimidad social a las grandes elecciones de la política gubernamental en este contexto. La concertación social es hoy un instrumento consustancial a la negociación colectiva en la ordenación de las relaciones laborales, sin embargo el método de concertación es distinto al practicado en la década de los ochenta (caracterizado por la celebración de pactos sociales tripartitos). Se inició (tras la huelga general del 14-D, fundamentalmente) una nueva fase que abandona el esquema de un pacto global macroeconómico (tipo ANE, AES...) para sustituirlo por una concertación por objetivos concretos y pluridireccional, llevada a cabo a través de acuerdos parciales y donde se tiende a diferenciar entre materias que han de ser negociadas de forma tripartita o bilateral en sus distintas formas posibles.

Un aspecto fundamental en las nuevas orientaciones del sistema de negociación colectiva en los países de capitalismo avanzado es la tendencia hacia un mayor «enriquecimiento» de la negociación colectiva y al mismo tiempo hacia una mayor diversificación de sus contenidos. El objeto de la negociación colectiva (en una línea que no desentona con el principio de libertad de contratación colectiva garantizado legalmente en el art.85 LET) tiende a sobrepasar su objetivo principal de regulación colectiva de las relaciones laborales individuales de trabajo (condiciones de «adquisición» y «uso» de la fuerza de trabajo) para entrar también en la gobernabilidad del complejo empresarial en su conjunto: desde la organización del trabajo hasta la ordenación del proceso decisional en la empre-

sa. Con todo, se tiende a convertir la negociación colectiva en un mecanismo llamado a contribuir a la redefinición permanente del sistema de relaciones laborales en la empresa.

Uno de los aspectos más significativos de la evolución del modelo español de negociación colectiva lo constituye la exportación del proceso de contratación colectiva para la determinación de las condiciones de trabajo a la función pública, un ámbito del que tradicionalmente había sido excluido. Pese a los pronunciamientos iniciales del Tribunal Constitucional sobre el no reconocimiento en el art. 37.1 C.E. a los funcionarios públicos del derecho a la negociación colectiva de sus condiciones de empleo, la ratificación por España de los Convenios 151 y 154 OIT (1978 y 1891, respectivamente) y, especialmente, el reconocimiento de la libertad sindical a los funcionarios en el art.28.1 CE y en la LOLS, llevó al legislador a establecer los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública a través de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (LOR). Bajo esa ambigua expresión de «participación en la determinación de las condiciones de trabajo» (eludiendo la utilización del término «negociación colectiva»), se configuró un modelo claramente limitado de negociación colectiva en la Función Pública, restringido a determinadas materias y condicionado en la mayoría de los casos a la aprobación administrativa expresa, resultando más un trámite de consulta que una verdadera negociación. Sin embargo, la modificación posterior del Título III de la LOR por la Ley 7/1990, de 19 de julio (resultado de los acuerdos Gobierno-Sindicatos de 1990) ha venido a reconocer expresamente la negociación colectiva de los funcionarios, no exenta todavía, sin embargo, de importantes limitaciones.

Sobre este modelo legal de negociación colectiva originario ha incidido ampliamente la legislación de reforma del mercado y del sistema de relaciones laborales. Una reforma llevada a cabo especialmente en virtud de la Ley 11/1994 y que ya ha cristalizado en el «nuevo modelo» de Estatuto de los Trabajadores (Ley 1/1995); no alterado en esto por las reformas posteriores. De ella sobresalen tres aspectos fundamentales (Monereo, 1996):

- (a) Primero, el retroceso de la Ley (descompromiso social actuado técnicamente por la vía «fuerte» de la desregulación; o por la vía «débil» de la flexibilidad normativa; ésta a través de reclamo de las técnicas de supletoriedad y de complementariedad) respecto a la regulación de las condiciones de trabajo y la consiguiente ampliación de espacios de regulación hacia la autonomía privada, colectiva e individual. A modo de una mezcla inestable entre dos fenómenos de antiguo sabor agri dulce: un viejo *laissez faire* colectivo y el siempre persistente reclamo a la autonomía individual, a la individualización de las relaciones laborales.

(b) Segundo, la potenciación de los Acuerdos de Empresa y descentralización de la negociación colectiva, los cuales comportan un cuádruple fenómeno: a) la mayor vinculación de la negociación colectiva a la realidad de la empresa, y mayor centralidad de ésta en el cuadro regulador del sistema de relaciones laborales; b) el debilitamiento de la negociación colectiva supraempresarial y de las grandes centrales sindicales; c) el incremento de poderes de las representaciones colectivas de los trabajadores en el lugar de trabajo, toda vez que se debe recordar que en el interior de la empresa existe un sistema de doble canal de representación de los trabajadores, teniendo en cuenta que los representantes unitarios y sindicales asumen funciones «materialmente sindicales» de negociación colectiva y conflicto; y, en fin, d) la mayor dispersión y diversificación de las condiciones laborales, y sus consecuencias: mayores dificultades en la efectividad del principio de igualdad de trabajo en las relaciones laborales y una mayor complejidad técnica que puede afectar a la seguridad aplicativa de los instrumentos laborales.

No se trata de alentar un mero proceso de diversificación de la negociación colectiva, sino también de propiciar las condiciones aptas para la deshomogeneización de las condiciones de trabajo tanto a nivel empresarial como entre empresas y sectores. Es una huida más respecto a la garantía del principio de homogeneidad social (no identificable con el de «uniformidad»). Este principio acaba cediendo al actualmente reforzado principio de adecuación de la prestación de trabajo a las consideradas necesidades objetivas de la organización y de gestión de la empresa. Es ésta, por lo demás, la predominante «orientación finalista» del proceso de reforma cristalizado en los años 1993-1994. El problema es que el sistema de negociación colectiva degenera en un deseable instrumento de intervención en la dirección de la empresa (dando lugar en algunas medidas a variables formas de «codeterminación» negocial y gestión consensuada de la dirección de la empresa) sino en una pura «funcionalización» de la negociación colectiva al servicio de la gestión del complejo productivo. Esta funcionalización luhmaniana del sistema de relaciones laborales en la empresa, de ser así, se apartaría del modelo pluralista de empresa participada, en la que, no obstante la mayor implicación de la colectividad laboral, se parte de la concurrencia en su seno de una multiplicidad de intereses con puntos de divergencia y de convergencia en un equilibrio necesariamente inestable propio de una sociedad conflictual.

(c) Tercero, la predisposición de medidas normativas que tiende a «desestructurar» el sistema de negociación colectiva, y con ello de los sindicatos: cláusulas de descuelgue salarial (que favorecen el ajuste productivo y la diferenciación salarial dentro de un mismo ámbito funcional supraempresarial), cláusulas de inaplicación de convenios de ámbito supraempresarial (y la consiguiente afectación el principio de eficacia normativa y personal generalizada de los convenios estatutarios, cuando de éstos se trate), los aludidos

Acuerdos de Empresa, la afectación de convenios por la vía ya normalizada del art.41 LET para la modificación de condiciones colectiva de trabajo, la nueva ordenación de las reglas de concurrencia de convenios, y un largo etcétera de medidas que reflejan esa orientación deliberada de política jurídica.

Todo ello pone de manifiesto que el rasgo distintivo de la reforma legislativa del modelo de relaciones laborales en España no es exclusivamente una nítida potenciación de la negociación colectiva (a pesar de la declaración forma de la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994); se ha dado juego también a una mayor «competencia» entre fuerzas de poder situadas a distintos nivel, incluido el poder unilateral del empleador que ex definitione se pondrá imponer ante la falta de penetración de la negociación colectiva y la retirada de la Ley en calidad norma mínima estatal de Derecho necesario. Es la pérdida de la hegemonía del convenio colectivo como vehículo de homogeneización social y la potenciación más decidida de su papel de racionalización del sistema económico, es decir, al servicio aquí de las nuevamente mitificadas exigencias de la organización productiva (medidas en términos «mágicos» de competitividad, tecnologicación del aparato productivo, globalización de la economía, etc.).

1.2. La fuerza vinculante de los convenios

1.2.1. El derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios

La Constitución Española, en su artículo 37 párrafo 1º, establece que la «Ley garantizará» la fuerza vinculante de los convenios. El reconocimiento constitucional de la fuerza vinculante del Convenio nace de la consideración del convenio colectivo como instrumento jurídico y es que, en atención a la teoría general de las fuentes, sentido jurídico y fuerza vinculante van intrínsecamente unidos. Así, la primera deducción que se plantea partiendo del tenor literal de la redacción del artículo es que los convenios colectivos gozan de fuerza vinculante, de eficacia jurídica automática (STC 30-4-1985).

A pesar de la dicción literal del texto Constitucional se ha venido cuestionando si el Convenio Colectivo al que se refiere la carta magna es sólo el convenio colectivo que viene reconocido por la norma estatal o se trata de un concepto de convenio de carácter global, independiente de la regulación legal que se pueda hacer. De esta forma, se pone en tela de juicio la eficacia jurídica atribuida por la Constitución al derecho a la negociación colectiva. Este viene a ser considerado como un principio programático, es decir, solamente se le atribuye eficacia jurídica en la medida en que pueda ser desarrollado legislativamente. Las consecuencias jurídicas de este planteamiento son del mayor calado. Si la Constitución solamente estuviera haciendo alusión a un tipo de convenios regulados por Ley, el resto ya no entrarían dentro de la esfera convencional como ámbito específico de la autonomía colectiva sino que formarían parte del ámbito contractual, de la esfera privada (SSTS 9-2-1994, 14-12-1996; 24-3-1997 y 30-11-1998).

Al final, el asunto se plantea en términos de redacción (Rivero Lamas J., 2004, 651). El derecho a la negociación colectiva del artículo 37 viene configurado no como un derecho atribuido a los sujetos colectivos con potestad normativa creadora de carácter profesional sino como potestad legislativa de garantía del mismo y de su fuerza vinculante. A pesar de la relevancia del aspecto gramatical, las palabras del artículo 37 no pueden ser interpretadas aisladamente. Sistemáticamente el derecho a la negociación colectiva y su fuerza vinculante vienen considerados como derechos y deberes del ciudadano (García Blasco, J., 1981, 204). Desde un sentido teleológico, el derecho a la negociación colectiva es una manifestación de la consagración constitucional de la autonomía colectiva integrada a su vez por el derecho de libertad sindical y el derecho de huelga reconocidos por el artículo 28 de la Constitución Española (Alonso Olea, M., 1996, 670). La evolución histórica en el reconocimiento de este derecho tampoco permite suponer que se trata de la atribución exclusiva de una potestad al legislador. Tras las expresiones del artículo 37 subyace el reconocimiento de un derecho del que nadie duda, por tanto, al mismo no se le pueden aplicar rasgos característicos como si se tratase de un principio rector de la política social y económica (STC 30-4-1985 y STC 11-6-1992).

La falta de desarrollo legislativo de determinados convenios colectivos y de regulación de su fuerza vinculante no puede ser óbice para considerar que estos convenios colectivos no posean una garantía constitucional, es decir, que el derecho a la negociación colectiva para ese tipo de convenios no venga reconocido constitucionalmente. El núcleo de ese derecho que reconoce la redacción del art. 37 no puede estar condicionado por un desarrollo legislativo, sería tanto como cuestionar la eficacia jurídica de determinados preceptos constitucionales en el reconocimiento de derechos. La eficacia jurídica distintiva atribuida al artículo 37 de la CE por parte del artículo 53 hace que el derecho para poder realizar convenios colectivos, y que, por lo tanto, posean fuerza vinculante, pueda ser regulado en su ejercicio por ley, pero, en todo caso, deberá ser respetado su contenido esencial (Rivero Lamas, J., 2004, 668). Cosa distinta es el principio rector, en donde sólo es posible el reconocimiento de eficacia jurídica partiendo del desarrollo legal.

En el reconocimiento constitucional de la fuerza vinculante del convenio, la regulación legal es relativa ya que el desarrollo de una potestad no puede ser considerado como la manifestación esencial de un derecho reconocido por la norma suprema del ordenamiento jurídico, sobre todo, si se tiene en cuenta que el artículo 37 no considera que la fuerza vinculante del convenio solamente podrá ser eficaz en la medida de su reconocimiento legal. La Constitución solamente establece que la Ley garantizará algo que se supone que ya viene reconocido. Es decir, el derecho a la negociación colectiva es subsistente independientemente de la garantía legal o no de la fuerza vinculante del convenio colectivo, y por tanto, la fuerza vinculante del convenio colectivo es también subsistente independien-

temente de tal actividad garantizadora, es parte integrante del contenido esencial del Derecho a la Negociación Colectiva (Palomeque López, M.C., Álvarez De la Rosa, M., 2002, 250).

El reconocimiento de la fuerza vinculante es constitucional otra cosa es que el legislador desee garantizarla o no. La fuerza vinculante del convenio ya viene garantizada constitucionalmente sólo queda que se le pueda añadir un plus de garantía, esta vez, de carácter Estatal. Esto es lo que hace el Estatuto de los Trabajadores, establece un plus de garantía de la fuerza vinculante para un determinado tipo de convenios a los cuales les atribuye un ámbito de aplicación especial, generalizado, con respecto al contenido Constitucional. Es por esto, que el mismo Estatuto en el artículo 82 se refiere a los Convenios regulados por esta Ley. Esta haciendo mención a unos convenios de carácter especial, a un tipo de convenios, no a los convenios en general. En consecuencia, la fuerza vinculante es predicable para todo convenio. Es así como, en virtud de ese reconocimiento constitucional, el convenio colectivo, tanto de eficacia limitada como general, se superpone al ámbito de actuación de los contratos. Es inderogable por el contrato al margen de que haya sido o no garantizado por Ley (SSTC 1-7-1992 y 11-6-1992) (Monereo, 2002, 647).

El convenio reconocido por la Constitución es el acuerdo entre representantes de los trabajadores y empresarios para el establecimiento de las condiciones laborales en su ámbito de representación. En sentido amplio, las características del denominado convenio de eficacia limitada no son diferentes de las aplicables al convenio constitucional. Así, nos encontramos con dos tipos de convenios, los convenios en general, reconocidos constitucionalmente y, luego, una subespecie, la reconocida por el Título III del Estatuto de los Trabajadores en la que el legislador, por una orientación de política-legislativa, amplía el ámbito de aplicación de ese convenio (SSTC 8-6-1989 y 29-6-1985). Este convenio estatutario en lo que tiene de ampliación del ámbito constitucionalmente reconocido encuentra su norma de reconocimiento en el Estatuto de los Trabajadores, pero, ni su fuerza vinculante, ni su carácter normativo provienen del Estatuto sino de la Constitución (Monereo, 2000, 51). En definitiva, la fuerza vinculante del convenio colectivo del artículo 37 CE viene reconocida extensivamente, es decir, con un carácter comprensivo de todo acuerdo alcanzado en la negociación colectiva (Valdés Dal-Ré. F., 1996, 85; Sala Franco, T., 1981, 11).

1.2.2. Fuerza vinculante y eficacia normativa

Cualquier instrumento jurídico tiene que gozar de fuerza vinculante sino perdería su sentido jurídico. Una medida que no tuviera fuerza vinculante no formaría parte del ordenamiento jurídico, quedaría en la esfera de lo recomendable, de lo aconsejable. No afectaría necesariamente al ámbito de relaciones que pretende regular. Con este sentido, el Convenio Colectivo goza de fuerza vinculante ya que presenta una vocación de reglamentación de las condiciones de trabajo, su finali-

dad es esencialmente normativa (Giugni, G., 1987, 68). El acuerdo no se lleva a cabo sin sentido, sino que, se establece con una clara finalidad práctica, es decir, con una voluntad de incidir en el ámbito sobre el cual se está ejerciendo esa toma de decisiones. Así, el convenio colectivo en cuanto que acto de acuerdo de voluntades con finalidad reguladora presenta una lógica estructuralmente normativa. (Carnelutti, F., 1936, 116-117).

Dada la fragmentariedad, diversidad y multiplicidad del ordenamiento jurídico, la fuerza vinculante de las normas no es entendible para cualquier ámbito. La fuerza vinculante de cada norma se circunscribe a su ámbito de aplicación. La efectividad de la fuerza vinculante del convenio colectivo dependerá, en consecuencia, del ámbito en el que se circunscribe. Sin embargo, la falta de una delimitación clara de los ámbitos correspondientes de regulación supone que puedan existir posibilidades de incidencia de unas normas sobre otras. Por tanto, como norma que forma parte de un ordenamiento plural, la fuerza vinculante del Convenio Colectivo también se ve condicionada por la fuerza vinculante de otros instrumentos reguladores que afectan a las mismas relaciones sustentantes.

Para aclarar la incidencia concreta de cada tipo de norma en el ámbito correspondiente, el ordenamiento jurídico ha venido utilizando una serie de reglas de aplicabilidad. Dentro de estos principios ha adquirido una especial relevancia el principio de jerarquía normativa como se puede comprobar por los principios garantizados en el artículo 9.3 de la C.E. Este principio de jerarquía normativa suele primar a aquellas normas que se corresponden con ámbitos más amplios de actuación que aquellas otras que se corresponden con ámbitos más específicos. En consecuencia, suele producirse una vinculación entre fuerza vinculante y generalidad. Esta asociación no tiene necesariamente porque producirse, en todo caso dependerá de las normas específicas y concretas de jerarquía que para cada norma se establecen en orden a su aplicabilidad. Esta vinculación, desde el punto de vista normativo, no es excluyente, no significa que porque una norma posea una eficacia menos general vaya a dejar de ser norma (Solans Latre, M.A., 2003, 66). Así, porque el convenio colectivo tenga una menor generalidad aplicativa que la Ley, no significa que deje de ser norma jurídica. La generalidad del Convenio Colectivo, de por sí, no es indicativa del carácter normativo, de la fuerza vinculante, en todo caso, pondrá de manifiesto el ámbito de efectividad de la norma (Rivero Lamas, J., 2004, 668).

1.2.3. Eficacia normativa y eficacia general

En nuestro ordenamiento jurídico se ha venido estableciendo una distinción entre eficacia general y eficacia limitada del convenio. Con estas expresiones se hace referencia fundamentalmente a la aplicación de la norma en un ámbito subjetivo o de relaciones sociales determinado. El que se hable de eficacia general no significa necesariamente que se hable de eficacia normativa ya que el concepto de

generalidad es altamente relativo. Hay que tener en cuenta que los conceptos de generalidad, abstracción... que es la vocación con la que nacen las normas de Derecho objetivo son aspectos programáticos con los que nacen pero que en ningún caso, o en muy pocos, pueden materializarse en la práctica a nivel absoluto. Todas las normas delimitan un campo de aplicación, un determinado ámbito subjetivo, que les lleva a acotar o a restringir su ámbito de aplicación. Evidentemente no por esa delimitación subjetiva o aplicativa se habla de falta o pérdida de eficacia normativa. El carácter general o limitado dependerá en todo caso de la norma de reconocimiento y del ámbito concreto de aplicabilidad de la norma.

El Convenio Colectivo, en cuanto que instrumento jurídico, no se sustrae a esta noción de relatividad en su aplicación. Cuando se habla de eficacia general del Convenio se está haciendo referencia a un tipo de convenio que tiene un determinado ámbito de aplicación en relación con otros posibles tipos de convenios. La generalidad del convenio, en este caso, viene determinada por el Título III del ET., que es la norma Estatal de reconocimiento de este tipo de convenio, es una generalidad en función de unos parámetros establecidos por una regulación específica (STC 27-6-1984). El llamado convenio de eficacia limitada también sería un convenio de eficacia general pero para su ámbito de aplicación, es decir, para el ámbito que concierne a una determinada representación, más concreta y específica que la del convenio de carácter más general. Al final la cuestión se centra en un planteamiento de representatividad, de mayor o menor representatividad, en definitiva, de la potestad que se tiene por parte de unos determinados sujetos para poder regular determinados ámbitos de la vida social (Alonso Olea M. y Casas Baamonde, M^a Emilia, 2002, 833). Con esto se hace una vez más patente la inseparabilidad de las fuentes de producción de las denominadas fuentes traslativas, en definitiva la idea de fuente, en el fondo, responde a una idea de poder en la que el sujeto es inseparable del objeto.

La inseparabilidad de las fuentes en el ordenamiento jurídico no solamente tiene efectos en orden a la eficacia general y a la eficacia limitada, también, tiene una importante repercusión en relación con la eficacia normativa (Ojeda Avilés, A., 2001, 73). La consagración constitucional en los artículos 7 y 28.1 de unas fuentes, los sindicatos, que gozan del mayor nivel garantizador de nuestro ordenamiento jurídico conlleva que las fuentes formales que se derivan de su actuación, los convenios colectivos, gocen también de un reconocimiento en el más alto nivel de nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 37.1 de la Constitución (Vida Soria, J.; Monereo Pérez, J. L. 2002, 91-93).

Las consecuencias traslativas de la actuación de las fuentes profesionales en sentido material, esos sujetos profesionales dotados de potestad normativa creadora, son las que constituyen el núcleo básico del derecho a la negociación colectiva reconocido en la Constitución (Solans Lastre, M.A., 2003, 32). El cuestionamiento del alcance normativo traslativo del convenio colectivo supone

condicionar el reconocimiento como fuente material del sindicato, aunque no se puede obviar que en la discusión originaria para el establecimiento del derecho a la negociación colectiva se puso de manifiesto la titularidad de este derecho por sujetos colectivos diferentes (Vida Soria, J. 1980, 255-256). De esta manera, en un sentido amplio, se puede decir que la garantía del Derecho a la Negociación Colectiva por el artículo 37.1 de la C.E. supone el reconocimiento de la naturaleza normativa del convenio en tanto que derivación teleológica del Derecho a la Libertad Sindical. (SSTC 22-7-1999; 13-3-2000; 5-5-2000; 2-10-2000; 4-6-2001).

1.2.4. Fuerza vinculante convencional y fuerza vinculante contractual

La fuerza vinculante de las distintas normas y, a salvo que se determine otra cosa por las normas de reconocimiento, en base al principio de jerarquía normativa, suelen respetar la regla de la generalidad en la aplicación. Así, en principio, la fuerza vinculante del convenio colectivo tiene la posibilidad de incidir en el contrato en función de ese ámbito amplio de aplicación dentro del cual quedaría englobado el ámbito del contrato. Sin embargo, se plantea la cuestión de si el contrato y el convenio, en cuanto a la eficacia jurídica que despliegan, se articulan estrictamente sobre el mismo ámbito de aplicación y, en consecuencia, su influencia sería la misma. Es decir, si existe una equiparación entre el contrato y el convenio colectivo en la regulación de las condiciones de trabajo.

Se puede decir que el contrato despliega también una fuerza vinculante en la medida en que en su aplicación se generan efectos jurídicos para las partes, un conjunto de obligaciones que deben ser cumplidas por los contratantes. En este sentido, se puede declarar que el contrato es norma jurídica. Así, se justificaría la introducción en el artículo 3 del ET. del contrato de trabajo como fuente del ordenamiento jurídico laboral. El Convenio Colectivo podría ser considerado como un contrato, es decir, como una norma de aplicación a las partes integrantes de la negociación. No obstante, aún así, el ámbito de aplicación normativo sería distinto ya que ha sido configurado distintivamente tanto por la Constitución como por el propio artículo 3 del ET. En cuanto a la Constitución porque establece un reconocimiento distinto para el ámbito de la libertad de contratación y el de libertad en la negociación colectiva. En cuanto al estatuto porque sitúa en niveles distintos al convenio y al contrato. Se reconoce por estos textos normativos un nivel jerárquico específico a los convenios sobre la base de una fuerza vinculante superior a la reconocida para los contratos con unos efectos que profundizan la distinción, los de inderogabilidad y automaticidad (Correa Carrasco, M., 1997, p. 174). El convenio presenta, por tanto, un ámbito de aplicación mayor y a su vez integrador del que pudiera corresponder al contrato de trabajo. Según nuestro ordenamiento no cabe entender el convenio como contrato, es otro tipo de norma, una ley material cogente (Valdés Dal-Ré, F. 1982, p. 78).

Por otra parte, el dejar abierta la posibilidad de que los contratos, en cuanto que instrumentos de toma de decisiones jurídicas puedan incidir, con carácter general, en el ámbito de regulación del convenio, sin margen para su desenvolvimiento, supondría desvirtuar su funcionalidad. Dejar al convenio colectivo fuera del ámbito jurídico para el cual ha sido establecido, sería transformarlo en algo para lo que no ha surgido. La función del convenio colectivo ya no se desempeñaría por ningún instrumento dentro del ordenamiento jurídico. Sería relegar a la negociación colectiva a ámbitos no jurídicos (STC 1-7-1982).

Si se deja interferir la perspectiva contractual hasta el grado de agotar las posibilidades normativas del convenio éste pierde su funcionalidad convencional y pasa a adquirir una funcionalidad meramente contractual, entonces, no tendría sentido el reconocimiento constitucional del convenio colectivo (Valdés Dal-Ré, 1988, 77). Hubiera bastado con la simple formulación específica del convenio dentro de los parámetros de la regulación contractual, como contrato típico. Es más, también, como manifestación atípica de la regulación individual gozaría de plena validez, simplemente con respetar los límites generales de la autonomía de la voluntad privada. Tampoco habría una diferencia neta con otras figuras contractuales que se sustentan sobre la idea del acuerdo privado para el establecimiento de unas condiciones de trabajo a una colectividad representada en la negociación, por ejemplo, el contrato de trabajo en grupo. Entender que el convenio colectivo entra dentro de la esfera de la autonomía de la voluntad privada supone cuestionar la autonomía colectiva y, por consiguiente, poner en entredicho el papel constitucional de las fuentes de producción del convenio, en definitiva, de la misma libertad sindical. En conclusión, el principio de inderogabilidad del convenio colectivo por la autonomía individual es manifestación del reconocimiento de la fuerza vinculante de la autonomía colectiva establecida por el artículo 37.1 de la CE (Monereo Pérez, J.L. 2002, 637).

1.3. Tipología de convenios colectivos y acuerdos de empresa

1.3.1. Los tipos de convenios colectivos en el ordenamiento jurídico-laboral

1.3.1.1. El Estatuto de los Trabajadores: desarrollo parcial del artículo 37.1 de la Constitución Española

El Legislador español de comienzos de los ochenta optó por proporcionar una regulación del convenio colectivo, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en países como Italia o Gran Bretaña. No obstante, y con independencia de la llamada constitucional a la Ley, de no haberse proporcionado tal marco normativo las incompatibilidades y contradicciones sustanciales entre el régimen jurídico del tardofranquismo y los principios constitucionales, habrían hecho inviable el ejercicio de la negociación colectiva (Rodríguez-Piñero, 2001, 66).

Realmente el modelo de negociación colectiva diseñado por el Estatuto de los Trabajadores, fue el propiciado por los firmantes del ABI, es decir los interlocutores sociales del momento. Como Moreno Vida (1989, 182) ha puesto de manifiesto, el punto cinco del Acuerdo estaba dedicado íntegramente a la negociación colectiva y se tradujo prácticamente en el Título III del ET. La eficacia general de los convenios colectivos fue uno de los temas a cerca de los cuáles se pactó, y se instaba a los poderes públicos para que a través de la normativa oportuna se atendiera tal reivindicación (Valdés Dal-Ré, F., 2005, 9). Igualmente, la lectura del texto del proyecto de Estatuto y los debates parlamentarios sobre el mismo, permiten constatar que la eficacia general del convenio colectivo fue algo aceptado por todas las fuerzas políticas y que en ningún momento se puso en duda; pues la intención del Legislador fue recoger los deseos de los interlocutores del ABI, entrando a regular lo imprescindible por razones de técnica jurídica (Vida, 2000, 34).

Otra cuestión indiscutida desde un primer momento fue la legitimación para negociar los convenios colectivos de eficacia general: serían las grandes centrales sindicales. No obstante, los artífices de la norma fueron conscientes que un modelo con ambas características no se ajustaba al marco constitucional, ya que el art. 37.1 CE reconoce el derecho a la negociación a «los representantes de los trabajadores y empresarios» sin limitación alguna. Ello provocó que en la sesión de la Comisión de Trabajo de 21 de noviembre de 1979 se introdujera la frase «regulados por esta Ley» en el art. 80.3 del proyecto del Estatuto de los Trabajadores (hoy 82.3 ET). De este modo se salvaba la constitucionalidad del modelo. No obstante dicho cambio tenía otras consecuencias de gran calado (si bien en un principio se subestimaron); por lo que aquí respecta, tal modificación legislativa implicaba la apuesta por un desarrollo parcial del art. 37.1 CE.

En el Estatuto de los Trabajadores se estableció un modelo unidimensional de convenio colectivo (Valdés, 1990, 270), no se contempló toda la fenomenología de los convenios posibles al amparo del art. 37.1 CE (Vida *et. alt.*, 2004, 172). Por tanto habría otro tipo de convenios sobre los que no se estableció régimen legal alguno.

Es decir, el Título III del Estatuto de los Trabajadores no agota el contenido del art. 37 CE (SSTC 39/1986; 104/1987; 9/1988; 108/1989), únicamente desarrolla un aspecto del mismo, lo que en definitiva ha supuesto que en nuestro Ordenamiento jurídico existan de dos tipos de convenios colectivos, los de eficacia general que son los regulados en la norma estatutaria y los ordinarios, si bien, (como ya se ha apuntado) ambos son causa directa del art. 37 CE (además del TC con las Sentencias señaladas, también el TS pone de manifiesto esta idea: SSTS 1-7-1991, ar. 5863; 21-6-1994, ar. 5464; 28-6-1994, ar. 5496; 8-6-99, ar. 5208; STS 18-2-2003, ar. 3372; 25-9-2003, ar. 7201).

1.3.3.2. El modelo histórico español de negociación colectiva: factor decisivo de la configuración de nuestro sistema actual

En nuestro sistema jurídico-laboral la negociación colectiva es una experiencia de escasa tradición. A pesar que desde 1958 existan textos normativos que aluden al convenio colectivo, la autonomía colectiva no integra nuestro Ordenamiento hasta la entrada en vigor de la Constitución de 1978, de modo que las referencias precedentes a la negociación colectiva, (excepción del breve período de la II República), son puro formalismo.

No obstante, a pesar de que el Estado se reservaba para sí la competencia de la determinación de las condiciones de trabajo, y que la estructura sindical existente hacía inviable la negociación de un convenio, a partir del Ley de convenios colectivos de 1958 comienza cierta actividad negociadora. Este texto legal favorece la diferenciación de la sección obrera y patronal dentro del sindicato único, de modo que aquéllas a pesar de carecer de personalidad jurídica y pertenecer al mismo ente sindical serán las que negocien y no el sindicato. Ello provoca la aparición de un convenio colectivo de derecho público, pues estaba apoyado y controlado por el Estado desde su origen hasta su aprobación final, que dependía de la autoridad administrativa; y semicorporativo, pues el sindicato integraba a todos los trabajadores y empresarios de modo que el convenio colectivo vinculaba a todos.

Ese era nuestro pasado más próximo e indudablemente condicionó los acontecimientos posteriores. Ciertamente en la transición se dismantelarán las bases del régimen franquista, con la promulgación de la Constitución de 1978 la autonomía colectiva ya es una institución del Ordenamiento Jurídico Estatal, y el convenio colectivo es fruto del ejercicio de la libertad sindical; sin embargo no se romperá totalmente con el modelo de negociación colectiva precedente, se mantiene la estructura negocial, la mentalidad y los métodos del pasado negocial (Rodríguez-Piñero, 2001, 63). En el Título III del ET se encuentran vestigios del modelo histórico español, en cuanto a sus efectos se reflejó el viejo esquema del corporativismo (Borrajó, 2000, 142). Y es que el convenio se concibió desde el inicio del proceso legislativo, como una pieza que debía completar el garantismo estatal representado por una normativa intervencionista en las relaciones laborales (Vida, 2000, 35).

1.3.3.3. Los convenios colectivos ordinarios o «extraestatutarios»: la gran laguna en el régimen jurídico de la negociación colectiva

Aunque realmente éstos no forman parte del contenido del Estatuto de los Trabajadores, pues precisamente la única referencia que a ellos se hace es para excluirlos, en el planteamiento de las perspectivas de futuro del modelo legal de negociación colectiva es tema ineludible. Es por ello que el estudio se van a centrar en esta institución, pues sin duda es ésta la laguna por excelencia del régimen jurídico de la negociación colectiva, y se considera totalmente oportuno la reali-

zación de reflexiones que puedan contribuir al establecimiento del régimen legal sobre la materia, ya que en definitiva ello contribuye a garantizar el ejercicio del derecho a la negociación colectiva.

El respeto al art. 37.1 CE, y también al contenido esencial del derecho a la libertad sindical, impedía limitar la negociación colectiva a los sujetos señalados en el Estatuto de los Trabajadores. Se ha de tener presente que el TC ha puesto de manifiesto en numerosas ocasiones que a través del art. 28.1 CE no se protege únicamente el aspecto organizativo o individual de la libertad sindical, sino también la actividad sindical, de la que es manifestación ineludible la negociación colectiva (véase Sentencias del TC 70/1982, 37/1983, 59/1983, 73/1984, 4/1983, 45/1984, 30/1992, 60/1998, 132/2000, 225/2001, entre otras). Por tanto, como ya se ha apuntado, ello supuso la aparición y desarrollo de convenios colectivos al margen del régimen jurídico contemplado en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, a los que denominamos ordinarios (o «extraestatutarios»).

Ciertamente en el momento de elaboración del Estatuto de los Trabajadores se pensó que esta modalidad de convenios no tendría relevancia fáctica (Vida, 2000, 33), la introducción en el art. 82.3 ET de la frase «regulados por esta Ley» dejaba a salvo la constitucionalidad del texto, despreocupándose totalmente el Legislador respecto a su régimen jurídico.

La realidad posterior ha puesto en evidencia que tal previsión no se cumplió. El convenio ordinario sí ha tenido una gran importancia en la regulación de las condiciones de trabajo, si bien no ha desplazado la negociación estatutaria, en bastantes ocasiones y de modo transitorio ha sustituido al convenio colectivo de eficacia general, ha tenido un papel subalterno (Valdés, 1990, 276).

a) Régimen jurídico de los convenios ordinarios: una construcción jurisprudencial.

Evidentemente la puesta en práctica de esa forma de negociación ha precisado de una intensa actividad jurisprudencial, que de algún modo mitiga la inseguridad jurídica que en torno a ellos existe, provocada por la ausencia de normativa laboral específica. El Tribunal Supremo ha indicado que el régimen jurídico de estos convenios viene determinado por el art. 37.1 CE y los preceptos del Código Civil que regulan los contratos (SSTS 30-3-1999, ar. 3779; 11-3-2003, ar. 3351; 11-9-2003, ar. 9030), dado que se les reconoce naturaleza contractual (STS 17-4-2000, ar. 3963). Es decir, según la jurisprudencia los convenios colectivos ordinarios carecen de valor normativo (SSTS 22-10-1993, ar. 7856; 16-5-2002, ar. 7561; 18-2-2003, ar. 3372) y su fuerza de obligar encuentra fundamento en los arts. 1091 y 1254-1258 del Código Civil (STS 14-12-1996, ar. 9462, 25-1-1999, ar. 896).

Los convenios ordinarios no quedan sometidos a los requisitos establecidos en el Título III del Estatuto de los Trabajadores (STS 30-11-1998, ar.10047; 25-9-2003, *cit.*; 19-1-2004, ar. 1685) rechazándose la aplicación de las normas y principios jurídicos contenidos en el mismo, idea esta que de un modo muy expresi-

vo refleja la STS 24-2-2005 (ar. 2914): «ninguno de los principios que rigen la negociación colectiva estatutaria, tanto de elaboración jurisprudencial como de implantación legal a lo largo del Título III del Estatuto de los Trabajadores es de aplicación en las presentes actuaciones» (f.j. 3º), se discutía en el supuesto si era de aplicación la obligación de negociar bajo el principio de buena fe regulado en el art. 89 ET. Otro ejemplo de esta doctrina es la STS 6-11-1997 (ar. 8088), en la que se pone de manifiesto que denunciado un convenio de eficacia limitada no se admite la utilización del mecanismo de la ultraactividad o prórroga de vigencia del convenio estatutario regulado en el art. 86.3 ET (en este sentido también SSTS 17-10-1994, ar. 8052; 25-1-1999, *cit.*; 17-4-2000, *cit.*).

Otro rasgo configurador de estos convenios es su eficacia, consecuencia de la naturaleza contractual será limitada a las partes que negocian y a los sujetos directamente representados por ellos (SSTS 22-10-1993, *cit.*; 1-7-1999, ar. 5272; 11-3-2003, *cit.*), en virtud de vínculos de afiliación (es decir, trabajadores y empresarios afiliados a los sindicatos o asociaciones empresariales, respectivamente, contratantes STS 14-12-1996, *cit.*), o bien por apoderamiento expreso (22-1-1994, ar. 3228). No obstante, también podrán verse vinculados aquellos sujetos que voluntariamente decidan adherirse a los mismos (SSTS 14-11-1994, ar. 9071; 10-6-1998, ar. 4105; 11-9-2003, *cit.*).

El hecho de que nuestro sistema de negociación colectiva tenga un cuarto de siglo ha supuesto que los pronunciamientos jurisprudenciales sean muy numerosos. Han sido múltiples los problemas que se han planteado ante nuestros órganos jurisdiccionales y es por ello que la jurisprudencia sobre la materia es muy abundante. Sin embargo, ello no significa que la inseguridad jurídica inicial con la que se encontraba el negociador, los sujetos afectados y en definitiva el jurista, esté superada. La intensa actividad de nuestros tribunales respecto al tema, que aún en nuestros días se mantiene, indica lo contrario.

Sin que nuestra pretensión sea desmerecer la labor de la jurisprudencia, es innegable la presencia en la misma de carencias y contradicciones que deben ponerse de manifiesto, pues en último término lo que está en juego es un derecho constitucional. Es ésta la tarea que se aborda en el epígrafe siguiente.

b) Principales deficiencias técnicas del régimen jurídico de los convenios ordinarios: una reflexión jurídico-crítica.

El punto de partida de este análisis crítico necesariamente ha de ser la naturaleza reconocida a los convenios colectivos pactados al margen del Estatuto. Como ya ha declarado el Tribunal Supremo en unificación de doctrina los convenios colectivos ordinarios son contratos, no obstante es este un tema sobre el que no hay acuerdo entre la doctrina científica.

Para los autores de esta ponencia los convenios colectivos cualquiera sea su eficacia tienen carácter de norma (como ha quedado suficientemente argumenta-

do más arriba), y es que para asignarle la naturaleza de norma no hubiera sido necesario darle tratamiento constitucional y mucho menos asignarle a la negociación colectiva rango de derecho; la posibilidad de regular las condiciones de trabajo a través de un contrato era algo totalmente viable simplemente con las posibilidades contractuales ofrecidas por el Código Civil. Nuestra Constitución apuesta por un sistema de fuentes vitalista y pluralista: no será sólo de las instituciones estatales de donde emane el Derecho (Monereo, 2002, 639). Por tanto si el art. 37 CE reconoce carácter normativo a cualquier manifestación de la autonomía colectiva, la construcción jurisprudencial sobre los convenios colectivos de eficacia limitada *adolece* de inconstitucionalidad.

Además, respecto a la naturaleza jurídica de los convenios colectivos «extra-estatutarios», la doctrina jurisprudencial incurre en importantes incoherencias que conviene señalar. Pese a declarar que estos convenios son contratos, y de ahí la consideración de la teoría general de los contratos como régimen jurídico básico, se detectan pronunciamientos, en los que de un modo expreso o implícito, se les otorga eficacia normativa (Quintanilla, 1999, 70). Así en la STS 1-7-1991, *cit.*, el convenio colectivo de eficacia limitada es considerado norma, se planteaba en el supuesto un conflicto entre un convenio estatutario y otro ordinario y en éste se trataban cuestiones no previstas en aquél, el Tribunal resuelve afirmando: «Aquí no hay, como advierte el Ministerio Fiscal, un conflicto de normas que conduzca a la aplicación de la más favorable; hay una sola norma aplicable, regulada en el pacto extraestatutario» (f.j. 3º). En esta línea también es posible aludir a pronunciamientos en los que a esta modalidad de convenios se les aplican principios jurídicos que regulan las relaciones entre normas, como principio de norma más favorable (STS 30-11-1998, *cit.*) o el principio de jerarquía normativa (STS 18-2-2003, *cit.*).

En las relaciones de esta doctrina con el Título III del Estatuto de los Trabajadores también se pueden observar contradicciones, pues pese a negar la aplicación del mismo, acaba siendo el principal punto de referencia para determinar su naturaleza jurídica, por ello constantemente se ha de acudir al régimen estatutario como único modo de comprobar de qué tipo de convenio se trata (SSTS 8-6-1999, 1-7-1999, 14-12-1997, *cits.*). Incluso se admite la aplicación de, «en su dimensión básica, las reglas generales del propio Estatuto, dada su calidad de ‘conciertos’ plurales» (STS 11-3-2003, *cit.* f.j. 2º), e igualmente también se pueden apreciar supuestos en los que directamente se aplican preceptos estatutarios contemplados en el Título III, así en la STS 13-11-2003 (ar. 1773/2004) se considera procede la aplicación del art. 85.1 ET a los convenios colectivos ordinarios.

El estudio de la jurisprudencia sobre convenios colectivos no estatutarios evidencia que el paso del tiempo no ha supuesto la consolidación de unos principios ordenadores de la negociación colectiva de eficacia limitada. Aún se sigue traba-

jando a golpe de sentencia, lo que indudablemente supone una tremenda inseguridad jurídica, y acaba afectando a la calidad de un derecho social básico, pues como ya se indicó el Estatuto de los trabajadores garantiza el contenido esencial del art. 37.1 CE únicamente en determinados aspectos. Es evidente que carece de justificación alguna la inactividad del Legislador en este aspecto, ya que sólo contribuye a precarizar el ejercicio del derecho a la negociación colectiva.

Por todo lo anterior sería oportuna la intervención legislativa que supusiera un desarrollo legal pleno del art. 37.1 CE. En este aspecto, y como propuesta de *lege ferenda* sería conveniente que ello se produjera en el mismo texto legal, siendo éste el mejor modo de proporcionar coherencia al sistema de negociación colectiva.

Desde este punto de vista se demanda la modificación del Estatuto de los Trabajadores, y así finalmente esta norma laboral básica diera cobertura a las distintas manifestaciones de la autonomía colectiva contempladas en el art. 37.1 CE.

1.3.2. Los acuerdos de empresa en el sistema español de relaciones laborales

Especialmente tras la reforma laboral de 1994 la figura de los pactos y acuerdos de empresa han recibido un extraordinario impulso en nuestro sistema de relaciones laborales. No se trata evidentemente de convenios colectivos estatutarios de los regulados en el Título III de la LET, pero no dejan de tener una cierta «tipificación» en el marco normativo-laboral. La categoría jurídica de los pactos o acuerdos colectivos de empresa es muy heterogénea por su diferente funcionalidad y en tanto que no son reconducibles a un esquema jurídico unitario. Sin pretensión de exhaustividad, puede indicarse que se prevén acuerdos colectivos de suplencia (en defecto de convenio colectivo aplicable) para diferentes materias [v. gr. clasificación profesional (art. 22 LET), ascensos (art. 24 LET), distribución de la jornada (art. 34.2 LET)], o alternativos a la regulación prevista en convenio colectivo; novatorios o modificativos del un convenio colectivos [modificación sustancial de condiciones colectivas de trabajo (art. 41 LET), acuerdos de descuelgue salarial (art. 82.3 LET)]; acuerdos colectivos en período de consulta-negociación [traslados (art. 40 LET), modificación sustancial (art. 41 LET), despido colectivo (art. 51 LET)]; acuerdos de constitución de un Comité de Empresa Europeo, o los acuerdos colectivos que ponen fin a una situación de conflicto colectivos («acuerdos de paz»).

El tipo unitario de convenio colectivo pasa a diversificarse en relación a las diferentes funciones –de mayor complejidad y que trascienden la tradicional función normativa– que está llamado a realizar en el sistema de relaciones laborales. La propia ley (especialmente en la reforma del '94) ha instituido toda una serie de pactos y acuerdos de empresa que se separan del modelo típico de convenio colectivo «estatutario». Así pues, la evolución y reforma del sistema español de negociación colectiva ha conducido a un sistema más abierto, adaptable y dinámico de negociación colectiva en contraposición al modelo asentado durante el

período «corporativo», del que la regulación legal post-constitucional heredó importantes caracteres (Casas Baamonde, 1997, pp. 31 y ss.). Se ha hablado así de un fenómeno de «re-contractualización» del convenio colectivo (Rodríguez-Piñero, 1998).

Se trata de manifestaciones de la autonomía colectiva cuya diversificación se ha visto incrementada tras la reforma laboral de 1994, caracterizada por un elevado protagonismo que los acuerdos y pactos de empresa adquieren como mecanismo jurídico de organización y gestión empresarial y, en general, como mecanismo funcionalmente apto para la redefinición permanente del sistema de relaciones laborales en la empresa (Monereo, 1996, p. 274). En la actual situación normativa, en efecto, el acuerdo entre la dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores ha dejado de ser, como era con anterioridad, un mero episodio dentro de las previsiones legales, para convertirse en una institución típica, de uso sistemático, dentro de la ordenación de las relaciones laborales, unas veces como cauce de regulación de las condiciones de trabajo, otras como instrumento de organización y gestión de los recursos humanos en la empresa (García Murcia, 1995, p. 37).

Este fenómeno manifiesta una abierta intención del legislador por el reforzamiento en nuestro ordenamiento laboral de un *principio de inmediación* en las relaciones laborales según el cual la negociación a nivel de empresa otorga mayores posibilidades de acercamiento real y de elaboración de respuestas paccionadas de las partes a los problemas actuales de la empresa y facilita que la negociación colectiva responda de manera más eficaz y adecuada a las demandas flexibilizadoras en materia laboral que la coyuntura económica y las nuevas estructuras empresariales reclaman, y que se configuran así como una vía más de regulación sustitutiva de la estatal. Esta función de adaptación a las características de la organización productiva puede constatarse en la generalidad de supuestos en los que la ley remite al acuerdo de empresa; en todos ellos, en efecto, se buscan reglas más apropiadas para el ámbito empresarial, con independencia de que la iniciativa corresponda a una u otra parte de la relación laboral. Dicho en otras palabras, la importancia otorgada a los acuerdos de empresa ponen de relieve una neta línea político-jurídica de *descentralización* de la negociación colectiva hacia la empresa como medida favorecedora y apta para la flexibilidad en la gestión de la mano de obra y la adaptabilidad –tanto en su volumen como en las condiciones laborales– de la misma a las cambiantes necesidades de la empresa. Todo ello aproxima nuestro sistema de negociación colectiva hacia un modelo eminentemente descentralizado y «dinámico» (cfr. Kahn-Freund, 1978, pp. 52 ss.).

Este fenómeno podría impulsar las funciones «gestionales» de la negociación colectiva, a través de cuyos acuerdos pueden venir regulados o procedimentalizados poderes que originariamente son propios del empleador, en contraposición a la función de fijación de los mínimos de tratamiento económico y normativo

propia de la «normal» negociación colectiva. Desde esta perspectiva, se ha hablado de una obsolescencia del convenio colectivo como fuente creadora de derechos subjetivos inmediatamente justiciables (Romagnoli, 2002, pp. 249-250; Zoli, 1990, pp. 377 y ss.). Así pues, los resultados esperables de la negociación colectiva no son ya solo reguladores en sentido propio, sino también instrumentales a la organización del trabajo en la empresa, la negociación colectiva asume así un contenido gestional. Ciertamente, de esta función de la negociación colectiva dan cuenta no sólo los grandes convenios colectivos con cláusulas y procedimientos gestionales, sino también la proliferación contemporánea de los productos jurídico-negociales más propios para la realización de tareas de gestión inmediata y específica de la empresa, como son los acuerdos colectivos de empresa o de reorganización productiva, que presenta el rasgo cada vez más acusado y significativo de *normalización jurídica en el desempeño de su función de racionalización de la organización productiva*.

El reconocimiento legal de un margen de actuación tan amplio al acuerdo de empresa supone correlativamente una renovada *centralidad* del ámbito empresarial en el cuadro regulador del sistema de relaciones laborales. Como consecuencia, se ha hablado de la progresiva implantación de un «sistema de empresa» autónomo (Baylos, 1995, p. 404), en consonancia con el espacio que demanda la empresa para la producción de normas y reglas propias que disciplinen en su globalidad las relaciones de trabajo, que tendría en este tipo de negociación colectiva llamado «acuerdo de empresa» su encaje perfecto. El «sistema normativo de empresa» incrementaría su «autonomía» con un efecto de desplazamiento de la negociación colectiva centralizada, de manera que se produce una cierta inmunización de la norma empresarial frente a la función homogeneizadora y reguladora de condiciones de trabajo de la negociación colectiva que se produce «en el exterior», en la rama de producción.

Desde la propia normativa estatal se imprimió un impulso decisivo a la negociación colectiva empresarial con el protagonismo que se otorga a dichos acuerdos de empresa, eso sí, en detrimento del espacio regulador del convenio colectivo estatutario, que podría determinar una erosión paulatina en la función de gobierno llevada a cabo por la negociación colectiva supraempresarial y los sujetos negociadores en tales ámbitos. Se produce así, una *huída y desestructuración de la negociación colectiva supraempresarial* con la consideración de que el declive de la negociación colectiva a niveles más amplios es una valiosa y sana evolución para la flexibilidad laboral en su vertiente normativa. Esta estrategia conduce a la desviación de los *standards* colectivos o a una «*deshomogeneización social*» funcionalmente dirigida a la viabilidad y rentabilidad empresarial, situación especialmente deseada por el empresariado y que normalmente culmina con la variación del estándar *in peius* para desventaja del propio trabajador. Es claro que no se les atribuye –aunque pueden tenerla– una función de mejora de la normativa legal o convencional, al modo de los acuerdos o pactos colectivos

informales generadores de condiciones más beneficiosas, sino, en muchos casos, una directa función reguladora general.

Sería deseable que esta mayor presencia de la actividad negocial colectiva (especialmente a nivel de empresa), cualquiera que sea el instrumento en que se plasme, contribuya a reducir la actuación individualizadora en la fijación de las condiciones de trabajo («huida de la negociación») (Fernández López, 1995, pp. 87 y ss.), que ha sido un instrumento crecientemente utilizado por los empresarios en los últimos años para escapar de la imposición uniformizadora de la negociación colectiva (sectorial) que vienen considerando excesiva, y que en ocasiones se traducen conductas conocidas negociaciones individuales «en masa» (García-Perrote, 1989, pp. 256 y ss.) declaradas antisindicales por la doctrina constitucional. En cualquier modo, existe el peligro consistente en que este «minifundismo» convencional reemplace al fenómeno de la individualización «en masa» de las relaciones laborales en la empresa, so pretexto de situaciones de «inestabilidad» o de «reorganización» empresarial, dado que, en ausencia de un verdadero contra-poder sindical en la empresa, detrás de la inaplicación en la empresa de los contenidos del convenio se encuentra la más o menos maquillada determinación unilateral de las condiciones de trabajo por debajo de los estándares de tutela definidos por aquél. Lo que podría tener un nefasto efecto de progresiva debilitación del sujeto sindical que ve que lo negociado en convenio colectivo puede ser sistemáticamente inaplicado empresa por empresa (Baylos, 1995, p. 420).

Toda esta operación también supone una redistribución de poder entre los agentes colectivos en su capacidad de ordenación y gestión de las relaciones laborales, cobrando mayor protagonismo las estructuras representativas inferiores (unitarias) sobre las de ámbito superior (sindicales), aunque como es sabido, en nuestro sistema de relaciones laborales las estructuras representativas de la empresa se encuentran enormemente mediatizadas por las más generales (fenómeno incentivado por el propio sistema legal de relaciones laborales colectivas), lo que en cierta medida amortigua el efecto de pérdida de protagonismo de las instancias sindicales.

Por otra parte, debemos tener presentes las potenciales disfuncionalidades que la no consecución de dichos acuerdos pueden plantear al sistema: individualización de las relaciones laborales en los supuestos de ausencia de derecho supletorio estatal o de mínimos legales (en tal sentido no debe olvidarse que la operación ha venido acompañada de una notable «desregulación» normativa); reversión de dichas facultades a la voluntad unilateral del empresario; excesiva judicialización de las relaciones laborales, etc. La clave del éxito de esta operación aproximativa a un sistema de «*collective laisser-faire*» (Wedderburn, 1994), depende en gran medida de la capacidad o simplemente del poder negociador de los representantes de los trabajadores en la empresa para defender eficazmente los dere-

chos de los trabajadores en este nuevo sistema de relaciones laborales, y aquí es donde se plantean terribles dudas sobre la fortaleza de nuestro «*garantismo colectivo*» de nivel empresarial para asumir equilibradamente tales funciones. A nadie escapa que en muchas pequeñas y medianas empresas en las que la implantación sindical es nula, bajo tal denominación lo único que existirá será un contrato de adhesión plural a la propuesta salarial que realice el empleador.

Desde la perspectiva de la democracia industrial, la función político-jurídica que cumplen los específicos acuerdos de empresa de «reorganización productiva» es posibilitar la influencia y participación de los trabajadores, mediamente a través de sus representantes empresariales, en las decisiones reorganizativas (novatorias, suspensivas, extintivas, etc.). En tales supuestos se facilita dicha participación abriendo la posibilidad de una gestión concertada del personal en la empresa a través de un instrumento jurídico dotado de fuerza vinculante, lo que implica una cierta limitación de los poderes empresariales y favorece una deseable corresponsabilización de los trabajadores en la gestión del empleo y las condiciones laborales en la empresa. Desde esta perspectiva, estos acuerdos constituyen un intento funcional de *bilateralización* en la gestión de los recursos humanos en la empresa, haciendo posible una cierta substracción del ejercicio de las facultades reorganizativas a la unilateral voluntad del empresario, canalizada a través de la fórmula participativa de la consulta-negociación con los representantes de los trabajadores para la adopción de decisiones directivas de la actividad empresarial, que eventualmente puede plasmarse en un acuerdo colectivo regulador de tales vicisitudes. Estamos ante lo que cabría denominar *negociación colectiva participativa* en el sentido de incidir sobre aspectos fundamentales de la gestión de la empresa como centro de gravedad, en la que los poderes del empleador quedan puestos en juego en una negociación colectiva como proyección de los principios de democracia industrial en el gobierno de la empresa. Esta negociación puede llegar a ser «concesiva» por parte de los trabajadores, en tanto que en ella puede operarse una transacción de estatutos colectivos que incluso pueden verse modificados *in peius*. En tal caso estaríamos ante un acuerdo de reestructuración complejo en el que habrán de respetarse las normas sustantivas y procedimentales establecidas para cada materia y supuesto modificativo. A pesar de estas apreciaciones sobre su «potencial participativo», el efecto global de la reforma fue justamente el contrario, de carácter «desindicalizador» como ya hemos advertido, y de ahí el necesario efecto «recentralizador» de la negociación propiciado por los propios interlocutores en los sucesivos Acuerdos Interconfederales sobre Negociación Colectiva temerosos de la deshomogeneización que estos instrumentos colectivos pueden generar frente a las regulaciones sectoriales convencionales. Los sucesivos Acuerdos Interconfederales sobre la Negociación Colectiva subyace un intento racionalizador de la negociación colectiva con el objeto de evitar los desajustes derivados de las exacerbadas posibilidades descentralizadoras propiciada por la reforma laboral del '94. En este

sentido, aflora la conveniencia de estructurar la negociación colectiva con elementos homogeneizadores pero con vías descentralizadoras de adaptación de las condiciones laborales al concreto sector o empresa. No se olvide también el latente interés en la homogeneidad de las condiciones de trabajo en relación a la competencia inter-empresarial, al crear una base de partida común en relación a los costes laborales.

Los llamados acuerdos colectivos de empresa (capacitados para la regulación general de condiciones de trabajo, como instrumento de suplencia o alternativo a la regulación del convenio colectivo, o para la sustitución de contenidos regulados en convenios sectoriales, además de como instrumento jurídico de reorganización del trabajo en la empresa) plantean serias dificultades para la construcción de su naturaleza y eficacia jurídica. Máxime cuando el legislador ha eludido pronunciarse sobre su naturaleza jurídica, su modo de elaboración, su eficacia jurídica y personal o su articulación con otras fuentes de regulación, posiblemente porque incluso en ello ha querido brindarles un espacio de indeterminación o ambigüedad favorable al ejercicio de sus funciones (Casas Baamonde, 1994, p. 299), pero generadora de un alto nivel de inseguridad jurídica.

La regulación legal de los acuerdos de empresa es exigua, y se ciñe a los acuerdos de reorganización productiva, que inciden sobre el proceso de toma de decisiones empresariales de reestructuración. Esta regulación solamente aparece en los supuestos de la negociación-consulta (fase de participación en la gestión extraordinaria de situaciones de reorganización productiva que, bajo el deber de negociar de buena fe, se orienta hacia la consecución de un acuerdo) de los arts. 40, 41, 47 (por remisión) y 51 LET en una expresión de estilo –relativa a los sujetos legitimados para negociar y adoptar dicho acuerdo– que se repite en todos ellos: «*Dicho acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquellos*». Adviértase su coincidencia, no sólo con los sujetos legitimados para la negociación colectiva estatutaria en ámbito empresarial o infraempresarial (art. 87.1 LET), sino también con su legitimación decisoria, es decir el *quorum* necesario para que alcancen validez los acuerdos que se adopten. Así, cuando negocie la representación unitaria, habrá acuerdo cuando voten favorablemente la mayoría de los miembros del Comité de Empresa o Delegados de personal. Cuando se trate de las representaciones sindicales, además de representar en su conjunto a la mayoría de aquéllos, la mayoría necesaria para la consecución del acuerdo se obtendrá en base a votos que tendrán un valor proporcional al porcentaje o índice representativo de la sección sindical en la empresa.

La heterogeneidad en la tipología de estos acuerdos previstos LET, derivada a su vez de la amplitud de contenidos o materias, funciones y efectos con que se conciben de (Rivero Lamas, 1997, pp. 113-120; Escudero Rodríguez, 1994, pp.

57 y ss.; García Murcia, 1995, pp. 38 y ss.; Sala Franco/Alfonso Mellado/Pedrajas Moreno, 1996, pp. 11 y ss.) difícilmente consiente un tratamiento unitario de la figura del pacto o acuerdo colectivo de empresa. No obstante, existe una gran coincidencia doctrinal en considerarlos manifestación de la autonomía colectiva y por tanto, con cimentación en el art. 37.1 del texto constitucional como poder negocial derivado de la misma. Quizá éste sea el único punto de partida coincidente en el análisis de las posturas doctrinales que han surgido al respecto, donde el principal caballo de batalla viene representado por la determinación de la naturaleza y eficacia jurídica de tales acuerdos. Siendo ello así, estas fuentes de ordenación de las relaciones laborales –llamadas legislativamente a desempeñar un papel tan trascendental en el desarrollo de las mismas– vienen también a renovar, por su similitud, el ya tradicional debate sobre la eficacia de los convenios ordinarios (propios) y los de eficacia general a la exégesis de la expresión «*fuera vinculante*» contenida en el art. 37.1 de la norma suprema. Un amplio sector doctrinal se inclina por el carácter indecisorio de la CE al respecto, eso sí, amparando en ella todas las manifestaciones de negociación colectiva con independencia de su eficacia, no obstante, otros autores han sostenido que el art. 37.1 CE sólo tiene sentido si añade un «plus» al pacto simple, y tal plus sería la «naturaleza normativa» considerándose que la «referencia constitucional sería inútil si el convenio se limitase a la eficacia contractual», mientras que la CE, en cambio, no atribuiría directamente al convenio colectivo eficacia personal general o *erga omnes* (Borrajo Dacruz, 1984, p. 114).

Preliminar e instrumentalmente debe advertirse el jaque producido por éstos acuerdos a la consolidada distinción entre convenios colectivos estatutarios o extraestatutarios. Posiblemente esta adjetivación haya perdido parte de su sentido ante la proliferación de modalidades negociales colectivas establecidas en la LET, por tanto, «estatutarias», en el sentido de previstas y algunas someramente reguladas en el propio texto estatutario; ello salvo que con dicha adjetivación quiera seguir indicándose exclusivamente una hipotética identidad de naturaleza y eficacia jurídica entre el convenio colectivo elaborado y tramitado conforme al título III LET y estos otros resultados negociales. Es decir, no cabe ya hablar de estos acuerdos de empresa como manifestaciones negociales colectivas de carácter «atípico», sino que reúnen el requisito de «tipicidad» en tanto previstas y reguladas por la LET. Así pues, el acuerdo de empresa, a diferencia de los acuerdos informales de empresa, está previsto expresamente en la ley y, por lo tanto, formalizado o tipificado de alguna manera. Ahora bien, la intensidad regulativa de cada acuerdo en el sistema normativo de la LET no es uniforme, y, en cualquier caso, deja abierta la problemática ya referida sobre su eficacia jurídica.

Sin duda, la cuestión más controvertida doctrinalmente sobre los acuerdos de empresa es la problemática delimitación de su eficacia jurídica, sobre la que la normativa legal guarda silencio y, en definitiva, la cuestión de su inserción en el sistema de fuentes laboral. Las opiniones doctrinales al respecto han sido diver-

gentes, aunque lo cierto es que del sistema normativo ha de deducirse la naturaleza y eficacia jurídica de tales acuerdos.

Para un sector doctrinal los acuerdos de empresa tienen, desde el punto de vista de la eficacia jurídica, un *valor normativo* y, desde la eficacia personal, *eficacia general*. Según este posicionamiento en tanto se cumplan los requisitos de legitimación, de mayorías para la adopción de acuerdos vistos y traten de las cuestiones para las que la Ley les habilita, producen los mismos efectos de los convenios colectivos regulados en el título III LET, con independencia de su sometimiento al procedimiento previsto estatutariamente para el convenio colectivo. La justificación estos posicionamientos giran básicamente en torno a una triple vía argumental:

- a) los requisitos de legitimación para negociar y el régimen de adopción de acuerdos exigidos para concluir válidamente los acuerdos son coincidentes con los impuestos a los convenios colectivos de ámbito empresarial o inferior (arts. 87.1 y 89.3 LET) (Vallejo Da Costa, 1995, pp. 449-450; Apilluelo Martín, 1995, p. 142, en la consideración que se produce una asimilación en los efectos al convenio colectivo estatutario sin llegar a tener la consideración de tal, es decir, la representación negociadora establecida para su adopción, generaría, a su juicio un efecto aplicativo de generalización igual al del convenio colectivo).
- b) Porque las materias en las que la ley admite los referidos acuerdos son de configuración general, versan sobre aspectos esenciales de la organización del trabajo (Escudero Rodríguez, 1994, p. 55).
- c) Por la posibilidad de que mediante este tipo de acuerdos colectivos se modifiquen convenios colectivos estatutarios. Como ha indicado un sector doctrinal, los acuerdos de empresa son fórmulas de integración de vacíos normativos que (excepcionando los supuestos de Derecho colectivo), en el plano de la relación individual de trabajo carecen de legitimidad para abordar la regulación de una determinada materia en contraposición a lo establecido en un Convenio Colectivo. Ello es así no porque entre el Convenio Colectivo y el acuerdo de empresa exista una relación de jerarquía, sino porque el acuerdo de empresa carece de legitimidad para regular materias que la negociación colectiva ha zanjado en un sentido o en otro. Ahora bien, se admite, para los supuestos de los acuerdos colectivos novatorios su naturaleza de auténticos Convenios Colectivos, con base en el argumento de que, a diferencia de otros acuerdos de empresa, no se trata de establecer reglas en ausencia de Convenios colectivos, que el empresario podría hacer por sí mismo, sino de sustituir, alterándolo, lo pactado en un Convenio que sí existe. De ahí que, además de las reglas legales, la propia función del acuerdo justifica su aproximación a un verdadero Convenio (Fernández López, 1995, pp. 95-97).

Para los acuerdos que ponen fin a una situación de huelga o conflicto colectivo, el marco normativo (arts. 8 y 24 RDLRT; art. 154.2 LPL) establecen que ten-

drán la misma eficacia que lo acordado en convenio colectivo, luego tal eficacia dependerá exclusivamente de la representatividad (legitimación) que tengan los sujetos negociadores. Si cumplen con los requisitos de legitimación establecidos para la negociación colectiva estatutaria estaremos ante un acuerdo equiparado en eficacia a los mismos; mientras que si no los cumplen, su eficacia será equiparable a la de un convenio colectivo extraestatutario.

Ciertamente estos datos aportan elementos que nos inclinarían a una equiparación jurídica entre el convenio colectivo «estatutario» y los acuerdos colectivos que analizamos, pero la construcción del instituto en estudio como norma creadora de Derecho objetivo encuentra un obstáculo de dificultosa solución como es que se atribuya valor normativo a acuerdos que no requieren publicación, lo que vulneraría en gran medida los principios de publicidad de las normas y de seguridad jurídica. Resulta difícil aceptar la *eficacia normativa* de una manifestación de la autonomía colectiva que no se somete al procedimiento de elaboración y tramitación de los convenios colectivos previsto en los arts. 89 y sigs. LET, cuyo establecimiento se configura como premisa previa a la atribución de tal eficacia. El principal escollo para mantener su eficacia jurídica normativa viene constituido por la carencia de publicidad de tales acuerdos en clara contradicción con la exigencia contenida en los arts. 9.3 CE y 2.1 C.c., que establecen la necesidad de publicación oficial para la eficacia de las normas jurídicas (Monereo, 1987, pp. 530 y ss.). Ahora bien, si se acepta que el acuerdo colectivo es reflejo del art. 37 CE, ha de admitirse su «*fuera vinculante*» al garantizarse ésta por la norma constitucional, renovándose así el problema hermenéutico planteado por tal cláusula abierta siempre que se sostenga una equiparación de tales acuerdos o pactos colectivos con el convenio colectivo *ex art. 37 CE*, y todo ello sin perjuicio de su protección por la norma constitucional en su garantía genérica de la negociación colectiva. Tal precepto suele ser examinado desde una perspectiva ontológica, sin embargo, el contenido de la garantía constitucional es amplísima, abarcando y garantizando todos los productos jurídico-negociales derivados de la autonomía colectiva. El problema clave es determinar si la garantía constitucional se extiende al reconocimiento de la fuerza normativa vinculante del convenio colectivo *típico* o abarca también otro tipo de productos negociales. A partir de aquí comienzan las aporías hermenéuticas reales que, en gran medida, no pueden resolverse sobre la base de una interpretación ontológica del art. 37 CE.

De otro lado, la posibilidad de que estos acuerdos puedan modificar (incluso *in peius*) lo establecido en un convenio colectivo esta abierta por la propia LET al acuerdo colectivo, pero ello no implica su plena equiparación desde la perspectiva de la naturaleza jurídica de ambos, pues debe discernirse entre una aproximación funcional y naturaleza jurídica. Posiblemente nos encontremos ante un aporético choque estructura-función. Si el acuerdo dispone de esa funcionalidad es porque así lo establece la ley, modulando vertientes de eficacia (cronológicas y de extensión subjetiva) del propio convenio colectivo (Valdeolivas García,

1996, p. 22) con el objeto de dotar al sistema de relaciones laborales de instrumentos ágiles y flexibles de adaptación a las singulares coyunturas (alteración de circunstancias sobrevenidas) (Escudero Rodríguez, 1995, p. 198) en las que pueden encontrarse insertas las unidades productivas. Pero se trata de una cuestión de reconfiguración legal de articulación de fuentes que deja imprejuizada (aunque relativizada desde la perspectiva funcional) la naturaleza jurídico-contractual del acuerdo colectivo de empresa no celebrado conforme a los requisitos del título III LET. Por otra parte, su naturaleza de producto negocial *colectivo* lo sitúa, en el sistema de fuentes reguladoras de la relación laboral, como heteroreglamentación sobre el contrato individual no constitutiva de Derecho objetivo, de modo que se circunscribe en un lugar intermedio entre el convenio colectivo «estatutario» (con eficacia jurídico-normativa y personal general) y el contrato o pacto individual. Pero siempre en una lógica colectiva diferente al puro esquema de la contratación privada. Desde tal perspectiva podría reclamarse su correspondiente inserción dentro del sistema de fuentes laborales en el art. 3.1 LET (Ojeda Avilés, 1994, p. 264).

A pesar de no estar sujetos a la tramitación prevista en el título III LET, nada excluiría la posibilidad de elaboración conforme a dicho procedimiento con la consiguiente obtención de la eficacia normativa propia del convenio colectivo estatutario (Casas Baamonde, 1994, p. 299). Cuando se trate de acuerdos colectivos modificativos pueden tener no sólo eficacia meramente obligatoria, sino también eficacia normativa general. El que sea la una o la otra dependerá tanto de la fuente en que se regule las condiciones colectivas modificadas –convenio colectivo estatutario, «acuerdo o pacto colectivo», «decisión unilateral del empresario de efectos colectivos»–, como también de la propia voluntad de las partes contratantes que, cabría pensar, podrían en determinados casos inclinarse por una u otra vía respecto a los efectos de lo acordado, siempre que estén legitimados legalmente para ello. Caso de no tramitarse conforme al procedimiento del título III LET nos mantendremos en un ámbito estrictamente contractual (aunque colectivo y con «fuerza vinculante» *ex* art. 37.1 CE). Denótese que lo contractual y lo colectivo no son términos antitéticos, baste para ello con atisbar los modelos comparados de negociación colectiva, aunque es cierto que nuestro sistema estatutario pudiera generar esa falaz apariencia. No obstante, nada impediría admitir la eficacia normativa propia de la categoría jurídica del «contrato normativo», destinada a prefijar las condiciones reguladoras de las relaciones inter-privadas.

La cuestión de la eficacia personal ha de situarse en un plano distinto, para cumplir sus funciones, han de gozar en todo caso de *eficacia personal general* y ser aplicables *in genere* a todos los trabajadores de la empresa. Eficacia tanto más necesaria cuanto la ordenación normativa otorga gran amplitud al contenido y materias de posible regulación por los convenios de empresa o a los períodos de consulta-negociación en el caso de los acuerdos de reorganización productiva (capaces de englobar todas las cuestiones atinentes a la reorganización producti-

va y no estrictamente las relativas al ajuste de plantilla), de modo que no cabe excluir en los mismos una cierta abstracción y generalidad. En este caso el propio ordenamiento se ha encargado de garantizar la eficacia general del acuerdo (Matía Prim, 1994, p. 30; Cruz Villalón, 1994, p. 150). Así, ha establecido *ex lege* las representaciones legitimadas para negociarlo en tanto dicho acuerdo tiene una naturaleza sustancialmente *transaccional*, de las cuales se deriva inexorablemente dicha eficacia personal (Ojeda Avilés, 1995, p. 263), pues son las mismas que las previstas para la negociación colectiva estatutaria empresarial y en las cuales la ley presupone la defensa y promoción de los intereses generales de los trabajadores en el ámbito empresarial respectivo como «*bargaining unit*», aunque no quepa descartar otras vías para la obtención de tal eficacia personal (Casas Baamonde, 1994, pp. 299-300). Se trata de un sistema de «statutory representative» con el otorgamiento de poderes a los sujetos negociadores similar a los «cuerpos legislativos», capaces de ampliar o restringir los derechos de quienes legalmente representan (Kahn-Freund, 1978, pp. 48-49).

Nos encontramos ante el contrato colectivo *normativo* (en cuanto disciplinador del contenido –e incluso de la existencia o pervivencia– de los contratos individuales) (Giugni, 1992, pp. 144 y ss.), lo que dota al mismo de una cierta dimensión de fuente *cuasi*-objetiva del Derecho, aunque sin llegar a serlo en sentido estricto. Figura que es irreductible a su inserción en un esquema lógico-jurídico como es el propio del régimen jurídico de la contratación civilística, situada en una perspectiva esencialmente individualista. Este contrato supone, en su dimensión *colectiva*, una amplia relativización del principio de relatividad propio de la contratación civil, a través de juego de institucionalizadas representaciones legales, que sin ejercer poderes públicos ni situarse en el mero plano de los derechos subjetivos privados, se les permite conseguir una eficacia personal *erga omnes* o generalizada (Carnelutti, 1935, pp. 116). Se trata de *contratos normativos de carácter colectivo* no reconducibles a esquemas más simples de comprensión extraídos del Derecho común de los contratos.

De lo visto se deduce una cierta aproximación a la controvertida figura del convenio colectivo extraestatutario, que no se encuentra inserta en el sistema formal de fuentes de Derecho del Estado, aunque tienen una eficacia inderogable –directa y automática *ipso iure* en todo su ámbito específico de aplicación– respecto a los trabajadores y empresas representadas en la negociación. Es decir, en ambos casos se trata de contratos normativos de carácter colectivo que disciplinan el contenido de los contratos individuales de trabajo, y, en su caso, el marco de relaciones colectivas o sindicales con el empresario. No obstante, los acuerdos colectivos presentan los siguientes rasgos tendencialmente diferenciales: 1º. Tienen un marco de encuadramiento y regulación jurídica expresa en el ordenamiento laboral estatal. 2ª. Su configuración jurídico-positiva es altamente heterogénea de modo que no son reconducibles a un esquema unitario. 3º. Su funcionalidad es afrontar la resolución de problemas laborales específicos en el marco estricto de la empresa,

por lo cual adquieren *ex definitione* un carácter preordenadamente «monográfico» (que justamente pueden adquirir también los convenios colectivos –típicos o atípicos– aunque no es su morfología típica o prevalente). Su objeto es normalmente más específico que el del convenio colectivo de empresa («estatutario»), pues suele incidir en materias concretas y tener carácter coyuntural o excepcional (*v. gr.* situaciones de crisis empresariales). Por otro lado, de ordinario tratan de especificar o concretar, o incluso desplazar reglas de carácter general cuando no se acomodan a las exigencias de solución de los conflictos colectivos de intereses o, en otro caso, también acomodan las condiciones laborales a las necesidades de gestión (reorganización) de la organización productiva.

El silencio legal respecto a la eficacia jurídica de los acuerdos o pactos de empresa (los cuales, cabe recordar, gozan de una regulación específica más o menos detallada) puede acaso poner de manifiesto que la opción de política legislativa cristalizada en la LET de no prefijar con carácter necesario la inserción de tales acuerdos en el sistema formal de fuentes del derecho del ordenamiento estatal. Ello les otorga una amplia funcionalidad operativa flexible a tales acuerdos (parece que intencionadamente querida por el propio legislador), ya que, sin perjuicio de su eficacia inderogable y personal en su ámbito de aplicación, pueden estar dotados de eficacia normativa –a criterio de las partes negociadoras– según que sigan o no la tramitación propia correspondiente que les lleve –entre otras garantías– a cumplir con el principio de publicidad de las normas consagrado constitucionalmente. No obstante, desde el punto de vista de la *praxis* jurídica seguirán teniendo, cualquiera que sea la versión, un efecto inderogable directo y automático *ipso iure* en su ámbito específico de aplicación y para los fines a los que se han concertado. El encauzamiento hacia la normatividad propia del Derecho objetivo permitiría dotarles de una mayor certeza jurídica por la vía de la publicación y del conocimiento de todos los interesados y del juez (garantías propias que confieren los principios de publicidad y seguridad jurídica en el programa normativo del art. 9 CE). Lo que debe evitarse es el riesgo de otorgar un excesivo valor cuasi-legal a los propios productos emanados de la autonomía colectiva, lo que podría desconocer que el cuadro de referencia para la autonomía colectiva es el propio del *pluralismo* jurídico consagrado en el texto constitucional. Ello nos lleva a tomar buena nota, desde el punto de vista metodológico, de la necesidad de diferenciar la dinámica propia de las fuentes legislativas (Derecho legal) de las fuentes sujetas a una dinámica *extralegislativa* (aunque estén previstas en el marco legal).

2. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ARTICULADA: LOS «ACUERDOS MARCO» Y «ACUERDOS INTERPROFESIONALES SOBRE MATERIAS CONCRETAS»

2.1. Breves referencias al origen y evolución del paradigma estructural del sistema estatutario de negociación colectiva

El art. 83 ET, además de reconocer expresamente a las partes contratantes la libertad para determinar el ámbito de aplicación o la unidad de negociación de los convenios colectivos, les ha permitido también que, en uso de su autonomía colectiva, entren a regular la organización global de los mismos; esto es: que acuerden la estructura de la negociación por medio de los denominados «Acuerdos Marco» o «Acuerdos Interprofesionales».

La marcada atomización, descentralización y fragmentación que caracterizó la estructura negocial española a partir de 1958, planteó la necesidad de buscar una mayor racionalización que permitiese dotar al sistema de negociación colectiva de una mayor efectividad y eficacia, suscitándose así un especial interés por la reordenación de la estructura de la negociación colectiva que culminó en la regulación de un instrumento que la hiciera posible: el Acuerdo Marco regulado en el art. 83.2 ET. Y, de esta forma, siguiendo la experiencia de otros países cercanos—fundamentalmente Italia—, el ET introdujo en 1980 dicha figura con la finalidad clara de introducir criterios de racionalidad y armonización entre los distintos ámbitos de negociación colectiva conforme a las cambiantes preferencias de las estrategias de encuentro entre los agentes sociales entre sí y en relación con el mismo poder público, y con el propósito de disminuir la conflictividad laboral derivada de la «atomización» de los convenios; es decir, tratando de establecer criterios de ordenación jurídica de la estructura contractual pero dejando esta facultad en manos de las propias organizaciones sindicales y empresariales [si bien, en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad del Acuerdo Marco se había introducido ya en la Ley 18/1973, de 19 de diciembre, de Convenios Colectivos Sindicales de Trabajo, art. 5º A. Cuarto (Borrajó, 2001, 309)].

De esta forma, y con una cuestionable configuración jurídica dentro del art. 83.2 y 3 ET, han quedado legalmente reconocidos los Acuerdos Marco o Acuerdos Interprofesionales como acuerdos que, celebrados entre las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales que gocen de una mayor representatividad a nivel estatal o de Comunidad Autónoma, constituyen una manifestación de la autonomía colectiva dirigidos fundamentalmente a «modalizar» la futura negociación colectiva y trazar las coordenadas sobre las cuales ha de llevarse a cabo ésta, pudiendo incluso contener normas de aplicación directa. Son, en definitiva, acuerdos que fijan el «marco» por donde haya de discurrir la negociación de las condiciones de trabajo llevada a cabo a través de los convenios

colectivos («convenios para convenir»); o dicho de otro modo, «Acuerdos típicamente estructurales cuya finalidad es regular abstracta o formalmente la negociación colectiva», sirviendo por tanto de cauce para el gobierno o control colectivo de las relaciones laborales, y conteniendo, a tal fin, reglas sobre la estructura de la negociación colectiva en niveles inferiores, sobre la solución de los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbitos, y principios de complementariedad de las diversas unidades de negociación.

Como se ha señalado, con la inserción de esta figura en el mencionado precepto, el legislador estatutario de 1980 pretendió sentar las bases para una organización, estructuración y ordenación coordinada de las diversas unidades de negociación, abriendo la posibilidad de una contratación colectiva «articulada», es decir, una negociación en la que el convenio de ámbito superior regula determinadas relaciones de trabajo y reenvía a los niveles inferiores la regulación de diversas instituciones que completan el contenido del convenio superior, fijando cuáles son las materias reservadas a cada uno de estos niveles. Al promover los Acuerdos Interprofesionales, la Ley optó por uno de los dos modelos básicos de estructura negocial: el modelo centralizado, favoreciendo— de modo que prevaleciesen— unidades de negociación amplias a escala territorial y profesional (convenios nacionales o regionales de rama o sector), y limitando las posibilidades de negociación en los niveles reducidos (convenios de empresa o de ámbito inferior a ésta o convenios provinciales y locales).

Al mismo tiempo, el ET quiso también formalizar los «pactos en la cumbre» para acabar con la extraordinaria «atomización» de la negociación colectiva en el periodo anterior y como medio de promoción del proceso de concertación social entre los diversos interlocutores sociales que se inició fundamentalmente en España a partir de 1977.

En nuestra experiencia, este proceso de concertación social, muy especialmente en la primera mitad de la década de los ochenta, tuvo una gran importancia constitutiva en la ordenación de las relaciones laborales, utilizando como instrumento de expresión los Acuerdos Marco celebrados por las organizaciones sindicales y patronales al más alto nivel, además de —o conjuntamente con— los pactos políticos y sociales, fruto de prácticas típicamente neocorporativistas (Rodríguez Piñero/ González Ortega, 1983, 375 y ss; Moreno Vida, 1983 y 1999) y con un contenido de gran complejidad [tal sería el caso del Acuerdo Nacional de Empleo (ANE), de 9 de junio de 1981, o al Acuerdo Económico y Social (AES), de 9 de octubre de 1984]. Estos Acuerdos Marco se han ido manteniendo como cauce de expresión normativa eventualmente utilizable por estos sujetos colectivos al objeto de ordenar la negociación colectiva o para regular materias concretas (caso del empleo, formación profesional, seguridad e higiene, sistema de solución autónoma de conflictos) en ámbitos sectoriales o en el ámbito de las de las comunidades autónomas (así, entre otros, Acuerdo Marco para el personal

laboral de la Administración civil del Estado y sus Organismos Autónomos de 22 de febrero de 1984, Acuerdos sobre materias concretas elaborados para la industria del calzado por FICE, UGT y USO de 1984, Acuerdo Marco Regional para la Negociación Colectiva en Canarias, de 9 de marzo de 1984 o el Acuerdo Marco Interprofesional del Sector de la Construcción de 28 de octubre de 1988). Tales pactos interprofesionales, resultado de la concertación social, fueron, en lo esencial, pactos sobre rentas del trabajo; pactos en los que las organizaciones sindicales, a cambio de coparticipar en la toma de decisiones de las grandes cuestiones de índole socio-económica, aceptaron una moderación salarial universal (Valdés Dal- Ré, F. 2003, p. 63).

Pero si bien, y durante esta primera etapa, la proliferación de este tipo de prácticas negociales conllevó que tales instrumentos adquirieran un grado de institucionalización relativamente alto, lo cierto es que posteriormente han ido cayendo en cierto desuso en su forma típica de «acuerdos en la cumbre», de modo que la negociación colectiva ha seguido siendo esencialmente descentralizada, predominando los convenios provinciales y de empresa sobre los sectoriales. Esta tendencia hacia la descentralización negocial fue aún más acentuada por la importante reforma del ET acometida por la Ley 11/1994, pues aun cuando el modelo centralizado de negociación presente en el art. 83.2 ET no fue alterado, sin embargo sí se vio afectado, en alguna medida, por la modificación de todo el sistema de relaciones laborales realizada por la citada Ley y actualmente contenido en el Texto Refundido del ET de 1995, que entre otras cosas potencia fuertemente la negociación en ámbitos reducidos y en especial el marco de la empresa como ámbito de regulación de las condiciones de trabajo. Con la potenciación de los acuerdos de empresa, la regulación de las cláusulas de descuelgue, la nueva regulación del art. 41 ET, y sobre todo la reforma del art. 84 ET, con la regulación en sus apartados 2º y 3º de nuevas fórmulas de descuelgue que permiten la descentralización territorial y funcional, la ordenación de la negociación colectiva que pueda haberse pactado al amparo del art. 83.2 ET en un Acuerdo Interconfederal ve limitada profundamente su eficacia colectiva normativa.

Cierto es que esta regla descentralizadora seguida por el legislador en 1994, pretendió ser corregida, al menos aparentemente, a través de los Acuerdos resultantes de la etapa de Diálogo y Concertación Social culminada en abril de 1997, especialmente por el Acuerdo Interconfederal sobre estructura de la Negociación Colectiva de 1997 (AINC). Prueba de ello son las previsiones de este Acuerdo sobre el carácter único y exclusivo del convenio colectivo de rama de actividad, o sobre la extensión del criterio de reserva de competencias negociales utilizado por el párrafo 3 del art. 84 ET —«un hipotético convenio colectivo de sector debería agotar las materias reservadas a dicho ámbito por el art. 84 del Estatuto...»(Cap. IV)—, bien a través de la ampliación de la reserva competencial a favor del convenio sectorial estatal— «...así como otras»—, bien a través de la limitación o restricción del derecho-deber de negociar materias susceptibles de

negociación ex art. 84 y ex art. 85 por cualquier representación profesional, o bien, a la inversa, mediante la sustracción de otras materias (Molina Navarrete, C., 1998, pp. 376 y 377). Posteriormente, en la misma línea del AINC de 1997 se sitúan los sucesivos y más recientes Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva de 2002, 2003 y 2005 (ANC); acuerdos que, al menos desde el punto de vista de sus respectivos contenidos, obedecen a la lógica finalista de los grandes pactos sociales cooperativos de la primera mitad de los años ochenta (Rodríguez- Piñero, M./ Valdés Dal- Ré, F / Casas Baamonde, M. E., 2002, 23), dirigidos a ordenar la negociación colectiva, a prefigurar y modalizar el escenario por el que ha de discurrir y en el que ha de desarrollarse la actividad contractual colectiva.

Sin embargo, tampoco se puede negar que tal pretensión de los propios interlocutores sociales por racionalizar el ámbito general de contratación a través de una articulación de convenios de distinto ámbito y por tender a una mayor centralización sobre la base de acuerdos sectoriales, ha sido realizada «dentro de lógica de la Reforma de 1994», y con una eficacia condicionada y debilitada en su propia configuración (Vida Soria, 1997, 591 y ss). Desde esta perspectiva, los últimos ANC señalados, al igual que el AINC, han renunciado expresamente a su fuerza normativa y a su eficacia personal general –optando voluntariamente por debilitar la propia eficacia contractual atribuida a los compromisos pactados–, de modo que los únicos sujetos obligados al cumplimiento de los «criterios, orientaciones y recomendaciones» contenidos en los mismos serán las organizaciones signatarias, sin que en principio queden vinculadas las representaciones de intereses socio-profesionales integradas en sus estructuras, que gozarán de total libertad para acomodar o no la actividad contractual colectiva a las previsiones del Acuerdo Marco, sin que pueda reputarse como irregular el convenio colectivo que se aparte o contraríe dichas previsiones. Sólo para las organizaciones confederadas, la eventual inobservancia de las pautas negociales de estos Acuerdos podrá dar lugar a una responsabilidad endoasociativa para con la estructura confederal a la que pertenecen (Valdés Dal- Ré, F; 2003, 58 y 59). Se viene adoptando así una opción de política sindical por la que las partes firmantes, aun cuando disponían de la suficiente representatividad para imponer todos estos acuerdos otorgándoles eficacia normativa o incluso eficacia «erga omnes» (Solà i Monells, X; 2005, 2), han descartado esta posibilidad a favor de una fórmula que pretende ser mucho más respetuosa con la autonomía colectiva de sus organizaciones y el resto de sujetos negociadores y por la que asumen, en relación con sus organizaciones confederadas, un compromiso que ellas mismas han dado en llamar «deber de influencia», conforme al que deberán articular los «mecanismos y cauces» oportunos para que se lleven a la práctica las directrices pactadas. De la capacidad de convencimiento de los sujetos signatarios, dependerá ahora el efectivo cumplimiento de estas directrices y, en consecuencia, el éxito o el fracaso de tales instrumentos, los Acuerdos Marco.

Se evidencia pues, un intento racionalizador en los sucesivos Acuerdos Interconfederales al objeto de evitar los desajustes derivados de las exacerbadas posibilidades descentralizadoras propiciadas por la reforma laboral del '94, en el que aflora la conveniencia de estructurar la negociación colectiva con elementos homogeneizadores pero con vías descentralizadoras de adaptación de las condiciones laborales al concreto sector de empresa, que permitan atender, en mayor medida, a la realidad y exigencias concretas de cada organización productiva, asumiendo así la negociación colectiva el difícil reto de mostrar su capacidad para ser un procedimiento jurídico de encauzamiento, organización y dirección de las relaciones laborales en el sentido más idóneo para afrontar las continuas mutaciones organizativas del sistema productivo (Monereo Pérez, J. L/ Moreno Vida M. N., 2005, 298- 217).

2.2. Régimen legal de los Acuerdos Marco: problemática en torno a la identificación jurídica y distinción de los tipos contractuales del art. 83 ET.

El régimen jurídico de los Acuerdos Marco, quizás por la poca claridad de la norma, ha venido planteando algunos problemas de interpretación. El art. 83.3 ET establece expresamente que «estos acuerdos (los referidos a materias concretas), así como los Acuerdos Interprofesionales a los que se refiere el apartado 2 de este artículo, tendrán el tratamiento de esta Ley para los convenios colectivos»; por lo que parece imprescindible identificar la figura de estos Acuerdos a efectos de la aplicación a los mismos de dicho régimen. [Los Tribunales se ocuparon abundantemente de estos Acuerdos; entre las numerosas sentencias relativas a los mismos se pueden citar las siguientes: SsTCT de 20 de octubre 1982 (Ar. 5884), 14 enero 1983 (Ar. 788), 21 junio 1983 (Ar. 6283), 16 enero 1986 (Ar. 539), 10 junio 1986 (Ar. 6267); Ss.TS 16junio 1989 (Ar. 4593), 16 noviembre 1989 (Ar. 8068), 23 octubre 1995 (Ar. 7864); STSJ Murcia 30 enero 1991 (A/ 650); SSTSJ País Vasco 3 diciembre 1991 (A/ 6860), 3 noviembre 1992 (Ar. 5629), 30 julio 1993 (A/ 3394); SSTSJ Madrid 9 septiembre 1991 (Ar. 5240), 28 mayo 1992 (A/ 2746); SSTSJ Cataluña 16 diciembre 1992 (Ar. 6371), 26 noviembre 1992 (Ar. 5567); STSJ Extremadura 16 enero 1992 (Ar. /341); STSJ Cantabria 7 mayo 993 (Ar. 2334); SSTSJ Andalucía/ Sevilla 26 enero 1993 (Ar. 551), 17 diciembre 1992 (Ar. 6608); STSJ País Vasco 21 marzo 1995 (Ar. 1226)].

De una primera lectura del texto legal, lo primero que se pone de manifiesto es que este precepto parece estar haciendo referencia a tres instrumentos distintos: mientras que el art. 83.2 ET alude a «acuerdos interprofesionales» o por «convenios colectivos», el art. 83.3 se refiere a «acuerdos sobre materias concretas». La cuestión será, pues, determinar si estos tres instrumentos –Acuerdos Interprofesionales, Convenios Colectivos y Acuerdos sobre materias concretas– son distintos y constituyen tres tipos contractuales diferentes dentro del ámbito de los Acuerdos Marco o no.

Dado que la diferenciación entre ellos no aparece ni en el ordenamiento jurídico ni, mucho menos aún, en la práctica sindical con perfiles claros, las posibles interpretaciones en principio podrían ser varias: de un lado, podría considerarse que los Acuerdos Interprofesionales y los Acuerdos sobre materias concretas son tipos de convenios colectivos, con lo que el último párrafo del art. 83.3, que establece que «estos Acuerdos tendrán el tratamiento de esta Ley para los convenios colectivos», sería innecesario y actuaría únicamente de recordatorio reiterativo; de otro lado, puede entenderse que, por el contrario, ninguna de estas dos figuras son en sentido estricto convenios colectivos, sino otro producto de la autonomía colectiva, Acuerdos Marco –que pueden ser de dos tipos, estructurales o de fondo (Alonso Olea, M./ Casas Baamonde, M. E., 2002, 865– 869)– a los que la Ley ha optado por equiparar su régimen jurídico con el de los convenios colectivos; o, como última hipótesis, se podría considerar que sólo una de estas dos figuras –los Acuerdos sobre materias concretas– son verdaderos convenios colectivos, respecto de los cuales la Ley recuerda cual es su régimen jurídico –el de los convenios colectivos–, asimilando dicho régimen a la otra figura contractualmente distinta, la de los Acuerdos Interprofesionales.

En cualquier caso, la identificación jurídica de los Acuerdos Marco y la diferenciación entre los instrumentos contractuales a que hace referencia el art. 83 ET, constituye realmente una tarea de caracterización y configuración contractual cuya eficacia en este caso es, en el fondo, relativa, ya que su finalidad –la finalidad de la delimitación conceptual de una determinada figura contractual– consistente en la determinación del régimen jurídico aplicable, viene aquí resuelta por la propia Ley que establece que en «todos estos supuestos a los que se refiere el art. 83.2 y 3 ET el régimen jurídico aplicable es el de los convenios colectivos».

Lo que caracteriza a todas las figuras a que el art. 83.2 y 3 ET se refiere es que a través de ellas se trata de regular las condiciones por las que se han de regir y que han de informar la negociación colectiva, y es, en este sentido, en el que se puede decir que constituyen Acuerdos o Convenios Marco; ser «convenios para convenir» es lo que configura su esencia. Si la figura del Acuerdo Marco, como fruto de la negociación colectiva o expresión de la autonomía colectiva, es el acuerdo surgido de un proceso negociador al más alto nivel cuya función es genéricamente el establecimiento de reglas ordenadoras de la propia negociación colectiva, los convenios colectivos, sin embargo, regulan directamente las condiciones de trabajo (art. 82.3 ET), siendo éste el punto en el que aparece la diferencia entre el Acuerdo Marco y los convenios colectivos, diferenciándose tipológicamente por su función y, en consecuencia, por su contenido. Como contenido esencial, los Acuerdos Marco tienen la regulación de la negociación colectiva y no de las condiciones de trabajo directamente aplicables a los contratos de trabajo, por lo que constituyen dos supuestos distintos que no pueden ser identificados. En esencia, el Acuerdo Marco no es propiamente un convenio colectivo.

Por tanto, la referencia en el art. 83.2 ET a los convenios colectivos parece referirse a la posibilidad de que un convenio colectivo, al establecer una regulación directa de las condiciones de trabajo, estructure también la negociación colectiva en ámbitos inferiores a él o trate de fijar reglas para resolver conflictos de concurrencia o principios de complementariedad con convenios colectivos de ámbitos más reducidos. Se trata, entonces, de lo que la doctrina viene llamando «acuerdos marco impropios» o «acuerdos marco mixtos». Se diferencian, pues, de los «acuerdo marco limpios o propios» –los acuerdos interprofesionales del art. 82.3– en que, como se ha dicho, en principio no inciden directamente en los contratos de trabajo sino que sólo regulan aspectos procedimentales que afectan a la negociación de futuros convenios. De esta forma, cuando el Acuerdo Marco tenga un contenido plural, incluyendo, junto a las cláusulas estrictamente procedimentales o estructurales que le son propias, otras cláusulas que –reservadas al propio ámbito del Acuerdo Marco y, por tanto, sin poder ser ya negociadas a ningún nivel en virtud del último inciso del art. 83.2 (podrán establecer las materias «que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores»)– no necesitan ser incorporadas al texto de los diferentes convenios porque tienen eficacia directa sobre las relaciones individuales de trabajo, se tratará en este caso de un «convenio marco impropio» o «mixto» [la STS de 16 de noviembre 1990 (A/8086), señala que «no puede pasarse por alto la posibilidad de una modalidad mixta o híbrida, en la que en el mismo cuerpo del convenio o acuerdo colectivo se integran cláusulas que responden a características de las normas marco y otras que tengan, en cambio, virtualidad de aplicación directa e inmediata». También, SSTs 16 junio 1989 (Ar. 4593; 16 noviembre 1989 (Ar. 8068); STSJ Cataluña 16 diciembre 1992 (Ar. 6371); STSJ Madrid 16 abril 1991; STSJ Asturias 15 octubre 1990].

Por su parte, los «Acuerdos sobre materias concretas» son también básicamente «convenios para convenir» pero con contenido sustantivo («acuerdos de fondo», Alonso Olea), que pueden regular asimismo condiciones de trabajo aplicables a trabajadores y empresarios. Esta figura parece haber sido tomada por el legislador del ET de 1980 de la práctica frecuente de otros países como Suecia, Italia, y fundamentalmente Francia. De la interpretación literal habría que deducir que materias concretas lo serán aquellas que no sean objeto de regulación convenida en un convenio normal, fundamentalmente (puesto que el contenido de los convenios contenidos, según el art. 85 ET, puede abarcar materias de muy diversa índole) materias que no se hayan negociado o que hayan sido excluidas de la negociación colectiva normal. En realidad parece que esta figura estaba pensada para permitir la posibilidad de nuevos Acuerdos Básicos Interconfederales (al estilo del que se firmó en 1979 entre UGT y la CEOE y que se tradujo en la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 1980) sobre temas como seguridad e higiene, formación profesional, participación institucional, normas de conducta de los interlocutores sociales, etc. Parece referirse a un tipo de convenio marco «impro-

pio» cuyo contenido no sea procedimental o estructural sino sustantivo y referido a una materia concreta; es decir, se trataría de establecer la posibilidad de regular un convenio-marco que trate de fijar los criterios básicos sobre una determinada materia que se aplicará directamente a las relaciones de trabajo, pero que también pueden ser desarrollados en la futura negociación colectiva para adaptarlos a las peculiaridades del sector o de la empresa. De ahí que el art. 83.3 se refiera expresamente a esta posibilidad regulándola dentro de una norma –el art. 83 ET– referida a la estructura de la negociación colectiva y que en el último párrafo se le aplique también de forma expresa, al igual que respecto a los Acuerdos Interprofesionales del art. 83.2, el régimen de los convenios colectivos.

No obstante, si se examina la práctica de los Acuerdos Marco que se ha llevado a cabo en nuestro país, se pone de manifiesto que la tipología resulta enormemente variable y no siempre ha respondido, en puridad, a los tipos señalados en el art. 83.2 y 3 ET (Moreno Vida, 1989). En muchas ocasiones, sobre todo respecto a los Acuerdos Marco que se celebraron durante la segunda mitad de los años 70 y primera de los 80, estos Acuerdos recogieron elementos de las diversas figuras encuadradas en el art. 83.2 y 3 y no se adecuaron totalmente a un solo tipo [la jurisprudencia, como ya se ha dicho, ha señalado la posibilidad, en base a la libertad contractual de las partes, de negociar fórmulas híbridas; SSTs de 16 junio 1989 (Ar. 4593) y 16 noviembre 1989, (Ar. 8068)]. De esta etapa los más representativos fueron cinco grandes Acuerdos a través de los cuales se llevó a cabo el proceso de concertación social en España a partir de la transición política. Iniciada esta práctica con los llamados Pactos de la Moncloa de 1977 (en una vertiente política no exenta, sin embargo, de importantes repercusiones económico-sociales) y continuadas a través del Acuerdo Básico Interconfederal (ABI) de 1979 (previo a la regulación del ET y determinante de la misma), los principales Acuerdos Marco fueron los siguientes:

- El Acuerdo Marco Inteconfederal (AMI), suscrito el 5 de enero de 1980 por UGT y CEOE, al que posteriormente se adhirió USO, pero faltaba la mayoría sindical que hubiera dado la presencia de CCOO. Su contenido fue extremadamente complejo, formado por estipulaciones que debían ser negociadas, dentro de los marcos ya fijados, en los convenios colectivos de ámbitos inferiores negociados por los sindicatos y asociaciones integradas en las asociaciones firmantes; reglas estructurales sobre la contratación colectiva; y estipulaciones sobre materias concretas, ya negociadas en este ámbito. Fue revisado en febrero de 1981 (AMI- R) en algunas materias.
- El Acuerdo Nacional de Empleo (ANE), firmado el 9 de junio de 1981 por el Gobierno, CEOE, UGT y CCOO; acuerdo que excede la calificación jurídica del Acuerdo Marco al constituir un verdadero Pacto Social, que sin embargo engloba también un acuerdo interprofesional. Algunos autores lo calificaron de en su momento como uno de los Acuerdos sobre materias concretas que regula el art. 83.3 ET, pero su contenido complejo y plural excede de esa figura.

- El Acuerdo Interconfederal de 1983 (AI-83), celebrado entre CEOE, CEPYME, CCOO y UGT. Las propias partes reconocen en él que fue establecido a tenor de lo expuesto en el Título III del ET, pero siendo un acuerdo de tipo estructural regula también condiciones de trabajo y de empleo que dentro de los marcos fijados en el Acuerdo deberán ser objeto de desarrollo en los convenios de ámbitos inferiores.
- El Acuerdo Económico y Social (AES), negociado el 9 de octubre de 1984 con validez para 1985 y 1986 por parte de CEOE, CEPYME y UGT y el propio Gobierno. Es por tanto un Pacto Social que tiene una estructura dual: unos Acuerdos Tripartitos entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales firmantes (Título I) y un Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva suscrito por CEOE, CEPYME y UGT (Título II).

De un periodo más reciente, cabría destacar, en el ámbito del art. 83.3 ET –Acuerdos sobre materias concretas– el *Acuerdo Nacional sobre Formación Profesional Continua*, suscrito el 26 de diciembre 1992, por CEOE, CEPYME, UGT y CCOO y con la posterior adhesión de CIG, que fue renovado por las mismas organizaciones el 16 de diciembre 1996 y posteriormente el 19 de diciembre 2000 con las firmas de *II y III Acuerdo Nacional de Formación Continua* respectivamente; el *Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC)* –y su Reglamento de aplicación–, negociados el 25 enero 1996 por UGT, CCOO, CEOE y CEPYME, prorrogado por el ASEC-II y su respectivo Reglamento, ambos de 31 de enero 2001, y hoy sustituido por el ASEC-III, suscrito el 29 de diciembre 2004, que no incorpora Reglamento; el *Acuerdo Interprofesional sobre Cobertura de Vacíos (AICV)*, firmado el 28 de abril 1997 por CEOE, CEPYME, UGT y CCOO por espacio de cinco años con la finalidad de cubrir los vacíos de regulación producidos por la derogación de las Ordenanzas Laborales; de ahí que pese a que los negociadores suscribieron este Acuerdo al amparo del art. 83.3 ET y lo configuraron como Acuerdo sobre materias concretas (art. 1.1) se haya afirmado que en realidad es un acuerdo mixto (Montoya Megar, A/ Galiana Moreno, J. M./ Sempere Navarro, A. V./ Ríos Salmerón, B. 2005, 636), en cuanto regulaba concretas condiciones de trabajo en las materias en que intentó colmar los vacíos de regulación derivados de la indicada desaparición de las Ordenanzas: estructura profesional y salarial, promoción de los trabajadores y régimen disciplinario.

Al amparo del art. 83.2 ET, el *Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva (AINC)*, pactado el 28 de abril 1997 por CEOE, CEPYME, UGT Y CCOO, con entrada en vigor el 1 de enero de 1998. Se trató de un Acuerdo puro, de tipo estructural, de los previstos en el art. 83.2 ET, que tiene por objeto planificar y ordenar la estructura de la negociación colectiva en los sectores o ramas de actividad de ámbito territorial estatal. [en particular, su relevancia se debe a que trata de avanzar en la articulación de la negociación mediante una especialización funcional de los diversos niveles negociales –pero evitando la institución

de un modelo uniforme de estructura negocial–; introduce una regulación en aspectos centrales para los sectores sin cobertura negocial, y que tal regulación trata de introducir nuevas pautas en la regulación de dichos contenidos –como ocurre en el supuesto del sistema de clasificación profesional– (Navarro Nieto, F/ Sáez Lara, C., 2002, p. 24)]; y el *Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad del Empleo* (AIEE), de 28 abril 1997, celebrado entre CEOE, CEPYME, UGT y CCOO. Como ya se avanzó, estos tres últimos Acuerdos se insertan dentro del proceso de reforma del sistema de relaciones laborales que llevó a cabo fundamentalmente la Ley 11/1994 y supone «su cláusula de cierre, su puesta en práctica» (Vida Soria).

Finalmente, dentro de una política de flexibilidad y de implicación directa de las organizaciones sindicales en los problemas relativos a la gestión, a la competitividad y a la productividad de las empresas, deben señalarse los últimos Acuerdos Interconfederales de los años 2002, 2003, y 2005, acuerdos suscritos en una misma línea de continuidad tanto en lo formal como en lo sustancial. Prueba de ello es el vigente ANC 2005, en cuyo primer capítulo –en el que se explican las razones que han llevado a su firma– las partes signatarias (UGT, CCOO, CEOE y CEPYME) reconociendo el alto grado de incertidumbre económica actual, declaran «que deben persistir, «con mayor énfasis aún», en los objetivos de Acuerdos anteriores», al tiempo que dar continuidad a «compromisos que incluyan «seguridad» para los trabajadores y «flexibilidad» para las empresas». Con lo que, al igual que sus predecesores (ANC 2002, 2003 y 2004), realiza una serie de consideraciones generales sobre la competitividad y el empleo para seguidamente introducir varias recomendaciones para la negociación de diversas materias relacionadas con los objetivos de productividad, calidad y otros elementos de competitividad empresarial (salario, empleo, flexibilidad interna, calificación profesional, igualdad de trato y oportunidades, seguridad y salud laboral, responsabilidad social de las empresas, estructura de la negociación y procedimiento negociador, incluyendo, finalmente y como anexo, el Acuerdo Marco Europeo sobre el Estrés ligado al Trabajo a fin de difundir su contenido). Sin embargo, las peculiaridades que vienen presentando estos acuerdos en lo que a la eficacia y contenido de los mismos se refiere, dificultan el intento de encuadrarlos dentro de las dos grandes categorías previstas en el art. 83 ET (Rodríguez- Piñero, M./ Valdés Dal- Rè, F./ Casas Baamonde, M. E, 2002, pp. 23 y 24): ni son acuerdos sobre materias concretas del tipo mencionado en su apartado 2, ni tampoco responden, al menos en un sentido propio, a la naturaleza de los pactos cuya finalidad es enunciar reglas marco sobre la estructura de la negociación colectiva.

En otro orden de cosas, la aplicación a estas figuras del régimen jurídico de los convenios colectivos en base a lo dispuesto en el último párrafo del art. 83.3 ET, plantea, en relación a la legitimación de los sujetos para negociarlos, ámbito de aplicación, contenido y eficacia jurídica y personal de estos Acuerdos, diversas cuestiones que deberán ser abordadas:

- La primera de ellas se refiere a la identificación de los sujetos legitimados para negociarlos o sujetos titulares del derecho a negociar este tipo de acuerdos. Según lo establecido en el art. 83.2 ET, sólo las «organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas, de carácter estatal o de comunidad autónoma» (dependiendo de si el ámbito del acuerdo alcanza a todo el Estado o sólo a una determinada Comunidad Autónoma), estarán legitimadas para llevar a cabo la negociación a este nivel interprofesional.
- Respecto al ámbito de aplicación de los Acuerdos Marco, éste vendrá determinado, lógicamente, por la combinación de criterios funcionales, territoriales y personales. Por lo que se refiere al ámbito territorial, se podría defender que en virtud de la legitimación que el art. 83.2 ET exige para la negociación de Acuerdos Marco, el ámbito geográfico propio de ellos deberá ser el estatal o autonómico, sin que puedan negociarse para ámbitos inferiores [así la STS 16 noviembre 1989, (Ar. 8068), sostuvo el carácter estatal de estos Acuerdos)]. Sin embargo, es cierto que la Ley no establece ninguna limitación respecto a dicho ámbito; por el contrario, el art. 83.2 y 3 en relación con el art. 83.1 permite a las partes la elección del ámbito de aplicación del acuerdo, exigiéndose tan sólo que éste venga suscrito por las confederaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal y de Comunidad Autónoma, pero no que tenga siempre dichos ámbitos, sin que nada obste en puridad, siempre que se cumpla con el requisito de legitimidad exigido por el art. 83.2, a que puedan establecerse Acuerdos Marco en ámbitos espaciales inferiores. No obstante, la realidad es que, como consecuencia de la propia configuración de los acuerdos como interprofesionales –cuyo sentido jurídico habitual hace referencia a ámbitos absolutamente generales–, el ámbito geográfico característico de los Acuerdos Marco es el estatal o el de Comunidad Autónoma.
Por lo que se refiere al ámbito funcional, los Acuerdos Marco regulados en el ET, por la propia función que cumplen, han de tener un ámbito general intersectorial en todo el sistema, de ahí la denominación de «interprofesionales» que establece el art. 83.2 ET. Aún así, se ha ido admitiendo por la doctrina y la jurisprudencia que las organizaciones legitimadas para negociar estos Acuerdos pueden llevarlos a cabo para uno solo o varios sectores de actividad en los que se pretenda ordenar la negociación colectiva. La STS 16 noviembre 1989 (Ar. 8068), señaló al respecto que «Tales acuerdos o convenios-marco se caracterizan en esta regulación por tres notas. La primera de ellas se refiere a la unidad de negociación, que es una unidad muy amplia, tanto en lo que respecta al ámbito territorial –el territorio de todo el Estado– como en lo relativo al ámbito funcional –el conjunto de las relaciones de trabajo asalariado o por lo menos un sector significativo de las mismas–».
- En cuanto al particular objeto de la negociación de Acuerdos Marco, en líneas generales lo constituye la ordenación, regulación y armonización de la negociación colectiva misma, por lo que su contenido esencial queda consti-

tuido por la fijación de pautas de racionalización a seguir en la negociación de futuros convenios, estructurando la negociación colectiva tanto desde un punto de vista jurídico formal (estableciendo las posibles unidades de negociación y ordenando y regulando las relaciones entre ellas), como desde un punto de vista jurídico-material (estableciendo cuáles habrán de ser los contenidos de las diversas unidades de negociación).

Más concretamente, dentro del art. 83.2 ET se contienen tres cuestiones distintas que pueden constituir el objeto de la negociación de Acuerdos Marco:

1. La determinación de la estructura de la negociación colectiva, estableciendo una ordenación «jerárquica» con límites para la autonomía colectiva de los niveles inferiores. A través del Acuerdo Marco las partes pueden establecer cuáles son los diversos niveles en donde se lleve a cabo la negociación, pudiendo impedir que se negocie en determinados ámbitos o niveles. De esta forma, la estructura de negociación fijada en el Acuerdo Marco puede actuar como límite sobre la determinación autónoma de la unidad de contratación y puede condicionar que el sistema de negociación sea centralizado (prevaleciendo unidades de negociación de dimensiones amplias territorial o funcionalmente) o, por el contrario descentralizado (estructurando la negociación de forma que ésta esté fuertemente focalizada en torno a niveles reducidos). Todo esto supone que el tema de la estructura de la negociación colectiva es un problema de política contractual de las partes sociales; es un tema en el que incide claramente la propia estrategia sindical, estará en función de las opciones que el sindicato tome al determinar su propia estrategia y actividad sindical y, obviamente, en función de la correlación de fuerzas existente entre las contrapartes sociales, así como de las decisiones legislativas dirigidas a orientar la negociación hacia unos niveles u otros. En este sentido, la reforma operada por la Ley 11/1994 ha afectado a la práctica totalidad de los elementos que definen el sistema de negociación colectiva.
2. La fijación de reglas (materiales y procedimentales) para resolver los conflictos de concurrencia. Sin duda alguna, este tema constituye uno de los aspectos de mayor trascendencia que se pone de relieve al señalar como las normas de concurrencia de convenios tienen un papel fundamental en la consolidación y estabilidad de la estructura negocial, pues sin éstas es imposible fijar el esquema de distribución y coordinación de competencias negociadoras entre distintos niveles (Martín Valverde).

El problema fundamental que se suscita con este posible contenido del Acuerdo Marco viene planteado por la existencia en el ET de una norma específica sobre concurrencia de convenios en el art. 84. En principio, los dos artículos se coordinan en la medida en que se atribuye una competencia compartida a la ley (art. 84) y a la autonomía colectiva (art. 83.2) en la regulación de la concurrencia de convenios colectivos. De esta forma, en principio el art. 84 se aplicará en los casos en que no exista una norma colectiva ex art. 83.2 que

regule los supuestos de concurrencia, concediéndose así una clara preeminencia a los acuerdos en esta materia nacidos de la autonomía colectiva y expresados en un Acuerdo Marco sobre lo establecido como norma general en el art. 84 ET. Primacía que se acentúa al comprobar cómo la posibilidad establecida en el art. 83.2 se impone también a la regla regulada en el art. 3.3 ET para el caso de existencia de un conflicto actual entre los preceptos de dos o más normas pactadas en vigor y aplicables al mismo tiempo (entre otras las SSTCT 23 enero y 1 marzo de 1984).

Pese a todo, la modificación del art. 84 ET con la Ley 11/1994 ha alterado sustancialmente la situación, ya que la facultad de ordenar la negociación colectiva a través de los Acuerdos Marco puede verse vaciada de contenido. Parece claro que como consecuencia del nuevo párrafo segundo del art. 84 ET las reglas de solución de conflictos que pudieran establecerse a través del art. 83.2 ET van a verse fuertemente limitadas en su eficacia normativa.

3. Los criterios de coordinación jerárquica de los distintos niveles de negociación, es decir, los «criterios de complementariedad». Tales principios tienen como objetivo llevar a cabo un reparto de materias o aspectos normativos entre las distintas unidades de contratación, lo que va a suponer la coexistencia sin problemas de las respectivas normas convencionales.

Para ello, el último inciso del art. 83.2 ET establece que el Acuerdo Marco deberá fijar las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores, lo que podrá significar que el Acuerdo Marco entre en la regulación sustantiva de las mismas llevando a cabo una regulación directa de las condiciones de trabajo, con lo que dejará de ser un Acuerdo Marco estricto, configurándose como un Acuerdo Marco «impropio»; o que simplemente se limite a especificar las materias que hayan de regularse en cada nivel de negociación, con la prohibición de que en niveles inferiores a los que se considera adecuados para la negociación de una determinada materia se regulen dichos aspectos. Esta exclusión de determinadas materias en la negociación de ámbitos inferiores plantea si no serían entonces nulos los pactos sobre materias excluidas, conclusión que parece ser, ciertamente, la consecuencia necesaria.

En definitiva, a través de los criterios de complementariedad se lleva a cabo –y esto parece ser lo que el legislador pretende introducir a través del art. 83.2 y 3 ET– la llamada «articulación» de convenios colectivos.

Otra cuestión a plantear, en relación con el contenido de los Acuerdos Marco es si dichos Acuerdos pueden entrar a regular, junto a su contenido típico establecido en el art. 83.2, «materias de índole económica, laboral, sindical...» y, en general, todas aquellas a que se refiere el art. 85.1, es decir, condiciones de trabajo aplicables en su ámbito correspondiente. En tal sentido, si en base a la remisión global prevista en el apartado 3 del art. 83 –según la cual estos Acuerdos tendrán el tratamiento de esta Ley para los convenios colectivos– al contenido de estos Acuerdos le sería de aplicación lo previsto en el art. 85 ET, ello no dejaría

de plantear ciertas dificultades. La regulación que el Acuerdo Marco haga de cualquier otra materia deberá de ir encaminada a ordenar, también materialmente, la futura negociación colectiva como consecuencia de su configuración de convenio para convenir, pero no puede consistir en una regulación de condiciones de trabajo directamente aplicables a las relaciones laborales entre trabajadores y empresarios. Lógicamente, aquí el tema se reconduce a la distinción que, como se ha indicado, el art. 83.2 establece al referirse, por un lado, a «acuerdos interprofesionales» (Acuerdo Marco en sentido propio o estricto) caracterizado por un contenido típico que la Ley establece y por no regular directamente condiciones de trabajo; y por otro, a «convenios colectivos», que pueden incluir, en virtud de la libertad contractual y autonomía entre las partes, la regulación de la estructura contractual y condiciones de trabajo aplicables directamente (Acuerdo Marco «impropio»); condiciones respecto de las cuales es perfectamente aplicable el art. 85.1 ET.

- En cuanto a la eficacia jurídica de los Acuerdos Marco, el que éstos sean equiparados por la propia Ley a los convenios colectivos en cuanto a su régimen jurídico: procedimiento, aplicación, interpretación... y efectos, supone reconocer que les será aplicable la eficacia que el Título III del ET garantiza para los convenios colectivos regulados conforme a dicha Ley, por lo que los Acuerdos Interprofesionales (al igual que los Acuerdos Marco «impropios estatutarios», como verdaderos convenios colectivos) tendrán una eficacia normativa *erga omnes*.

Esta eficacia normativa, sin embargo, se despliega no directamente sobre las relaciones individuales de trabajo (lo que si ocurriría en parte cuando se trate de un Acuerdo Marco impropio; STSJ Cataluña de 22 de noviembre 1991, Ar. 6020), sino sobre las partes contratantes a otros niveles inferiores al interprofesional en que potencialmente estén legitimadas para negociar, estando vinculadas por lo establecido en el Acuerdo Interprofesional por lo que se refiere a los aspectos de estructuración de la negociación colectiva que regula el Acuerdo Marco y también respecto a los posibles contenidos materiales que se contengan en el Acuerdo para ordenar y racionalizar sustantivamente la futura negociación colectiva; aspectos éstos últimos que habrán de ser recogidos en los convenios colectivos como «intermediarios» para su aplicación a las relaciones laborales. De los Acuerdos Interprofesionales deriva pues, una «eficacia normativa colectiva» como consecuencia de su configuración como «convenios para convenir» cuya materia no son los contratos de trabajo sino los convenios colectivos en sentido propio. La jurisprudencia ha venido manteniendo así que, pese a su eficacia normativa, los Acuerdos Marco del art. 83.2 ET no son aplicables de manera directa e inmediata respecto a las relaciones jurídico laborales concretas existentes entre las partes, ya que sus previsiones sólo obligan a las partes negociadoras, siendo necesario que se produzca la regulación ulterior en el ámbito del convenio correspondiente para

que las previsiones de estos Acuerdos alcancen a las relaciones individuales (SSTS de 16 de junio 1989, Ar. 4593 y 16 noviembre 1989 Ar. 8068).

- Por último, la articulación de los Acuerdos Interprofesionales y la contratación colectiva ordinaria es uno de los temas principales que se plantean con respecto a este tema. El art. 83.2 ET sienta las bases para la organización y ordenación del sistema de ordenación colectiva y, en este sentido, parte de un principio de ordenación jerárquica de los convenios en función de la primacía de rango superior. Quiere decir esto que las relaciones entre el Acuerdo Interprofesional y la contratación colectiva ordinaria pueden venir establecidas en base a dos modelos: el modelo de estructura contractual articulada o el modelo de contratación no vinculada.

En el modelo de estructura contractual articulada se lleva a cabo una distribución de contenidos sustantivos entre los niveles de negociación, estableciéndose por los niveles superiores qué materias son de su competencia exclusiva y cuáles pueden ser reguladas y complementadas por los niveles inferiores. Se trata de un sistema rígido de reenvíos, del nivel superior al inferior, por medio del cual el convenio de nivel superior no sólo contiene una regulación de relaciones de trabajo sino que reenvía a los niveles inferiores la reglamentación de diversas instituciones que complementan el contenido de aquél.

El modelo de contratación no vinculada, sin embargo, implica que los niveles de negociación no son interdependientes; los niveles de negociación inferiores no se limitan a completar los contenidos establecidos en los niveles superiores, ni aceptan el reparto de materias que aquéllos llevan a cabo, de tal forma que la contratación es reproducible en cualquier nivel y para cualquier materia.

De estos dos modelos, el legislador parece haber intentando introducir el de la contratación articulada. Así, el Acuerdo Interprofesional al fijar la estructura de la negociación colectiva y los principios de complementariedad de las diversas unidades de negociación puede llevar a cabo esa articulación de la estructura contractual.

La articulación de la contratación se traduce en unas determinadas relaciones jurídico-contractuales entre el AI y los convenios colectivos de ámbitos inferiores, que da lugar a un procedimiento negocial «vinculado» en donde cada materia se discute a su nivel adecuado. Las posibles relaciones entre los diversos niveles de acuerdo pueden ser (Giugni): de aplicación de lo establecido en el acuerdo superior; de integración, regulando las materias no previstas y expresamente remitidas por el acuerdo de nivel superior; de modificación de lo pactado por las centrales o federaciones en el convenio de nivel superior.

Mediante estas relaciones –salvo la que da lugar a la negociación «modificativa»– se lleva a cabo la articulación de la contratación colectiva. La imperatividad del Acuerdo Interprofesional respecto a la contratación colectiva ordinaria significa que el Acuerdo Interprofesional establece un «suelo de contratación» que fija

«mínimos» y «máximos» que han de ser respetados por las partes colectivas en la negociación futura, de tal forma que el respeto a los mínimos fijados por el Acuerdo Interprofesional da lugar a una negociación «de mejora», en cuanto que estos pueden ser superados por los convenios colectivos de ámbito inferior.

Ahora bien, ese respeto a los mínimos y máximos fijados por el Acuerdo Marco ha de moverse dentro de la existencia de reserva de materias que asume el convenio colectivo de nivel inmediatamente anterior, el establecimiento de pautas o líneas que ordenan la negociación en niveles inferiores («negociación aplicativa») y la regulación –dentro de esos mínimos y máximos– de las materias remitidas a los niveles inferiores («negociación integrativa»). A través de esa reserva de materias en cada nivel y de las líneas de ordenación de la negociación se trata de evitar la denominada «negociación en cascada», esto es, un proceso descendente de superación de mínimos partiendo de las unidades de negociación superiores que genera un «deslizamiento salarial» y se convierte en una fuente permanente de conflictos.

Este tema claramente se reconduce a la aplicabilidad directa o no del Acuerdo Interprofesional y, por lo tanto, a su eficacia. Como se ha dicho, los Acuerdos Interprofesionales regulados conforme a lo establecido en el ET tendrán una eficacia normativa y, consecuentemente, directa, incorporándose imperativa e inmediatamente en los futuros convenios colectivos. Ahora bien, dentro del Acuerdo existirán normas que habrán de ser imperativamente aplicadas por las partes contratantes en la futura negociación colectiva y simples recomendaciones o fijación de criterios a seguir por las partes. La aplicabilidad directa del Acuerdo Interprofesional dependerá, pues, del grado de imperatividad de los acuerdos que en él se hayan establecido, debiéndose precisar, no obstante, que en los Acuerdos que se han venido firmando en los últimos años (que responden a un modelo distinto del que prevaleció en los Acuerdos Interconfederales negociados durante la década de los 80) los compromisos que se establecen tienen el carácter de recomendaciones, principios y objetivos, sin que suelen establecerse compromisos directos. Además, como ya se ha indicado, en la práctica de los últimos años, la eficacia de los Acuerdos Marco se hace depender, contrariamente a lo que establece el art. 83 ET, de que los distintos sectores o empresas afectadas por el Acuerdo suscriban un instrumento de ratificación o adhesión o inserten, de manera expresa, el Acuerdo en un convenio colectivo.

3. ÁMBITO SUBJETIVO DEL CONVENIO COLECTIVO: LOS SUJETOS DEL CONVENIO

El objetivo de este apartado es realizar una valoración global y sintética de la evolución experimentada en los veinticinco años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores, en el ámbito del convenio colectivo. Para ello se ha adoptado la tri-

ple perspectiva normativa, jurisprudencial y negocial, por lo que distinguiremos también, a efectos sistemáticos estos tres grandes apartados analizando, fundamentalmente, los siguientes aspectos:

- Unidades de negociación: sin perjuicio de un análisis general, se plantean cuáles han sido los cambios y novedades más importantes, entre los que, sin duda destacan, la incidencia en la estructura de la negociación colectiva de las nuevas formas de organización empresarial y las nuevas tecnologías (descentralización productiva, grupos de empresas, teletrabajo, empresas de trabajo temporal), del desarrollo del Estado autonómico y, presuntamente, de marcos autonómicos de negociación colectiva. Igualmente, se destacan los principales problemas planteados en esta materia tales como los relativos a la concurrencia entre convenios, la evolución de la clásica dialéctica centralización-descentralización de la estructura negocial y aspectos relacionados con la legitimación negocial en ámbitos como el grupo de empresa y convenios franja.
- Eficacia personal del convenio colectivo. En este apartado interesa, fundamentalmente, destacar la aparición de distintos mecanismos de flexibilización de la eficacia general del convenio estatutario, analizando los principales cambios en este terreno, tales como descuelgue salarial o profesional, relaciones con la autonomía individual en masa y los convenios extraestatutarios y el impacto de estos cambios sobre la naturaleza jurídica del convenio.
- Exclusión del ámbito de aplicación subjetivo del convenio colectivo de colectivos de trabajadores por razón de la duración del vínculo o en relación con los problemas de sucesión de convenios en el tiempo, fecha de ingreso y dobles escalas salariales...). En este punto, se plantea, paralelamente, también la incidencia de la negociación colectiva sobre el principio de igualdad y la segmentación del mercado de trabajo.

3.1. Perspectiva normativa

La reforma llevada a cabo por las Leyes 10 y 11/1994, de 19 de mayo, tenía entre sus objetivos principales el impulso de la negociación colectiva estatutaria. Se establecen nuevas normas sobre legitimación negocial y la composición de la comisión negociadora en los convenios empresariales y supraempresariales (art. 87. 1.º, 3.º y 4.º y 88.1.º ET), sobre requisitos para la adopción de acuerdos (art. 89.3 ET), y sobre el deber de negociar (art. 89 ET). Con esta reforma se logró aclarar algunos preceptos y se introdujeron las aportaciones jurisprudenciales existentes hasta ese momento. Así, se exige para la evaluación de la representatividad empresarial a efectos de legitimación negocial, el cómputo exclusivo de los empresarios-empleadores existentes en los ámbitos funcional y geográfico del convenio asociados a la patronal que pretenda intervenir en el proceso negociador (art. 87.3. ET); o se requiere que la participación en la comisión por parte de los sujetos legitimados lo sea en proporción a la representatividad que se tenga (Peña Obiol, S., 1995, 59).

A través de la reforma introducida en el art. 87.1, párr. 2º, se regulan específicamente los convenios de ámbito inferior a la empresa –de centro de trabajo o establecimiento– y los convenios «franja», a los que el art. 87.1 aludía de forma indirecta pero no regulaba. En estos casos, si la negociación recae en las representaciones sindicales (también pueden negociar los representantes unitarios), deben ser los propios trabajadores los que designen, a través de un acuerdo expreso que reúna los requisitos del art. 80 ET, las representaciones sindicales con implantación en el ámbito afectado que negociarán en su nombre.

Esta reforma introduce un criterio previo de selección del sujeto sindical legitimado para negociar ya que se requiere que las secciones sindicales estén implantadas en la «franja», es decir, que tienen que contar necesariamente con afiliados entre los trabajadores de la «franja», aunque el legislador estatutario ha preferido no exigir una cuota mínima de afiliación. Se trata de un primer requisito que da paso a la siguiente fase consistente en la designación directa por los propios trabajadores, afiliados o no, de las secciones sindicales con implantación con legitimación para negociar el convenio de que se trate.

El problema que se plantea es determinar si todas las secciones que hayan sido designadas tienen derecho a participar en la negociación y en qué proporción. Tendiendo a favorecer la mayor participación posible de las representaciones sindicales con implantación en el ámbito de la «franja», se debe optar que toda sección elegida en asamblea está legitimada para negociar el convenio teniendo derecho a formar parte de la comisión negociadora (art. 87. 5. ET), teniendo en cuenta que el reparto de puestos en esa comisión deberá realizarse siguiendo las reglas habituales de proporcionalidad, aunque aquí referidas al porcentaje de votos obtenido en el proceso de designación como sujeto legitimado para negociar.

Por otra parte, el art. 87.4. ET que recoge las reglas sobre legitimación específica de las asociaciones empresariales y de los sindicatos de Comunidad Autónoma para intervenir en convenios colectivos de ámbito estatal ha tomado un carácter más restrictivo tras la reforma del 94. La nueva redacción de este precepto reconoce que están legitimados de forma exclusiva los sindicatos de Comunidad Autónoma que sean más representativos a este nivel, conforme a lo establecido en la LOLS. En lo que concierne a la legitimación empresarial, se atribuye legitimación negocial a las asociaciones empresariales más representativas en la Comunidad Autónoma.

En cambio, se atenúan otros requisitos de legitimación que eran excesivamente duros, lo que se agranda la diferencia de trabamamiento entre la legitimación sindical y empresarial, ya de partida asimétrica por las diferentes exigencias de legitimación deliberante (mayoría absoluta y simple respectivamente). En efecto la nueva redacción del art. 88.1. ET el parámetro de la mayoría requerida respecto a la legitimación adicional exigida a la representación empresarial, refiriéndose sólo a «los empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por

el convenio». Por tanto, se pasa del criterio asociativo o afiliativo al del volumen de plantilla de las empresas asociadas a la patronal con derecho a formar parte de la comisión negociadora.

De otro parte, otro aspecto destacable se refiere la exceptuación de las reglas generales sobre legitimación negociadora estatutaria en las empresas de trabajo temporal. En efecto, el art. 13 de la Ley 14/1994 reconoce legitimación para negociar convenios colectivos que afecten a las empresas de trabajo temporal, en ausencia de órganos de representación legal de los trabajadores, a las Organizaciones sindicales más representativas. Sin que se establezca normas específicas en materia de legitimación empresarial, por lo que se entiende que rigen las reglas generales de los arts. 87, 88 y 89 ET.

El art. 82.3. ET predica la eficacia general o *erga omnes* de los convenios colectivos estatutarios pero como excepciones a esta regla general podemos aludir a tres descuelgues previstos en el ET, a saber:

- a) Descuelgue territorial o sectorial: En 1980 se plasmó en el Estatuto el principio de centralización estatal de la negociación colectiva, pese a la oposición de los grupos nacionalistas (el vasco y el catalán, especialmente), que reclamaban la descentralización en este ámbito como un línea continuadora de la descentralización política que se estaba llevando a cabo. Con la Ley 11/1994 se ha roto con la centralización de la negociación colectiva. El Grupo parlamentario socialista, que ya no tenía mayoría absoluta, apoyó una enmienda de origen vasco y se incluyó en la reforma el párrafo 2, sin numerar, del art. 84. Esta novedad supone que puede haber un convenio colectivo de ámbito estatal (o autonómico, etc.) que establezca unas condiciones de trabajo que tendrían que ser respetadas en las empresas del sector en todas las provincias españolas (o dentro de una Comunidad autónoma), pero en cualquier momento posterior, aún durante su vigencia, quienes tengan legitimación para negociar en el ámbito interprovincial, autonómico, provincial o en el ámbito local o municipal, pueden alcanzar un convenio colectivo propio por el que las empresas y los trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación se sustraen al convenio colectivo anterior de ámbito territorial superior (Borrajo Dacruz, E., 2000, 145). El resultado es que se produce un descuelgue territorial o sectorial. El art. 84 es clave para la ordenación del sistema normativo de negociación colectiva ya que afecta a su estructura y funcionamiento. Conciernen también a la selección de determinadas unidades de negociación o determinados agentes negociadores, que son primados respecto a los restantes, que también gozan de capacidad negociadora a tenor del art. 37 CE (Molina Navarrete, C. 1999, 14). Se puede decir, que en la reforma de 1994 se fue demasiado lejos optando por esa descentralización en cascada, que intentó subsanarse en parte por la reforma abierta en 1997, que aunque pretende rectificar la «atomización» que

caracteriza nuestro sistema de negociación y «evitar concurrencias innecesarias», no propone ninguna reforma legislativa inmediata ni directa.

Ante esta situación, una parte de la doctrina propone que se deroguen o al menos se modifiquen los párrafos 2º y 3º del art. 84 (Valdés Dal-Ré, F., 2001, 84). La permanencia del art. 84 así construido genera inestabilidad en la atribución a un determinado convenio del título de convenio superior (Valdés Dal-Ré, F., 1995, 298). Al planteamiento de una posible derogación se opondrían diversas fuerzas políticas y sindicales, por lo que es más viable una modificación, que puede realizarse limitando la descentralización territorial al ámbito de las negociaciones autonómicas. En resumen, que ante el art. 84 se necesita una legislación promocional de la negociación colectiva articulada.

- b) Con la Ley 11/1994 también se abordó la cuestión del «descuelgue salarial». Se consolida así el criterio, que ya se encontraba en algunos convenios colectivos, de que las empresas puedan realizar una reducción de los incrementos salariales si su pago puede desestabilizar las bases económicas de esa empresa (art. 82.3. ET). La norma incluso prevé la posibilidad de efectuar este descuelgue aunque no esté expresamente establecido en el convenio colectivo si hay entendimiento al respecto entre los representantes de los trabajadores y la empresa; en caso de que no llegue a ese acuerdo, podrá decidir la Comisión paritaria del convenio.
- c) Otro tipo de descuelgue es el que se produce a través del art. 41.2. párr. 3º ET, también reformado en 1994, que permite que ciertas condiciones puedan ser alteradas por un acuerdo directo de empresa (que no es un convenio colectivo estatutario conforme al Título III ET) aunque hayan sido negociadas previamente en un convenio colectivo de eficacia personal general. Es posible que se produzca un conflicto de concurrencia opositiva, que en principio debe resolverse conforme a la regla del párr. 1º del art. 84 ET, siendo prevalente, por hipótesis *prior in tempore*, el acuerdo de empresa (Valdés Dal-Ré, F., 1995, 293).

Estos descuelgues reflejan la nueva tendencia descentralizadora y dinamizadora de la estructura y del proceso de negociación colectiva que ha marcado la reforma de 1994. Es una opción legislativa flexibilizadora que prima la permanente adaptación a las necesidades cambiantes del mercado frente a la coherencia del ordenamiento convencional.

Desde la promulgación del ET, han ido apareciendo nuevas unidades de negociación distintas a las unidades típicas intraempresariales y de sector. Así, entre otros, han surgido los convenios de grupo de empresas y los convenios plurales de empresas. Sin embargo, en el ET no hay ninguna referencia respecto a la legitimación necesaria para negociar estos convenios. En el Proyecto de ET de 1980 presentado por el Gobierno sí se aludía a estas unidades de negociación, pero en el texto final se optó por dejar su fijación a la libertad de las partes (art. 83.1) y establecer en sede de legitimación para negociar sólo dos niveles: el de empresa

(o inferior) y el superior (supraempresarial, incluido el ámbito estatal) (art. 87) (Solans Latre, M.A., 2004, 220).

Aunque se ha reformado en sucesivas ocasiones el ET, no se ha introducido una regulación legislativa específica para la negociación colectiva de estas figuras. Con la reforma llevada a cabo a través de la Ley 11/1994, se presentaron varias Enmiendas a los arts. 87.1. y 88 del ET, para configurar los «convenios de grupo de empresa», aunque con reglas de legitimación alternativa, como empresa (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C., 2002, 145). Pero estas propuestas no tuvieron finalmente acogida en la reforma.

Así las cosas, en algunos foros se tomó al art. 83.1. ET como el respaldo legal para la constitución de estas unidades de negociación, pero esta vía no facilita la negociación colectiva estatutaria ya que hay que ajustarse a los niveles referidos en el art. 87 ET, en los que no encajan precisamente estas figuras atípicas.

Gran parte de la doctrina se ha inclinado por asimilar el convenio de grupo de empresas, siempre que se caracterice por una estructura fuertemente cohesionada, al convenio de ámbito empresarial (Olarte, S. 1994), cuya legitimación negociadora se regula por los arts. 87.1 y 88.1 (párr. 1º) ET. En cambio, cuando estamos ante agrupaciones «por coordinación» u horizontales se deben aplicar las reglas de legitimación supraempresarial del art. 87. 2 ET ya que se carece de una unidad de dirección puesto que no hay una situación de dominación de una empresa respecto a las otras.

Por su parte, la jurisprudencia del TS se ha caracterizado por ser contradictoria, existiendo claras divergencias al respecto. Predomina una tesis interpretativa, que basándose en la analogía ha optado por aplicar al banco social las normas que rigen para la legitimación de los convenios colectivos supraempresariales, y para el banco empresarial, las normas de legitimación de los convenios colectivos de empresa (STS 14 junio de 1999, entre otras), lo que se conoce como «legitimaciones cruzadas». La sentencia de 21 de diciembre de 1999 contiene un interesante voto particular en el que se plantean algunas de las quiebras en que incurre la teoría de las capacidades cruzadas.

Ante esta laguna normativa, es necesaria una reforma legal por la que se incluya la forma de grupo en el concepto de empresario – al menos, cuando se trata de un «grupo por subordinación»–, regular las estructuras representativas unitarias de tercer nivel –Comité de grupo–, y formular unas normas específicas que reglen la legitimación inicial y plena para negociar estatutariamente estas unidades (Solans Latre, M.A., 2004, 251). Aunque, también es cierto, que una minoría de la doctrina considera este vacío normativo como un acierto ya que así se potencia la flexibilidad de las empresas de grupo (Baz Rodríguez, J., 2002, 442).

Como conclusión y como propuestas de futuro destacamos las siguientes: Es cierto que nuestro sistema de negociación colectiva es a veces demasiado rígido,

pero hay coincidencia en afirmar que no se deben eliminar las reglas de legitimación negociadora actuales. Se tiende hacia una flexibilización del sistema, especialmente en algunos ámbitos (ya que las necesidades en cada sector productivo son diferentes, también deben serlo las garantías legales). Vivimos una fase de descentralización a todos los niveles, por ello es importante no caer en la «atomización» excesiva del sistema, que supone una fragmentación del mercado de trabajo y evitar la individualización de las relaciones laborales, que caracteriza al neoliberalismo. Es imprescindible regular mediante ley otros ámbitos como son los grupos de empresas, en vez de dejarlos en manos de la jurisprudencia. Es necesario integrar a las representaciones profesionales en aquellos sectores y empresas en los que no están todavía muy presentes y definir una fórmula que acredite de forma más objetiva la legitimación empresarial para garantizar así que se están representando los intereses reales. En definitiva, hay que partir de la necesidad de una reforma legal que favorezca la negociación colectiva y que garantice la seguridad jurídica del sistema convencional y hacerlo precisamente con la colaboración de los interlocutores sociales.

3.2. Perspectiva jurisprudencial: puntos críticos

El objetivo de este apartado es efectuar un acercamiento a la jurisprudencia emanada tanto del Tribunal Constitucional como del orden jurisdiccional social en torno a las cuestiones más polémicas relacionadas con el ámbito subjetivo de aplicación de los convenios colectivos desde la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores.

Los aspectos que nos han parecido más relevantes son los siguientes:

1. El modelo de negociación colectiva plasmado en el ET parte de la conjunción de dos principios básicos: la no anulación de la autonomía individual y la capacidad de incidencia en el terreno de los derechos o intereses individuales. El hecho de que el art. 37.1 CE se refiera a la fuerza vinculante de los convenios, significa que el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones de trabajo incluidas en su ámbito de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización ni necesitar el complemento de voluntades individuales (STC 177/1988). Los intereses individuales por tanto se ven satisfechos porque la negociación colectiva actúa como una garantía básica de situaciones jurídicas individualizadas, al tiempo que contribuye tanto a mejorar las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores como al bienestar social (STC 58/1985, de 30 de abril).

Desde la entrada en vigor del ET, se ha venido debatiendo el alcance de la apuesta del legislador a favor de la eficacia normativa de los convenios colectivos y el margen de actuación que esta opción deja tanto a la autonomía individual de las partes como a las facultades de dirección de la empresa en relación a la gestión de personal. Así, aun reconociendo que la negociación

colectiva tal y como se encuentra diseñada en el Título III del ET contribuye decididamente a la mejora de las condiciones de trabajo y vida de los trabajadores, constituyendo un elemento esencial para la ordenación de las relaciones de trabajo, se afirma que ello no puede suponer «negar virtualidad a la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE, y por ello a un ámbito de ejercicio de poderes y facultades para la gestión de la empresa, incluidas las medidas referentes a la llamada gestión de personal que afectan al desarrollo del contrato de trabajo, ni la negociación colectiva puede anular la autonomía individual, pues ésta, garantía de la libertad personal, ha de contar con un margen de actuación incluso en unos ámbitos como los de la empresa en los que exigencias de índole económica, técnica o productiva reclaman una conformación colectiva de condiciones uniformes» (SSTC 58/1985 y 208/1993, de 28 de junio).

Ello, no obstante, debe observarse sin perder nunca de vista que la autonomía colectiva plasmada en un convenio negociado conforme a la tramitación prevista en el Título III ET, prevalece sobre la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores, por lo que la modificación de las condiciones de trabajo negociadas colectivamente, ha de respetar de manera estricta el procedimiento recogido en el art. 41 ET, esto es, precisa contar con la voluntad de la representación legítima de las partes (STC 105/1992, de 1 de julio). De esta manera el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la inconstitucionalidad de los denominados «pactos antisindicales en masa» (Olarte, 1991), al entender que la iniciativa unilateral de la empresa que da lugar al establecimiento de un sistema de retribución, jornada y horario distinto al previsto en el convenio, puesto en práctica tras la aceptación masiva y personalizada de la propuesta individual realizada a un colectivo de trabajadores incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación de dicho convenio, vulnera el derecho a la libertad sindical (STC 225/2001, de 26 de noviembre).

2. Resulta también llamativa la postura del Tribunal Supremo en relación a la legitimación para negociar convenios colectivos de franja y la eficacia de los pactos individuales concretados al margen de dicha negociación. Se defiende en sede judicial que cuando un proceso negociador se encuentra abierto, la circunstancia de que se suscriban contratos de trabajo individuales al margen de lo pactado en el convenio colectivo ya denunciado, no vulnera los derechos de libertad sindical y negociación colectiva. Esto lleva al Tribunal a insistir en la diferencia entre legitimación para negociar e implantación del sindicato en un determinado ámbito. Se pone así de manifiesto que si el proceso negociador no culmina en un convenio, pero sí ha dado lugar a la suscripción de acuerdos puntuales en materia retributiva, llegándose incluso a recabar la opinión de los trabajadores incluidos en el ámbito subjetivo de la negociación, con tales conductas no se atenta contra los referidos derechos constitucionales (STS de 7 de octubre de 2004, RJ 2004/6553).

3. Una de las principales cuestiones debatidas en sede judicial ha sido la determinación de la vulneración del principio de igualdad y no discriminación en la negociación colectiva cuando se establecen diferencias de trato entre determinados colectivos de trabajadores incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación del convenio en función, básicamente, de dos parámetros: la condición de trabajador fijo o temporal y la fecha de ingreso en la empresa.

Desde el comienzo de la andadura del ET, el Tribunal Constitucional ha entrado a conocer de esta materia en múltiples ocasiones: Así, en la STC 136/1987, de 22 de julio, el Tribunal Constitucional se expresa sin ambages, afirmando que las partes no gozan de libertad absoluta para delimitar el ámbito subjetivo de aplicación del convenio colectivo, ya que el principio de igualdad impide «que se discrimine a trabajadores que por la precariedad de su empleo o por la modalidad de su contrato de trabajo carecen de poder negociador por sí solos y se ven apartados contra su voluntad del ámbito de aplicación del convenio correspondiente».

Sin embargo, a pesar de la contundencia de la doctrina constitucional inicial sobre esta materia, poco a poco se han ido abriendo paso otras tesis desde las cuales se legitiman, en determinadas circunstancias, tales diferencias de trato. Es el caso de la STC 119/2002, de 20 de mayo, en la que se considera compatible con el art. 14 CE la inclusión en el convenio colectivo de la fecha de ingreso en una categoría concreta, como un factor relevante para la determinación de efectos retributivos, argumentando que «la retribución, en función del tiempo de permanencia en la empresa representa un principio que informa todas las categorías profesionales».

Con posterioridad, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en diversas ocasiones sobre esta cuestión. Las SSTC 27/2004, de 4 de marzo, 104/2004, de 28 de junio y 161/2004, retomando las tesis iniciales, mantienen que la desigualdad retributiva fundada exclusivamente en la fecha de ingreso en la empresa o en la condición de trabajador temporal o fijo, atenta contra el principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE, ya que resulta carente de razones objetivas que justifiquen la diferencia de trato.

El ejemplo palpable de la flexibilización de la doctrina jurisprudencial sobre esta materia lo encontramos en la reciente STS de 1 de marzo de 2005 (RJ 2005/4110), en la que se discute la compatibilidad de determinados artículos de un convenio colectivo con el principio de igualdad proclamado en los arts. 14 CE y 17.1 ET, en relación al art. 15.6 del ET. El Tribunal Supremo, ratifica la validez de algunos de los preceptos del convenio que establecen dicha diferencia de trato, argumentando que los mismos establecen una serie de derechos que dada su configuración en el convenio discutido, difícilmente pueden cohererarse con la relación laboral de duración determinada (anticipos de haberes, ayudas por gastos médicos, ayuda por estudios). Por el contrario, entiende que sí se atenta contra el principio de igualdad entre ambos

colectivos de trabajadores incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación del convenio en lo relativo al disfrute de otros beneficios sociales, como el caso del economato.

4. Desde la reforma del ET acometida por la Ley 11/1995, la configuración legal de la prohibición de concurrencia de convenios ha experimentado una notable variación, con todo lo que ello supone de cara al alcance del reconocimiento de eficacia normativa a esta expresión de la autonomía colectiva. La interpretación que del actual art. 84.2 ET efectúan nuestros Tribunales se podría resumir del siguiente modo: el nuevo párrafo segundo del art. 84 ET ha venido a implantar fórmulas de dirigismo contractual que ponen de manifiesto la preferencia hacia ciertos niveles de negociación de ámbito reducido. Por razones políticas, se ha optado «por un sistema de descentralización contractual que restringe las facultades que el art. 83.2 ha venido concediendo a los convenios colectivos y a los acuerdos interprofesionales de modo tal que en ámbitos inferiores al de estos convenios y acuerdos, pero superiores al de empresa, se pueden suscribir pactos colectivos que afecten a los de ámbito superior». De manera directa y expresa declara la Audiencia Nacional que «las reglas sobre estructura de la negociación colectiva y las de solución de conflictos de concurrencia entre convenios, estatuidas en los acuerdos interprofesionales o en los convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 ET, carecen de virtualidad y fuerza de obligar en lo que concierne a aquellos otros convenios que, encontrándose en el radio de acción de los anteriores, son de ámbito superior a la empresa y cumplen los demás requisitos que impone el párrafo segundo del art. 84, siempre que sus normas no traten sobre las materias mencionadas en el párrafo tercero de este precepto». Se insiste además en que el art. 84.2 ET es una norma de Derecho necesario, lo cual implica que no puede reconocerse virtualidad ni eficacia a aquellos pactos o contratos que lo contradigan (SSAN 78/2002, de 20 de noviembre, 98/2003 de 5 de diciembre). Para la Audiencia Nacional, la solución es declarar la nulidad parcial de los convenios que vulneran lo establecido en el art. 84.2 ET.

No obstante, según la doctrina del Tribunal Supremo, el efecto de la prohibición de concurrencia, no debe ser la nulidad del convenio colectivo invasor, sino la declaración de su inaplicación temporal. «La sanción máxima de nulidad, ya sea total o parcial, debe quedar reservada a los supuestos de convenios pactados incumpliendo las previsiones de contenido mínimo del art. 85.2 ET o las reglas que disciplinan la negociación colectiva estatutaria, o que conculquen normas de Derecho necesario absoluto (...) en definitiva, para los convenios colectivos que nacen ya con los vicios expuestos. Para los que presentan defectos posteriores que dependen de una circunstancia tan aleatoria y ajena a la voluntad de sus negociadores como es la vigencia de un convenio anterior, cuya existencia puede ser incluso desconocida para aquellos». SSTS de 31 de octubre de 2003 (RJ 2003/5898) y 8 de junio de 2005 (RJ 2005/6014).

5. La libertad de la empresa a la hora de elegir interlocutor para la negociación colectiva extraestatutaria se ha afirmado sin ambages desde el orden jurisdiccional social (SAN 58/2002, de 4 de octubre, AS 2003/497). De este modo se defiende que la exclusión de un sindicato de la negociación de un convenio de eficacia limitada no implica en principio una vulneración del derecho a la libertad sindical.

Sin embargo, tal afirmación no queda exenta de matizaciones, ya que el Tribunal Supremo ha defendido que no se puede marginar a un sindicato más representativo de una negociación colectiva, aunque esta tenga naturaleza extraestatutaria, cuando la misma aparezca ligada a un convenio colectivo de eficacia general en cuya negociación intervino dicho sindicato (STS de 28 de marzo de 1994, RJ 1994/2643).

6. También en relación con la negociación colectiva extraestatutaria, se ha entrado a determinar si constituye una vulneración de los arts. 37.1 y 28.1 de la Constitución el hecho de que la empresa requiera de los trabajadores no afiliados al sindicato firmante una manifestación por escrito de su deseo de no aplicación del Convenio, entendiéndose en caso contrario que se adhieren al mismo. El Tribunal Supremo, en la STS de 10 de junio de 1998 (RJ 1998/4105), afirma que esta conducta no equivale a la sustitución de la actividad sindical mediante una oferta individualizada a los trabajadores no vinculados por el pacto extraestatutario, ya que en cualquier caso, la aceptación de dicho convenio se hubiese podido producir de forma tácita si el trabajador recibe y acepta las ventajas del nuevo acuerdo, «pues ello siempre sería expresión de un consentimiento». En este sentido resulta relevante hacer referencia a la STC 108/1989, de 8 de junio, en la que se afirma que la adhesión libre de los trabajadores no incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación del convenio extraestatutario «no puede ser cuestionada ni necesita para ejercitarse que el convenio la prevea».

3.3. Perspectiva negocial

La evolución de la contratación colectiva en estos veinticinco años ha sido lenta pero sin interrupción, siendo resultado de una imbricación de la actuación del poder político, a través de reformas legales de hondo calado, y de los agentes sociales, que han protagonizado un profundo cambio del modelo inicialmente diseñado por el Estatuto de los Trabajadores de 1980.

En contraste, y es casi un tópico señalarlo, todos los análisis coinciden en afirmar que la estructura de la negociación colectiva se ha caracterizado por una gran rigidez, resistiéndose a los cambios. Y pese a que sus irracionalidades y disfunciones han sido claramente identificadas (atomización de las unidades de negociación, «estanquidad» o incomunicabilidad entre unidades y convenios y esclerosis de una estructura dominada por convenios provinciales sectoriales), parece que no

se habría producido una corrección (Rodríguez Piñero Bravo y Ferrer, 2001), siendo la «asignatura pendiente» de nuestro sistema de contratación colectiva. Sin embargo, estas conclusiones pueden resultar simplificadoras y, por tanto mixtificadoras, si no son debidamente matizadas y complementadas con otras consideraciones que, igualmente, se desprenden de la realidad de la práctica negocial y es que esta no es insensible a los cambios políticos, económicos y normativos.

Partiendo de estructuras precedentes, el ámbito de aplicación de los convenios ha pivotado en una primera etapa (1980-1994) sobre dos pilares ya clásicos: de un lado, la negociación sectorial provincial (cuyo ámbito de aplicación preferente han sido empresas de pequeña dimensión o con implantación limitada en el territorio) y de otro, la negociación de empresa de implantación interprovincial (en empresas de medianas o grandes). En cuanto a la negociación de ámbito sectorial nacional, ya como tercer pilar ya como ámbito geográfico alternativo al provincial, puede decirse que ha tenido un desarrollo modesto, incluso con posterioridad a la reforma laboral de 1994, planeando siempre la *sombra* omnipresente de las Ordenanzas Laborales en este ámbito.

Sin embargo, este panorama básico, no puede desconocer la emergencia de nuevas unidades y ámbitos de aplicación (Cruz Villalón, J., 2001), que no siempre suponen el retroceso o desaparición de unidades preexistentes (zonas de formación aluvional), así como de ciertos cambios experimentados en el peso desempeñado por las unidades tradicionales.

Así se han ido advirtiendo los siguientes:

- El desarrollo de los convenios colectivos sectoriales a nivel nacional: la definitiva expulsión del ordenamiento jurídico de las Ordenanzas Laborales, propicia la existencia de un «espacio vital» a estos convenios, que, progresivamente, experimentan una mayor presencia, visible a finales de la década de los noventa. Y de hecho la comparación estadística muestra no sólo el incremento del número de convenios sectoriales nacionales sino, lo que es más importante, del número de trabajadores afectados que el período entre 1985 y 1999 se duplicó. Aunque no se trata de un fenómeno generalizado no se puede obviar la existencia de signos de cambio, en los que no siempre se observa un paralelismo ni una relación causa-efecto con la derogación de las Ordenanzas. Así, en muchos casos no hay paralelismo porque los convenios colectivos no colman idéntico espacio que las correspondientes Ordenanzas (han aparecido múltiples convenios que toman como referencia parcelas más pequeñas de la actividad económica). Y en otros, la aparición de convenios nacionales fue anterior a este proceso, en unos casos propiciada por factores de tipo económico, mientras que en otros bien ha venido favorecida por la adopción de Acuerdos Marco sectoriales.

No obstante, los cambios económicos no siempre han favorecido la unidad de negociación nacional. Así, la supresión de monopolios, generalmente empresas

públicas del extinto INI, en muchos casos ha desembocado en la aparición de convenios de empresa y donde antes sólo había uno, que podía ser considerado nacional y de empresa, han aparecido varios convenios empresariales. Ello no excluye, en algunos casos, la constitución de nuevas unidades sectoriales nacionales, aunque desde luego es más excepcional. En cambio, el avance de la gestión privada de servicios públicos ha comportado la aparición de nuevas unidades de negociación de ámbito, generalmente, sectorial.

En otros casos, la aparición de nuevas actividades económicas, ha generado ciertos problemas de vacío negocial, que, generalmente, se han saldado por su reconducción a ámbitos de aplicación de unidades sectoriales nacionales preexistentes, con o sin dictamen de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, más que acudiendo al procedimiento de extensión de convenios, que sigue siendo excepcional. No obstante, también se ha optado por lo contrario, la constitución de nuevas unidades, ya sectoriales nacionales, ya de empresa, por lo que vemos que es difícil llegar a conclusiones cerradas y unívocas sobre la influencia de los cambios económicos en la estructura de la negociación colectiva.

- Las nuevas tecnologías también ha determinado la aparición de nuevas actividades y empresas, pero su impacto sobre la estructura de la negociación y ámbitos de aplicación de los convenios no ha sido unívoco, ya que unas veces se ha optado por la reconducción a unidades preexistentes, modificando sus ámbitos funcionales, mientras que otras se han creado otras nuevas, ya sectoriales nacionales, ya de empresa.
- La proliferación de los pactos de gestión, cuyo ámbito de aplicación nunca supera la empresa, pero que difícilmente se superponen a los convenios de empresa, por su diferente perfil funcional y sus características (menos normativo y estático y más informal), son otro de los cambios destacados por los diferentes análisis sobre estructura y ámbitos de aplicación.
- La aparición de un nivel territorial intermedio (el ámbito de Comunidad Autónoma) como consecuencia del desarrollo del Estado autonómico. Su desarrollo ha sido desigual por Comunidades, sin embargo, su importancia en el conjunto de la estructura es aún modesta y se ha desarrollado más en términos de sustitución del ámbito provincial que del nacional (y ello no sólo en las Comunidades Autónomas uniprovinciales), ello sin contar con la aparición de una importante unidad negocial: la del personal de la correspondiente Administración autonómica. Al margen de ello, el ámbito autonómico ha sido un campo fértil para la concertación social tripartita, sobre todo en materias como el fomento del tejido empresarial, del empleo y medidas de política económica, así, como muy destacadamente acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos colectivos.
- La dimensión comunitaria no ha abocado en este período la aparición de una «unidad de negociación europea». Sin embargo, la existencia de empresas con

centros de trabajo en varios Estados miembros, de procesos de concentración europeos por razones de competitividad en un contexto de globalización, o la existencia de actividades transnacionales por su propia naturaleza, entre otros factores, han llevado a la adopción de importantes acuerdos colectivos en este ámbito, muchos de ellos reforzados por la aprobación de la correspondiente Directiva.

- Se han producido cambios en el distinto peso desempeñado por las distintas unidades de negociación. Así el trasvase de trabajadores, sobre todo, desde la industria al sector servicios, ha provocado no tanto la desaparición de unidades clásicas como una menor importancia en el conjunto de la estructura. No obstante, en algunos casos, la desaparición de empresas ha provocado un desplazamiento de convenios de empresa, hacia un convenio único de empresa que hace las veces de convenio sectorial.
- La evolución normativa y los cambios experimentados en el marco jurídico-laboral tampoco han incidido en una sola dirección sobre la estructura y los ámbitos de aplicación de los convenios. En unos casos el impacto es claro, tal y como ha sucedido con la legalización y regulación en nuestro país de las empresas de trabajo temporal, que generó en un principio la aparición de una multiplicidad de convenios de empresa, aunque que con posterioridad se ha saldado a favor del nivel nacional sectorial. En otros casos en cambio, el impacto de las reformas legales ha sido irrelevante, tal y como se observa con la nueva regulación de la legitimación negocial para un grupo específico de trabajadores, los convenios franja, donde no se ha observado ningún incremento significativo.
- El grupo de empresas es un fenómeno de organización empresarial de impacto creciente que ha dado lugar a la aparición de estas nuevas unidades de negociación: los convenios de grupo, a medio camino entre el convenio de empresa y el supraempresarial de ámbito territorial provincial, autonómico o nacional. Ciertamente el avance del convenio de grupo no es proporcional, cuantitativamente hablando, a la importancia económica y organizativa de esta realidad; sin embargo, no es menos cierto que esta unidad se ha ido afianzando a partir de la década de los noventa, lo cual es visible, más que por el número de convenios, por el número de trabajadores afectados, pese a las dificultades de orden legal (inadecuada regulación de la legitimación negocial), práctico (resistencia de los grupos de empresas a regulaciones unitarias, rígidas o uniformes) y estadístico (falta de claridad en los datos para una evaluación de su impacto real).
- La reducción del tamaño de las empresas o la inestabilidad de las plantillas como consecuencia de la descentralización productiva, cada vez más extendida, incide en una resistencia a la descentralización de la negociación en la medida en que el menor número de trabajadores por empresas por debajo de los umbrales legales incide en la inexistencia de órganos de representación unita-

ria de los trabajadores y en la acción sindical. Lo que generalmente favorece a uno de los pilares clásicos de la estructura de la negociación colectiva (el convenio provincial). No obstante, y aunque en algunos casos la aparición de empresas de servicios especializadas por razón de la actividad descentralizada que asumen, da lugar a convenios nacionales, como el de empresas de limpieza de edificios y locales o el de desinfección y desratización, en otros muchos, cuando la dimensión de las empresas lo permite, aparecen nuevas unidades empresariales de empresas filiales, desgajadas de la empresa matriz que o bien mantiene su propio convenio o bien se rige por un convenio sectorial.

- En el ámbito estatal, se han adoptado convenios marco, con una pretensión de articulación de la negociación y acuerdos sobre materia concreta. El Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva (1997) planteó una articulación de la negociación colectiva de signo centralizador (reforzamiento del nivel sectorial nacional), si bien con carácter obligacional para las partes firmantes del mismo. El AINC partía del respeto al «principio de autonomía de las partes representadas en cada ámbito de negociación», lo que justificó la eficacia obligacional que le otorgaron las partes. Junto a él ha habido un cierto desarrollo de Acuerdos Marco sectoriales, fundamentalmente, de carácter estatal, que han pretendido articular la negociación colectiva en el sector correspondiente. No obstante el AINC de 2002 no se refería al problema de la estructura de la negociación, centrándose más aspectos de procedimiento. Posteriormente el AINC 2005 incluye un capítulo (el IX) sobre estructura de la negociación, de contenido escaso, si se tiene en cuenta la relevancia de este elemento y los problemas pendientes. En él se insiste sobre la obligación de las partes de «analizar la estructura... así como la articulación de materias entre distintos ámbitos negociales» y de «adoptar las decisiones que correspondan respecto al ámbito apropiado para el tratamiento de materias que integran el convenio... de forma tal que una posible articulación... incida en una mejor aplicación y eficacia de lo pactado».
- La reforma del procedimiento de extensión de convenios no ha tenido grandes repercusiones en la estructura por su escasa incidencia, salvo en algunos sectores (es ya clásico el de Oficinas y Despachos de Sevilla). Proceso de reforma que ha culminado con el Real Decreto 718/2005, de 10 de junio, por el que se aprueba el procedimiento de extensión de convenios colectivos.

Todos estos cambios, no han alterado, sin embargo, una situación dominante en estos veinticinco años que podríamos resumir en las siguientes conclusiones: 1ª) Estructura predominantemente dual (convenios de empresa/convenios sectoriales) en la que, pese al mayor número de convenios de empresa, son los convenios sectoriales los que afectan a un mayor número de trabajadores. 2ª) Entre los convenios sectoriales siguen siendo predominantes los convenios de ámbito provincial, frente a los de ámbito nacional, mientras que los de ámbito autonómico siguen ostentando una posición secundaria, en contraste con el desarrollo del Estado autonómi-

co.3ª) Escasa articulación de materias entre los distintos ámbitos negociales. 4ª) Las cláusulas de ámbito funcional (en convenios sectoriales) y de ámbito personal (en convenios de empresa) generan numerosos problemas aplicativos, mientras que las cláusulas de ámbito territorial a penas los plantean. Los supuestos de exclusión del ámbito de aplicación de algunos sectores dentro de la cláusula de ámbito personal son un caso recurrente, así como la incidencia de las vicisitudes de las relaciones de trabajo (sucesiones de empresas, descentralización productiva, desplazamientos o traslados en relación con el ámbito territorial) en la conformación de los ámbitos. En todo caso se detecta una enorme casuística, con un telón de fondo: la enorme conflictividad y litigiosidad derivada del convenio aplicable, en el caso de los convenios sectoriales por la dispersión de unidades y en el de empresa por la problemática exclusión de grupos de trabajadores, siendo la voluntad de las partes especificar con la máxima precisión los ámbitos de aplicación. 5ª) Persisten problemas en torno la ordenación de la legitimación empresarial (en especial los procedimientos de medición de la representatividad de las asociaciones empresariales. Aunque el TS acepta la presunción de legalidad de los convenios publicados oficialmente, haciendo imposible la prueba de no representatividad, se considera necesaria una intervención legal regulando la legitimación empresarial con elementos que proporcionen seguridad jurídica y certeza. 6ª) En materia de legitimación negocial persiste la anomia, por lo que consideramos que ésta es otra de las insuficiencias en materia de legitimación. No es adecuada su solución por vía jurisprudencial, además de ser ésta poco aceptada (la solución del TS de legitimaciones cruzadas), por lo que entendemos imprescindible su regulación, así como la de los órganos de representación en empresas de estructura de grupo que no tengan dimensión comunitaria. 7ª) En último lugar se detecta en la praxis negocial una deficiente regulación sobre los ámbitos de aplicación que redundan en un exceso de consultas ante la CCNCC sobre convenio aplicable a una empresa y sus trabajadores. Los cambios productivos exigen de los agentes sociales un mayor esfuerzo por definir los sujetos obligados por el convenio, en lugar de limitarse a copiar lo que establecían convenios anteriores propios de uno tejido productivo profundamente modificado.

4. ÁMBITO OBJETIVO: EL CONTENIDO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

4.1. Configuración estatutaria del contenido de la negociación colectiva. Los cambios en las estructuras empresariales y enriquecimiento de contenidos

4.1.1. Origen y evolución

4.1.1.1. Antecedentes normativos

Como antecedente remoto de la regulación legal del contenido de la normativa sectorial, el artículo 11 de la Ley de Contrato de Trabajo, de 21 de noviembre

de 1931 atribuía a las *Bases de Trabajo* adoptadas por los Jurados mixtos o Comisiones paritarias la determinación de «las condiciones de mínima protección para los trabajadores sobre salarios, jornadas, descansos, garantías de estabilidad, medidas de previsión y demás que puedan estipularse en los contratos de trabajo». Como se muestra, su contenido material afecta básicamente a la relación individual de trabajo. En esta misma línea, el artículo 12 de esta misma Ley reconoce la competencia de los *Pactos Colectivos* celebrados entre asociaciones patronales y obreras legalmente constituidas al amparo de las Leyes de 4 de julio de 1931 y de 8 de abril de 1932 para establecer «las normas a que han de acomodarse los contratos de trabajo».

Más adelante, el artículo 11 de la Ley de Reglamentaciones de Trabajo, de 16 de octubre de 1942, manifestaba cómo «el contenido de las Reglamentaciones de trabajo se referirá principalmente a establecer las condiciones con arreglo a las cuales han de desenvolverse las relaciones entre las empresas y su personal, y abarcará, necesariamente, los siguientes extremos: ámbito territorial, funcional, personal y temporal en que sus normas han de aplicarse; organización del trabajo y clasificación del personal por especialidades profesionales, incluyendo las definiciones de todas y cada una de ellas; jornada, retribución y cómputo de horas extraordinarias, condiciones sobre el trabajo a destajo, si hubiere lugar a ello, y revisión de destajos y primas; descansos y vacaciones; régimen de sanciones y premios; enfermedades; prevención de accidentes e higiene en los talleres y Reglamento de régimen interior. También se consignarán aquellas reglas que puedan ser características en la industria que se reglamente, y se hará constar que las condiciones señaladas tienen el carácter de mínimas y obligatorias, por cuyo motivo son susceptibles de mejorar por libre y espontánea determinación de los empresarios, hecha figurar en sus reglamentos de régimen interior o en las relaciones de trabajo convenidas con su personal».

Por su parte, el artículo 11 de la Ley de Convenios Colectivos Sindicales, de 24 de abril de 1958, precisaba que «las condiciones generales de prestación de trabajo a que se refieren los convenios colectivos sindicales podrán incluir los siguientes extremos: cuadros y sistemas salariales, incentivos a la producción, pluses retributivos por diversos conceptos, premios y comisiones por rendimientos individuales o de grupo, determinación de criterios de clasificación profesional, ingresos, ascensos, sustituciones, cambios en los métodos de trabajo por introducción de mejoras técnicas o adaptación a las necesidades del mercado, reducciones de la jornada, sin merma de la producción, adaptación de calendarios y horarios de trabajo, perfeccionamiento de métodos de trabajo y cómputos para la valoración de los rendimientos, complemento de compensación por enfermedad, accidente o causa análoga; mejoras en el régimen de seguridad, agrado, comodidad, alegría e higiene en el trabajo; sistemas de participación en beneficios y en los rendimientos productivos, determinación de los períodos de vacaciones, perfeccionamiento profesional y cultural y, en general, cuantos signifi-

quen extremos de regulación de las condiciones económicas y sociales de la empresa, del rendimiento colectivo y de la acción asistencial a favor del trabajador y de la empresa. Asimismo podrán ser objeto de estos convenios los acuerdos de modificación y compensación de condiciones más beneficiosas adquiridas, el establecimiento de criterios de preferencia en los casos de reducciones colectivas de plantilla o traslados colectivos y, en general, cuantas medidas afecten a la organización, rendimiento y consideración debidos entre los miembros de la empresa». Por su parte, el artículo 12 de la misma Ley dispone que «necesariamente, los convenios habrán de contener la determinación concreta de su ámbito de aplicación, las estipulaciones que se establezcan para cumplir los fines que los motivan, la fecha de entrada en vigor, el plazo de vigencia, si se acordase, y, en su defecto, las razones que determinen la rescisión o revisión del convenio pactado, previa denuncia, que no podrá ser preavisada con plazo inferior a tres meses. De no establecerse en ellos lo contrario, habrá de estimarse que el plazo de vigencia de los convenios tiene una duración de dos años, prorrogable por la tácita de año en año, a no mediar el preaviso».

Además, el artículo 5 de la Orden de 22 de julio de 1958, que aprobaba el Reglamento para la aplicación de la ley de Convenios Colectivos Sindicales distinguía específicamente en los convenios entre un contenido necesario y un contenido potestativo. Así, por un lado, «en su aspecto formal», los convenios *habrán de contener*: «la expresión de las partes que lo conciertan, la determinación concreta de su ámbito de aplicación territorial y personal, la fecha de entrada en vigor, el período de duración, si se acordase, y el de preaviso para su denuncia por cualquiera de las partes. Igualmente habrán de ser objeto de concreta especificación las estipulaciones que se establezcan para la vigilancia y cumplimiento de cuanto se convenga y las causas que puedan determinar la rescisión o revisión del convenio». Por otro lado, reconocía que «en lo referente a circunstancias de carácter económico y social y las que afectan a la organización, rendimiento, disciplina y consideración debida entre los miembros de la empresa, como también en cuanto a las condiciones generales de prestaciones de trabajo», los convenios *podrán referirse* a las materias citadas por el artículo 11 de la ya referida Ley de Convenios Colectivos Sindicales, y «en general, cuanto signifique regulación de las condiciones económicas y sociales».

Por último, la Ley 38/1973, de 19 de diciembre, de Convenios Colectivos Sindicales de Trabajo, actualizaba la norma precedente, pues, como anunciaba en su preámbulo, «el tiempo transcurrido desde entonces, y el progresivo desarrollo de la negociación colectiva, proporcionan una valiosa experiencia que permite disponer de los elementos de juicio necesarios para un perfeccionamiento de la institución». En relación con el contenido del convenio, el artículo 11 disponía que *habrían de contener*: «la expresión de las partes que lo conciertan, los ámbitos territorial, personal y temporal a efectos de su vigencia y el período de su duración, que no podrá ser inferior a dos años, y el incremento salarial que, en su

caso, corresponda a cada uno de ellos; el plazo de preaviso a los efectos de su denuncia, que habrá de hacerse con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de terminación normal de la vigencia del Convenio y la designación de una Comisión paritaria de representantes de la partes negociadoras para las cuestiones que se deriven de la aplicación del propio Convenio; en caso de falta de acuerdo elevará lo actuado a la Autoridad Laboral». Por lo que al contenido material se refiere, los Convenios *podrían incluir* «toda clase de cuestiones de índole laboral o social y, en general, las relativas a la mejora de las condiciones de trabajo, fomento de la productividad, seguridad e higiene y bienestar social, así como los referentes a los regímenes de participación de los trabajadores en la empresa, a la extensión de las prerrogativas de quienes desempeñen cargos representativos de carácter sindical, y a los métodos de conciliación, mediación y arbitraje voluntario en caso de desacuerdo o situaciones conflictivas». Obsérvese, que aunque todavía insuficiente, en el posible contenido del convenio aparecen ya derechos colectivos de los trabajadores y de acción sindical.

4.1.1.2. El ET de 1980

El Proyecto de Ley del ET (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 62-I, de 4 de julio de 1979), en su artículo 80.2 reconocía que «mediante los convenios colectivos y en su ámbito correspondiente los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad; igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten».

A este precepto se presentaron numerosas enmiendas. La Enmienda núm. 38 del Grupo Coalición Democrática pretendía prescindir, por innecesaria, de esa referencia a la paz social como una mera posibilidad, ya que parece admitirse que allí donde expresamente no se pacte, no tendrán las partes obligación alguna. De este modo proponía como texto alternativo: «los convenios colectivos constituyen la expresión escrita del acuerdo libremente adoptado por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, dentro del marco de esta ley, para regular las condiciones de trabajo y de productividad». En el mismo sentido de suprimir la referencia a la regulación de la paz laboral, se pronuncia la Enmienda núm. 172 del Grupo Mixto, que propone como nueva redacción: «mediante los Convenios Colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad; igualmente, podrán regular aspectos referentes a la promoción profesional, social y cultural de los trabajadores, a través de las obligaciones que se pacten». También en esta línea se enmarca la Enmienda 572 del Grupo Comunista consideraba que dentro del concepto *regular las condiciones de trabajo* se comprenden todas aquellas cuestiones, cualquiera que sea su índole, que se derivan de las relaciones de trabajo, por lo que no es necesario ni conveniente hacer las especificaciones que contiene el correspondiente precepto del Proyecto de Ley. Por eso defiende la simple referencia a que

«mediante los convenios colectivos y en su ámbito correspondiente los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo». Detrás de esta Enmienda se encuentra un cierto recelo a que mediante las cláusulas de paz laboral que pudieran incluir los convenios colectivos desvirtuara el propio derecho de huelga. De hecho, en los debates parlamentarios (sesión de 19 de diciembre de 1979) afirmaba el Sr. Sánchez Montero, en nombre del Grupo Comunista, que «por mucho que se afine en el convenio, por muchas que fueran las condiciones que se establecieran para regular la paz laboral, una vez firmado el convenio, surgirían, como surgen cada día, una multitud de problemas en la empresa que pueden alterar esa paz laboral, que no están previstos en el convenio (...) Cuando estos problemas se crean es claro que los trabajadores tienen que defender sus intereses, y lo harán ejerciendo los derechos que la Constitución y las leyes les reconocen, y que también se reconocen en este Estatuto. Pero el concepto de paz laboral (...) es tan amplísimo que, a juicio de la empresa, puede alterar la paz laboral y romper el convenio, por tanto, cualquier acto de legítima reclamación o protesta que puedan realizar los trabajadores y que no se atiende. Esa pretensión de que con una simple protesta se alteren condiciones firmadas que pueden llevar a la empresa a una actitud provocativa (...), lejos de contribuir a mantener la paz laboral ayuda a todo lo contrario». Por el contrario, el Sr. Vida Soria, en nombre del Grupo Parlamentario Socialista, rechaza por injustificado ese miedo de que se limite el ejercicio libre del derecho de huelga: «las cláusulas de paz laboral que aquí se reflejan significan, simplemente, cláusulas obligacionales dentro del convenio colectivo. Esta terminología está perfectamente acuñada por la doctrina, y significa que las partes contratantes del convenio colectivo, además de regular compromisos recíprocos de acudir a medidas de conciliación o interpretación autonómica en las dudas que se planteen a la hora de interpretar los convenios. Ninguna cláusula de paz laboral podrá limitar el derecho a la huelga. No lo podrá hacer porque el derecho a la huelga, según nuestra Constitución, es un derecho individual, aunque su ejercicio se realice colectivamente. Ningún convenio colectivo podrá limitar el recurso al derecho a la huelga que corresponde a los trabajadores».

Más radicales eran las enmiendas núm. 369, del Grupo Socialista, y núm. 770, del Grupo Andalucista, que proponían directamente la supresión de dicho precepto; la segunda de ellas, por evitar la duplicidad, ya que la regulación del contenido del convenio se realizaba en el artículo 83.

Por su parte, precisamente ese artículo 83 del Proyecto de Ley de ET, al referirse al contenido de los convenios colectivos, se limitaba a concretar su contenido formal y su posible contenido material, y por tanto:

- 1) Enumeraba aquello que debía expresar como mínimo: Dicho contenido formal estaba constituido por la «determinación de las partes que los conciertan»; «ámbito personal, funcional y territorial»; «duración del convenio»; y la «designación de una Comisión Paritaria de la representación de las partes

negociadoras para entender en las cuestiones que se deriven de la aplicación del propio convenio y las obligaciones contraídas respecto a la paz laboral». La Enmienda núm. 576, del Grupo Comunista, abogaba por la supresión de dicho contenido mínimo lo relativo a la duración del convenio. Por su parte, las Enmiendas núm. 372, del Grupo Socialista, y núm. 430, del Grupo Socialista Vasco-PSE, proponían mejorar la redacción al exigir como contenido mínimo el ámbito temporal, además del ámbito personal, funcional y territorial del convenio colectivo, y la forma y condiciones de denuncia del convenio, así como plazo de preaviso para dicha denuncia. Respecto a la Comisión Paritaria, la Enmienda núm. 175 del Grupo Mixto pretendía suprimir su competencia en lo relativo a «las obligaciones contraídas respecto a la paz laboral».

- 2) Admitía que «los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral y asistencial, dentro del ámbito de lo dispuesto en las leyes». No obstante, la Enmienda núm. 175, del Grupo Mixto, proponía referirse, además de las materias citadas en el Proyecto de Ley, a otras que se vienen regulando en los convenios colectivos, en particular, referentes a «aspectos de carácter social y cultural». Por otro lado, considera que la referencia que se hace a que estas materias se tendrán que ceñir «al ámbito de lo dispuesto en las leyes» viene a limitar la autonomía negociadora, pues «normalmente en las relaciones laborales la realidad impuesta a través de la negociación va por delante de las leyes». Por su parte, la Enmienda núm. 284, del Grupo Minoría Catalana, pretendía una redacción más completa que el original: «en cuanto a su contenido normativo, los convenios colectivos podrán regular materias de índole productiva, económica, laboral, asistencial y de acción sindical, dentro del ámbito de lo dispuesto en las leyes». Se consideraba que con ello se afronta «con valentía un aspecto de la vida laboral de indudable interés»: la acción sindical; pues «no conduce a buen puerto negar la realidad objetiva social, y no por desconocer la acción sindical en el ámbito económico ésta dejará de existir». Por ello, considera indispensable que «dentro del marco legal que se establezca los convenios colectivos, cualquiera que sea su ámbito, regulen dicha materia, ganando así terreno en la seguridad jurídica y de obrar». En sentido similar, las Enmiendas núm. 577, del Grupo Comunista, que propugnaba la adición de la materia sindical por considerar que los derechos sindicales encuentran en la negociación colectiva un cauce adecuado para su regulación, y la núm. 402, del Grupo Vasco-PNV, que precisaba, también con la núm. 403, la enumeración del contenido de las materias de orden sindical con la adición de un nuevo apartado: «los convenios colectivos podrán regular entre las materias de índole sindical, para los convenios que se negocien en el futuro, aspectos tales como la representación de las partes, los cauces de negociación y los procedimientos de solución de los conflictos». En cualquier caso, las Enmiendas núm. 372, del Grupo Socialista, y núm. 430, del Grupo Socialista Vasco-PSE, presentaban una redacción alternativa que fue defendida en la

correspondiente comisión de trabajo por el diputado socialista, Sr. Vida Soria, y finalmente aprobada (23 de noviembre de 1979).

De este modo, la redacción originaria del ET expresaba en relación con el ámbito objetivo de la negociación colectivo lo siguiente:

- Artículo 82.2: «Mediante los convenios colectivos y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad; igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten».
- Artículo 85.1: «Dentro del respeto a las Leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y asistencial y, en general cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales».
- Artículo 85.2: «Sin perjuicio de la libertad de contratación a que se refiere el párrafo anterior, los convenios colectivos habrán de expresar como contenido mínimo lo siguiente: a) Determinación de las partes que lo conciertan. b) Ámbito personal, funcional, territorial y temporal. c) Forma y condiciones de denuncia del convenio, así como plazo de preaviso para dicha denuncia. d) Designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de cuantas cuestiones le sean atribuidas».

4.1.1.3. Evolución posterior

Pese a la amplitud que el ET otorgaba al contenido material de la negociación colectiva, los convenios colectivos no han aprovechado este extenso marco legal para regular todas las materias posibles. El contenido del convenio no era tan rico y variado como en un primer momento se podía esperar. Todavía hoy el salario y la jornada siguen conformando el núcleo básico en torno al cual aparecen otras materias. Este espíritu poco innovador es en buena parte consecuencia de una especie de inercia reguladora que se remonta a las primeras Bases de Trabajo, siguiendo por las Ordenanzas Laborales y continuando con los grandes convenios colectivos sectoriales.

No obstante, los cambios acontecidos en el marco técnico, organizativo y productivo de la empresa aconsejan incorporar nuevos contenidos. Aunque esta idea vaya poco a poco tomando forma entre los objetivos de los sujetos negociadores no es fácil vencer esa inercia reguladora. Por eso, se ha intentado favorecer e impulsar la incorporación de nuevas materias a la negociación colectiva vía reforma legislativa.

El año 1994 ha sido clave en esta ampliación de contenidos materiales de la negociación colectiva. Por un lado la LPRL fuerza a incluir entre los nuevos con-

tenidos aspectos relacionados con la seguridad en el trabajo y con la prevención de riesgos laborales, como la regulación de los Comités de Seguridad y Salud o de la figura del Delegado de Prevención. Pero por otro, el propio artículo 85 del ET resulta modificado por las leyes de reforma del ET de 1994, en las que:

- 1) Se suprime la referencia expresa que recogía el originario ET a las materias «de índole asistencial».
- 2) se especifica la posibilidad de regular, dentro de las condiciones que afectan al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales, los «procedimientos para resolver las discrepancias surgidos en los períodos de consulta» en los supuestos previstos para movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo, suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas, productivas o por fuerza mayor, y despido colectivo.
- 3) se incorpora como nuevo contenido mínimo «las condiciones y procedimiento para la no aplicación del régimen salarial que establezca el mismo, respecto de las empresas incluidas en el ámbito del convenio cuando éste sea superior al de la empresa».
- 4) se precisa que en el contenido mínimo de todo convenio debe incluirse, además de la designación de una comisión paritaria, la «determinación de los procedimientos para solventar las discrepancias en el seno de dicha comisión».

Poco después, la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la mejora del mercado de trabajo, modificó este mismo artículo 85 del ET en el sentido de incluir un nuevo párrafo (como 2) en el que se precisaba que también «a través de la negociación colectiva se podrán articular procedimientos de información y seguimiento de los despidos objetivos, en el ámbito correspondiente». Precisamente, en este mismo año, 1997, el diálogo social había fructificado en el Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva que se marcaba como objetivo racionalizar la estructura de la negociación colectiva, para lo que, entre otras cosas, reservaba un conjunto de materias al convenio colectivo sectorial de ámbito nacional, y en el Acuerdo Interconfederal de Cobertura de Vacíos, que regulaba las cuatro materias que mayores dificultades habían ofrecido en el proceso de sustitución y derogación de las Ordenanzas Laborales: estructura profesional, promoción de los trabajadores, estructura salarial y régimen disciplinario.

En 2001 hubo un intento de reformar el ET en materia de negociación colectiva. El borrador (o mejor dicho, los sucesivos borradores presentados a los interlocutores sociales) del correspondiente anteproyecto de Ley de reforma del ET introducía un nuevo contenido formal exigible a todo convenio: el «plazo de inicio de las negociaciones para la renovación del convenio tras su denuncia, y procedimientos para resolver las discrepancias en esa negociación, así como las condiciones o plazos de duración de estas negociaciones en los que se acudirán a tales procedimientos». Por otro lado matizaba que: 1) la designación de una

comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras afectaría sólo a las «firmantes del convenio que dé lugar a su constitución»; pero 2) «cuando el convenio atribuyese a la comisión paritaria funciones de modificación del convenio durante su vigencia deberán incorporarse a la misma la totalidad de los sujetos legitimados para la negociación, aunque no hayan sido firmantes del convenio. Será exigible la concurrencia de los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 de esta Ley para que los acuerdos de modificación del convenio durante su vigencia posean eficacia general». No obstante, ante la oposición de los interlocutores sociales (CCOO, UGT, CEOE y CEPYME) a la proyectada reforma, el Gobierno retiró dicho anteproyecto de Ley.

Los interlocutores sociales han mostrado así su oposición a los intentos de reforma del actual modelo vertebrador de la negociación colectiva en la medida en que afecta negativamente al propio contenido regulador de la misma. En concreto UGT ha advertido que «el nivel de empresa no puede ser el lugar exclusivo de discusión de las materias centrales de la negociación colectiva, las que más contenido y mayores intereses conjugan en las relaciones laborales y que definen la parte sustancial del contrato de trabajo: clasificación profesional, salario y jornada. El nivel de empresa debe estar articulado con la negociación sectorial y no ser un elemento de fuga de derechos reconocidos y vigentes en los convenios colectivos». Ante esto, las organizaciones sindicales UGT y CCOO manifiestan conjuntamente (22 de junio de 2001) que «los convenios colectivos sectoriales no pueden quedar debilitados en sus contenidos, sino que bien al contrario deben ser reforzados para que puedan atender a la articulación y a la negociación especializada de materias. El convenio no puede limitarse a aquellas materias que recogidas en acuerdos concretos, en algunos sectores, han servido para la sustitución de las ordenanzas laborales. En todo caso, la especialización de la negociación sectorial debe permitir su articulación en todos sus ámbitos de aplicación, territoriales y de empresa. Igualmente, debe preservarse la eficacia general del convenio en su ámbito, porque de otra forma se debilitaría el sistema de negociación colectiva, dando paso a la individualización de las relaciones laborales». Así, reafirman que «la regulación colectiva de las relaciones laborales no puede ser desestructurada y sustituida por la regulación individual. El convenio colectivo no puede ser debilitado por el contrato de trabajo».

Ante esta situación, parece quedar demostrado que cualquier intento de reforma del marco legal de la negociación colectiva debe pasar por un proceso previo de diálogo con los interlocutores sociales. Así, se confirma cómo «el método previsto de elaboración de la nueva reforma estatutaria sigue siendo el dominante en los últimos años, la apertura de una negociación prelegislativa» (Rodríguez Piñero, 2005, p. 9).

En todo este desarrollo y evolución del contenido de la normativa sectorial siempre se encuentra presente una constante tensión dialéctica entre *seguridad* y

flexibilidad. El punto de equilibrio entre seguridad y flexibilidad puede verse desplazado en uno u otro sentido en función de diversos factores de cambio. Entre éstos merece una especial atención las modificaciones acontecidas en el marco técnico, organizativo y productivo de la empresa, pero tampoco hay que olvidar otros factores, como las propias exigencias normativas del proceso de construcción europea, la influencia de la jurisprudencia o de la propia práctica negocial.

Así, los contenidos tradicionales de la negociación colectiva han servido de base al modelo fordista, basado en regulaciones colectivas tendencialmente uniformes y generalizables (contractualización a largo plazo del beneficio salarial basada en grandes acuerdos sobre fijación y estructura de los salarios; crecimiento de los salarios basado en los precios y la productividad general; límites rígidos a los despidos; garantías legales y colectivas de organización del trabajo; y como contrapartida, la aceptación de las prerrogativas de la dirección y poderes empresariales). Pues bien, esas funciones clásicas de la negociación colectiva son actualmente insuficientes (Monereo y Moreno, 2005, pp. 198 y ss). Se han producido importantes cambios en los marcos de referencia: y en el sistema productivo: innovación tecnológica, nuevas formas de organización del trabajo, terciarización de las economías avanzadas, descentralización productiva, subcontratación, globalización económica, emergencia de la empresa postindustrial caracterizada como empresa flexible y participada, etcétera.

De este modo, ese enriquecimiento de los contenidos negociadores está especialmente vinculado a la exigencia de las partes sociales de responder a las transformaciones del sistema productivo y a las nuevas formas de organización de las empresas. Igualmente, esa incorporación de nuevos contenidos tiene su origen en la necesidad de que la negociación colectiva ocupe los espacios desregulados por el repliegue legal acontecido con la reforma de 1994, y de este modo evitar la individualización de las condiciones de trabajo. La negociación colectiva debe aceptar un nuevo reto: la presión que supone el negociar sin el nivel de protección que antes dispensaba el ET, utilizando como único instrumento la fuerza contractual de la que goza cada parte (a falta de ese mayor garantismo legal).

En este sentido, en el Acuerdo Intersindical suscrito entre CCOO y UGT (noviembre de 2004) sobre «objetivos y criterios unitarios para la negociación colectiva y la renovación del Acuerdo sobre Negociación Colectiva de 2005» propone como uno de los objetivos prioritarios de la negociación colectiva mejorar y ampliar los contenidos de los convenios colectivos, a través de la regulación de los derechos, que impidan la individualización de las relaciones laborales, y el fortalecimiento del papel de la participación sindical en la información y la negociación colectiva sobre los planes empresariales y la organización del trabajo (planes de futuro y viabilidad a medio y largo plazo de las empresas). Por ello, se considera necesario en el próximo proceso de negociación colectiva acometer medidas relacionadas con: la estabilidad del empleo; la subcontratación y cesión

de trabajadores; la mejora y protección de los salarios; el tiempo de trabajo, su reducción y la organización del trabajo; la salud laboral y el medio ambiente; la igualdad de oportunidades; la igualdad de trato; el derecho a la formación, a la cualificación y la promoción; el fortalecimiento de la negociación colectiva y de los derechos de participación; y el reforzamiento de los procesos de negociación.

Entre las nuevas materias que se están incorporando al contenido de los convenios colectivos se encuentran las relacionadas con el empleo (y no sólo en relación con las más tradicionales de las modalidades de contratación laboral, sino también en la regulación de las estrategias de fomento del empleo y de su reparto) o con una nueva función de protección social (no sólo vinculada al contrato de trabajo, sino que también, frecuentemente, para los casos de terminación o extinción del mismo). Pero también la negociación colectiva ha demostrado que puede ser un instrumento flexible para la solución de los conflictos laborales y para la gestión negociada de los problemas de organización de la compleja empresa moderna (codecisión negocial). En cualquier caso, y tal vez por esa estrecha conexión con las transformaciones de la empresa, los convenios colectivos que se muestran más receptivos para acoger nuevos contenidos son los de ámbito empresarial.

La valoración del contenido regulador del actual modelo de negociación colectiva es diversa. En general, se destaca la necesidad de que los convenios colectivos asuman nuevas materias, de que enriquezcan sus contenidos, y en definitiva de que mediante esa regulación contribuyan a adaptar las condiciones de trabajo a las particularidades que presentan los distintos sectores y empresas. Hasta ahí hay un relativo consenso. El problema surge a la hora de cuestionarse el modelo legal que sustenta nuestro modelo negocial. Hay quienes, pese a subrayar la necesidad de que la negociación colectiva refuerce otras materias, como la conciliación de la vida familiar y profesional, las medidas contra el acoso laboral y sexual o la protección del medioambiente, consideran que el ET es adecuado para hacer frente a los retos que presenta el mundo del trabajo en el siglo XXI, «contrariamente a las voces que reclaman una modificación drástica para centrar la negociación colectiva en el ámbito de la empresa» (Méndez, *Transformaciones laborales en España*, 2005, p. 318). En el otro extremo, se vincula el necesario enriquecimiento de los contenidos de los convenios a la reforma del marco legal de la negociación colectiva.

Por nuestra parte, entendemos que el marco legal que ofrece el ET a la negociación colectiva es adecuado y lo suficientemente flexible como para acoger la expansión y el enriquecimiento de contenidos (como veremos más adelante al analizar el contenido material al que alude el artículo 85.1 del ET). No obstante, el ámbito objetivo de la negociación colectiva debe conectarse con una adecuada estructura negocial.

4.1.2. Contenido regulador (material), contenido obligatorio y contenido mínimo (formal)

Como punto de partida, el artículo 37.1 de la CE califica la negociación colectiva con el adjetivo «laboral». ¿En qué consiste ese carácter laboral del contenido de la negociación colectiva? La cláusula interpretativa que recoge el artículo 10.1 de la CE, nos permite recurrir al artículo 2 del Convenio núm. 154 de la OIT, relativo al fomento de la negociación colectiva que consagra un contenido amplísimo de la negociación colectiva, al comprender todas las negociaciones que tienen lugar entre un empleador, un grupo de empleadores o una organización o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y una organización o varias organizaciones de trabajadores, por otra, con el fin de: a) fijar las condiciones de trabajo y empleo; b) regular las relaciones entre empleadores y trabajadores; o c) regular las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores; o lograr todos estos fines a la vez. En cualquier caso, el vocablo laboral es ya suficientemente expresivo como para indicar que puede ser objeto de la negociación colectiva «toda materia relativa a las condiciones de trabajo y al ámbito de las relaciones profesionales conexas con las relaciones de empleo» (Monereo, 2002, p. 633). No obstante, pese a tal amplitud de contenidos es conveniente precisar algunas cuestiones.

4.1.2.1. Contenido material y libertad negocial

Por un lado, el artículo 82.2 del ET menciona la posibilidad de regular mediante los convenios colectivos las *condiciones de trabajo y de productividad*. Se trata de una fórmula retórica y meramente descriptiva que ni mucho menos agota las posibles materias que pueden ser objeto de regulación por la negociación colectiva.

Por otro lado, el artículo 85 se refiere de forma expresa y monográfica al contenido de los convenios colectivos. La redacción actual del punto 1 del precepto recoge una lista ejemplificativa y abierta de materias que pueden ser objeto de regulación por la negociación colectiva. En concreto, menciona las materias de índole económica (a las que parecían referirse las condiciones de productividad mencionadas en el artículo 82.2), laboral, sindical y, en general cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de las relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales».

Además, en otros preceptos del propio ET se concretan algunas de esas materias que pueden regular los convenios colectivos en forma de remisiones legales: adaptación a las peculiaridades del sector o empresa de las modalidades de contratación en los términos que permiten los artículos 11, 12 y 15; duración del período de prueba (artículo 14); determinación del sistema de clasificación profesional (artículo 22.1); los términos del ejercicio de los derechos de promoción y

formación profesional en el trabajo (artículo 23.2) y de promoción económica (artículo 25.1); sistema de ascensos (artículo 24.1); determinación de la estructura del salario (artículo 26.3) y del procedimiento de liquidación y pago del salario, así como la fijación del modelo de recibo justificativo de su pago (artículo 29); determinación de las gratificaciones extraordinarias (artículo 31); jornada (artículo 34); horas extraordinarias (artículo 35); trabajo nocturno y a turnos (artículo 36); descanso semanal, fiestas y permisos (artículo 37); vacaciones anuales (artículo 38); movilidad funcional (artículo 39), movilidad geográfica (artículo 40) y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (artículo 41); supuestos de excedencia laboral (artículo 46.6); plazo de preaviso en caso de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador (artículo 49.1.d); exigencias formales del despido disciplinario (artículo 55.1); régimen disciplinario concretado en las tablas de faltas y sanciones por incumplimientos laborales de los trabajadores (artículo 58); comité intercentros (artículo 63.3); competencias del comité de empresa (artículo 64); garantías de los representantes unitarios (artículo 68); antigüedad mínima para poder ser elegible como representante de los trabajadores (artículo 69.2); la adaptación a las características del sector o empresa en el número de colegios electorales (artículo 71.1); y la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación (Disposición Adicional 10ª).

También fuera del ET encontramos otras referencias normativas al posible contenido de los convenios colectivos. Es el caso del sistema de designación de los delegados de prevención y la creación de órganos de consulta y participación de los trabajadores en materia de *prevención de riesgos laborales* (artículo 35.4 de la LPRL). Además, el artículo 10 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas expresa que «los convenios colectivos podrán incluir medidas para la protección de los trabajadores cuya familia tenga la consideración legal de *familia numerosa*, en particular en materia de derechos de los trabajadores, acción social, movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y extinción del contrato de trabajo». Por su parte, el artículo 42 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, persigue el *fomento de la igualdad* en la negociación colectiva, por lo que dispone que «los convenios colectivos podrán incluir medidas dirigidas a combatir todo tipo de discriminación en el trabajo, a favorecer la igualdad de oportunidades y a prevenir el acoso por razón del origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

En cualquier caso, y en virtud de la libertad contractual que preside la actuación de los sujetos negociadores cabe regular por convenio colectivo cualquier otra materia no aludida expresamente. Por eso, ese listado de materias objeto de regulación por los convenios colectivos es meramente ejemplificativa, por lo que no solo implica que puedan incluir contenidos no mencionados expresamente, sino que también no están obligados agotar todas las posibilidades de regulación

convencional a las que alude el ET. De esta manera, la supresión de algunas materias de ese listado (como la desaparición de las de índole asistencial) no impide su regulación convencional (cosa que se aprecia en el mantenimiento de las mejoras voluntarias de Seguridad Social y de los planes y fondos de pensiones).

Por ello, la significación que poseen las reformas legales de esta lista de materias (tanto añadiendo como suprimiendo) es bastante reducida, limitándose a orientar o canalizar esa libertad de contratación en un determinado sentido: potenciando o promoviendo la regulación de determinadas materias. De ahí que lo que expresen sean intentos del legislador por impulsar o favorecer un determinado contenido (tratándose muchas veces de procesos promovidos por los propios sujetos negociadores). Esta pretensión está en consonancia con los principales objetivos que alentaban la reforma de 1994: flexibilización, desregulación legal y potenciación de la negociación colectiva. Pero en última instancia depende de la voluntad de los negociadores el hacer efectiva o no esa voluntad del legislador, con el correspondiente peligro de individualizar el procedimiento de determinación de las condiciones de trabajo si la negociación colectiva no asume los nuevos contenidos.

Así, el contenido material que el ET atribuye a los convenios colectivos es lo suficientemente amplio y flexible para satisfacer las necesidades que impone el nuevo modelo de empresa. La utilización o no de tales posibilidades de regulación es una decisión que sólo compete a los propios sujetos negociadores. En este empeño, la libertad de contratación sólo encuentra como límites insoslayables el respeto a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (STC 177/1988 y STC 28/1992; aunque como señalan las sentencias del TC 58/1985, de 30 de abril, y 95/1985, de 29 de julio, la negociación colectiva sí que puede, dentro de ese respeto, regular las condiciones de ejercicio de tales derechos fundamentales) y en particular, por el principio de igualdad y no discriminación, el respeto a las leyes y a las modificaciones legales que afecten a los mínimos de derecho necesario relativo, de derecho necesario absoluto y los que conforman el orden público laboral (lo que deriva de su naturaleza normativa y su integración en el sistema formal de fuentes del Derecho), el respeto al contenido formal mínimo exigido a todo convenio colectivo (artículo 85.3 del ET) o el respeto a las condiciones más beneficiosas de origen contractual que disfruten los trabajadores a título individual (principio de condición más beneficiosa). Por todo ello, se ha destacado (García Blasco, 2000, p. 1478) cómo «la amplitud mayor o menor de la regulación convencional y el tratamiento dado a las materias que integran el contenido del convenio colectivo ha sido así una tarea de los propios sujetos negociadores, de forma que la respuesta normativa del convenio colectivo a sus contenidos típicos ha sido desigual según los ámbitos negociados».

4.1.2.2. Contenido obligatorio

El artículo 82.2 del ET precisa que los convenios colectivos «igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten». Por su parte, el artículo 85.1 del ET contempla la posibilidad de regular materias «que afecten al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales». De este modo el ET contempla tácitamente una dicotomía, que tiene su origen en la naturaleza mixta del convenio, entre cláusulas normativas que cumplen una función reguladora (sobre condiciones de trabajo básicamente) y cláusulas obligacionales (compromisos de productividad o de paz laboral).

Así, dentro del contenido obligatorio se incluyen las cláusulas que regulan las relaciones entre las partes firmantes del convenio. Entre éstas, se encuentran los compromisos expresos de paz laboral, los medios de solución de los conflictos surgidos en la aplicación e interpretación del convenio, las previsiones y compromisos que afectan al procedimiento negociador o los deberes asumidos en el cumplimiento de lo convenido.

Las cláusulas de paz laboral conectan con el deber de paz legalmente exigido por el artículo 11.c) del RDLRT. Pero probablemente también se esté contemplando la posibilidad que ofrece el artículo 8.1 de ese mismo RDLRT de regular la huelga y las medidas de conflicto colectivo (con especificación de los medios de prevención y solución de los conflictos colectivos y las reglas y obligaciones acerca de su convocatoria, desarrollo y conclusión). Esta posibilidad de incluir cláusulas de renuncia al derecho de huelga durante su vigencia, según la STC 11/1981, de 8 de abril, no son inconstitucionales en cuanto que no suponen propiamente una renuncia al derecho, sino sólo a su ejercicio durante un determinado período, dentro, además del juego de concesiones y contrapartidas de la negociación colectiva. No obstante, se ha señalado cómo los deberes convencionales de paz forman parte del contenido obligatorio cuando las partes expresamente limitan sus efectos y consecuencias a ellas mismas, y en cambio, se integran en el contenido normativo cuando se presentan como vinculantes para terceros.

Pese a todo, la distinción e identificación de otras cláusulas obligacionales no siempre es tarea fácil. Algunas presentan naturaleza mixta, calificándose como «cláusulas obligacionales normativas» o «cláusulas normativas indirectas». Entre éstas, se pueden destacar las cláusulas dirigidas a los sujetos negociadores de ámbitos inferiores, en la medida que no son meros pactos obligacionales, sino imperativos para los sujetos a los que van dirigidos. En dicha situación se encontrarían algunas de las cláusulas convencionales exigidas legalmente como contenido mínimo de los convenios colectivos (como las cláusulas de descuelgue salarial o las cláusulas relativas a la forma y condiciones de denuncia del convenio).

4.1.2.3. Contenido formal del convenio colectivo

A diferencia de la relación de materias que puede regular un convenio colectivo, el listado del contenido mínimo que debe expresar todo convenio colectivo si es de carácter exhaustivo y cerrado. En virtud del principio de seguridad jurídica no podría ser de otro modo.

En primer lugar, se mencionan una serie de cláusulas convencionales que delimitan e identifican el propio convenio:

- La letra a) exige la «determinación de las partes que lo conciertan», esto es, la identificación de los sujetos negociadores (en su caso, legitimados conforme a los artículos 87 y 88 del ET), lo que implícitamente condiciona la eficacia del propio convenio.
- La letra b) obliga a expresar el ámbito personal (sujetos incluidos en el convenio, con especificación de grupos y categorías; y en su caso, también los excluidos), funcional (actividades y empresas incluidas), territorial (área geográfica de aplicación, conforme a la estructura misma de la negociación colectiva; por lo general: empresarial, provincial, autonómico o estatal) y temporal (duración) del convenio. Precisamente, en relación con el ámbito temporal, además de establecer las fechas de entrada en vigor (normalmente, aunque pueda desplegar efectos retroactivos que afecten a condiciones económicas, la fecha de firma, distinta de la fecha de publicación) y de vencimiento (que puede ser diferenciada para grupos homogéneos de materias), para que finalice la vigencia del convenio se requiere denuncia. Por eso, la letra c) exige la inclusión en el convenio de la «forma y condiciones de denuncia del convenio, así como plazo de preaviso para dicha denuncia». Esa denuncia (que también podría realizarse ante tempus por acuerdo de las partes o por modificación de las circunstancias concurrentes –cláusula *rebus sic stantibus*–) debe realizarse de forma expresa (no bastando con la simple comunicación de inicio de un nuevo procedimiento negociador) y sólo por parte de quienes han concertado el convenio. En cualquier caso, los sujetos negociadores tienen libertad para determinar el ámbito del convenio, pero con algunas limitaciones. Por un lado la delimitación del ámbito funcional y territorial del convenio depende de la representatividad y ámbito competencial de los sujetos negociadores (STS de 26 de septiembre de 2002?). Por otro, la delimitación del ámbito funcional está condicionado por el mismo marco técnico y productivo que exige una mínima homogeneidad y estabilidad en la regulación.
- También deben precisarse las cláusulas de inaplicación del régimen salarial, al especificar la letra c) como contenido mínimo del convenio las «condiciones y procedimientos para la no aplicación del régimen salarial que establezca el mismo, respecto de las empresas incluidas en el ámbito del convenio cuando éste sea superior al de empresa». Conforme al artículo 82.3 del ET este des-cuelgue salarial tendrá lugar cuando no pueda aplicarse el régimen salarial del

convenio a aquellas empresas incluidas en su ámbito «cuya estabilidad económica pudiera verse dañada como consecuencia de tal aplicación». Este «descuelgue» afecta directamente a la misma fuerza vinculante del convenio (por eso está conectado con el artículo 82.3), aunque en última instancia es el propio convenio el que produce esos efectos desvinculadores. No obstante, ante la eventualidad de que un convenio no recogiera de forma expresa esta cláusula de descuelgue salarial (incumpliendo aparentemente con el contenido mínimo exigido), el ET suple dicha ausencia con una regla de cierre: entonces «podrá producirse por acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores cuando así lo requiera la situación económica de la empresa», y si no se logra ese acuerdo directo de empresa, podrá resolver la comisión paritaria del convenio (párrafo 3º del artículo 82.3). De este modo, se constata (García Blasco, 2000, p. 1493) la clara voluntad del legislador «sobre la presencia de la cláusula en cuestión en todo caso, de forma que el efecto de este precepto impediría una regulación consvencional prohibitiva del descuelgue».

Por último, en cuanto a la aplicación, interpretación y administración del contenido del convenio, la letra e) exige la «designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de cuantas cuestiones le sean atribuidas», y la «determinación de los procedimientos para solventar las discrepancias en el seno de dicha comisión». Por lo que respecta a su designación, se ha precisado que pueden formar parte de ella quienes representen a las partes firmantes del convenio colectivo (no cualquier sujeto interviniente en la negociación), normalmente aquellos que ya fueron parte de la comisión negociadora. Así, la doctrina constitucional (STC 213/1991, de 11 de noviembre) ha distinguido entre comisiones con funciones negociadoras (en cuya composición tienen cabida cualquier sujeto legitimado para negociar un convenio) y comisiones con funciones de administración ordinaria del convenio (compuesto sólo por quienes efectivamente han suscrito el convenio). Por otro lado, la determinación de las funciones y competencias de dicha comisión paritaria se deja a la voluntad de las partes negociadoras. En la mayoría de los casos suele circunscribirse a las atribuciones de conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la *aplicación e interpretación del convenio* (al que alude el mismo ET en su artículo 91), pero nada impide asignársele otras competencias. En este sentido, esa amplia libertad de la que goza la autonomía colectiva para atribuir competencias a las comisiones paritarias justificaría una línea evolutiva hacia un modelo de negociación dinámica y permanente (frente al anterior modelo estático) dentro del cual tales comisiones paritarias pueden tener también *facultades negociadoras o normativas*, haciendo de la negociación colectiva un instrumento más flexible. Como se ha indicado (García Blasco, 2000, p. 1492), se asigna así a las comisiones paritarias «la calidad de órganos autocompositivos que personifican la adaptabilidad de la negociación colectiva a la realidad socioeconómica». En esta misma dirección apunta el artículo 41.2 del ET (tras la reforma de 1994), al permitir la modificación de deter-

minadas condiciones establecidas en los convenios colectivos (horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y sistema de trabajo y rendimiento) mediante acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

4.2. Análisis de los principales contenidos materiales

En torno a las dos materias clásicas en la regulación convencional (salario y jornada) se han ido incorporando otros contenidos que ya se han consolidado como habituales en los convenios colectivos. Así, en cuanto al ámbito objetivo, la negociación colectiva muestra una evolución de naturaleza acumulativa. Como se ha dicho (Borrajó, 2001, p. 164), «el convenio suma pero no sustituye» y por eso tiende a ser cada vez más extenso, con múltiples Anexos y con muchas normas transitorias. En nuestro estudio se han seleccionado algunas materias que, por diversas razones, merecen mención expresa.

4.2.1. Clasificación profesional

De la clasificación profesional depende no sólo la determinación de la prestación de servicios contratada (contexto en el que habría que enmarcar la movilidad funcional) sino también las principales condiciones de trabajo presentes en la relación laboral (en particular, el salario; pero también el sistema de promoción y ascensos, período de prueba, etcétera).

El artículo 22.1 del ET (introducido con la reforma de 1994) atribuye a la negociación colectiva la competencia para elaborar los sistemas de clasificación profesional. Sin embargo, no nos encontramos ante una norma imperativa que obligue a que cada convenio colectivo a determinar la estructura profesional de su correspondiente ámbito, y ello, pese a los contundentes términos en los que se expresa el precepto («se establecerá» el sistema de clasificación profesional). Confirma este hecho el mismo reconocimiento de la libertad de contratación de los sujetos legitimados para negociar el convenio.

En este sentido, las normas heterónomas no pueden determinar directamente los sistemas de clasificación profesional, pero, sin embargo, sí que pueden establecer ciertas limitaciones y reglas que vinculen a la negociación colectiva. De este modo, el ET establece el marco de referencia en el que la negociación colectiva debe regular el sistema de clasificación profesional. Tales condicionantes, admisibles en la medida que no desvirtúen la libertad contractual y el derecho a la negociación colectiva, son:

- 1) La negociación colectiva (y en su defecto los acuerdos de empresa) constituye la única fuente de determinación del sistema de clasificación profesional.
- 2) Los conceptos clasificatorios serán dos: la categoría y el grupo profesional, alternativa o conjuntamente. Sin embargo, el ET se limita a definir expresa-

mente uno de ellos, el grupo profesional. El legislador toma implícitamente partido por un modelo «flexible» de clasificación profesional que utilice el nuevo concepto de grupo. Este mismo objetivo es constantemente reiterado por los interlocutores sociales, siendo bastante ilustrativo de ello el Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva. De todas formas, aparentemente, el artículo 22.2 del ET parece reducir los modelos de sistemas de clasificación profesional a tres: a) los compuestos únicamente por grupos profesionales, directamente divididos en «funciones o especialidades profesionales»; b) los compuestos exclusivamente por categorías profesionales; y c) los sistemas mixtos que utilizan ambos conceptos: grupos profesionales integrados por diversas categorías profesionales.

- 3) Los criterios de clasificación y definición de grupos y categorías deberán ser comunes para ambos sexos.

Pues bien, un análisis del contenido de la negociación colectiva muestra como conviven simultáneamente dos modelos de clasificación profesional: el clásico y el innovador (aunque en opinión de muchos cabría añadir también un modelo intermedio, que sería mayoritario). Era de esperar que el proceso de sustitución de las Ordenanzas Laborales tuviera como resultado la correspondiente renovación de las estructuras profesionales, sobre todo, teniendo en cuenta el papel impulsor desempeñado tanto por el legislador como por los interlocutores. Se encontraba (y todavía se encuentra) ampliamente generalizada la opinión de que las estructuras profesionales de nuestras empresas y sectores productivos deben construirse sobre unos nuevos principios (abandonando los esquemas clasificatorios tradicionales, considerados como excesivamente rígidos e inadaptados a las nuevas realidades tecnológicas y organizativas), y para ello nunca hasta ahora se había contado con un apoyo normativo tan decidido y tan claro. Sin embargo, el análisis de la negociación colectiva revela un hecho sorprendente: la escasa renovación de las estructuras profesionales. Los convenios colectivos continúan, en líneas generales, apegados a los esquemas tradicionales. De este modo, tal y como decíamos, en la actualidad existen dos claras tendencias (Almendros, 2002): una, continuista (o continuadora) del esquema clásico (modelo ordenancista de clasificación profesional); otra, más innovadora y adaptada a las nuevas formas de organización del trabajo, que conlleva en menor o mayor medida una ruptura con ese modelo tradicional. En suma, nos encontramos ante una etapa de transición caracterizada por esa heterogeneidad en las estructuras profesionales que en el fondo revela y expresa la heterogeneidad misma que presenta nuestro tejido productivo y empresarial, que debe responder a lógicas distintas, y a veces contrapuestas.

Pero, precisando más nuestro análisis, podemos identificar distintos modelos clasificatorios (Almendros, 2002, pp.148 a 151):

- 1) Sistemas configurados única y exclusivamente por categorías profesionales. Dichos sistemas clasificatorios han sido y son minoritarios en nuestras empre-

sas y sectores productivos, siendo, si acaso, más frecuentes en aquellos caracterizados por una escasa división del trabajo y especialización técnica (por ejemplo, CC Autotaxis o CC Administraciones de Lotería). Tales sistemas responden a criterios tradicionalistas en la clasificación profesional.

- 2) Sistemas configurados única y exclusivamente por grupos profesionales (tal y como son definidos por el ET). Son cuantitativamente pocos, aunque van en aumento. Cualitativamente son característicos de importantes sectores productivos (CC Industrias Químicas, CC Perfumería y Afines, o CC Empresas de Seguros y Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo). Expresan las nuevas tendencias en la clasificación profesional.
- 3) Sistemas mixtos que emplean conjuntamente grupos y categorías. Este es el tipo dominante en la negociación colectiva. Sin embargo, bajo la denominación «grupo profesional» se incluyen dos conceptos diferenciados: uno, el que define el ET como agrupación unitaria de aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación»; otro, el consolidado por las Ordenanzas Laborales, que se ha mantenido en virtud de una especie de inercia reguladora en los convenios colectivos. Esto obliga a distinguir dos variantes contrapuestas de este modelo:
 - Una variante innovadora, que utiliza el concepto estatutario de grupo profesional y la categoría profesional como posible contenido del grupo, ordenadas dentro del mismo de forma horizontal (CC Empresas Organizadoras del Juego del Bingo).
 - Una variante continuista, en la que el grupo profesional (obrero, técnico, administrativo, subalterno, comercial, sanitario, docente, etcétera) constituye simplemente una agrupación departamental y vertical de categorías que ocupan un lugar común en el proceso productivo (por lo que suelen carecer de definición funcional). La categoría profesional es el auténtico elemento clasificatorio que describe funcionalmente la prestación debida y al que se le atribuyen los principales efectos jurídicos (CC Industrias de Pastas, Papel y Cartón). Tales sistemas clasificatorios siguen expresando el modelo tradicional consolidado en las Ordenanzas Laborales.
- 4) Sistemas que emplean, junto a los grupos y/o categorías, otros elementos clasificatorios o sistematizadores, con una finalidad claramente complementaria. Entre estos, se puede destacar la «división funcional» o «área funcional» que desempeña el mismo papel sistematizador que los tradicionales grupos profesionales (CC Hostelería, CC Industria Siderometalúrgica), quedando así la estructura profesional articulada en torno a tres conceptos (grupo, categoría y área funcional). También encontramos «niveles retributivos», «tramos de progresión» (CC Saint Gobain Cristalería) o «subgrupos profesionales» (CC Gas Natural SDG).
- 5) Sistemas que utilizan elementos alternativos al grupo y la categoría. Son sistemas clasificatorios que aparentemente incumplen con el mandato legal de

clasificar en base a grupos o categorías. En el fondo es un problema puramente terminológico: sólo la denominación es distinta, pues técnicamente se trata de un grupo o de una categoría. Por ejemplo, algunos convenios utilizan el concepto de «nivel profesional», «puesto de trabajo», «oficio», «ocupación» o «agrupaciones ocupacionales» (CC Industria Textil) o «nivel de responsabilidad», «áreas de trabajo», «unidades de competencia», «especialidades profesionales» (CC Profesionales del Doblaje), «denominación profesional» (CC Volkswagen Finance), «familia profesional», «familia organizativa» (CC Cepsa) o «grado personal» (CC Wagon-Lit Viajes).

En cualquier caso, la negociación colectiva revela una lógica y positiva diversidad de esquemas clasificatorios. Tal vez lo conveniente no sea adoptar un modelo único (ni siquiera aunque sea el modelo flexible construido en torno al concepto de grupo profesional, que puede adaptarse adecuadamente a algunos sectores productivos, pero no a otros, tal vez con formas clásicas de organización del trabajo y escasa innovación tecnológica), sino facilitar los mecanismos que permitan una clara correspondencia entre la estructura técnico-productiva y organizativa de los distintos sectores y empresas (que realmente está detrás del sistema de clasificación profesional) y su estructura profesional. En suma, las estructuras profesionales son el reflejo de un determinado modelo técnico y organizativo, y por eso corresponde a la negociación colectiva definir sistemas clasificatorios adaptados a las reales necesidades de los sectores y empresas.

4.2.2. Cláusulas sobre empleo

Este análisis sobre la Negociación colectiva trata de poner en conexión el contenido en materia de empleo con el que cuenta el Estatuto de los Trabajadores veinticinco años después, y la función que está desempeñando la Negociación Colectiva en esta materia.

Si partimos del contenido establecido en el artículo 85 ET que indica expresamente que los convenios colectivos «podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical, y en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de las relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario», sin ningún tipo de duda se afirma que el convenio colectivo puede –y debe– incluir cláusulas sobre empleo. Sin embargo no contamos en el Estatuto de los Trabajadores con preceptos que traten de forma directa sobre la política de empleo, pues en el momento en el que entra en vigor el ET 80 se estaba llevando a cabo una «Ley paralela para afrontar específicamente los problemas de la colocación y el empleo», la Ley Básica de Empleo (García Murcia, J. 2003, 35). Hoy en día, los aspectos organizativos y de política de empleo se recogen en la Ley de Empleo 56/2003 y en la normativa que regula la materia referida al fomento del empleo. De este modo, no todas las cláusulas de empleo incluidas en los convenios colectivos tienen una vinculación

directa con el Estatuto de los Trabajadores sino que en muchas ocasiones la inclusión de estas cláusulas comporta el desarrollo de una norma estatal distinta de éste, y en otros casos se crean cláusulas que son directamente creadas por los propios negociadores.

Ahora bien, que *a priori* se puedan introducir cláusulas sobre empleo no significa que todas ellas sean necesarias e incluso legales. Las referencias a la norma estatal no sólo parten del Estatuto de los Trabajadores, aunque a lo largo de su articulado, sin haber un apartado referente a la materia de empleo, se producen remisiones continuas para que intervenga la negociación colectiva en esta materia.

Así, la autonomía colectiva constituye una fuente del derecho del empleo y cada vez más se está produciendo una mayor apertura a la regulación convencional sobre esta materia (Monereo Pérez, J.L.; Molina Navarrete, C. 2001, 51), predominando sobre todo en los convenios colectivos de empresa –es lógico por la mayor proximidad a la aplicación directa a los trabajadores de las medidas de empleo, que varían en función de la actividad y situación económica de la empresa– siendo su inclusión a nivel de negociación colectiva supraempresarial muy genérica.

Pero todavía está por determinar un modelo de cláusulas de empleo en la Negociación Colectiva, pues no hay una homogeneidad de tratamiento en los convenios colectivos en los que incluyen estas cláusulas, incluso la denominación es distinta, utilizando rúbricas, entre otras, como *Empleo*, *Política de Empleo*, o *Ingresos y selección*.

Se pueden distinguir, a modo general, tres tipos de cláusulas de empleo, a saber, cláusulas de mantenimiento del empleo, cláusulas de reparto de empleo y cláusulas de creación de empleo. No se van a analizar en su integridad cada una de ellas, sino las que por su novedad despiertan mayor interés, o pueden ser más criticadas por el contenido –ilegal– que incluyen en muchas ocasiones.

- Las más destacadas –por su cuantía– son las cláusulas de mantenimiento del empleo, que estarían incluidas en lo que se denomina «política de recursos humanos» (Ojeda Avilés, A. 1999), pues en materia de empleo lo que impera en la negociación colectiva son cláusulas relacionadas sobre todo con el mantenimiento del empleo más que con la creación o reparto de éste. (VVAA [Monereo Pérez, J.L Director] 2003,164). Destacamos las cláusulas de mejora de la calidad del empleo que pretenden limitar la temporalidad, garantizando la conversión de contratos temporales en indefinidos o estableciendo compromisos de contratación indefinida; limitación de la subcontratación y de la utilización de Empresas de Trabajo Temporal; tratamiento de la jubilación forzosa como medida de fomento del empleo –aunque de suma importancia, se analizará en otro apartado–; el garantizar la subrogación empresarial, o compromisos establecidos en materia de formación profesional convertida prácticamente

en una cláusula de estilo, la limitación del poder de despido por causas empresariales durante la vigencia del convenio colectivo; o el compromiso de mantenimiento del empleo en el momento que se produzcan bajas en la empresa.

Destacando entre ellas la inclusión de cláusulas referentes al uso de las ETT, son pocos los convenios que las incluyen, y lo hace principalmente la negociación sectorial, estatal o provincial. El contenido de las cláusulas es variado, llamando la atención aquellas que excluyen los servicios de las ETT por parte de las empresas afectadas por los convenios, considerándose, a nuestro juicio, cláusulas nulas, posición que mantiene la jurisprudencia (Sentencia del Juzgado de lo Social núm.2 de Valencia de 13 de junio de 1997) aunque en otras ocasiones también ha mantenido la legalidad de estas cláusulas (STSJ Galicia de 16 de julio de 1999, en el mismo sentido, Sempere Navarro, A.V. Nicolás Franco, A. 2001, 131). La intención de la inclusión de estas cláusulas es clara, y es reducir su actividad y evitar que disminuyan los derechos laborales y la protección social de los trabajadores y prevenir costes salariales menores que impliquen la contratación de trabajadores de Empresas de Trabajo Temporal, efecto que tuvo la legalización de éstas incluyéndolas como supuesto lícito de cesión de los trabajadores en el artículo 43 ET. Pero con la reforma de la legislación de las Empresas de Trabajo Temporal (Ley 29/1999, de 16 de julio, de modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal) se ha solucionado –al menos desde un punto de vista teórico– algunos problemas que planteaba su uso, y se ha dado mayor seguridad jurídica a su relación laboral con la empresa usuaria, principalmente en relación a la retribución, pues tiene que ser al menos igual que la del trabajador de la empresa usuaria. Por tanto, no tiene sentido que los convenios colectivos excluyan la posibilidad de acudir a la ETT, pues la regulación actual prevé –regulándolos– los supuestos de precariedad laboral en la que se encontraba este colectivo.

Ahora bien, sí se permite, y de hecho es uno de los objetivos de la ley, que se impulse preferentemente a través de la negociación colectiva aquellas medidas que posibiliten un aumento de la estabilidad en el empleo de los trabajadores contratados por las Empresas de Trabajo Temporal. Así, son válidas aquellas cláusulas que con un perfil principalmente pedagógico recomiendan limitar su uso, o aquellas cláusulas que establecen el compromiso de realizar sólo un número limitado de CPD con la plantilla total de trabajadores de la empresa o centro de trabajo, o también aquellas que establecen una duración máxima legal inferior a la legal, cláusula que respeta el contenido de la norma estatal, concretamente del artículo 15.1.b) ET que se deduce de éste la posibilidad de reducir la duración máxima legal por convenio colectivo para los contratos eventuales.

- En menor medida aparecen cláusulas de creación de empleo y aquellas que se preocupan por la forma de acceder el trabajador a la empresa, y ello porque los convenios colectivos se han preocupado más del tratamiento de las condiciones laborales de los trabajadores, que de la situación del demandante de

empleo. Destacamos como medida de creación de empleo, la utilización de la doble escala salarial, es decir, aquellas que hacen una diferenciación salarial entre trabajadores fijos y temporales o en atención a la fecha de ingreso en la empresa que son admitidas –STCo 119/2002, de 20 de mayo– y creemos que podrían estar incluidas siempre y cuando lleven aparejadas cláusulas convencionales de creación de empleo (compromisos empresariales de colocación) o también de conversión en fijo de un determinado empleo temporal en la empresa (VVAA [Escudero Rodríguez, R. Coord], 2002, 125).

También es necesario destacar si los convenios colectivos introducen cláusulas de regulación y control del proceso de selección en la empresa. En la mayoría de las ocasiones dejan constancia de que la creación de nuevos puestos de trabajo es una facultad exclusiva de la empresa y que sólo a ella, corresponde la cobertura de las vacantes que pudiesen producirse (CC de la empresa Consultoría Tecnológica para el Comercio; CC de la empresa Diario AS). Sería conveniente, y pocos convenios lo hacen (CC de la empresa Saint Gobain Vicasa; CC empresa British American Tobacco España), que se hiciera partícipe a los representantes de los trabajadores en los procesos de selección de personal, así como establecer una obligación de informar a éstos sobre el proceso de selección a seguir. Relacionado con este tema, nos podríamos plantear si se pueden introducir cláusulas de creación de bolsas de trabajo como mecanismo suministrador de trabajadores, al igual que se hace en el ámbito de la Administración Pública. En estas bolsas de trabajo incluyen en muchas ocasiones a trabajadores que estuvieron vinculados con anterioridad a un contrato temporal, y se comprometen en la negociación colectiva a que éstos tengan una preferencia para ocupar puestos de trabajo fijos. O también se debería fomentar las preferencias en la contratación de nuevo personal a quienes hayan previamente prestado sus servicios en la misma a través de ETTs, (Moreno Vida, M^a.N. 2005, 105). No estaríamos ante una cláusula discriminatoria por contar con una bolsa de trabajo con trabajadores disponibles para su incorporación inmediata, pues es un medio adecuado para que ocupen los puestos de trabajo vacantes los que estén suficientemente preparados, siendo una medida muy adecuada para mejorar la calidad del empleo. Sin embargo, para un adecuado funcionamiento de éstas, los convenios colectivos tendrían que atribuir competencias de control a los representantes de los trabajadores, para que se realicen los procesos de selección sin producirse discriminaciones en el acceso al empleo.

También es frecuente en la negociación colectiva establecer cláusulas de preferencia en la contratación, y lo hacen, no como medio de política de empleo, sino para privilegiar el acceso al empleo de personas de su entorno. La jurisprudencia se ha manifestado contraria a este tipo de cláusulas, referentes a la preferencia en el empleo de los hijos y yernos de los trabajadores (STSJ Castilla y León núm. 1943/2003, de 28 de octubre, JUR 2004, 108403), o de hijos o hijas de los trabajadores (STS de 26 de junio de 1994, RJ 1994, 5465), pues considera que constituyen diferencias de trato producidas en la contratación laboral y que carecen de

cobertura legal, fundamentando la ilegalidad de tales cláusulas en el artículo 17 ET que indica que se entenderán nulos y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que contengan discriminaciones favorables o adversas en el empleo por vínculos de parentesco con otros trabajadores en la empresa.

Las medidas de reserva en el empleo que sólo por ley se pueden establecer, no tienen prácticamente ningún reflejo –salvo contados convenios (CC de la empresa Cadbury Schweppes Bebidas de España)– en la negociación colectiva. Llama la atención que muchas cláusulas de convenios colectivos, en cualquier materia, se limitan a transcribir el contenido de la ley y lo justifican porque desempeñan una función pedagógica para recordar la normativa a cumplir. Si así lo hacen con gran parte del contenido de los convenios colectivos, ¿por qué no recuerdan las medidas de reserva de empleo o las medidas alternativas que se reconocen a favor de las personas con discapacidad que tienen su origen en el artículo 38.1 de la LISMI?

Tampoco, a excepción de algunos convenios colectivos (CC de Contratas Ferroviarias) no se introducen cláusulas que fomenten la contratación de colectivos más desfavorecidos.

Por último, y en relación con el artículo 16.1 ET, sobre el Ingreso al Trabajo, algunos convenios colectivos (CC de la empresa Kaefer Aislamientos) incluyen una cláusula que obliga a los empresarios a solicitar de los Servicios Públicos de Empleo los trabajadores que necesiten mediante la correspondiente oferta (Aguilera Izquierdo, R. 2003, 57) y sólo admitiendo la contratación directa en algunos casos, como si estuviera todavía en vigor el artículo 44.2 LBE que regulaba esta obligación del empresario en el momento de la contratación. Esto ocurre cuando los negociadores intentan copiar el precepto legal, y en ocasiones, las remisiones las hacen a normas derogadas, pero que por su simple inclusión en el convenio colectivo no hace resucitar la norma legal, y lo único que se produce es crear confusión y produciéndose la ilegalidad de tales cláusulas.

En definitiva, la falta de cláusulas progresistas de empleo en la Negociación Colectiva no se debe a una escasa regulación de la materia en el Estatuto de los Trabajadores, sino a una falta de compromiso por parte de los negociadores en la inclusión de estas cláusulas. Sería conveniente, que los Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva incluyeran «recomendaciones» de cómo incluirlas. Y es muy positivo, que se constituyan grupos de trabajo de empleo destinados a estudiar e incentivar la inclusión de cláusulas relativas al empleo y fomentar su calidad (VI Acuerdo de Concertación Social de Andalucía).

4.2.3. *La representación de los trabajadores en la empresa*

Tratándose de analizar en estas Jornadas los puntos críticos de un Estatuto de los Trabajadores que lleva vigente 25 años, y en relación con esta materia, lo que se pretende es determinar la regulación que está llevando a cabo la Negociación

Colectiva de los derechos de representación colectiva y de reunión de los trabajadores en la empresa.

Así, para analizar esta materia, nos centraremos en dos aspectos concretos que resultan más novedosos, pues en la mayoría de las ocasiones la negociación colectiva se limita a remitir a la regulación legal (ET). Los puntos que vamos a tratar son los siguientes: cómo los convenios colectivos regulan las materias en las que hay una remisión directa en el ET al convenio colectivo, en las que es frecuente que se produzcan retrocesos en relación con la norma estatal (VVAA [Escudero Rodríguez, R. Coord] 2002) y, por otro lado, comentar cómo la Negociación Colectiva está actuando de creador de nuevos cauces de participación de los trabajadores en la empresa.

1. En general, las referencias en la Negociación Colectiva a la representación de los trabajadores en la empresa se caracterizan por su heterogeneidad, y sobre todo se regula en los convenios colectivos de empresas y de grupos de empresas.

La previsión legal del Comité Intercentros adquiere vida en el convenio colectivo, siendo en este caso los convenios de empresa de grandes dimensiones –y en menor medida los convenios de ámbito supraempresarial– los que regulan de forma detallada su creación, así como las competencias y funcionamiento de estos comités. Es frecuente, que se creen nuevos tipos de Comités Intercentros con otras denominaciones y otras formas de constituirse. A título de ejemplo, se crea –vía convencional– el Comité central de empresa integrado por doce representantes de los trabajadores y su composición mantendrá la proporcionalidad de la representación de cada sindicato respecto al total de representantes, atribuyéndosele el carácter de órgano ejecutivo del Consejo de Delegados y representará a todos los trabajadores de la empresa. También se crea en algún convenio y en términos parecidos al comité Intercentros la Mesa de Diálogo Social, compuesta por 15 miembros elegidos entre los delegados de personal teniendo en cuenta la proporcionalidad que cada sindicato obtenga en las secciones sindicales, con voto ponderado de acuerdo a la representatividad que ostente cada opción sindical (VV.AA [Monereo Pérez, J.L. Director] 2003, 84). Dado que el comité Intercentros tiene únicamente como techo la empresa, se ha admitido por la jurisprudencia la creación –vía negociación colectiva– del denominado Comité Interempresa, en el que la competitividad se computa en el ámbito de Grupo y no en el ámbito de empresa (SAN núm. 3/2004, de 21 de enero, JUR 2004/205555).

Por otro lado, aunque el artículo 64 ET no se refiere al convenio colectivo para que éste pueda regular o ampliar las competencias de los Órganos de Representación, no se produce en general una ampliación de competencias de éstos, repitiendo en la mayoría de las ocasiones lo establecido en la ley. Sería necesario que los convenios colectivos contemplaran la forma de usar Internet, sobre todo para informar a sus representados según lo establecido en el art. 64.12 ET.

En cuanto a las garantías establecidas en el artículo 68 ET, es muy común la regulación del crédito horario, tanto fijando un crédito superior al establecido legalmente como pactándose la acumulación de horas de los distintos miembros del comité de empresa. Son abundantes, y a nuestro juicio, positivas, la regulación de sistemas de control del crédito horario y también el facilitar a la empresa la comunicación del uso de estas horas para que evite alterar el normal funcionamiento del proceso productivo. También es frecuente ampliar el plazo establecido en el artículo 68.c) a dos o tres años.

Por otra parte, aunque no hay ninguna remisión a la negociación colectiva para regular el derecho de reunión y asamblea dentro de la empresa, son numerosos los convenios que se limitan a reproducir lo existente en la normativa estatal y otros le dan un tratamiento preferente a las asambleas en período de negociación.

2. La creación convencional de nuevas instituciones representativas demuestra que en algunos supuestos la normativa legal se ajusta poco a la realidad, produciéndose un desfase entre lo establecido legalmente y las nuevas necesidades de participación de los trabajadores en la empresa. Así, en algunos convenios se crean los Delegados de personal conjuntos indicando que «en las provincias en las que dos o más centros que sumados sus trabajadores alcancen o superen el número de seis, con independencia de que en alguno de ellos no se llegue a este número, se elegirán los Delegados de Personal que correspondan por el total de los trabajadores de la provincia, ello de acuerdo con el establecido en el artículo 62.1 del Estatuto de los Trabajadores y siempre que no proceda Comité de Empresa de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 63.2».

La jurisprudencia se ha manifestado al respecto (STS, de 31 de enero de 2001, RJ 2001/2138) señalando que el *art. 62 no autoriza ni la agrupación de centros de trabajo con plantilla reducida para elegir un delegado personal conjunto ni, por ende, permite la celebración de elecciones de ámbito provincial o superior para delegados de personal y que no cabe su convocatoria y celebración en un ámbito superior al centro de trabajo, mediante la agrupación de varios de ellos con la finalidad de obtener por esa vía una representación distinta en número o calidad a la querida por la Ley.*

Por tanto, sí nos podríamos plantear –de *lege ferenda*– la previsión legal de esta figura, pues son muchas las empresas hoy en día que cuentan con numerosos centros de trabajo sin tener más de seis trabajadores en cada uno de ellos. Aunque los problemas que surjan en cada uno de los centros de trabajo puedan resolverse por los interesados, creemos que sería conveniente que se creara una representación en este ámbito más acorde con el mandato constitucional de participación de los trabajadores en la empresa. Se evitarían ciertas limitaciones que tienen hoy en día estos trabajadores, como son la imposibilidad de celebrar asambleas o contar con representantes que les informen y sean informados desde la empresa.

También, en algunos convenios colectivos se crea la figura del *Consejo de Delegados* constituido por la totalidad de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, constituido como órgano máximo de decisión de los representantes de los trabajadores, que figura en el propio convenio.

En definitiva, después de 25 años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores, en materia de representación de los trabajadores en la empresa, es conveniente revisar la regulación actualmente existente, teniendo en cuenta la creación convencional de otras formas de participación de los trabajadores en la empresa.

4.2.4. La negociación colectiva y el salario

La autonomía colectiva desempeña una función muy importante en la actual regulación del salario, principalmente a partir de la Reforma del Mercado Laboral de 1994, en el que se produce un retroceso de la norma estatal en beneficio de lo pactado por los agentes sociales.

Predomina el salario base de grupo, en el que se integran aquí muchos de los complementos ya existentes, creando un *salario mínimo convencional* que por todos los conceptos percibe el trabajador perteneciente a la empresa (VVAA [Monereo Pérez, J.L. Director] 2003, 267). En la negociación colectiva prevalece la unidad de tiempo –pues las fórmulas de retribución a destajo sólo se utilizan en el sector agropecuario y de la construcción– y predomina el módulo temporal del día o del mes, frente al más marginal de la hora o del anual.

La presencia del salario en especie es minoritaria, coherente con la preferencia en el ordenamiento jurídico del abono del salario en metálico, y lo que se suele hacer es reconducirlo hacia otros grupos de complementos salariales e incluso en las percepciones extrasalariales.

En cuanto a los complementos salariales, se utilizan diferentes denominaciones para referirse al mismo complemento. Esta «invención convencional» es consecuencia de la escasa regulación en el Estatuto de los Trabajadores que sólo se limita a clasificarlos en tres grupos diferentes: en función de las circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, del trabajo realizado y de la situación o resultados de la empresa.

En el grupo de los complementos salariales en función de las circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, merece una especial atención el complemento de antigüedad, pues aunque muchos convenios lo utilizan como elemento de promoción económica, sobre todo los convenios de empresa (VVAA [Mercader Uguina, J.R. Director] 2002, 118), tiende a su desaparición, primando convenios en los que se valora la experiencia y la productividad del trabajador. En los convenios en los que se pretende su eliminación, para evitar la pérdida de ingresos, se prevén mecanismos compensatorios y en algunas ocasio-

nes sirve para producir un trato discriminatorio entre trabajadores fijos y temporales, los cuales están excluidos de percibir el complemento de antigüedad.

El grupo mayoritario de complementos salariales son los que atienden al trabajo realizado (principalmente el de penosidad, toxicidad, peligrosidad, nocturnidad). La variabilidad de éstos hace posible su utilización ya que se pueden adaptar a los cambios que se produzcan en cada momento en la empresa.

Por otra parte, es necesario que la Negociación Colectiva fije los supuestos en los cuales se puede realizar una doble escala salarial basándose en un criterio objetivo y razonable y fomentar el control por parte de los órganos de representación unitaria en esta materia.

Las percepciones extrasalariales están adquiriendo un importante papel en la Negociación colectiva incluyéndose en este apartado lo que se tendría que encuadrar en el salario en especie, como son los cheques o vales de comida, alojamiento, enseñanza gratuita para los hijos en colegios privados, etc. Sólo en el caso de que se pueda sustituir por dinero en metálico tendrá la consideración de salario en especie (Escudero, R. 2004, 460).

Aunque lo que se pretende es fijar una ordenación jurídica del salario flexible, es necesario, fijar al menos la calificación jurídica que tienen determinados ingresos salariales, pues está planteando numerosos problemas jurisprudenciales al respecto.

4.2.5. La edad máxima para trabajar: el Estatuto y la negociación colectiva ante la jubilación forzosa

Como se sabe, la Disposición Adicional 5 del ETT de 1980 introdujo un límite máximo general para la edad de trabajar, con la finalidad político-económica de crear empleo. Junto a este límite dirigido al Gobierno (recogido en el párrafo primero), se habilitaba a la negociación colectiva para fijar libremente edades de jubilación (párrafo segundo). El problema radicaba en la posible inconstitucionalidad del precepto, cuestión que abordó el TC dictando una «sentencia interpretativa», en la que declaró «que es inconstitucional la disposición adicional quinta del Estatuto de los Trabajadores, interpretada como norma que establece la incapacidad para trabajar a los sesenta y nueve años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad» (STC 22/1981, de 2 de julio); fallo con el que el TC ni solucionó todas las cuestiones planteadas, ni resolvió las dudas suscitadas respecto al párrafo 2º (deslegalización operada por la vía de la negociación colectiva, sin que tampoco estuviera claro si se refería a jubilación voluntaria o también a la forzosa) (Maldonado Molina, 2002, págs. 196 y 197).

La indeterminación del TC en lo relativo al 2º párrafo produjo distintas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, contradictorias entre sí; controversia que quedaría zanjada con un nuevo pronunciamiento tratando concretamente este

párrafo: STC 58/1985, de 30 de abril, aclarando que es un precepto que permite y autoriza a la negociación colectiva a fijar una edad de jubilación forzosa, y no sólo a facilitar la jubilación voluntaria, declarando «que el párrafo 2º de la Disp. Adic. 5ª Ley 8/1980, de 10 de marzo, no es inconstitucional» (Fallo).

Pese a estos condicionamientos constitucionales, en la jurisprudencia del TS posterior a 1985 (y en parte la anterior) se observó una desviación de la doctrina constitucional, al considerar de forma muy difusa el límite de supeditar el cese forzoso a la política de empleo (sin que tenga lugar la amortización de puestos de trabajo), quedando este límite sensiblemente debilitado (Sastre Ibarreche, 1998, pág. 39).

Así, entiende el TS que se trata de un mero condicionamiento o una simple «inferencia ejemplarizante», hasta el punto de que no exige que la negociación colectiva «necesariamente haya de incluir cláusula explícita que obligue a cubrir los puestos de trabajo de los jubilados por otros desempleados» (STS de 27 de octubre de 1987). Estos pronunciamientos se matizarían más tarde, admitiendo que la constitucionalidad de la norma que establezca la jubilación forzosa debe orientarse a la política de empleo, pero dando por cumplida tal exigencia no sólo si se evita la amortización del puesto de trabajo sino también si se procura «una redistribución del trabajo, o facilitar el acceso al empleo de aquellos que están en situación de paro, o la viabilidad o mantenimiento de empresas en dificultades, o cualesquiera análogas» (STS de 29-10-1990), y sólo será inconstitucional si se establece «de forma directa e incondicionada».

Este panorama no varió sustancialmente con la aprobación del TR del Estatuto de los Trabajadores de 1995, aunque se subrayó que la política de empleo debía ser la meta de la jubilación forzosa. En todo caso, la disposición adicional 10ª ETT mantuvo incólume el segundo párrafo de la disposición adicional 5ª ETT de 1980, mientras que el primero experimentó una corrección parcial siguiendo las líneas marcadas por la STC 22/1981, anteponiendo a la fórmula anterior un primer párrafo en el que sintetizaba parte de la doctrina constitucional («...la jubilación forzosa podrá ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo»), como pórtico que proclama el principio rector de los dos apartados siguientes, que permanecen intactos con la importante salvedad de la omisión de los 65 años como límite máximo de la edad de trabajar.

Con este Texto la jubilación debía considerarse –con carácter general– un derecho del trabajador, aunque se permitía la limitación de la capacidad de trabajar de la mano de dos instancias: la heterónoma (el Gobierno), y la autónoma (negociación colectiva).

En efecto, por un lado se autorizaba al Gobierno a limitar la «capacidad para trabajar, así como la extinción de los contratos de trabajo», límite que estaría «en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo».

Así pues, para el legislador la capacidad para trabajar era intrínsecamente ilimitable (dado que será cada sujeto el que de forma individual y voluntaria fije sus límites), aunque podía limitarse a través de la «jubilación forzosa» «como instrumento para realizar una política de empleo». Esta intervención heterónoma debía respetar las expectativas de los trabajadores a efectos de Seguridad Social, para lo que se advierte que «pueden completarse los períodos de carencia para la jubilación», es decir, debía compensarse el cese en la actividad.

Por otro lado, en la esfera de la negociación colectiva podía entrar la edad de jubilación laboral (la edad de retiro, no así la edad pensionable) respetando dos condicionantes: debe perseguir un objetivo legítimo constitucionalmente: el reparto de empleo; y, en segundo lugar, la negociación tendrá lugar «sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos», fórmula en exceso indeterminada que interpretada a la luz de la doctrina del TC debe significar que debe quedar garantizado el acceso a la percepción de la pensión de jubilación, sin que pueda promoverse el cese en el trabajo si el afectado no acredita la carencia mínima para el derecho a la pensión de jubilación. Sin embargo, esta garantía no se extiende a la cuantía de la prestación.

En este contexto de fijación generalizada de la jubilación forzosa, y de jubilaciones anticipadas masivas, el legislador entiende que el fomento del retraso de la edad del cese de la actividad es incompatible con la habilitación legal de un límite máximo de edad para trabajar, por lo que en marzo de 2001 (RD-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad) deroga, sin mayores ambages, la Disposición adicional décima del ETT, considerando que la jubilación forzosa es un «instrumento de una política de empleo inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo distintas de las actuales» (Exp. de Motivos). Es una derogación coherente con las nuevas orientaciones que apuestan por retrasar el cese en el trabajo, siendo adecuada a la flexibilización de la edad de jubilación, máxime teniendo en cuenta los limitados resultados que estaba teniendo como instrumento de política de empleo.

Sin embargo, jurídicamente supuso dejar sin apoyatura legal a la jubilación forzosa prevista por Ley o por negociación colectiva, aunque su impacto es relativo porque son pocos los trabajadores que acceden a la jubilación por el cumplimiento de la edad pensionable, esto es, los 65 años, dado que en torno al 70% de las jubilaciones se causan antes de esta edad.

En todo caso, la ausencia de habilitación legal afectaba fundamentalmente a la negociación colectiva, ya que fuera de la normativa sectorial sólo hay tres colectivos a los que la normativa general les impone la jubilación forzosa (la función pública, el personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares, y los estibadores portuarios). No debe olvidarse que la verdadera protagonista en este campo es la regulación sectorial (Martín Puebla y Sastre Ibarreche, 1991,

pág. 18), como se refleja en el análisis de los convenios colectivos de los últimos tiempos (Esteve Segarra, 1999, págs. 82-93; Gete Castrillo, 2001, págs. 223 y ss.; Sastre Ibarreche, 1998, págs. 41-44; Valdés de la Vega, 1999, pág. 128-132), especialmente los de empresa, que de forma habitual fija en 65 años la edad de retiro, llegando en algunos casos a recoger la jubilación forzosa sin ningún tipo de matización, aunque la mayor parte de los convenios sí fijan algún tipo de condición relativa a los derechos del trabajador en materia de pensiones, y en menor medida a la no amortización del puesto de trabajo.

La cuestión central, así pues, es dilucidar qué repercusiones tenía la derogación de la disposición adicional décima ETT. Hay que converger en que la impropia llamada «jubilación forzosa» quedaba sin apoyatura legal, aunque tampoco se prohíbe expresamente, lo que exigía determinar si en el futuro podía pactarse convencionalmente o fijarse por Ley una edad máxima para trabajar (e incluso si las cláusulas ya establecidas fueron derogadas o resultan válidas hasta que termine la vigencia del convenio colectivo del que forman parte). Es decir, había que ponderar si ante el vacío legal el cese forzoso de la actividad por edad tiene cabida en nuestro Ordenamiento. La doctrina abordó el tema, aunque sin unanimidad en la respuesta, ya que son numerosas las cuestiones a considerar, y que en última instancia reconducían al debate que tuvo lugar en 1980, ya que se trata de ponderar los principios constitucionales en juego. Todo ello indicaba que hubiera sido deseable un pronunciamiento legal expreso, ya que si lo que quería el legislador era impedir la fijación de una edad máxima para el trabajo (y eso sí parece evidente), debiera haberlo indicado expresamente. De hecho, el que no haya una prohibición expresa es un argumento para considerar que sigue siendo constitucionalmente viable que la negociación colectiva establezca cláusulas de jubilación forzosa (Rodríguez-Piñero, Valdés Dal-Ré, y Casas Baamonde, 2001, p. 24; y Mella Méndez, 2002, p. 219).

La respuesta debía venir dada por el remanente que perdura en nuestro Derecho, constituido fundamentalmente por la doctrina del TC, a la que habría que sumar la posible concurrencia de otros preceptos legales. Es evidente que la derogación llevada a cabo por la Ley 12/2001 no afectaba a la doctrina del TC sobre la materia, y que se resume en que es inconstitucional la Ley (por el párrafo primero Disp. Adic. 5 ETT) que establezca la incapacitación para trabajar a una determinada edad y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad (STC 22/1981), admitiendo que la Ley (párrafo segundo Disp. Adic. 5 ETT) permite y autoriza a la negociación colectiva a fijar una edad de jubilación forzosa (STC 58/1985).

Siguiendo esta lógica, entendemos que la doctrina precedente del TC no constituía suficiente soporte para la futura jubilación forzosa en la negociación colectiva, por dos razones. En primer lugar, porque la STC 22/1981 era una Sentencia interpretativa de un texto legal preexistente (que se mantuvo corregido en 1995), y al quedar derogado tal texto la doctrina ve reducida su eficacia a futuras inter-

venciones legislativas en la materia, que deberán respetar los límites constitucionales, aunque esto no es predicable de las normas que hasta la fecha establecen la jubilación forzosa. En segundo lugar, la STC 58/1985 admitió que la Ley podía autorizar a la negociación colectiva a fijar una edad de jubilación forzosa; derogada la norma autorizante, no debe admitirse la fijación de edad de cese forzoso en la negociación colectiva, interpretación que es coherente, por lo demás, con la voluntad del legislador de 2001 (Maldonado Molina, 2002, pág. 202).

Esta ha sido la línea interpretativa mantenida por el Tribunal Supremo, que ha considerado que, dada la ausencia de una norma legal habilitante de la negociación colectiva en esta materia, no es actualmente posible establecer en los convenios colectivos cláusulas con esta finalidad.

Ante esta interpretación jurisprudencial, la negociación colectiva se quedaba sin uno de sus contenidos clásicos de nuestro país, pero se adecuaba a las nuevas tendencias en la materia, que no son otras que incentivar el retraso del cese en el trabajo.

Sin embargo, las organizaciones empresariales y sindicales firmantes del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2004 se han dirigido al Gobierno para expresar su preocupación por los efectos que la doctrina judicial pudiera tener en el desarrollo de las relaciones laborales y, en particular, en la negociación colectiva, solicitando al Gobierno que, con la mayor brevedad posible, promoviera la oportuna reforma normativa que dote de la necesaria seguridad jurídica a la negociación colectiva, según se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley 14/2005.

En efecto, el legislador da marcha atrás en la reforma de 2001, volviendo a incluir una disposición adicional décima al Estatuto de los Trabajadores, aunque la coincidencia del ordinal no se extiende a otros aspectos de la antigua disposición adicional derogada en 2001, ya que en este caso se incorporan expresamente ciertos condicionantes (básicamente los marcados en su momento por las diversas sentencias del constitucional).

Así, se establece que en los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otros que se dirijan a favorecer la calidad del empleo.
- b) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el período mínimo de cotización o uno mayor si así se hubiera pacta-

do en el convenio colectivo, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva».

Es decir, se retoman y mantienen los condicionantes que en las sucesivas sentencias de TC se habían ido elaborando. Vuelve a poner las cosas prácticamente como al principio (con las matizaciones que en los 80 hizo el TC). Diera la impresión de que el legislador se rinde ante la evidencia de que la negociación colectiva considera imprescindible normar sobre la jubilación forzosa, pese a que desde el 2001 podía considerarse suprimida esa posibilidad.

Un aspecto en el que el legislador ha querido curarse en salud ante las dudas de la reforma de 2001 ha sido la cuestión de las situaciones precedentes a la entrada en vigor de la Ley (3 de julio de 2005), incluyendo una disposición transitoria única en la que se vienen a convalidar las cláusulas en las que se hubiera pactado la jubilación forzosa, cláusulas que como hemos indicado carecían de apoyatura legal. En este sentido, la Ley 14/2005 indica que las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley en las que se hubiera pactado la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación se considerarán válidas siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el período mínimo de cotización y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva. Esta disposición no afectará a las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza antes de la citada entrada en vigor.

5. EPÍLOGO

Como reflexión final señalaríamos tres ideas:

Primera, que el modelo legal de negociación colectiva no ha sido desde luego un modelo estático, sino que ha evolucionado tanto a impulso de la Ley como de la experiencia negocial y de la jurisprudencia (como en el caso de los grupos de empresa). Esto refleja un proceso permanente de reforma. La prevista es sólo un paso más sobre lo andado (el modelo no está cristalizado).

Segunda, que dicho modelo legal de negociación colectiva presenta aporías importantes, tanto en lo que se refiere al tratamiento de los convenios colectivos típicos (de eficacia general y de eficacia limitada) como respecto a la figura que goza en el sistema legal de un especial reconocimiento: los llamados «acuerdos de empresa» (en relación a los cuales se hecha en falta que la Ley clarifique su naturaleza y régimen jurídico –de forma diferenciada cuando sea necesario).

Y tercera y última, que a pesar de sus muchas insuficiencias, este modelo legal ha permitido consolidar un sistema de negociación colectiva en un marco democrático de relaciones laborales. La opción de política del derecho cristalizada en el reforzamiento de los convenios colectivos normativos de eficacia general se ha mostrado en la práctica como realmente adecuada (nadie ha reivindicado los convenios ordinarios como paradigma). En efecto, aun con esas insuficiencias detectadas, el modelo legal ha podido cumplir dinámicamente una función de autogobierno del sistema de relaciones laborales y responder a la exigencia de los conflictos y problemas derivados del carácter cambiante de las relaciones sociales de producción y de las formas de empresa.

6. BIBLIOGRAFÍA

1. El modelo de negociación colectivas:

- ALONSO OLEA, M., «Artículo 37.1: Negociación Colectiva»: en A.A.VV., Comentarios a la Constitución Española de 1978, 3, Madrid, Cortes Generales-Edersa, 1996.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R.: «La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos», en AA.VV. (Alarcón Caracuel, M.R., Del Rey Guanter, S., coords.), La reforma de la negociación colectiva, Madrid.
- APILLUELO MARTÍN, M.: «Los convenios colectivos extraestatutarios y los acuerdos colectivos y plurales de empresa. Algunas precisiones de la jurisprudencia y la nueva LET de 1.994», AL, núm. 9, 1995.
- BAYLOS GRAU, A.: «El papel de la autonomía colectiva en la reforma de las relaciones laborales», en AA.VV. (coord. Martínez Abascal, V.A.), La nueva regulación de las relaciones laborales, Univ. Rovira i Virgili, Tarragona, 1995.
- BOBBIO, N.: Contribución a la teoría general del derecho, Valencia, 1980.
- BORRAJO DACRUZ, Efrén:
- Altos cargos laborales, Madrid, 1984.
 - "La obligatoriedad general de los convenios colectivos de trabajo en el nuevo derecho español», RPS, núm. 126 (1980), págs. 15 y sigs.; «Obligatoriedad general o limitada de los convenios colectivos de trabajo», en «El Estatuto de los Trabajadores. Puntos críticos», Madrid, 1980.
 - «Dos décadas de experiencia de negociación colectiva: funciones y disfunciones de la regulación estatutaria», A.L., núm. 10, 2000, pp. 131-151.
- CARNELUTTI, F.: Lezioni di Diritto Industriale. Teoria del Regolamento Collettivo dei rapporti di lavoro, Padova, 1935.
- Teoria del regolamento collettivo dei rapporti di lavoro, Padova, Cedam, 1936.
- CASAS BAAMONDE, M. E.: «¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?», RL, 1997 (I).

- «La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de los convenios colectivos», RL, núm. 17/18, 1994.
- CORREA CARRASCO, M.: *Convenios y Acuerdos de Empresa*, Pamplona, Ed.Aranzadi, 1998.
- La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo, Madrid, Universidad Carlos III-BOE, 1997.
- CRUZ VILLALÓN, J.: «El artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores tras la reforma de 1994», RL, núm, 17/18, 1994.
- DE LUCA TAMAJO, R.: «*L'evoluzione dei contenuti e delle tipologie della contrattazione collettiva*», RIDL, 1985 (I).
- DURÁN LÓPEZ, F.: «El Estatuto de los Trabajadores y la negociación colectiva», RL, núm. 15/16, 1990.
- «El Estatuto de los Trabajadores y la negociación colectiva», RL, núm. 15/16 (1990).
- ELORZA, F.: *Los Acuerdos de Empresa*, Madrid, CES, 2001.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R.: «Ley, convenios colectivos y acuerdos de empresa», en VVAA, *La reforma del mercado laboral*, Valladolid, 1994.
- «Unidad y pluralidad en los acuerdos de empresa en la reforma de 1994», en en AA.VV. (Alarcón Caracuel, M.R., Del Rey Guanter, S., coords.): *La reforma de la negociación colectiva*, Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J.; BARREIRO GONZÁLEZ, G., y AGRA VIFORCOS, B., «Los convenios colectivos extraestatutarios. Una construcción teórica» en VV. AA., *Los convenios colectivos extraestatutarios: contenido y régimen jurídico*, dir. por J.J. Fernández Domínguez y G. Barreiro González, Madrid, MTAS, 2004, pp. 21-108.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: «El papel del Convenio Colectivo como fuente del Derecho tras la reforma de la legislación laboral (I) y (II)», AL, núm. 6-7, 1995.
- GARCÍA MURCIA, J.: «Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa», DL, núm. 46, 1995; *Los acuerdos de empresa*, Madrid, CES, 1997.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.:
 - *Ley y Autonomía Colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid, MTSS, 1987.
 - «Autonomía individual «en masa» y antisindicalidad», RL, 1989 (II).
- GOERLICH PESET, J, M^a.: «Concepto y eficacia del convenio colectivo», REDT, núm. 100, 2000, pp. 1433-1455.
- GÓMEZ CABALLERO, P.: «El valor del Acuerdo de regulación de empleo del artículo 51.5 del Estatuto de los Trabajadores y el derecho a contratar», RL, 1992 (II).
- GORELLI, J.: *Los acuerdos de empresa*, Madrid, CES, 2001.
- GUIGNI, G.: *Diritto Sindacale*, Bari, 1991.
- *Introducción al Estudio de la autonomía colectiva*, edición, traducción y Est. Preliminar a cargo de J.L.Monereo Pérez y J.A.Fernández Avilés, Granada, Editorial Comares, 2002.

- «Derecho del Trabajo (Voz para una enciclopedia)», en RL, núm. 13.1987
- GURVITCH, G.: La idea del Derecho Social, edición, traducción y Est. Preliminar a cargo de J.L. Monereo Pérez y A. Márquez Prieto, Granada, Editorial Comares, 2005.
- KAHN-FREUND, O.: Trabajo y Derecho, traducción y Est. Preliminar de J.Mª. Galiana Moreno, Madrid, MSS, 1987; Selected Writings, London, 1978.
- LORD WEDDERBURN: «Labour Law and the Individual in Post-Industrial Societies», en AA.VV., Labour Law in the Post-Industrial Era: Essays in Honour of Hugo Sinzheimer, Dartmouth, Aldershot, 1994.
- MARTÍNEZ ABASCAL, V. A.: «La relación ley-negociación colectiva en la reforma de la normativa laboral: ¿una adaptación del Derecho del Trabajo a la dimensión de la empresa?», RL, núm. 15/16, 1995.
- MATÍA PRIM, J.: «Sentido y alcance de la reforma de la legislación laboral», en VV.AA. (F. Valdés Dal-Ré, coord.), La reforma del mercado laboral, Valladolid, 1994.
- MAZZIOTTI, F.: «Autotutela sindacale e contratto collettivo», Dir. Lav., núm. 6, 2000.
- MENGONI, L.: «L'influenza del diritto del lavoro su diritto civile», GDLRI, núm. 45 (1990/1).
- MONEREO PÉREZ, José Luis:
 - «El derecho a la negociación colectiva», en VV.AA., Comentario a la Constitución socio-económica de España, (J.L. Monereo Pérez, C. Molina Navarrete y M.N. Moreno Vida, dirs.), Granada, Comares, 2002, pp. 625-683.
 - «Teoría jurídica del convenio colectivo: su elaboración en la ciencia del Derecho», Estudio preliminar, en A. Gallart Floch, Las convenciones colectivas de condiciones de trabajo, Granada, Comares, 2000.
 - «La intervención de la Administración laboral en la tramitación y en el control de legalidad de los convenios colectivos erga-omnes», REDT, núm. 32, 1987.
 - Introducción al nuevo Derecho del Trabajo, Valencia, Tirant lo blach, 1996.
 - Los derechos de información de los representantes de los trabajadores, Madrid, 1992.
 - Concertación y Diálogo Social, Valladolid, Lex Nova, 1999.
- MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «La teoría de la negociación colectiva en el pensamiento de Giugni: balance y perspectivas», estudio preliminar a Giugni, G.: Introducción al estudio de la autonomía colectiva, Granada, Editorial Comares, 2004.
- El Despido Colectivo en el Derecho Español, Pamplona, 1997.
- MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, Mª.N.: El contenido de la negociación colectiva en la era de la constitución flexible del trabajo, Valencia, tirant lo blanch, 2005.
- MORENO VIDA, M. N., Los pactos sociales en el Derecho del Trabajo, Granada, Universidad de Granada, 1989.
- «La función de los grandes Acuerdos Interconfederales», en AA.VV., La reforma del marco normativo del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida: Puntos críticos, Cord. J.L. Monereo Pérez, Granada, Ed. Comares, 1999.

- OJEDA AVILÉS, A.: «Delimitación de los acuerdos y pactos colectivos», AL, núm. 17, 1995.
- «Negociación colectiva y fuentes», en A.A.V.V. Veinte años de jurisprudencia laboral y social del Tribunal Constitucional, XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Madrid, Tecnos, 2001.
- «Pactos colectivos de eficacia limitada y vacíos de negociación en Andalucía», en Negociación colectiva y Comunidades Autónomas, Madrid, 1991, págs. 228 y sigs..
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., «La reforma de la negociación colectiva a vueltas», Iustel, núm. 1, febrero 2003.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M.C.; ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: Derecho del Trabajo, Ceura, X ed., 2002.
- PERSIANI, M.: «Contratti collettivi normativi e contratti collettivi gestionali», en AA.VV., Studi sul lavoro. Scritti in onore di Gino Giugni, Bari, 1999.
- PRADOS DE REYES, F. J.: «Acuerdos informales de empresa: tipificación y eficacia jurídica. Valor frente a condiciones más beneficiosas», RL, 1991 (II).
- QUINTANILLA NAVARRO, Raquel Yolanda, Los convenios colectivos irregulares, Madrid, CES, 1999.
- RIVERO LAMAS, J.: «Las relaciones entre la ley, el convenio colectivo y las manifestaciones de negociación informal», RMTAS, núm. 3, 1997.
- RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, A. L., «Il diritto alla contrattazione collettiva: riconoscimento costituzionale e garanzie legalli, GDLRI, núm. 104, 2004, 4, pp. 651-698.
- RIVERO LAMAS, J., MONEREO PÉREZ, J. L., FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: «Los ajustes de plantilla en la negociación colectiva española», en AA.VV., I licenziamenti per riduzione di personale in Europa. Collana di Diritto Comparato e Comunitario del Lavoro e della Sicurezza Sociale, Cacucci, Bari, 2001.
- RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: «El valor cuasi-legal de los convenios colectivos», RL, 1987/I.
- «La contractualización del convenio colectivo», RL, 1998 (I).
- «La negociación colectiva y el sistema de relaciones laborales tras veinte años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores» en VV.AA., Veinte años de Negociación Colectiva: De la regulación legal a la experiencia negocial, Madrid, MTAS, 2001, pp. 57-88.
- «Una nueva fase del Estatuto de los Trabajadores», R.L., núm. 9, 2005, pp. 1-10.
- ROMAGNOLI, U.: «Il contratto collettivo», GDLRI, núm. 86, 2002.
- SANTI ROMANO: «El ordenamiento jurídico», trad.S.Martín-Retortillo y L.Martín-Retortillo, Madrid, 1963.
- SAEZ LARA, C.: «Los acuerdos colectivos de empresa: una aproximación a su naturaleza y régimen jurídico», RL, núm. 11, 1995.
- SALA FRANCO, T., ALFONSO MELLADO, C. L., PEDRAJAS MORENO, A.: Los acuerdos o pactos de empresa. (Distintas modalidades de negociación en la empresa), Valencia, 1996.

- SANTOS FERNÁNDEZ, R., TORRENTE GARI, S.: «Naturaleza y eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas en procedimientos de despido colectivo», AL, núm. 10, 1995.
- SOLANS LASTRE, M.A. Garantías legales de la negociación colectiva estatutaria, Madrid, Consejo Económico y Social, Madrid, 2003.
- TARELLO, G.: Teorías e ideologías en el Derecho Sindical, edición, traducción y Est. Preliminar a cargo de J. L. Monereo Pérez, y J.A. Fernández Avilés, Granada, Editorial Comares, 2002.
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: La modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, Madrid, 1996.
- VALDÉS DAL-RE, F. «El paradigma legal en la negociación colectiva», RL, 1990 (I), pp. 268-276.
- «La negociación colectiva en la Constitución», RPS, núm. 121, 1979.
 - «Pequeña historia de una gran Ley: En el XXV aniversario del Estatuto de los Trabajadores», R.L., núm. 6, 2005, pp. 1-14.
 - «Configuración y eficacia de los convenios extraestatutarios», Madrid, 1988
 - «El modelo español de negociación colectiva de condiciones de trabajo», en A.A.V.V., La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas, Madrid, Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa, 1982
 - Configuración y eficacia de los convenios colectivos extraestatutarios, Madrid, Acarl, 1988.
 - Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo sindical, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1996.
- VALDÉS DAL-RE, F.: VALLEJO DA COSTA, R.: «La autonomía colectiva en el sistema de modificación sustancial de condiciones de trabajo: sobre los pactos y los convenios colectivos», en AA.VV., MARTÍNEZ ABASCAL, V.-A. (coord.), *La nueva regulación de las relaciones laborales*, Univ. Rovira i Virgili, 1995.
- VIDA SORIA, J.:
- «Todavía sobre el Estatuto de los Trabajadores (1980-2000)», T.L., núm. 57, 2000, pp. 17-47.
 - «Génesis, significado y evolución del Estatuto de los Trabajadores (1980-2005)», en *Transformaciones laborales en España*, Coord. por S.M. Ruesga Benito; F. Valdés Dal-re y J.M. Zufiaur Narvaiza, Madrid, MTAS, 2005, pp. 169-198.
 - «Génesis de las normas laborales en la Constitución española de 1978», en A.A.V.V., *Estudios de Derecho del Trabajo en memoria del profesor G. Bayón Chacón*, Madrid, Tecnos, 1980.
- VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J. L. (Coord.): «Libertad sindical, conflictos colectivos y huelga», en A.A.V.V., *XX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, CARL, Mergablum, 2002.
- VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N., *Manual de Derecho Sindical*, Granada, Comares, 2004.

VV.AA. Los convenios colectivos extraestatutarios: contenido y régimen jurídico, Dir. por G. Barreiro González y J.J. Fernández Domínguez, Madrid, MTAS, 2004.

ZOLI, C.: «Le clausole di procedimentalizzazione dei poteri imprenditoriali», en VV.AA., *Lecture di diritto sindacale. Le basi teoriche del diritto sindacale*, Napoli, 1990.

2. La estructura de la negociación colectiva. La negociación colectiva articulada: los «acuerdos marco» y «acuerdos onterprofesionales sobre materias concretas»:

ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE, M. E. (2002): *Derecho del Trabajo*. Vigésima edición. Ed. Civitas, Madrid.

BORRAJO DACRUZ, E. (2001): *Introducción al Derecho del Trabajo*. Undécima edición. Ed. Tecnos, Madrid.

MOLINA NAVARRETE, C. (1998): «La nueva dialéctica afectación/ desafectación entre convenios colectivos y estructura de negociación tras las reformas laborales de 1994 y de 1997»; RL, Tomo I.

MONEREO PÉREZ, J. L. Y MORENO VIDA, M. N. (2005): *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo*; Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.

MORENO VIDA, M.N.: *Los Pactos Sociales en el Derecho del Trabajo*. Ed. Universidad de Granada. Granada, 1989.

– «Unidades de Negociación y Acuerdos Marco. Comentario al art. 83 del Estatuto de los Trabajadores», en Monereo Pérez (Dir.): «Comentario al Estatuto de los Trabajadores». Edit. Comares. Granada, 1998.

– «La función de los grandes Acuerdos Interconfederales», en Monereo Pérez (Coord.): «La reforma del Marco Normativo del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida: Puntos Críticos». Ed. Comares. Granada, 1999.

MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. M., SEMPERE NAVARRO, A. V. Y RÍOS SALMERÓN, B. (2005): *Comentario al Estatuto de los Trabajadores*. Sexta edición. Ed. Aranzadi. Navarra.

NAVARRO NIETO, F. Y SÁEZ LARA, C. (2002): *Estructura y contenidos de la negociación colectiva en Andalucía. Un estudio sectorial*; CARL, Ed. Mergablum, Sevilla.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., VALDÉS DAL- RÉ, F., CASAS BAAMONDE, M. E. (2002): «El Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2002»; RL, Tomo I.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., Y GONZÁLEZ ORTEGA, S. (1983): «Acuerdos Interprofesionales, centralización de la negociación colectiva y Ley del Estatuto de los Trabajadores», RPS, núm. 137.

SOLÀ I MONELLS, X. (2005): «Comentario al Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva 2005 (ANC 2005)» (www.upf.edu/iuslabor/022005/art.08.htm).

VIDA SORIA, J. (1997): «Los acuerdos para la Estabilidad en el Empleo y la Negociación Colectiva de 1997 en el marco de las reformas del sistema normativo para las relaciones de trabajo»; RL, Tomo I.

3. El ámbito subjetivo: los sujetos del convenio:

BAZ RODRÍGUEZ, J.: Las relaciones de trabajo en la empresa de grupo. Comares, Granada, 2002.

BORRAJO DACRUZ, E.: Dos décadas de experiencia de negociación colectiva: funciones y disfunciones de la regulación estatutaria. AL, núm. 10, 2000.

CRUZ VILLALÓN, J., «Los sujetos y los escenarios de la negociación colectiva: de las unidades clásicas a los nuevos ámbitos convencionales», en Veinte años de negociación colectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial, MTAS, 2001.

DÍAZ AZNARTE, M^a T.: El principio de condición más beneficiosa en el orden jurisdiccional laboral, Bosch, Barcelona, 2001.

MOLINA NAVARRETE, C.: «La dialéctica afectación/ desafectación entre convenios y estructura de negociación tras las reformas laborales de 1994 y 1997». RL, núm. 5, 1999.

MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: El modelo de regulación jurídico-laboral de los grupos de empresa. Una propuesta de reforma. Comares, Granada, 2002.

OLARTE ENCABO, S.: «El convenio como fuente sectorial y la dialéctica uniformización versus diversificación. Especial referencia al convenio por adhesión» en Los protagonistas de las relaciones laborales tras la reforma del mercado de trabajo, coor. Cruz Villalón, CES, Madrid, 1995.

– «Algunos problemas a propósito del problema de la legitimación negocial de los grupos de empresas» en Negociación colectiva y solución de conflictos en el sistema español de relaciones laborales, coor. Navarro Nieto, Trotta, Madrid, 1994 y «Pactos individuales y representación legal de los trabajadores», REDT, nº 50, 1991.

PEÑA OBIOL, S.: «Los cambios operados por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, en las garantías subjetivas de la negociación colectiva: requisitos de legitimación y quorums exigidos para la válida suscripción de los convenios de eficacia general». TS, núm. 52, 1995.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO Y FERRER, M. : «La negociación colectiva y el sistema de relaciones laborales tras veinte años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores», en Veinte años de negociación colectiva: de la regulación legal a la experiencia negocial, XIII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, MTAS, 2001.

SOLANS LATRE, M.A.: «El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos». MTAS, Madrid, 2004.

VALDÉS DAL-RE, F.: «Notas sobre la reforma del marco legal de la estructura de la negociación colectiva». RL, tomo I, 1995.

- «Notas para una reforma del marco legal de la estructura contractual». DS, núm. 15, 2001.

4. Ámbito objetivo: el contenido del Convenio Colectivo:

AGUILERA IZQUIERDO, R.: «El ingreso en la empresa: técnicas de selección y límites impuestos por la negociación colectiva», AS, núm. 1, mayo (2003).

- ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: La clasificación profesional del trabajador: tecnología, organización del trabajo y régimen jurídico, Mergablum, Sevilla, 2002.
- Las estructuras profesionales. Mito y realidad en los sistemas de clasificación profesional, MTAS, Madrid, 2002.
- BORRAJO DACRUZ, E.: «La negociación colectiva como fuente reguladora de las condiciones de trabajo: de los contenidos tradicionales a la nueva extensión material del convenio colectivo», en Veinte años de Negociación Colectiva: De la regulación legal a la experiencia negocial (XIII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva), MTAS, Madrid, 2001.
- CCNCC (Del Rey Guanter, S. Director): El Estado actual de la Negociación colectiva en España. Balance y perspectivas, MTAS, Madrid, 2003.
- CCNCC.: Empleo, contratación y negociación colectiva. XI Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, MTAS, Madrid, 1999.
- ESTEVE SEGARRA, A. (1999), La Jubilación Laboral, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GARCÍA BLASCO, J.: «El contenido del Convenio Colectivo (En torno al artículo 85)», Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 100 (especial), II, 2000.
- GARCÍA MURCIA, J.: «Evolución de la legislación laboral», VV.AA.: Estado de Bienestar, Diálogo Social y Mercado de Trabajo, CES del Principado de Asturias, Oviedo, 2003.
- GETE CASTRILLO, P. (2001), La edad del trabajador como factor extintivo del contrato de trabajo, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MALDONADO MOLINA, J.A. (2002), La protección de la vejez en España. La pensión de jubilación, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARTÍN PUEBLA y SASTRE IBARRECHE (1991), Política de empleo y jubilación forzosa del trabajador, Tecnos, Madrid.
- MELLA MÉNDEZ, L. (2002) «Sobre la posibilidad de seguir pactando en convenio edades de jubilación forzosa tras la derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores», AL, núm. 11.
- MONEREO PÉREZ, J.L.: «El derecho a la negociación colectiva», en VV.AA.: Comentario a la Constitución socio-económica de España, Comares, Granada, 2002.
- MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.: «Política de empleo y sistema de relaciones laborales: la autonomía colectiva como fuente del derecho del empleo», Revista Andaluza de Relaciones Laborales, núm.10, junio (2001), Comares, Granada, 2005.
- MORENO VIDA, M.N.: El trabajo en régimen de Empresas de Trabajo Temporal. Estudio del ordenamiento interno y comunitario, Comares, Granada, 2005.
- MONEREO PÉREZ, J.L. y MORENO VIDA, M.N.: El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la constitución flexible del trabajo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- OJEDA AVILÉS, A.: «El contenido de la negociación colectiva en materia de empleo y ocupación: las cláusulas sobre empleo», VV.AA.: Empleo, contratación y negociación colectiva, XI Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, MTAS, y CCNCC, Madrid, 1999.

- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Una nueva fase del Estatuto de los Trabajadores», Relaciones Laborales, núm. 9, 2005.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., VALDÉS DAL-RÉ, F., y CASAS BAAMONDE, M.E. (2001), «La reforma del mercado de trabajo «para el incremento del empleo y la mejora de su calidad», RL, núm. 7.
- SASTRE IBARRECHE, R (1998), «La aplicación de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores por la negociación colectiva», Trib. Soc., núm. 94
- SEMPERE NAVARRO, A.V.; NICOLÁS FRANCO, A.: «Las cláusulas de empleo en la negociación colectiva», RMTAS, núm. 33 (2001).
- VALDÉS DE LA VEGA, B. (1999), Mejoras voluntarias por edad de jubilación, Tirant lo Blanch, Valencia.
- VVAA (Monereo Pérez, J.L., Director): La negociación colectiva en las medianas y grandes empresas: el proceso de adaptación al cambio estructural, MTAS, CCNCC, Madrid, 2003.
- VVAA (Escudero Rodríguez, R., Coordinador): Observatorio de la Negociación Colectiva. La negociación colectiva en España: una visión cualitativa, CCOO, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- VV.AA. (Escudero Rodríguez, R. Coordinador): Observatorio de la Negociación Colectiva, CCOO, Madrid, 2002.
- VV.AA.: Transformaciones laborales en España. A XXV años de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores (coords. S.M. Ruesga Benito, F. Valdés Dal-Ré y J.M. Zufiaur Narvaiza), MTAS, Madrid, 2005.

II. EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO PARA LA FLEXIBILIDAD

*Antonio Costa Reyes
Inmaculada Benavente Torres
Carmen Sáez Lara*

Universidad de Córdoba

SUMARIO: 1. El convenio como instrumento para la flexibilidad laboral. 2. Flexibilidad y clasificación profesional. 2.1. Aspectos generales. 2.2. Sistemas de clasificación profesional. 2.3. Movilidad funcional 3. Flexibilidad salarial en la negociación colectiva. 3.1. Salario base. 3.2. Complementos salariales. 3.3. Percepciones extrasalariales 4. Negociación colectiva y flexibilidad del tiempo de trabajo. 5. Negociación colectiva y conciliación de la vida familiar. 6. Flexibilidad negociada y control judicial. 6.1. Algunas sentencias relevantes de estos últimos años. 6.2. Algunas consideraciones conclusivas. 7. Anexo: Convenios Colectivos citados.

1. EL CONVENIO COMO INSTRUMENTO PARA LA FLEXIBILIDAD LABORAL

En el actual contexto económico y productivo las empresas demandan importantes dosis de flexibilidad a la hora de decidir la dimensión y la organización de su fuerza de trabajo, demanda a la que se ha venido dando respuesta a través de instrumentos de variada naturaleza. La capacidad empresarial de gestión de la fuerza de trabajo ha de poder adaptarse a las condiciones cambiantes de carácter tecnológico, organizativo y económico y, a este efecto, el convenio colectivo y en términos más amplios la negociación colectiva debe pasar a constituir la principal fuente e instrumento de la flexibilidad. Desde una perspectiva distinta, las demandas de flexibilidad también proceden de los trabajadores y de las trabajadoras que precisan también capacidad de gestionar su tiempo combinando las

actividades profesionales y las de atención de menores y personas dependientes. También desde esta segunda perspectiva el convenio colectivo puede y debe ser una fuente e instrumento de satisfacción de las exigencias de conciliar familia y trabajo.

Las páginas que siguen han abordado fundamentalmente la primera perspectiva, intentando avanzar el debate y el conocimiento de nuestra realidad negocial en clave de flexibilidad de la relación de trabajo, pero, al mismo tiempo, no han querido olvidar la segunda perspectiva, por lo que hemos introducido un epígrafe dirigido a pulsar el papel del convenio como instrumento para la conciliación de la vida laboral y familiar.

Centrándonos ahora en la primera perspectiva, y antes de abordar la práctica convencional, es preciso recordar una serie de datos sobre el marco de referencia y su evolución en los últimos años. Como ha sido suficientemente destacado, la amplia y profunda reforma del marco institucional de las relaciones laborales de 1994 constituiría fundamentalmente una respuesta a las necesidades percibidas por las empresas de disponer de mayor flexibilidad. El legislador partiendo de las diferencias en el marco económico en el que las empresas españolas desarrollaban su actividad en relación con el existente en 1980, estimó necesario reformar la regulación de la relación laboral, estando centrado el debate previo a esta reforma en la necesidad de encontrar mecanismos de flexibilidad en las relaciones laborales, alternativos a la flexibilidad proporcionada por el incremento desde 1984 de la contratación temporal, por las consecuencias no deseadas del exceso de temporalidad en el mercado de trabajo. Esta reforma se plantearía, si recordamos la Exposición de Motivos de la Ley 11/1994, en el ámbito de las decisiones políticas dirigidas a la creación de empleo, al no poderse ignorar la importancia que para este objetivo supone contar con *una regulación laboral que proporcione a las empresas instrumentos para una gestión de los recursos humanos que incida favorablemente en la buena marcha de aquéllas*. A estos efectos, se procedió a revisar el marco institucional de las relaciones laborales para lograr una adecuación flexible de la gestión empresarial de los recursos humanos, tanto a la situación económica de la empresa, como a los cambios del mercado en el que opera¹.

1. Los cambios normativos que afectaron a lo que se viene denominando flexibilidad interna se centraron en aspectos tales como el tiempo de trabajo, la jornada y los descansos, la estructura y determinación de los salarios, el sistema de clasificación profesional, la modificación de condiciones a lo largo de la vida del contrato, o la movilidad funcional o geográfica.

Los mecanismos de salida se flexibilizaron, fundamentalmente, a través de la introducción del nuevo despido objetivo por causas económicas, y de la ampliación de las causas de los despidos colectivos, aunque la reforma también modificaría el régimen del despido disciplinario, reduciendo los supuestos de nulidad del mismo y el coste monetario de los salarios de tramitación. Los cambios de la regulación de la relación laboral se formularan además pretendiendo conciliar la tutela de los derechos de los trabajadores con las exigencias de competitividad de las empresas.

EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD 381

En la regulación legal de la relación laboral se introdujeron mecanismos de adaptabilidad en las distintas fases del desarrollo de la relación laboral, (desde su nacimiento hasta su extinción) incorporando elementos internos de flexibilidad antes inexistentes, y que fundamentalmente correspondería desarrollar a la negociación colectiva. Se hace posible así una mayor adaptabilidad de los elementos definidores de la relación laboral, (tiempo de trabajo, la jornada y los descansos, la estructura y determinación de los salarios, el sistema de clasificación profesional) por la propia regulación legal pero sobre todo a través de la negociación colectiva, a la que se otorgó efectivamente mayor capacidad de adaptación de la ordenación jurídica de las relaciones laborales a las diversas y cambiantes situaciones de las empresas y de los sectores productivos.

La principal nota definidora del modelo de flexibilidad interna de la relación laboral será pues el protagonismo que corresponde al convenio colectivo, paralelamente a la llamada «retirada» de la regulación legal sobre los elementos definidores de la relación laboral, proceso que se completa con reformas del propio sistema jurídico del convenio colectivo². Adopta así nuestra regulación laboral fundamentalmente un «modelo de flexibilidad negociada», que identifica al convenio colectivo como instrumento principal de adaptación de la gestión de los recursos humanos a las condiciones de la empresa y del sector, y en el que junto al convenio colectivo adquieren gran relevancia los acuerdos de empresa, así como la autonomía individual (contrato de trabajo), en defecto de la regulación convencional o pactada. De esta forma, la necesaria conciliación entre la tutela de los derechos de los trabajadores y las exigencias de competitividad de las empresas, de la que parte nuestra regulación legal, se realiza fundamentalmente a través de la promoción de la negociación colectiva como mecanismo para la gestión de la flexibilidad interna en la empresa³.

La existencia al mismo tiempo de elementos de flexibilidad introducidos directamente por la Ley ampliando los poderes empresariales⁴, no desmiente la

2. El modelo de negociación colectiva también será objeto de modificación normativa en aras de fomentar tal capacidad de adaptación del convenio, así se incluyen las reglas en materia de cláusulas de descuelgue, la derogación y disponibilidad por el convenio del contenido del convenio anterior y de los derechos reconocidos en el mismo, y la facultad del propio convenio para determinar su eficacia temporal más allá del período pactado.

3. Este modelo de flexibilidad «negociada» se complementaría con la atribución al empresario de la posibilidad de modificar sustancialmente las condiciones y el lugar de trabajo, posibilidad que hasta 1994 estaba sometida a la previa autorización de la Administración Laboral (Art. 40 y Art. 41 LET).

4. Así, se establece en la LET una definición más flexible del contenido de la prestación laboral pactada (a través de introducir un sistema de clasificación profesional articulado sobre grupos profesionales) y una mayor facilidad de adaptar dicha prestación a la variación de las necesidades empresariales. Igualmente, en relación con los salarios, entre los instrumentos legales para alcanzar la flexibilidad salarial se encuentran la nueva estructura legal del salario y los complementos, la supresión de la obligatoriedad del complemento por antigüedad, la supresión de los incrementos legales de la hora extraordinaria y los trabajos nocturnos, así como las cláusulas de «descuelgue salarial» y los pactos modificatorios de determinadas condiciones de trabajo. Se pretende así dotar de más flexibilidad a los salarios para adaptarlos a la evolución fluctuante de la situación económica de las empresas y los sectores.

afirmación de que la efectiva operatividad de esta regulación legal favorecedora de una gestión empresarial flexible dependía de la regulación de los convenios colectivos, y de los acuerdos de empresa, cuyo papel y relevancia también incidiría sobre un mayor o menor desarrollo de la autonomía individual. Con posterioridad la negociación colectiva también ha sido llamada a desempeñar un papel protagonista en la gestión de la contratación temporal, fomentando la creación de empleo estable, un uso adecuado de las diversas modalidades de contratación temporal y permitiendo su adaptación a las necesidades concretas de los sectores de actividad y de las empresas.

Ahora bien, la operatividad o eficacia del que hemos llamado modelo de flexibilidad negociada, depende, en gran medida, de la actitud de los agentes sociales, de la propia cultura sindical y empresarial y de las posibilidades de consenso entre las partes pero no sólo de ellos, sino que en alguna medida, también va a depender de la actuación judicial, en el eventual supuesto de impugnación del convenio colectivo. El convenio colectivo puede efectivamente jugar un papel de instrumento de desarrollo de los mecanismos legales predispuestos para la flexibilidad, o de contención o al menos de reducción de sus principales efectos. En este sentido y en términos generales puede trazarse cierta evolución de nuestra práctica negociada, pues ciertamente han existido y perduran algunas manifestaciones convencionales en esta última dirección, por ejemplo el tratamiento de las cláusulas de descuelgue en los convenios comenzaría siendo un tratamiento riguroso y limitativo de su operatividad, o por ejemplo perduran aún cláusulas convencionales relativas a la prohibición del recurso a empresas de trabajo temporal⁵.

Pero sin embargo, no es menos cierto que progresivamente ha prendido en el discurso, en las declaraciones y en la práctica negociada de las organizaciones sindicales y de las organizaciones empresariales la convicción acerca de la necesidad de que el convenio colectivo asuma un papel de gestor de la flexibilidad interna en la empresa. La globalización de las economías, los cambios que se están produciendo en las distintas actividades productivas, que implican una fuerte reorganización de los propios sistemas de producción, y las nuevas realidades de prestación laboral están afectando asimismo al papel de convenio que junto a su función reguladora clásica está desarrollando una función de gestión, que tiende a la incorporación de factores de flexibilidad en las condiciones de trabajo. Así, por ejemplo en materia salarial, el AINC de 1997 y el Acuerdo de Cobertura

5. Hoy estas limitaciones a la capacidad de utilización por las empresas de un instrumento de gestión como (al margen de que siempre han sido de discutida legalidad y discutible efectividad) tampoco resultan oportunas, estableciendo ya el IV Convenio Colectivo Estatal de ETTs que las organizaciones firmantes del presente convenio se comprometen a colaborar eficazmente para evitar que se incluyan, en los convenios colectivos de toda índole que se negocien, cláusulas que limiten, obstaculicen, prohíban o excluyan, ya sea directa o indirectamente, la contratación de los servicios de empresas de trabajo temporal por parte de las empresas sometidas a dichos convenios.

EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD 383

de Vacíos aconsejaban una mayor racionalización de las estructuras salariales, y los Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva (ANC) de 2002 2003, prorrogado para el 2004, y 2005 han venido realizando un llamamiento a la negociación colectiva para alcanzar una estructura salarial adecuada a la realidad sectorial y empresarial.

El ANC 2003 (prorrogado para el 2004) destacó ya en su Capítulo I la complejidad a la que tiene que dar respuesta la negociación colectiva, y la necesidad de adaptación de empresas y trabajadores a un marco cambiante, «la negociación colectiva es un instrumento idóneo para regular los cambios de las relaciones laborales y para dar respuesta a la heterogeneidad de los sectores, a la diversidad productiva y de la organización del trabajo...». Entre otros contenidos se alude al «mantenimiento y la creación de empleo, así como la estabilidad del mismo; el desarrollo de mecanismos de flexibilidad interna, siempre preferibles a la externa y a los ajustes de empleo». En términos más amplios el ANC 2003, estableció, entre los criterios que debe tener en cuenta los convenios colectivos en 2003, «El adecuado equilibrio entre flexibilidad y seguridad, estableciendo marcos que permitan a las empresas adaptarse internamente ante circunstancias cambiantes». Y así, sugiere «avanzar en cláusulas convencionales dirigidas a modificación de las estructuras profesionales sobre la base de la configuración de grupos profesionales y cuando proceda en áreas funcionales, consideración de la movilidad funcional como instrumento de adaptación interna, planteamiento de sistemas flexibles de gestión de tiempo de trabajo, redistribución de la jornada y cómputo anual; desarrollo de procesos».

El ANC 2005 también apela a la necesidad de contribuir desde los convenios colectivos a la articulación de instrumentos de flexibilidad, y entre ellos a nuevas formas de organización del trabajo. Los convenios colectivos de 2005 deben tener en cuenta como criterio general el establecimiento de marcos que permitan a las empresas mejorar su posición en el mercado y su productividad, y adaptarse internamente ante circunstancias cambiantes, manteniendo el adecuado equilibrio entre flexibilidad y seguridad.

En este mismo sentido, diversos estudios de campo han ido verificando el enriquecimiento de los contenidos de los convenios colectivos incorporando cláusulas flexibilizadoras en ordenación del tiempo de trabajo, en materia salarial, o en modalidades de contratación temporal. Igualmente, debe ser señalado que diversos observatorios sobre negociación colectiva vienen destacando recientemente que la negociación colectiva esta progresivamente incorporado en buena medida las intenciones flexibilizadoras auspiciadas por la reforma de 1994, fundamentalmente, en ordenación del tiempo de trabajo y, en menor medida, en el tratamiento de nuevos contenidos en materia salarial. Y en el mismo sentido, estudios de campo han ido verificando el enriquecimiento de los contenidos de los convenios colectivos, incorporando cláusulas flexibilizadoras en ordenación del tiempo de

trabajo, («bolsas» de horas de distribución flexible) en materia salarial (doble escala salarial), o en modalidades de contratación temporal. Finalmente, también se constata que la aplicación de criterios de flexibilidad interna en la empresa, principalmente en materia de tiempo de trabajo y su distribución y movilidad, son a veces compromisos asumidos por los agentes sociales que acompañan a cláusulas de conversión de empleo temporal en indefinido.

La modificación del marco normativo ha necesitado pues de la voluntad de los agentes sociales para que la negociación colectiva empiece a regular las condiciones de trabajo conforme con las nuevas realidades organizativas y productivas de los sectores y empresas. Téngase en cuenta además que el escaso desarrollo negociado de formas de flexibilidad internas podría también explicarse por el elevado recurso a la contratación temporal en nuestro país, pues a menudo se afirma que la contratación temporal ha sido utilizada por las empresas como elemento compensador o como un sustituto funcional de otras formas de flexibilidad.

En definitiva, puede señalarse que el actual marco normativo abre razonables posibilidades al desarrollo de diversas formas de flexibilidad (funcional, geográfica, salarial) a los instrumentos de la negociación colectiva, pero no sólo a los convenios colectivos sino también al acuerdo colectivo con los representantes de los trabajadores y al mismo contrato de trabajo, a falta de aquellos instrumentos colectivos. Por todo ello, el nivel de flexibilidad en la utilización del trabajo existente en las empresas no es fácilmente evaluable. Centrada la evaluación a menudo sólo en ciertos aspectos de la llamada flexibilidad interna –jornada, salarios y movilidad– con los datos de los convenios colectivos, sólo lleva a conclusiones indicativas de tendencias observadas en los ámbitos a los que se extienden tales convenios. Estas conclusiones indican la tendencia de la negociación colectiva a desarrollar fórmulas que permitan un uso más flexible de los recursos humanos en la empresa.

Por todo ello hemos creído interesante analizar la práctica negociadora en relación con temas claves como son los relativos al sistema de clasificación profesional, el salario, el tiempo de trabajo y la conciliación de la vida laboral y familiar. Sin embargo, la virtualidad del modelo de flexibilidad negociada también depende o precisa de sensibilidad de los órganos judiciales hacia esta relevante función del convenio colectivo por lo que finalmente, hemos considerado necesario avanzar algunas consideraciones sobre el papel desempeñado por los Jueces y Tribunales en el avance de formulas de flexibilidad laboral en el interior de los convenios colectivos.

2. FLEXIBILIDAD Y CLASIFICACIÓN PROFESIONAL

De nuevo el mayor impulso flexibilizador, en este caso, relativo a la clasificación profesional del trabajador, hay que buscarlo en la reforma de 1994 donde se abre la posibilidad a una determinación más amplia y ambigua del objeto de la

EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD 385

prestación del trabajador (art. 22 LET)⁶. Así, se reitera en el AICV, en el que expresamente se recoge gran parte de lo anunciado por el legislador en aquella reforma. Expresamente se señaló en dicho AICV que la «clasificación se realizará en Grupos Profesionales, por interpretación y aplicación de los factores de valoración y por las tareas y funciones básicas más representativas que desarrollen los trabajadores». En definitiva, pasar de un sistema basado en la especificación de tareas tasadas y en torno a una concreta categoría profesional, a un modelo más abierto, donde la identificación de cada grupo respondiera a la conjunta ponderación de diversos factores, principalmente, conocimientos-experiencia, iniciativa, autonomía, responsabilidad, mando, y complejidad. Todo ello sin perjuicio de que tales grupos profesionales se integren a su vez por varias de las anteriores categorías profesionales.

Un modelo económico y productivo como en el que estamos insertos, abierto a una competencia global, parece reclamar un sistema de clasificación más permeable, que permita y facilite a las empresas poder adoptar cambios en las tareas a realizar por sus trabajadores. Ciertamente, la diversificación y especialización de la actividad productiva, unida a las nuevas y cambiantes necesidades, pareciera que no casa bien con la delimitación estática y restringida del objeto de la prestación del trabajador. En definitiva, el poder de dirección ordinario del empresario reclama un espacio mayor de actuación en esta materia, lo que consecuentemente tendrá una repercusión directa sobre el objeto de la prestación del trabajador y también, sobre la necesaria adaptabilidad y cualificación del mismo.

Y siguiendo estas ideas, como no podía ser de otra manera, este nuevo modelo imponía un sistema de movilidad funcional también más fácil para las empresas, de forma que será el grupo profesional en el que se integra el límite a la movilidad funcional ordinaria, al que habría que añadir la titulación requerida y «la idoneidad y aptitud necesaria para el desempeño de las tareas que se encomienden al trabajador en cada puesto de trabajo, previa realización, si ello fuera necesario, de procesos simples de formación y adaptación» (art. 39.1 LET).

Los estudios consultados, así como los convenios analizados manifiestan una importante asunción de estas directrices, de forma tal que la mayor parte de los convenios colectivos recogen un sistema de clasificación basado en grupos profesionales, aunque a partir de aquí encontramos una diversidad de situaciones que serán objeto de una posterior explicación por nuestra parte. No obstante, el principal inconveniente en esa voluntad de flexibilizar esta materia es precisamente la regulación convencional sobre la movilidad funcional, ya que la misma suele establecer como límite la categoría profesional, desdibujando así el inicial esfuerzo flexibilizador.

6. Algún convenio procede a definir los términos que el legislador utiliza en el art. 22 LET (contenido general de la prestación, titulaciones, aptitudes profesionales); v.gr., Iberdrola Grupo (art. 11).

Mas esta delimitación con perfiles menos precisos, que indudablemente conllevará un potencial incremento del poder de dirección empresarial, creemos que debiera acompañarse de unas mayores de garantías formativas, retributivas y de promoción de los trabajadores, a la vez que implicar una mayor participación de sus representantes en las decisiones que acompañan a la correcta adecuación a las necesidades del mercado (inversiones formativas, en bienes de equipo, etc.). Lamentablemente, si bien la flexibilidad desde la perspectiva empresarial camina, aunque de forma lenta, la señalada participación y garantía de los trabajadores se encuentra estancada en el general de los casos, limitándose dicha participación a algunos aspectos que ahora señalaremos, y, en ciertas ocasiones, a ampliar las garantías individuales del trabajador.

Debe subrayarse de igual forma la creciente tendencia a conectar la clasificación profesional y la formación continua de los trabajadores, pues como reconocen los propios negociadores, es «un instrumento de gran utilidad para el desarrollo de las competencias profesionales, que favorece la capacidad de adaptación de trabajadores y empresas» (AINC'05). A nadie se le oculta que la variabilidad del mercado globalizado en el que nos insertamos reclama capacitaciones profesionales nuevas y constantes, algunas de las cuales terminan plasmándose en la clasificación profesional, bien por añadidura, bien por eliminación. De esta forma, la capacitación permanente de los trabajadores permite adecuar ese sistema a la realidad de los recursos humanos existentes, y de ahí la imprescindible conexión entre clasificación y recualificación⁷. Y junto a ello, la participación de los representantes de los trabajadores debe estimularse, ya que en definitiva el control y seguimiento de estas actuaciones afectará a cuestiones esenciales: clasificación, estabilidad en el empleo, retribución, etc.⁸. Es más, la formación se consolida como elemento principal o permanente sobre el que basar el sistema de ascensos y promoción profesional en la empresa, al que está muy directamente conectada la clasificación profesional⁹.

Ciertamente, si bien en la mayor parte de los convenios se reserva a la empresa la decisión en materia de ascensos o promoción profesional, algunos convenios tienden a limitar esa discrecionalidad para los niveles superiores (generalmente, mandos)¹⁰. En el resto, se pretende o bien el establecer un sistema objetivo y transparente de promoción, o de forma más acabada, la implicación y participa-

7. Especialmente, Iberhadling, SAU (arts. 18 y sgs.); y Telefónica Móviles España, S.A.

8. Al respecto, nos parece de suficiente interés la regulación contenida en Gas Natural, S.D.G., S.A. (arts. 8 y sgs.).

9. Especialmente, Eads Casa, Airbus España, S.L. y Eads Casa Espacio; Gas Natural Servicios, S.D.G., S.A., y Digitex Informática, S. L. También, Automóviles Citroën España, S. A., Agencia EFE, S.A. (cap. IV); y Volkswagen Finance, S.A (art. 26).

10. V.gr., Banque PSA Finance, General Óptica, S.A., y Perfumería y Afines.

ción de los representantes de los trabajadores en sistemas más transparentes y objetivos¹¹. Y en esta línea, algunas comisiones mixtas recogen entre sus funciones algunas competencias en esta materia¹². Especialmente interesantes son aquellas que corresponde elaborar y valorar las pruebas para la promoción, y que coherentemente, establecen también el programa de formación, para lo cual pueden contar con expertos externos¹³.

Procedemos pues a una exposición de las principales novedades o factores que en la negociación colectiva de 2004 y 2005 se conectan con las cuestiones señaladas. Adelantamos que en esta cuestión los convenios sectoriales son importantes protagonistas en la introducción de los cambios, si bien los convenios de empresa (especialmente los de grupo de empresas) han sabido aprovechar especialmente los márgenes legales y convencionales en esta cuestión.

2.1. Aspectos generales

Por lo que respecta a la estructura de la negociación colectiva, el tema de la clasificación profesional es un campo en el que los convenios sectoriales superiores suelen establecer pautas, las cuáles parecen prevalecer sobre los ámbitos inferiores vistas las exigencias del último párrafo del art. 84 LET. Con todo, son muy escasos los convenios que prevén expresamente una articulación negocial al respecto, de forma que salvo contadas excepciones¹⁴, las referencias al respecto se limitan a subrayar la mencionada regla de concurrencia y reservar en favor del nivel sectorial superior la regulación en esta cuestión¹⁵. En todo caso, la coordinación se refiere a cuestiones indirectamente ligadas a la clasificación profesional (promoción, polivalencia, movilidad funcional, etc.)¹⁶. De esta forma, se repite la tendencia a agotar en cada ámbito la regulación al respecto, aunque de forma menos pronunciada que en otras cuestiones (*v.gr.*, salario).

El objeto de este trabajo nos lleva a no detenernos en los cada vez menos presentes modelos de clasificación profesional basados exclusivamente en categorías profesionales¹⁷. Es más, muchos de los convenios que siguen manteniendo este

11. Industria Metalgráfica.

12. ATESA (art. 17), Grupo Sogecable (art. 65), y Aldeasa, S.A.

13. Así, Volkswagen Finance, S.A (arts. 22 y sgs.).

14. Mapfre, Grupo Asegurador.

15. Paradigmático en este sentido, el convenio de Universidades Privadas, Centros Universitarios Privados y Centros de Formación de Postgraduados; y Aparcamientos y Garajes.

16. Así, Grupo Generali España (art. 14); y Cajas de Ahorro (D.A. y D.T. 1ª).

17. *V.gr.*, convenios de Autoescuelas, o de Recuperación de Residuos y Materias Primas Secundarias. En el ámbito empresarial; Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U., Fundación Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona, y los Técnicos de Mantenimiento Aeronáutico, y Control y Montajes Industriales CYMI, S.A.

sistema establecen expresamente la necesidad de proceder a la reforma del mismo de manera que en un plazo razonable se estudie e inicie la transformación –mediante acuerdo en la empresa– a un modelo basado en grupos profesionales¹⁸, y sin perjuicio de que los mismos puedan integrarse de las categorías existentes¹⁹.

Obviamente, estos cambios pueden originar problemas de adecuación que pretenden ser resueltos por los propios negociadores bien a través de sistemas transitorios²⁰, bien a través de reglas provisionales de transformación o equivalencia²¹.

Este reclamado cambio en el modelo clasificatorio se explica, como anunciábamos, en la necesidad de relacionar la clasificación profesional y las necesidades técnico-organizativas²², o incluso, como anuncia algún convenio, con el catálogo nacional de cualificaciones profesionales²³. Obviamente, y del mismo modo, se reclama que esa adecuación se base en criterios objetivos y razonables, para lo cual, conscientes de las dificultades técnicas que todo ello puede implicar, los convenios establecen la posibilidad de crear comisiones mixtas, añadiendo en algunos casos la posibilidad de que en este trabajo recaben el apoyo de expertos o asesores externos²⁴.

Por todo ello, recibimos con especial interés aquellos convenios que incorporan la creación de comisiones mixtas de seguimiento, estudio e implantación del sistema de clasificación profesional²⁵. Dichas comisiones vienen acaparando diversas funciones, que van desde la mera identificación de pautas para proceder a la clasificación y promoción²⁶, a la resolución de conflictos, discrepancias y dudas que puedan plantearse sobre el sistema de clasificación profesional establecido²⁷; pasando por la atribución de funciones de carácter técnico, por ejemplo, homologar las anteriores categorías a la nueva regulación²⁸.

18. Perfumería y Afines, y Agfa-Gevaert, S.A.U. (art. 16.2).

19. Por todos, Agencia EFE, S.A.

20. *Vid.* Repsol Butano, S.A. (D.T. 4^º).

21. Empresas de Seguridad (D.A. 4^º), Hostelería (Anexo), y Prensa no diaria (art. 84); este último establece además una garantía retributiva. En el ámbito empresarial; Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián (D.T. 8^º); Telefónica Móviles España, S. A.; y Valeo Service España, S. A.

22. Así, Industria Química (art. 24), y

23. Perfumería y Afines (D.T. 2^º).

24. Aldeasa, S.A. (art. 26); y Servicios Externos, Auxiliares y Atención al Cliente en Empresas de Servicios Ferroviarios (art. 12).

25. RENFE (cláusula 6^ª). Paradigmática, la recogida en el Grupo Endesa (especialmente, Anexo 2).

26. Canal Isabel II (D.A.12^ª).

27. Cajas de Ahorro (D.A. 16^ª); y Establecimientos Financieros de Crédito. También, Grupo Endesa.

28. Universidades Privadas, Centros Universitarios Privados y Centros de Formación de Postgraduados; Michelin España Portugal, S. A. (D.F. 3^ª); y Grupo Sogecable (D.T. 1^ª).

EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD 389

Dentro de este abanico, algunos convenios afirman que corresponderle a ellas el establecimiento del régimen clasificatorio²⁹, o bien, cuando menos, que las decisiones que se adopten en esa comisión sean consideradas como propuestas, cuya decisión corresponde a otra instancia³⁰. Y yendo algo más allá, se prevé que esa comisión paritaria modifique y adapte (regularmente, incluso) el sistema clasificatorio preestablecido en el convenio³¹.

Se establece incluso la posibilidad de que los desacuerdos que surjan en el seno de la comisión sean resueltos vía instrumentos extrajudiciales convencionalmente creados³².

Pero la cuestión de la determinación del objeto de la principal obligación del trabajador no se limita a la mera determinación de la clasificación profesional, sino que suele conectarse con una materia que ya anunciábamos más arriba, nos referimos al sistema de promoción profesional en la empresa, que en algunas ocasiones –aunque por lo general referido sólo a ciertos grupos profesionales– prevé que sea tal comisión mixta la que fije o estudie un adecuado sistema de promoción profesional³³.

Debe destacarse igualmente que la flexibilidad entendida exclusivamente desde la posición empresarial lleva a numerosos convenios a facultar a las empresas a poder crear nuevas categorías profesionales si así lo requieren las exigencias del mercado (entendiendo como meramente enunciativas las previstas)³⁴. Y en esta línea, creemos como modelo más acabado aquél que sin excluir la posibilidad de ampliación que señalamos, exige la previa intervención o participación de las instancias mixtas creadas por el convenio³⁵.

2.2. Sistemas de clasificación profesional

Si bien en el apartado anterior afirmábamos la marginalidad de los convenios que siguen basando su modelo de clasificación en las categorías profesionales, debemos precisar ahora que aunque la gran mayoría de los convenios parte de la existencia de un grupo profesional, no debe desconocerse que en numerosas oca-

29. Siemens, S.A. (art. 45).

30. Centros de asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas con discapacidad (art. 12); Digitex Informática, S. L. (art. 30); Fundación Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona; y Fénix Directo, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A. (art. 8).

31. Perfumería y Afines. Con menor intensidad, Telefónica Móviles España, S. A. (art. 20).

32. Especialmente, Industria Química. Permitiendo la elección de un experto cuya decisión sea vinculante; Grupo Dhul, S.L. (art. 41).

33. Ciclo de Comercio del Papel y Artes Gráficas (art. 12).

34. Damaterra Empresa de Servicios, S. L., Cargill España, S.A. y Aop Iberia, S.L.; y BSH Electrodomésticos España, S. A.

35. Banque PSA Finance (art. 12.2º); Iberdrola Grupo, Iberhadling, SAU (art. 12), y Grupo Motorpress-Ibérica (art. 81).

siones la referencia a tal grupo (sobre todo en los convenios sectoriales) es meramente nominativa, a efectos de integrar un conjunto de categorías profesionales, ya que nada explica el convenio respecto al criterio establecido para integrarlas conjuntamente (formación, titulaciones, capacidades, etc.)³⁶. En definitiva, en la práctica pareciera que en ellos no hay realmente un sistema de clasificación por grupos, como posteriormente evidencia la regulación de la movilidad funcional³⁷. Así, se encuentran aquellos convenios que se basan en la identificación de grupos profesionales –elaborados según los criterios señalados por el AICV (art. 7)–, pero que la más de las veces no deja de ser una mera cláusula tipo, ya que la explicación posterior expresa a las claras que el sistema de basa realmente en categorías profesionales.

De este tipo son los convenios que formalmente encuadran a las categorías profesionales en teóricos grupos, pero que analizados éstos se percibe que no responden a la definición del art. 22.2 LET, sino que aglutina las categorías en áreas funcionales³⁸. Adviértase que esta situación incidirá en la regulación convencional de la movilidad funcional ordinaria, pues ésta no tendrá sentido dentro de esos teóricos *grupos*, sino entre categorías equivalentes³⁹.

Los modelos antedichos suponen una parte nada desdeñable de los convenios analizados, por lo que se manifiesta de nuevo el lento camino que en esta materia hace nuestra negociación.

Sin embargo, deben distinguirse estos supuestos de aquellos que, aun basados en categorías que se integran en grupos (o áreas funcionales), la definición de dichas categorías no es una mera identificación de concretas tareas, sino que dichas categorías también pueden responder al contenido general de la prestación⁴⁰.

Y del mismo modo, encontramos convenios que recogiendo un listado (a veces ejemplificativo) de categorías, incluyen a éstas dentro de un concreto grupo profesional que – pese a no identificar expresamente los criterios de agrupación – se distingue de otros grupos en atención a las tareas generales, titulación requeri-

36. Parcialmente, Grupo de Empresas Ortiz y otras. Sin embargo, este convenio prevé una equiparación entre las diferentes categorías de las empresas integrantes, a efectos de definir la clasificación profesional por grupos y niveles económicos (Anexo I).

37. Algunos ejemplos, Fabricación de Conservas Vegetales, Elaboradores de Productos Cocinados para su Venta a Domicilio; y Universidades Privadas, Centros Universitarios Privados y Centros de Formación de Postgraduados. En el ámbito empresarial, Sociedad Salvamento y Seguridad Marítima; y ONCE. Algo más precisos, Hostelería, que distingue diversas Áreas funcionales; y Automóviles Citroën España, S. A., que subdivide los grupos en subniveles en los que integran las categorías (Anexo II).

38. Grupo Motorpress-Ibérica (art. 82); y JC Decaux España, S.L.U. y Planigrama Exclusivas Publicitarias, S.A.U. (arts. 14 y 15).

39. Especialmente, Unidad Editorial, S.A.

40. Damaterra Empresa de Servicios, S. L.; e Instituto Técnico de Materiales y Construcciones, S.A.

EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD 391

da, etc., de forma que las recogidas bajo un mismo grupo son categorías profesionales que responden a la idea de equivalencia (art. 22.3 LET)⁴¹.

Centramos pues nuestra atención en los convenios que responden a un sistema de clasificación basado en grupos profesionales⁴², por cuanto que responden mejor a la pretensión de flexibilidad. Aunque se dan ejemplos en todos los ámbitos, quizás haya que subrayar el de la empresa y muy especialmente el de Grupo de Empresas como convenio tipo donde más acabadamente se acoge este sistema de clasificación.

Respecto a la fórmula concreta utilizada en la negociación colectiva, señalamos que por lo general ésta fija de forma genérica las funciones o tareas propias del grupo, y junto a ello, establece los criterios-base para distinguir los diversos grupos⁴³; por ejemplo:

- Responsabilidad, esto es, la mayor o menor capacidad en el trabajo para tomar de decisiones y asumir los riesgos que éstas implican.
- Cometido, entendido como el nivel de autonomía e iniciativa que requieren las funciones a desempeñar; o el grado de complejidad de las mismas.
- Competencias, las cuáles a su vez se refieren a conocimientos requeridos (es decir: titulación o estudios, especialización exigida y experiencia práctica mínima o antigüedad), directivas (nivel de mando que se ostenta) y habilidades en las relaciones humanas (referidas a las capacidades para motivar o influir en terceros, etc.).

Afinando algo más, encontramos convenios que además de lo señalado) subdividen los grupos en niveles profesionales (y/o también retributivos)⁴⁴, según la mayor o menor intensidad requerida en cada uno de esos criterios⁴⁵.

Otros convenios, siguiendo fielmente las pautas del AICV, distinguen secciones o áreas funcionales en el seno de los grupos creados, en coincidencia con el sistema de organización del trabajo que existe en la empresa⁴⁶. E incluso encontramos convenios que subdividen el grupo en especialidades, esto es, el conjunto de puestos homogéneos dentro del grupo y/o nivel⁴⁷. Estos aspectos tendrán una

41. Por todos, Gesgrup Outsourcing, S.L.; y Servicios Seguritas, S.A.

42. Algún convenio denomina como nivel lo que aquí referimos como grupo; Grupo Santander Consumer Finance (España); y Santa Bárbara Sistemas, S.A. (art. 20).

43. Grupo Sogecable.

44. Mediación en Seguros Privados, Banca y Telemarketing. En el ámbito empresarial, Grupo Generali España.

45. Empresas de Trabajo Temporal, Instalaciones Deportivas, Cajas de Ahorro, y Empresas Concesionarias de Cable de Fibra Óptica. A nivel empresarial, European Air Transport N. V./S. A., Gas Natural Servicios S.D.G., S.A., y Amper Soluciones, S.A.

46. Prensa no Diaria, Compañía Internacional de Coches-Camas y de Turismo, S. A., y Fujitsu España Services, S.A. (antes Fujitsu Customer Support, S.A.) –modificación parcial.

47. Grupo Endesa.

especial relevancia por lo que respecta a la movilidad funcional, como tendremos oportunidad de señalar.

Todo ello sin perjuicio de que el propio convenio establezca una lista (a veces meramente ejemplificativa) de las categorías o tareas que pueden integrar el grupo, el nivel, etc.⁴⁸.

En definitiva, el sistema más complejo o acabado sería aquél que se divide en grupos profesionales (según las mencionadas funciones generales y criterios), los cuáles pueden distinguir a su vez las áreas funcionales o secciones donde se emplean. Esos grupos se dividen internamente en niveles profesionales (en atención como decimos a la mayor o menor intensidad que dentro de cada grupo tienen los criterios utilizados). A partir de aquí los hay que identifican las concretas categorías que se incluyen en cada grupo o nivel (aunque sea como mero ejemplo), o simplemente recogen algunos ejemplos del tipo de tareas que pueden incluirse en ese grupo o nivel⁴⁹. Así mismo, encontramos excepcionalmente convenios que para proceder a una correcta identificación de la clasificación a la que adscribir al trabajador, prefijan y puntúan los factores de valoración a tener en cuenta (donde se incluyen las concretas condiciones del trabajo), lo que dará como resultado una cifra que se traducirá en la clasificación correspondiente (Grupo, nivel, etc.)⁵⁰.

Resaltamos cómo además algunos convenios prevén un sistema de clasificación específico y provisional para los trabajadores de nuevo ingreso, a efectos de que tanto la retribución ordinaria como la integración profesional en un grupo específico se produzcan pasado el tiempo de referencia⁵¹.

Debe destacarse por último aquellos convenios que hacen referencia a la polivalencia funcional, como clara manifestación esa tendencia empresarial a una mayor disponibilidad de la fuerza de trabajo⁵². Los convenios innovan poco en esta cuestión, pues esa importante cantidad de convenios que lo mencionan se limitan a aclarar los aspectos retributivos o de adscripción, siendo muy excepcionales los que establecen algún tipo de plus de garantías, o atribuyen un valor clasificatorio a tal polivalencia.

Sin embargo, también aparecen ejemplos en los que esa polivalencia se utiliza como criterio de clasificación (mayor cuanto mayor sea el nivel de polivalencia), aunque en el general de los casos suele reiterar la previsión legal (art. 22.5.2º

48. Perfumería y Afines; Tecopy, S.A., Grupo Dhul, S.L., Grupo Santander Consumer Finance (España), y Comercial Mercedes-Benz, S.A.

49. Por todos, Grupo Aceralia.

50. Bridgestone Hispania, S.A. (delegaciones comerciales); y Mapfre, Grupo Asegurador.

51. Despachos Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales; y Sociedades Cooperativas de crédito.

52. V.gr., Centros de asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas con discapacidad.

LET)⁵³. Avanzando algo más, destacamos los convenios que proceden a una regulación detallada de esta materia, a efectos de poder incluir posteriormente tales polifunciones dentro del marco general (estándar) de la concreta ocupación (para lo cual se crea una subcomisión específica que garantice la objetividad), y sin perjuicio de ser retribuido especialmente por ello⁵⁴.

La polivalencia se convierte así en un instrumento de agilidad empresarial para proceder a la modificación de funciones, hasta el punto de permitir (a diferencias de lo que, como ahora analizaremos, ocurre con la movilidad funcional) asignar tareas de grupos inferiores o superiores sin mayores limitaciones o requisitos que un mero complemento económico (y a veces un proceso de formación), o un tiempo máximo dentro de la jornada⁵⁵.

2.3. Movilidad funcional

Para poder saber con un mínimo de corrección la mayor o menor flexibilidad de los sistemas de clasificación profesional existentes, es imprescindible tener en cuenta el régimen de movilidad funcional que lo acompaña.

Ciertamente, el modelo que dibuja el art. 22 LET promueve un sistema que facilite la gestión interna de los recursos humanos, esbozando el grupo profesional como instrumento que puede facilitar una más fácil disposición empresarial de los mismos en función de las necesidades económicas y de la competencia, que parecen chocar con un modelo rígido e inamovible de determinación del objeto de la prestación (funciones) del trabajador. Por eso es imprescindible conectar aquél precepto estatutario con las reglas del art. 39 LET, pues la movilidad va a quedar condicionada en parte por el sistema de clasificación establecido en la empresa y junto a ello, por la regulación convencional de los poderes empresariales, referidos ahora a la movilidad.

Así, frente a la descausalización legal de la denominada movilidad funcional ordinaria (dentro del grupo o entre categorías equivalentes), y su escasa regulación, tiene especial importancia lo previsto en los convenios colectivos, pues éstos servirán en ocasiones para limitar los *excesos* de la reforma legal del '94, pero a la vez habrá que preguntarse si no vacían de contenido las necesidades *flexibilizadoras* que se pretendían cubrir con aquélla reforma.

En este sentido subrayamos los siguientes supuestos:

53. Así, Agencias de Viaje.

54. Por todos, Iberdrola Grupo (arts. 13 y sgs., 28, 48 y 49). Sólo previendo el complemento; Iberhadling (art. 76).

55. *Vid.*, Saint-Gobain Vicasa, S.A. (art. 28); Repsol Butano, S.A. (art. 43); y Centros de asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas con discapacidad.

En primer lugar, son constantes las remisiones expresas o literales al régimen del art. 39 LET⁵⁶.

En segundo lugar, gran parte de los convenios analizados fijan unas reglas para la movilidad funcional que aunque formalmente pudieran parecerse en su redacción a lo previsto en el art. 39 LET, lo cierto es que terminan por ser más limitativos de los poderes empresariales. En efecto, se establecen especiales requisitos (formales, causales, procedimentales, etc.) para proceder a la movilidad funcional ordinaria. Concretamente, las limitaciones llegan a copiar las establecidas para la movilidad extraordinaria (entre grupos profesionales distintos o categorías no equivalentes)⁵⁷. Procedamos a una explicación más detallada:

- Causas. Pese a que la movilidad ordinaria, como sabemos, no exige legalmente justificación alguna, encontramos convenios que reclaman la necesidad de que para proceder a ese cambio, concurren causas técnicas u organizativas⁵⁸, e incluso productivas⁵⁹. Y en esta línea, se señalan supuestos en los que es admisible la movilidad sin necesidad de que concorra más causa que procurar mantener la ocupación del trabajador durante toda su jornada⁶⁰.

No hemos encontrado ninguno que admita las causas económicas, entre otras razones porque parecería excesivo plantear esa situación empresarial como causante de una mera movilidad ordinaria.

- Derechos colectivos. También la negociación colectiva ha introducido derechos de información de la representación de los trabajadores, esencialmente de la causa que motiva la movilidad y, en su caso, de los supuestos que dan lugar a la misma⁶¹. Incluso se propone la necesidad de que en un plazo determinado se alcance un acuerdo con tales representantes para poder proceder al cambio, y en caso de desacuerdo se solicitará la intervención de la Comisión Paritaria para que ésta decida, pero matizando que a falta de acuerdo en la misma será la dirección de la empresa quien resuelve definitivamente⁶².
- Límites y garantías. Algunos convenios establecen medidas destinadas a restringir la facultad empresarial de la movilidad y evitar perjuicios a los trabajadores afectados. Del primer tipo son aquellos que establecen la imposibilidad de que los trabajadores que alcancen cierto nivel dentro del grupo, puedan ser obligados a desa-

56. Unidad Editorial, S.A.; Repsol Butano, S.A.; y Servicios Securitas, S.A. (art. 9).

57. V.gr., Inergy Automotive Systems (art. 6); Cajas de Ahorro, y Aparcamientos y Garages. Estableciendo el mismo régimen jurídico, Santa Bárbara Sistemas, S.A. Como excepción, Telefónica Móviles España, S. A. (art. 52).

58. Grupo Motorpress Ibérica, Digitex, S.A.; y Cetelem.

59. Grupo Endesa.

60. Aparcamientos y Garages.

61. Perfumería y Afines; Inergy Automotive Systems (art. 6), y Canal Isabel II (arts. 14 y 15).

62. Santa Bárbara Sistemas, S.A.

EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD 395

rollar las tareas de los niveles inferiores del mismo⁶³. O los que reclaman la idoneidad profesional del trabajador, elemento de superior relevancia cuando el sistema de clasificación se articula también por especialidades, ya que éstas podrían requerir una formación compleja que impediría la facilidad en la movilidad. De las segundas son las que garantizan la retribución, al menos, que se venía percibiendo, y las que admiten el ascenso inmediato cuando entre las tareas realizadas existe una ordenación jerárquica⁶⁴. De esta índole también creemos que pueden ser los deberes de comunicación escrita de la medida que pesan sobre la empresa en favor del trabajador afectado⁶⁵.

Por último, la tendencia de la negociación a establecer una regulación de la movilidad ordinaria entre categorías (y no dentro del grupo), lleva a que en muchas ocasiones las limitaciones establecidas parezcan más propias de la movilidad extraordinaria. Y en este sentido, se comprenden los límites temporales y de otro tipo que suelen fijarse en los convenios (*v.gr.*, evitar la reiteración sobre un mismo trabajador, etc.)⁶⁶.

No obstante, y como excepción, algunos convenios especifican la posibilidad de ampliar la movilidad funcional ordinaria, hasta el punto de que la misma pueda tener lugar entre grupos profesionales distintos, siempre que afecte a categorías equivalentes⁶⁷.

En tercer lugar, y por lo que respecta a la movilidad funcional extraordinaria, debemos reiterar que la regulación legal de ésta se encuentra plasmada dentro de numerosos convenios en las modificaciones dentro de categorías o niveles del mismo grupo. Escasos son pues los convenios que hacen una correcta utilización de las reglas legales al respecto⁶⁸. En la concreta regulación convencional podemos encontrar las siguientes aportaciones:

- Causas: A las técnicas y organizativas que menciona el legislador (art. 39.2 LET), los negociadores añaden otras (*v.gr.*, productivas), o precisan con claridad los supuestos que justifican una movilidad de este tipo (generalmente, causas organizativas: sustituir a trabajadores en IT, vacaciones, permisos, excedencia, etc., o también técnicas o productivas: reparaciones, fin de temporada, etc.). Junto a ello, destacamos algún convenio que introduce como causa justificativa de la medida, la situación económica de la empresa⁶⁹.

63. Aparcamientos y garantés.

64. Telemarketing (art. 22).

65. Siemens, S.A.

66. Especialmente, Canal Isabel II (arts. 14 y 15). También, Saint-Gobain Vicasa, S.A. (art. 27.I, c)

67. ONCE (art. 17.1).

68. *V.gr.*, Inergy Automotive Systems; y Grupo Endesa.

69. Grupo Aceralia.

- Derechos colectivos. Poco avanzan los convenios en este aspecto, ya que se limitan por lo general a reconocer los derechos de información de los representantes de los trabajadores, si bien algunos de ellos concretan y aclaran el contenido de la comunicación que hay que hacer llegar a tales representantes⁷⁰.

Pero queremos destacar especialmente aquellos que reclaman el acuerdo con la representación de los trabajadores para la licitud de la medida⁷¹. Este hecho, que nos parece trabaja en la línea de una mayor flexibilidad real (esto es, que la disponibilidad de la fuerza de trabajo debe coordinarse con una mayor amplitud de la participación de los trabajadores), se acumula a la solución que prevén en caso de que en la negociación existan situaciones conflictivas entre las partes, remitiendo en tal caso a los medios de resolución extrajudicial. Adviértase que esta situación se reclama cuando acontece lo que algunos convenios denominan movilidad *colectiva*, pero sin especificar si la misma sigue reglas cuantitativas (número de trabajadores afectados por la medida, en analogía con el art. 40 LET) o cualitativas (fuente modificada, por analogía con el art. 41 LET)⁷².

En el lado opuesto se encuentra la posibilidad de pactar con dichos representantes una situación especial, por ejemplo, que no haya que atender algunos de los límites que ahora veremos, cuando exista acuerdo con los mencionados representantes de los trabajadores⁷³.

- Límites y garantías. También la negociación colectiva introduce nuevas limitaciones a las legalmente establecidas en este caso. Así, junto con el respeto a la retribución de origen, a la dignidad y a la formación profesional del trabajador, los convenios señalan, entre otras, las siguientes limitaciones y garantías:
 - Cuando el sistema de clasificación contempla áreas o secciones funcionales, puede establecerse que la movilidad descendiente sólo tenga lugar dentro del área propia donde de ordinario trabaja el afectado. O en esta línea, que la movilidad extraordinaria sólo pueda operar entre el grupo inmediatamente superior o inferior al de origen⁷⁴.
 - Evitar la reiteración del mismo trabajador, procurando la rotación de los afectados en los supuestos de movilidad descendiente⁷⁵. O requerir la aceptación por su parte para admitir el cambio extraordinario de funciones⁷⁶.

70. Grupo Aceralia.

71. Eads Casa, Airbus España, S.L. y Eads Casa Espacio. Reconociendo el derecho a intervenir de la representación colectiva en el caso e falta de acuerdo entre empresario y trabajador; Thyssenkrupp Elevadores, S. A. (art. 47).

72. Grupo Aceralia (art.14).

73. Prensa no diaria.

74. Prensa no diaria.

75. Grupo Motorpress Ibérica, y Prensa no diaria

76. Siemens, S.A. (art. 30).

EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD 397

- Concreción de los límites temporales legalmente establecidos (por el tiempo imprescindible). Así, se suele fijar un plazo máximo absoluto, o relativo según el hecho causante (v.gr., IT, permisos, etc.)⁷⁷.
- En cuanto a las garantías del trabajador, son pocos los convenios que reconocen el derecho a consolidar el puesto superior, lo que en todo caso condicionan a que se superen ciertos plazos o concluya el hecho causante de la movilidad sin que se reincorpore su titular⁷⁸. En definitiva, la mayor parte de los convenios condicionan esa ascensión automática, como no podía ser de otra forma, a las normas sobre promoción que rijan en la empresa, o a las reglas que al efecto se establezcan⁷⁹.
- Otra de las garantías señaladas es la legalmente establecida de mantener la retribución de origen cuando se desempeñen funciones inferiores. Sin embargo son escasísimos los convenios que concretan algo este aspecto (partidas incluidas, etc.), si bien destacamos aquellos que garantizan si quiera la retribución del puesto de origen⁸⁰. Y en esta línea, para evitar los problemas que supondría determinar la cuantía en los supuestos de pluralidad de cambios funcionales en espacios cortos de tiempo, se reconoce el derecho, al menos, a la retribución habitual, evitando de esta manera los perjuicios que tal movilidad pudiera implicar sobre partidas variables. Por otro lado, en ocasiones ese derecho a la retribución de destino cuando la movilidad es ascendente sólo se reconoce cuando se supera un número mínimo de días de trabajo efectivo en el nuevo puesto⁸¹. Del mismo modo, se reconoce el derecho a consolidar la retribución del grupo superior si el trabajador es empleado en las mismas durante cierto tiempo⁸².

Otras exigencias. Encontramos en algunos convenios la necesidad de que para proceder a la movilidad extraordinaria se recabe autorización expresa de quien tiene la responsabilidad general en materia de recursos humanos⁸³.

En cuarto lugar, y debido a la variedad de sistemas de clasificación, especialmente aquellos que además recogen áreas o secciones funcionales, debemos

77. De los primeros, Grupo Sogecable; de los segundos, Prensa no diaria; ambos referidos a la movilidad ascendente.

78. Entre otros, Amper Soluciones, S.A., Banca, y Prensa no diaria. Adviértase que en diversos convenios esta situación acontece cuando la movilidad derivó de una situación de IT que no concluyó con la incorporación del trabajador afectado.

79. Grupo Sogecable.

80. Así, Domar, S. A. (art. 19.3º); y Michelín España Portugal, S. A. (art. 43).

81. Amper Soluciones, S.A.

82. NCR España, S. A.

83. Por todos, Telefónica Móviles España, S. A., y Grupo Sogecable.

resaltar la específica regulación que de la misma hacen algunos convenios respecto a la posibilidad de proceder a la movilidad entre las diversas Áreas funcionales existentes, sean o no del mismo grupo profesional. En estos casos se requiere no sólo la concurrencia de causas que lo justifiquen (técnicas, organizativas o incluso, de producción), sino además el deber de recabar la aceptación por parte del trabajador (quien además tendrá derecho a una indemnización por la medida), y de informar a los representantes de los trabajadores⁸⁴. En algunos casos, se considera como modificación sustancial la movilidad que supere, por ejemplo, el grupo funcional⁸⁵.

Por último, ya adelantábamos que algunos convenios colectivos hacen de la polivalencia y policompetencia funcional un principio básico en su organización del trabajo, de forma que se procura una rotación entre los trabajadores dentro de las tareas del grupo⁸⁶.

3. FLEXIBILIDAD SALARIAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Este estudio no pretende un análisis exhaustivo o completo de la política salarial plasmada en la negociación colectiva o del grado de cumplimiento de las reglas salariales previstas por los agentes sociales, sino que nos limitaremos a resaltar y entresacar aquellas medidas convencionales que consideramos más acertadas para conseguir flexibilizar la estructura salarial, de forma que las partidas previstas por los sujetos negociadores tiendan a procurar una mejor correspondencia entre las percepciones que recibe el trabajador y la realidad empresarial, teniendo muy en cuenta también aquellas cantidades que, aun careciendo de la naturaleza salarial, presentan alguna novedad de interés respecto a las políticas salariales al uso.

La flexibilidad salarial en el sentido expresado no debe entenderse exclusivamente desde una posición unidireccional (empresario), esto es, sino que la misma supone abrir nuevos espacios negociadores, favorecer la participación de los trabajadores para una mejor y mayor implicación por su parte en la situación y desarrollo empresarial, lo que podría llegar a traducirse en una adecuación del modelo retributivo a la realidad laboral de los diversos trabajadores, de forma que también el régimen retributivo tenga en cuenta las peculiaridades y necesidades de los mismos para que se sientan identificados con tales objetivos empresariales (*v.gr.*, partidas específicas para ciertos colectivos, retribución variable a petición del trabajador, etc.). Mas como bien sabemos el modelo flexibilizador en esta

84. Grupo Endesa.

85. Thyssenkrupp Elevadores, S. A. (art. 48).

86. Valeo Service España, S.A. (art. 16), y Canal Isabel II.

EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD 399

materia (como en tantas otras), parece continuar en esa visión de exclusivo interés de una parte, lo que cuestionará en global esa pretendida flexibilidad. Con todo, algunas prácticas negociales matizan un poco esa unidireccionalidad de la flexibilidad, y es parte del objeto de este trabajo resaltarlas.

Comencemos indicando que a nuestro parecer una correcta política salarial reclama sin duda la correcta articulación entre los diversos ámbitos de negociación, evitando que como suele ocurrir, cada uno de ellos actúe como compartimento estanco que tienden a agotar la materia o excluir a las otras unidades⁸⁷. En este sentido, encontramos convenios sectoriales nacionales que fijan una regulación que permite a los ámbitos inferiores crear nuevas partidas retributivas que atiendan ya no sólo a su sector, sino a la concreta situación empresarial⁸⁸. Una variable es remitir a los convenios de empresa la concreción y creación de los complementos de calidad y cantidad de trabajo (usando la denominación que vino a mantener el AICV)⁸⁹.

También aparecen acuerdos que fijan la estructura retributiva y remiten a los ámbitos sectoriales inferiores (provincial y autonómico) la concreción de las partidas que componen esa estructura⁹⁰. Finalmente, y de forma mucho más excepcional, encontramos convenios que prevén que sea vía contrato individual de trabajo donde se concreten las percepciones variables⁹¹.

Por lo que respecta a la concreta regulación salarial, debe recordarse que la reforma laboral del año 94 supuso un antes y un después en el tratamiento del régimen retributivo. Al repliegue legal a favor de la negociación colectiva (con la consiguiente derogación de las normas legales y reglamentarias sobre el salario), habría que añadir el propósito implícito de procurar y facilitar los componentes variables del salario.

Ciertamente, conviene recordar en este momento que la propia definición estatutaria (art. 26 LET) viene a reconocer que el salario representa a totalidad de las percepciones económicas que retribuyen el trabajo por cuenta ajena, cualquiera que sea su forma de retribución. Pero sin duda, es el apartado 3 del art. 26 LET el que manifiesta más claramente lo afirmado al principio. Así, en la estructura-

87. Paradigmático en el sector, Universidades Privadas, Centros Universitarios Privados y Centros de Formación de Postgraduados.

88. V.gr., Entidades de Seguros, Reaseguros y Mutuas de Accidentes de Trabajo (art. 28); y el de Mediación de Seguros Privados (art. 38).

89. Peluquerías (art. 37); y Empresas de Trabajo Temporal (art. 28.3). También, convenios de Grupo que remiten a los convenios de empresa o centro de trabajo; Grupo Aceralia, art. 20; y Grupo Ortiz y Otros (art. 18). Este último se remite al sectorial de la construcción para concretar la organización y cálculo de tales complementos.

90. V.gr., Aparcamientos y Garajes, y Elaboradores de Productos Cocinados para su Venta a Domicilio.

91. Unidad Editorial, S.A. (art. 35.2), y Auna, S.A. (art. 62).

ción del salario identifica los dos componentes clásicos: por un lado, la obligatoriedad del salario base (que actuará también como partida residual del salario), y por otro, la eventual existencia de los complementos salariales. En ambos se indica la potencial composición variable de las partidas que lo componen, esto es, de percepciones económicas cuya determinación no se limite a su relación con el tiempo de trabajo y las concretas funciones a realizar, sino que pueda hacerse depender de diversos factores relacionados, entre otros, con la productividad, el rendimiento, la adaptabilidad o la realidad económico-empresarial.

En este sentido, se comprenden los compromisos de los agentes sociales más representativos y recogidos en el AINC'05 (cap. IV), en relación a la necesidad de que, por un lado, los modelos retributivos se conectasen directamente con el sistema organizativo y productivo de la empresa, y por otro, que en la configuración de las partidas variables, éstas se basen en la participación de los representantes de los trabajadores, así como en criterios de objetividad y claridad en su implantación⁹². Se trata de unos objetivos que responden a la realidad negocial de nuestro país, donde a la escasez porcentual de las partidas variables, y a su excesiva discrecionalidad, se une la más que cuestionable ausencia de mayores facultades de los representantes de los trabajadores en la determinación y el seguimiento de los objetivos y resultados empresariales.

Como adelantábamos al principio, la flexibilidad salarial –referida ahora al impulso de las partidas variables– debe ir aparejada de un mayor nivel de información y participación de los trabajadores, pues de lo contrario se corre el riesgo de convertirse en un elemento que contrariamente a su pretensión, termine por desincentivar ante la imposibilidad de conocer el qué, el cómo y el por qué de los objetivos marcados. Por esta razón nos parece sumamente interesante la creación de Comisiones Mixtas encargadas de estudiar los potenciales nuevos sistemas retributivos, que permitan un seguimiento y control periódico de los mismos y su adecuación a la realidad empresarial y, en su caso, laboral⁹³. En esta línea, sobresalen por su interés aquellas comisiones que permiten la intervención en la misma de expertos (con voz pero sin voto) que puedan asesorar a las partes⁹⁴.

A falta de tales comisiones, pueden establecerse sistemas de información y consulta a los representantes de los trabajadores para los casos en los que la empresa pretendiera fortalecer los sistemas retributivos que se vinculan con la

92. Algunos ejemplos de esa pretendida claridad, en Eads Casa, Airbus España, S.L. y Eads Casa Espacio (art. 23.2); Corporación Empresarial Roca, S.A., Roca Sanitario, S.A., y Roca Calefacción, S.L. (art. 10.3).

93. Convenios Colectivos de Cajas de Ahorros (D.T.16^a); y de la Industria Metalgráfica. En el ámbito empresarial, Corporación Empresarial Roca, S.A., Roca Sanitario, S.A. y Roca Calefacción, S.L., y Electrolux Home Products España, S.A., centros comerciales (art. 13).

94. Telemarketing (art. 40); Industria Metalgráfica. Sobre las comisiones de rendimiento y primas, de Domar, S.A.

EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD 401

marcha de la empresa (productividad, rendimiento, etc.). Especialmente interesante en esta cuestión es el expreso establecimiento de un procedimiento para la implantación de los nuevos sistemas de rendimiento, con la posibilidad incluso de procurar resolver los conflictos entre las partes a través de sistemas extrajudiciales (arbitraje)⁹⁵. Y en esta línea, debe destacarse el hecho de que algunos convenios concreten las reglas sobre creación, determinación y especificación de los objetivos a realizar para la obtención de los complementos variables⁹⁶.

Con todo, la práctica negocial sobre este aspecto es francamente marginal, ya que en la mayor parte de las ocasiones es a la propia empresa en exclusiva a quien corresponde fijar las retribuciones (incluidos los objetivos a alcanzar, etc.)⁹⁷.

En otro orden de cosas, y debido a su consideración como medio de pago que puede predicarse tanto del salario base como de los complementos, resaltamos ahora la prácticamente inexistencia de convenios que prevean la posibilidad de pago del salario en acciones de la empresa (o del grupo en el que ésta se integra). Como decimos, esta forma de retribuir (en especie), puede referirse tanto a salario base como a los complementos, pero en todo caso, permitiría una potencial identificación de los trabajadores con la situación financiera de la empresa. No obstante, creemos que el escaso uso y su regulación (excluyente del derecho de voto), expresan a las claras el poco interés como instrumento de participación de los trabajadores⁹⁸. Sin embargo, a nadie escapa el interés empresarial en remunerar a través de acciones, ya que de esta forma se permite financiar a la empresa, evitar que los recursos disminuyan, etc.

Para una explicación algo más concreta procedemos a una diferenciación de los componentes remuneratorios.

3.1. Salario base

Nuestros negociadores, al ir configurando el papel de los componentes salariales, apostaron porque el salario base se limitase a recoger el salario fijo (y en relación con la clasificación profesional del trabajador), sin perjuicio, obviamente, que también se le presuponga un rendimiento mínimo en esa unidad de tiempo. Junto a ello, en el AICV (art. 12) se añade la necesidad de que el mismo sirva como partida residual en la que integrar la multitud de partidas convencionales que no responden a otra (con) causa distinta y, en todo caso, que no sea inferior al SMI.

95. Industrias Químicas (art. 9). De manera similar, aunque algo más limitado, Textil; Industrias Metalgráficas.

96. V.gr., Convenio de Bridgestone Hispania, S.A., se remite a lo previsto en la normativa interna de la empresa.

97. Paradigmático quizás Damaterra, S.A. (art. 48); y Gas Natural Servicios S.D.G., S.A.

98. Euroservice Asistencia Técnica, S.A. (Anexo III.Tercero.2).

Así parece haberse planteado por lo negociadores, quienes sólo en ocasiones muy excepcionales y respecto a sectores o trabajos de fácil cuantificación, han procedido a establecer un salario por unidad de obra, aunque garantizando en todo caso unas percepciones mensuales mínimas por unidad de tiempo⁹⁹.

Sin embargo, lo destacable en relación a este componente es creciente la práctica de identificar diversos niveles, especialmente, distinguiendo en el quatum un nivel de entrada y, en su caso, otro u otros posteriores (de perfeccionamiento), en función de la antigüedad en el puesto, hasta llegar al máximo (de desarrollo)¹⁰⁰. En ocasiones al requisito de la antigüedad se le añaden otros (realizar cursos de formación, baja absentismo, etc.)¹⁰¹. Finalmente, encontramos convenios que fijan una retribución de origen igual para todos los trabajadores de nuevo ingreso, cualquiera que sea su puesto¹⁰².

Serán los complementos pues las partidas destinadas a concretar los elementos variables del salario.

3.2. Complementos salariales

En materia de complementos, el AICV recomendaba, por un lado, introducir a través de ellos los elementos de variabilidad, esencialmente a lo que se refiere al rendimiento, productividad y situación empresarial; y por otro, proceder a una simplificación de los mismos, de suerte que los existentes respondan realmente a una concausa distinta a la del salario base¹⁰³.

El desarrollo posterior y actual de la regulación convencional parece confirmar sólo parcialmente estas pretensiones. Ciertamente, ciñéndonos a la primera de las recomendaciones, debe destacarse que si por un lado el análisis de la situación económica y comercial mundial que los agentes sociales recogen en el AINC'05 (que asume lo afirmado años anteriores) parece evidenciar la variabilidad de los mercados y el crecimiento de la competencia, llegando a sostener la necesaria vin-

99. Como ejemplo, señalamos el Convenio Colectivo de Mensajeros, que hace depender la retribución del número de portes, los cuáles varían en cuantía en función del tamaño de los mismos y de la población.

100. Entre otros, Telemarketing (art. 39.1); Repsol Butano, S.A. (art. 40); y Servicio de Asistencia en Tierra en aeropuertos (handling) (art. 26). En el ámbito empresarial, BSH Electrodomésticos España, S.A., Gas Natural Servicios S.D.G., S.A., y AENA, S.A. Otros convenios se limitan a excluir a los trabajadores con una antigüedad mínima de los complementos variables; de Aldeasa, S.A., Grupo IV.b).

101. Iberhadling, SAU.

102. Michelín España Portugal, S. A. (art. 10º).

103. Algunos ejemplos; de Mediación en Seguros Privados (arts. 37.3 y 40); Industrias Químicas, y Perfumería y Afines. En el ámbito empresarial; de Corporación Empresarial Roca, S.A., Roca Sanitario, S.A. y Roca Calefacción, S.L. (art. 41).

culación entre crecimiento salarial y realidad empresarial¹⁰⁴. Por otro, pareciera que la decisión de fortalecer la variabilidad salarial no termina de asentarse en nuestra negociación¹⁰⁵, ya sea por la escasez y falta de originalidad de las partidas, ya sobre todo porque las creadas pecan en gran medida de los errores y defectos que antes adelantábamos y que han llevado a un escasísimo interés por ellas: la indeterminación-discrecionalidad de su razón de ser, contenido, etc.¹⁰⁶.

Con todo, y refiriéndonos a los complementos variables que retribuyen una mayor productividad o rendimiento, tanto individual como colectivo¹⁰⁷, así como aquellos que hacen referencia a la situación y resultados de la empresa, debemos indicar que la mayor parte de los convenios analizados prevé alguna partida de este tipo (aunque las últimas en mucha menor medida)¹⁰⁸.

a) Complementos en función del trabajo realizado: productividad y rendimientos

En relación a los complementos relativos a la productividad y rendimiento (reconducibles como afirmamos a la categoría de *por trabajo realizado*, art. 26.3 LET), la mayor parte de los estudiados se ciñen a la necesidad de alcanzar unos objetivos previamente establecidos¹⁰⁹. Objetivos que varían en función del interés y actividad de la empresa¹¹⁰, y que si bien por lo general hacen referencia a las ventas¹¹¹, también encontramos convenios que diferencian una amplia diversidad de supuestos: incremento del número de clientes, o de la facturación, productividad individual y colectiva, diferencial con otros centros de la empresa, evolución-progresión en relación a un periodo inmediatamente anterior, etc.¹¹².

104. La generalidad de convenios subraya esta relación, productividad-salarios, con fórmulas como la contenida en Bridgestone Hispania, S. A. (art. 30), o Eads Casa, Airbus España, S.L. y Eads Casa Espacio, y Unilever Foods España, S. A./División Frigo (art. 7).

105. En parte representa una excepción Eads Casa, Airbus España, S.L. y Eads Casa Espacio.

106. V.gr., Alcatel, S.A. (Cláusula 16.5°); ONCE (art. 59); Telefónica Móviles España, S. A. (art. 40); y Grupo Cetelem, art. 23.D.

107. Para ello algunos convenios utilizan sistemas objetivos de medición tales como el EBITDA, Bedaux, REFA; v.gr., Telefónica Móviles España, S. A. (D.T. 5°); Corporación Empresarial Roca, S.A., Roca Sanitario, S.A. y Roca Calefacción, S.L.; y Siemens, S.A. Junto a ello, se aclaran situaciones como vacaciones, o situaciones transitorias entre los anteriores y posteriores niveles de rendimiento.

108. Sin embargo, algunos convenios excluyen cualquier referencia a los componentes variables del salario; v.gr., Establecimientos Financieros, Prensa no diaria, Recuperación de residuos y materias primas secundarias. En el ámbito empresarial, Consultoría Tecnológica para el Comercio, S.L., y Fiat Auto España, S.A.

109. Así, Empresas de Frío Industrial. Con todo, otros convenios distinguen en la prima la cuantía a percibir según el grado de cumplimiento de los objetivos preestablecidos, Alcatel, S.A. (Acuerdo Sexto).

110. Por todos; Cajas de Ahorros, y Air Europa (Anexo IV).

111. Paradigmático, ONCE (art. 50).

112. Por todos, Decathlon España, S.A.

Junto a estos complementos que atienden a una mejora cuantitativa, encontramos otros que lo que pretenden es incidir de igual forma en la calidad del producto, incentivando, por ejemplo, la menor cantidad de errores o defectos en el producto¹¹³.

Al igual que ocurre con otros complementos, los *objetivos* que dan derecho al complemento son generalmente establecidos de forma discrecional o exclusiva por la empresa¹¹⁴. Por esta razón, y para evitar los problemas que adelantábamos, nos parece que sería más oportuno que una comisión imparcial o mixta fuera la que estableciera los criterios del sistema, su forma de cálculo, las personas que se beneficiarán, etc.¹¹⁵.

No debe pasarse por alto que este tipo de complementos puede atender a la actividad individual de un trabajador, o al resultado de la de un colectivo o grupo de éstos (unidad, sección, departamento, etc.)¹¹⁶, pero en todo caso se distinguen de los establecidos en función de la situación y resultados de la empresa porque los que ahora comentamos sólo tienen en cuenta el esfuerzo/resultado de ese trabajador o colectivo, no de la empresa en su conjunto.

Debe destacarse la voluntad de algunos convenios de procurar establecer este tipo de complementos para todos los grupos profesionales, de forma que todos ellos tengan preestablecido unos objetivos específicos (distintos de los otros grupos)¹¹⁷. Con ello se evita el establecimiento de falsos complementos de productividad o rendimiento, bajo los cuales se incluyen partidas fijas que pretenden compensar a los trabajadores cuyas funciones no les permite acceder al complemento por objetivos que haya podido fijar la empresa para otros trabajadores que, por ejemplo, tengan asignadas unas tareas cuantificables¹¹⁸.

No obstante, esos complementos (o su cuantía) pueden condicionarse al cumplimiento de otra serie de requisitos tales como la inexistencia de faltas de disciplina, estar vinculado a la empresa durante el año de referencia, pertenecer a ciertos grupos, etc.¹¹⁹. Con todo, el sistema de reparto de las partidas que atienden al esfuerzo colectivo, puede llevar a un desinterés por parte de los trabajadores, como veremos ahora con los complementos relativos a la situación de la empresa.

b) Complementos en función de la situación y resultados de la empresa

Por lo que se refiere a los complementos en función de la situación y resultados de la empresa, destacábamos ya desde el inicio su escaso uso, pese a ser como ninguna otra el tipo de percepción que mejor se ajusta a la voluntad de que la

113. Federació Farmacéutica, S. Coop. C.L.

114. Especialmente; Servicios Securitas, S.A. (art. 49)

115. Así, Volkswagen Finance, S.A (art. 43). En extensor, Siemens, S.A. (Anexo 26).

116. Vid., Sociedad Salvamento y Seguridad Marítima (art. 34).

117. Aldeasa, S.A..

118. V.gr., Siemens, S.A. (art. 39.B).

119. Aldeasa, S.A., y Fujitsu España Services, S.A. (antes Fujitsu Customer Support, S.A.).

EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD 405

retribución de los trabajadores se adecue a la realidad empresarial¹²⁰. Son esencialmente en los convenios de empresa, y de ellos, especialmente en los de Grupo de Empresas, donde mayores ejemplos encontramos.

No es este el espacio para identificar las causas de ese retraso en su generalización, pero los estudios indican que la razón parece ser, en relación a los trabajadores, las dudas causadas no tanto por su incertidumbre, cuanto por su indeterminación y falta de transparencia; y en relación con ello y respecto a los empresarios, las reticencias se sitúan en la potencial exigencia de mayores niveles de información de los representantes de los trabajadores, unido a que de alguna forma conllevarán ampliar los espacios de participación de éstos sobre algunas cuestionables decisiones empresariales –v.gr., incentivar el crecimiento especulativo o bursátil, operaciones financieras de alto riesgo, etc., que en muchas ocasiones éstas influyen sobre la situación empresarial tanto o más que la propia producción empresarial.

Con todo, queremos centrarnos ahora en analizar las partidas de este tipo que ha previsto nuestra negociación colectiva, a efectos de saber cuál es su configuración. En ella encontramos ejemplos que van desde modelos que denominaremos simples, hasta aquellos cuya complejidad precisa el conocimiento de diversos datos empresariales. Junto a ello, apreciamos que en los diversos sectores donde se establecen estas percepciones variables manifiestan también algunas diferencias entre ellos, de forma que el hecho causante del derecho a la misma se adapta a la realidad e intereses de cada uno de ellos.

Por último, reiteramos que sea cual fuere, son prácticamente anecdóticos los convenios en los que encontramos ningún nuevo derecho de información o consulta de documentación empresarial que permita aclarar y hacer un seguimiento por parte de los representantes de los trabajadores¹²¹.

En el primero de los casos encontramos tanto convenios que establecen un porcentaje sobre el volumen de ventas (sea cual fuere el beneficio de la empresa)¹²², como aquellos que recogen el derecho de los trabajadores a percibir la partida sólo cuando el volumen de negocio de la empresa sobrepasa cierta cifra¹²³.

Esta misma situación, pero con un mayor grado de discrecionalidad empresarial la encontramos en otros convenios que fijan una cuantía a percibir según la

120. No nos referimos pues a las mal llamadas pagas de beneficios, entendidas éstas como aquellas que no atienden en realidad a la situación de la empresa, sino que operan como una nueva paga de beneficios; v.gr., Textil (art. 71 y ANEXOS V -art. 9- y VII -art. 11-); Repsol Butano, S.A. (art. 16), y Control y Montajes Industriales CYMI, S. A. (art. 19).

121. Como excepción, General Óptica, S. A. (art. 23.1.2), que reconoce el derecho del comité Intercentros a participar en la fijación de los objetivos

122. General Óptica, S. A.

123. Mediadores de Seguros (art. 39.6); y Agfa-Gevaert, S.A.U.

cualificación profesional del trabajador (y sólo los pertenecientes a algunos grupos/niveles/categorías) si se superan los objetivos que en su caso determine unilateralmente la empresa¹²⁴. O con mayor precisión, cuando se superan los objetivos fijados respecto a ciertos productos, de forma que se potencia el incremento de los resultados sólo o especialmente en aquellos sobre los que la empresa tiene mayor interés¹²⁵.

Quizás con la intención de evitar las desconfianzas iniciales a este tipo de partidas, en algunos convenios se prevé que la misma tenga garantizada siempre una cuantía mínima a percibir por los trabajadores, incrementándose sólo si las variables tenidas en cuenta superan las bases prefijadas¹²⁶. A efectos de saber si acontece así, se tienen en cuenta bien los resultados aprobados por el órgano de administración de la entidad¹²⁷; o bien los dividendos líquidos abonados a los accionistas¹²⁸. En línea con premiar no tanto el incremento o volumen de actividad, sino los beneficios, encontramos convenios cuya referencia son los beneficios facturados o auditados¹²⁹; o bien convenios que establecen un porcentaje sobre los beneficios netos resultantes una vez que se aprueben las cuentas anuales¹³⁰.

En todo caso, también es posible que el percibo del mencionado complemento se condicione al tiempo de trabajo en el año de referencia y a estar en alta al momento del devengo¹³¹, o bien su cuantía quede condicionada por las ausencias al trabajo¹³². Con todo, nos parece que las reglas de distribución del complemento también pueden justificar su escaso interés por parte de los trabajadores, porque los repartos lineales lo hacen menos interesantes para el trabajador, ya que, en todo caso, toman en consideración aspectos desconectados con el trabajo individual (ausencias, estar de alta, etc.).

c) Otros complementos

En otro orden de cosas, queremos subrayar otros complementos que manifiestan a las claras cómo el salario sirve para reforzar el carácter subordinado de la relación laboral por cuenta ajena, ya que se convierte en pieza esencial para conseguir ese sometimiento de la fuerza laboral, a efectos de poder disponer de la

124. Alcatel España, S.A. El complemento puede variar según el grado de cumplimiento o nivel de resultados; Grupo Cetelem (art. 23.B).

125. Aldeasa, S.A.

126. General Óptica, S. A. (art. 22); Repsol Butano, S.A. (art. 17.6), y Thyssenkrupp Elevadores, S. A. (art. 20).

127. Cajas de Ahorro (art. 50.2).

128. Banca (art. 18).

129. ATESA (art. 42).

130. Grupo Cetelem (art. 24).

131. Thyssenkrupp Elevadores, S. A. (art. 20).

132. Saint-Gobain Vicasa, S.A. (arts. 51 y 52).

EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD 407

misma cuando las necesidades productivas lo reclaman. Tal es el caso de complementos sobre disponibilidad¹³³, que pese a su carácter tradicional, siguen recibiendo una importancia creciente, muy en conexión con la realidad productiva y laboral actual¹³⁴. En efecto, esa adaptabilidad a las necesidades empresariales que exige este complemento, en cuanto permite una disposición y, en su caso, utilización de la fuerza de trabajo permite a las empresas organizar su actividad productiva a las necesidades sobre todo propio del sector servicios, donde la mejor atención al usuario (reparaciones, aumento de necesidades, etc.) es elemento esencial en la política empresarial¹³⁵.

También conviene destacar aquellos complementos que premian las ideas-iniciativas de los trabajadores que redundan en beneficio para la productividad o situación empresarial¹³⁶. Creemos que este tipo de complementos redundan en un beneficio global para la empresa, permite una mejor identificación entre la organización empresarial y sus trabajadores, y hace partícipes de las decisiones a quienes tienen un conocimiento directo y de primera mano de la producción empresarial. Con todo, creemos que este tipo de complementos, amén de una concreta cantidad por la iniciativa-idea, debiera hacer partícipe al trabajador o grupo que la plantea de los beneficios (o ahorro) que su iniciativa generó, siquiera temporalmente.

3.3. Percepciones extrasalariales

Por su innegable importancia económica y por ser un instrumento que permite frenar el incremento salarial a cambio de otras percepciones generalmente ligadas a lo que la negociación colectiva denomina *Asistencia Social*, hemos querido hacer mención a estas otras remuneraciones que en principio carecen de naturaleza salarial, pero que igualmente pueden ser consideradas como salario indirecto o diferido¹³⁷.

En esta materia los convenios recogen una importante variedad de partidas, algunas clásicas como las relativas a economatos y comedores, descuentos en las compras de los empleados, cestas de navidad, ayudas al estudio de familiares, por hijos, préstamos, etc.¹³⁸. Otro grupo numeroso son aquellos acuerdos que recogen seguros a favor de sus empleados (de vida y accidente esencialmente, aunque

133. También llamado de retén; Iberdrola Grupo.,

134. European Air Transport N.V./S.A., Sociedad Salvamento y Seguridad Marítima (art. 30); Prensa no Diaria; AENA; Unidad Editorial, S.A.; Telefónica Móviles España, S.A.; Grupo Motorpress-Ibérica; y AUNA.

135. Grupo Sogecable (art. 30). También, Telefónica Data España, S. A. (Cláusula XI).

136. Grupo Roca (Corporación Empresarial Roca, S.A., Roca Sanitario, S.A. y Roca Calefacción, S.L.), arts. 16 y 17.

137. Ampliamente regulado, en Siemens, S.A. (Anexos).

138. V.gr., Disa Andalucía, S.A., Cadbury Schweppes Bebidas de España, S. A., y Compañía Internacional de Coches-Camas y de Turismo, S. A.

también encontramos seguros médicos, de responsabilidad civil o por daños y robos)¹³⁹. Entre éstos, algunos los limitan a aquellos trabajadores que tengan una mínima antigüedad en la empresa¹⁴⁰.

En línea con potenciar la formación que sirva de interés para la empresa, encontramos convenios que sufragan cursos de idiomas para los empleados¹⁴¹.

No obstante, por el interés actual nos vamos a limitar a referirnos a la denominada Previsión Social Complementaria.

Comenzamos indicando que la gran mayoría de los convenios consultados recogen alguna previsión al respecto. Como regla suelen establecerse incrementos en la prestación de Seguridad Social para los casos de maternidad, IT o incapacidad permanente total (algunos distinguiendo la correspondiente a enfermedad común)¹⁴². Esencialmente se establece el incremento hasta llegar al 100% u otro porcentaje del salario ordinario que se viene percibiendo, limitándose temporalmente el tiempo de disfrute de este complemento¹⁴³. Algunos convenios llegan incluso a asegurar la base de cotización durante dicha situación¹⁴⁴.

Menos extendidos son los Planes de Pensiones, aunque el propio AINC'05 (Cap. IV, último apartado) manifiesta expresamente que son objeto de negociación¹⁴⁵. Así, encontramos ejemplos esencialmente en el nivel empresarial donde suelen reconocer el derecho a los mismos sólo respecto a aquellos trabajadores que tengan una vinculación temporal mínima en la empresa¹⁴⁶. Pago que puede realizarse en exclusiva por una parte (promotor)¹⁴⁷, o también se prevé la contribución compartida (aunque desigual) de empresario y trabajador a dicho fondo, o la opción entre formar parte del plan u optar a otra prestación económica¹⁴⁸.

139. De los primeros, Desinfección, desinsectación y desratización; Decathlon España, S.A.; BSH Electrodomésticos España, S. A., y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián. De los últimos, Centros de Asistencia y Educación Infantil, y Compañía Internacional de Coches-Camas y de Turismo, S.A.

140. British American Tobacco España, S. A. (art. 45).

141. Herz España, S.A.; NCR España, S. A. (art. 38); y Renault España Comercial, S. A. (art. 30).

142. V.gr., Cadbury Schweppes Bebidas de España, S.A.; Damaterra Empresa de Servicios, S.L.; o Industrias Lácteas y sus derivados.

143. Por todos, Contratas Ferroviarias.

144. V.gr., Comercial Mercedes-Benz, S.A., y Bridgestone Hispania, S.A. (delegaciones comerciales).

145. Algunos convenios crean comisiones de estudio para su aplicación futura; Empresas de Seguridad (D.A. 5ª).

146. V.gr., Fujitsu España Services, S.A. (antes Fujitsu Customer Support, S.A.) (art. 6); y Canal Isabel II (D.A. 13ª y D.T. 4ª).

147. Repsol Butano, S.A. (art. 71.1.2)

148. ONCE (art. 75); y Grupo Axa Seguros.

Como han señalado algunos autores, quizás haya que buscar su potenciación en la inestabilidad de las relaciones laborales y su relación con las dificultades para acceder a unas cuantías mínimas en materia de prestaciones públicas¹⁴⁹.

4. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y FLEXIBILIDAD DEL TIEMPO DE TRABAJO

La reforma de 1994, como venimos insistiendo, supuso un importante avance en la flexibilización de la jornada con objeto de mejorar la competitividad de nuestras empresas a través de un mejor ajuste de los tiempos de trabajo. Como elementos decisivos para tal finalidad se insistió en la posibilidad de fijar por Convenio Colectivo jornadas anuales, se agregó el acuerdo de empresa como cauce de autorización de la jornada distribuida irregularmente a lo largo del año, se previó la posibilidad de superación de las nueve horas de jornada ordinaria por convenio colectivo o acuerdo de empresa, y se recondujo la hora extraordinaria a una prevalente utilidad como medida de flexibilización cualitativa de la jornada ordinaria frente a su cada vez más restringida –por razones de política de empleo– concepción como ampliación global de la misma. Al paso, el contrato a tiempo parcial sufrió una trascendente reforma, en cierto modo similar a la regulación actual, y ambas encaminadas también en gran medida a esos objetivos de adecuación de los tiempos de trabajo a las cambiantes necesidades de las empresas. Nuestro trabajo se centra en el estudio de la negociación colectiva sectorial de ámbito nacional del año en curso, a fin de conocer cómo se están utilizando los citados medios de flexibilidad por nuestros negociadores en la actualidad.

- a) No es necesario insistir en la idea de que el grueso de los convenios colectivos analizados fijan la jornada en horas al año, y en bastantes se acuerda un descenso escalonado –y a menudo ínfimo– en los años de vigencia prevista del Convenio¹⁵⁰.
- b) Si resulta más llamativo que la negociación colectiva sectorial analizada no contiene cláusulas que supongan bandas de elasticidad de la jornada anual.
- c) Si son numerosos son los convenios que conciertan bandas flexibles de distribución de la jornada a utilizar por la empresa, bien en forma de bolsa horaria, bien semanas susceptibles de distribución irregular que modifique el horario inicial-

149. V.gr., Eads Casa, Airbus España, S.L. y Eads Casa Espacio.

150. Por ejemplo: CC. básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales; XIV CC nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos; CC. estatal de industrias lácteas y de sus derivados; CC estatal de empresas de seguridad.

mente previsto en el calendario¹⁵¹, o incluso de fórmulas aún más abiertas e imprecisas¹⁵². La liberalidad en su uso, no obstante no es total, pues suele vincularse a razones de producción, aún muy amplias¹⁵³, y sometido a diversos requisitos procedimentales, cuales son, aparte su justificación, por ejemplo, la previsión de los períodos de flexibilización horaria en calendario o, en su defecto, acuerdo con los representantes de los trabajadores en la empresa¹⁵⁴; y con mayor frecuencia, preaviso a la representación y a los trabajadores afectados por la medida¹⁵⁵. En tales supuestos, igualmente, se suele prever la regla de compensación o regularización

151. De 62 horas al año, ampliable a 8 más si los trabajadores no superan el límite máximo de horas extraordinarias establecido (art. 7 CC interprovincial de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos). De 110 horas marginales al horario laboral (art. 21 IV CC. estatal del sector de desinfección, desinfectación y desratización). De 120 horas al año, ampliables por acuerdo entre empresa y representantes legales de los trabajadores sin límite (art. 23 CC. de la industria del calzado). De 13 semanas al año, continuas o discontinuas de horario modificable, en defecto de acuerdo de distribución irregular durante el año (art. 37 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección). Permite a la empresa ampliar o reducir la jornada diaria en una hora hasta un máximo de 80 días al año (anexo 2 CC básico de industrias cárnicas). Una bolsa de 50 horas, que podrá distribuir libremente la empresa a lo largo del año con los límites que se exponen en notas siguientes (art. 16 CC. estatal de industrias lácteas y de sus derivados).

152. Como es la de facultar a la empresa, en una jornada de 40 horas semanales, para establecer un « horario flexible » , previa información a los representantes de los trabajadores, con un máximo semanal de 46 y un mínimo de 32, y compensadas las horas dentro de los cuatro meses siguientes (art. 14 CC estatal para las industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho).

153. Por ejemplo: « razones objetivas de la producción, debidamente acreditadas, aumento de pedidos, variación de las fechas de entrega o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza » (art. 7 del CC interprovincial de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos). Estas razones, más o menos concretadas por el convenio a menudo tienen que ser acreditadas o expuestas a la representación de los trabajadores en la empresa (por ejemplo, además del antes referido: CC general de trabajo de la industria textil y de la confección). O « circunstancias especiales que la empresa deberá justificar » (art. 21 IV CC. estatal del sector de desinfección, desinfectación y desratización).

154. Es el caso del art. 7 del CC interprovincial de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos, que en defecto de fijación en calendario de tales períodos requiere acuerdo con la representación, sin que esté claro que, caso de no alcanzarse éste, proceda la designación de mediador, y en última instancia la ejecutividad de la medida en el plazo de 72 horas desde que fue tomada, pues tal procedimiento sólo está previsto para la discrepancia sobre los motivos de la flexibilización. Comunicación a la comisión paritaria del convenio (art. 23 CC. de la industria del calzado –véase nota anterior-). El art.- 16 del CC. estatal de industrias lácteas y de sus derivados sólo exige acuerdo con la representación o, de no existir ésta con los trabajadores, para la acumulación de las horas flexibles en una jornada de 8 horas, excluidos domingos y festivos. Sin embargo el referido convenio no exige acuerdo para ampliar la jornada diaria que será de un máximo de una hora, salvo acuerdo individual.

155. De 72 horas (art. 7 CC interprovincial de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos; art. 16 CC. estatal de industrias lácteas y de sus derivados). De 7 días a la representación (art. 37 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección). Sin concretar el plazo de comunicación: art. 21 IV CC. estatal del sector de desinfección, desinfectación y desratización. Un preaviso mínimo de 8 días, tanto en caso de aumento como de disminución, acordando con los representantes durante esos días las fechas de compensación en los períodos de menor trabajo (art. 23 CC. de la industria del calzado). A los trabajadores, no inferior a dos días (Anexo 2 del CC. básico de industrias cárnicas).

EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD 411

de la jornada ordinaria¹⁵⁶, dentro del año natural, y eventualmente de un lapso concreto de tiempo¹⁵⁷, y antes de la finalización del contrato, bien por días completos –respecto de lo que se aprecia normalmente preferencia–, aún sin estar descartada la reducción de jornada diaria¹⁵⁸. Otros límites son la exclusión de su uso en festivos o descanso semanal¹⁵⁹, y los máximos y mínimos de jornada diaria o semanal que puedan fijarse, a lo que nos referiremos seguidamente.

- d) Normalmente los convenios colectivos asumen la posibilidad de distribución irregular de la jornada a lo largo del año. Con menos frecuencia y más limitaciones se admite, en cambio, que dicha distribución irregular pueda conllevar la superación de las 9 horas de jornada diaria ordinaria¹⁶⁰ y casi nunca la acumulación del descanso semanal prevista por el art. 37.1 ET.¹⁶¹. No obstante,

156. Se procura el acuerdo con la representación de los trabajadores en la empresa. No obstante, no suele considerarse estrictamente necesario, fijándose, como vemos en el texto, reglas alternativas o garantías suficientes (CC general de trabajo de la industria textil y de la confección).

157. De tres meses, salvo que lo impidan probadas razones técnicas, productivas u organizativas (CC general de trabajo de la industria textil y de la confección).

158. Art. 7 CC interprovincial de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos. Preferencia expresa en días completos: art. 16 CC. estatal de industrias lácteas y de sus derivados. Por días completos: CC general de trabajo de la industria textil y de la confección.

159. Excluidos domingos y festivos para el uso de la bolsa horaria en el art. 16 CC. estatal de industrias lácteas y de sus derivados. Sin embargo, sí puede excepcionarse el descanso en domingos, conforme al art. 22 de dicho convenio, con preaviso de 4 días. También algún otro convenio lo admite por circunstancias especiales y comunicación al trabajador con antelación suficiente: IV CC. estatal del sector de desinfección, desinfectación y desratización.

160. Por ejemplo, no lo admite: el art. 23 XIV CC nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos. Tampoco lo permite, cifrando en un máximo de 9 horas diarias y 45 semanales (CC. de la industria del calzado). Tampoco lo admite, salvo acuerdo entre empresa y representantes legales de los trabajadores, el CC. básico de industrias cárnicas –anexo 2–. Tampoco puede exceder de las 9 horas diarias: arts. 34 y 36 del XI CC de centros de asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas con discapacidad. Si así lo acuerdan, al pactar el calendario, la representación de los trabajadores y la empresa (art. 36 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección). Sólo durante un máximo de 80 días laborables al año se podrán realizar hasta 9 horas de trabajo diarias en la campaña –en un ámbito donde prevalece la contratación fija discontinua–; serán extraordinarias las que superen esas 9 horas y las que excedan la jornada diaria que proporcionalmente resulte en los días restantes (Anexo I del CC. básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales). Pueden alcanzar las 9,30 horas diarias a compensar en un máximo de tres semanas como regla general (art. 24 I Acuerdo marco sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios).

161. Sí lo admite el art. 24 del III CC. estatal para el sector de Telemarketing. Distinto de la acumulación del descanso semanal en el trabajo a turnos del art. 19 RD. 1561/95, asumido, por ejemplo, por el art. 48 del CC. básico de industrias cárnicas. O de la previsión de que el trabajo se podrá realizar también en festivos y domingos, con respeto del descanso semanal, y compensación (incrementada en descansos en jornadas completas en el mes siguiente o sumadas a las vacaciones: art. 25 CC. estatal de instalaciones deportivas; por ejemplo, por aumento estacional de la actividad, en art. 15 CC. laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes).

algunos convenios colectivos admiten explícita o implícitamente la superación de las 9 horas de trabajo ordinario pero sometido a la necesidad de acuerdo con la representación en la empresa¹⁶². Otros límites pueden suelen ser los de fijación de una jornada máxima en la semana, por ejemplo de 48 horas¹⁶³, o diaria mínima o máxima¹⁶⁴. La fijación de dicha distribución irregular supone en algunos convenios una autorización al empresario, aún cuando se exija su publicidad a través de calendario previa audiencia de la representación legal de los trabajadores¹⁶⁵. Por el contrario en otros, como hemos visto, la posibilidad de distribución irregular y, eventualmente la superación de las 9 horas ordinarias se remite al acuerdo de empresa¹⁶⁶, aún cuando a veces, en defecto de acuerdo, se establecen márgenes de flexibilidad en la distribución¹⁶⁷.

162. CC interprovincial de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos. Véanse en notas precedentes de esta letra d). Sin embargo, y por razón de la actividad, es muy flexible el régimen de jornada del II CC estatal regulador de las relaciones laborales entre los productores de obras audiovisuales y los actores que prestan sus servicios para las mismas. Conforme a dicho convenio, el horario de trabajo podrá fijarse, según necesidades de rodaje, libremente dentro de las 24 horas del día, y los 7 días de la semana. La distribución de la jornada podrá ser irregular, pudiendo alcanzar las 44 horas semanales y 10 diarias en un máximo de 4 semanas sucesivas, con respeto de mínimos de descanso diario y semanal, con preaviso de 12 horas para la primera convocatoria y aviso de convocatoria para la siguiente.

163. Art. 21 del II CC. estatal de despachos técnicos y tributarios y Asesores Fiscales. De 48 horas a la semana para los trabajadores a tiempo completo, proporcionalmente inferior para los trabajadores a tiempo parcial (art. 25 CC. estatal de instalaciones deportivas). Es de cincuenta semanales para las semanas de flexibilidad no sometida a acuerdo del CC general de trabajo de la industria textil y de la confección. Un máximo de 48 horas semanales, en distribución irregular en el mes, y a regularizar en la primera semana del mes siguiente (art. 24 del III CC. estatal para el sector de Telemarketing).

164. Mínima de 6 horas y máxima de 10 (art. 7 CC interprovincial de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos). Es, en todo caso, de un máximo de 10 horas diarias del CC general de trabajo de la industria textil y de la confección si bien la décima hora tendrá un incremento retributivo o en descanso del 15%.

165. Art. 21 del II CC. estatal de despachos técnicos y tributarios y Asesores Fiscales, que exige además seguir los trámites del art. 41 ET si en la empresa no se practicaba antes dicha distribución irregular. No obstante, también en ocasiones se incentiva alcanzar acuerdo con los representantes, aún cuando éste no sea necesario. Es el caso del anexo 2 del CC básico de industrias cármicas, en que se exige que la distribución horaria se haga constar en el calendario, publicado antes del 15 de febrero de cada año, tratando de alcanzar acuerdo con la representación al respecto 15 días antes de su publicidad y, en defecto de acuerdo, su sometimiento a la Comisión Paritaria del convenio con ejecutividad de la decisión empresarial en tanto dure el proceso. Conforme al art. 25 CC. estatal de instalaciones deportivas, los cuadrantes se confeccionarán cada dos meses, recogiendo los turnos y horarios de cada trabajador. No requiere acuerdo: el art. 24 del III CC. estatal para el sector de Telemarketing; art. 24 I Acuerdo marco sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios. Por su parte, la jornada tiene un límite mensual, que puede verse compensado en los dos meses siguientes si no se puede realizar dicha jornada mensual, previéndose la posibilidad de fórmulas alternativas por acuerdo con la representación de la empresa (art. 41 CC estatal de empresas de seguridad).

166. CC general de trabajo de la industria textil y de la confección; XIV CC nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos.

167. Me remito ahora, a lo dicho respecto de las bandas flexibles acordadas por convenio.

EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD 413

- e) Es común el reconocimiento de que la fijación del calendario laboral y los horarios de los centros de trabajo constituye una facultad del empresario. No obstante, también se recogen con cierta frecuencia reglas, no ya sólo de consulta e informe previo de los representantes de los trabajadores de la Disp. Adic. 3ª RD. 1561/1995, sino de acuerdo con éstos, aún cuando en ocasiones se advierta que la decisión última corresponda al empresario¹⁶⁸.
- f) La regulación de las horas extraordinarias tiende a la supresión de las habituales, y en general a la contención de las estructurales –salvo las derivadas de fuerza mayor– con el objetivo declarado de su sustitución por nuevas contrataciones¹⁶⁹. También es común su declaración como voluntarias, salvo en actividades caracterizadas por la variabilidad y perentoriedad de su actividad¹⁷⁰. En cuanto a su compensación, se mantiene con bastante menos frecuencia de lo que cabría esperar la preferencia legal por el descanso¹⁷¹. Además su alter-

168. Art. 7 del CC interprovincial de la industria metalgráfica y de fabricación, que en caso de desacuerdo impone la designación de mediador y, caso de no alcanzarse acuerdo en el plazo de 7 días, la decisión de la empresa será ejecutiva a partir del octavo día a computar desde el inicio de la mediación. Véase anexo 2 CC básico de industrias cárnicas referido en notas anteriores. Concluye que la distribución de la jornada será la pactada con los representantes de los trabajadores, el art. 16 CC. estatal de industrias lácteas y de sus derivados. También dispone que el horario será pactado por centro de trabajo, por acuerdo con los representantes de los trabajadores o con éstos últimos (art. 15 CC laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes 2004-2006; art. 41 CC estatal de empresas de seguridad).

169. Por ejemplo: Art. 23 del II CC. estatal de despachos técnicos y tributarios y Asesores Fiscales; art. 20 XX Acuerdo de banca; art. 44 del CC general de trabajo de la industria textil y de la confección; art. 36 XIV CC nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos; art. 15 CC laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes.

170. Art. 20 XX Acuerdo de banca; art. 8, salvo fuerza mayor y relevo de turno, CC interprovincial de la industria metalgráfica y de fabricación. Son voluntarias, y limitadas a 48 y media anuales en el art. 10 IV CC de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil. Oscuramente, parece concertar su realización obligatoria: art. 25 CC estatal para las industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho. Son obligatorias aquéllas derivadas de circunstancias excepcionales (art. 41 y 46 CC. básico de industrias cárnicas).

171. Mantiene tal preferencia el art. 23 del II CC. estatal de despachos técnicos y tributarios y Asesores Fiscales [por tiempo equivalente y en los tres meses siguientes]. Absoluta en el caso del art. 22 del IV CC. estatal del sector de desinfección, desinfectación y desratización, pues dispone que todas se compensarán con descanso. En cambio, elude la referencia a la posibilidad de compensación por descanso: art. 20 XX Acuerdo de banca y CC general de trabajo de la industria textil y de la confección. Y la preferencia parece invertirse en el art. 8 CC interprovincial de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos, pues señala que podrán compensarse con descanso –equivalente y en los 4 meses siguientes– hasta la mitad de las horas extras realizadas, y eleva el precio de la hora extra. Salvo pacto individual en contrario se compensará con descanso incrementado en un 65%, acumulado hasta completar al menos el tiempo equivalente a una jornada que se disfrutará dentro del mismo año natural o, como máximo en la primera semana del mes de enero siguiente (art. 36 XIV CC nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos). A elección de la empresa en igualdad de condiciones, con incrementos también equivalentes para ambas opciones en un 50% (art. 25 CC estatal para las industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho). Remite al acuerdo con el trabajador para su compensación en horas o jornadas, sin expresión de preferencia res-

nativa retributiva sigue suponiendo un incentivo al recogerse normalmente su incremento respecto del valor de la hora ordinaria¹⁷².

El trabajo a tiempo parcial sigue en cierto modo olvidado en la negociación colectiva sectorial. Y no es que no se introduzcan cláusulas o referencias al respecto, como son las que afirman la igualdad en derechos o la proporcionalidad del salario, etc.¹⁷³, sino que sencillamente se desatienden sus posibilidades de intervención en favor de una mayor dinamicidad del contrato –tanto como elemento de producción como de política de empleo–, complementación del régimen legal incluso cuando es expresa y preferentemente llamado para ello por el legislador, y por desdoblamiento de tutela del trabajador en un intento de conciliación de la utilidad de la modalidad para los intereses de ambos contratantes. Hay excepciones, no muy creativas por lo general, en las que algunos convenios introducen puntuales cuestiones de interés, como es el caso de las cláusulas que exigen la concreción en el contrato a tiempo parcial de las horas de trabajo contratadas y su distribución diaria, semanal y anual¹⁷⁴ y limitan su duración o distribución o por el contrario la flexibilizan¹⁷⁵; o que no olvi-

pecto de su compensación económica, el art. 17 CC. estatal de industrias lácteas y de sus derivados. También asume la posibilidad de descanso cuando así se pacte individualmente, incrementado cuando se trate de festivos, el art. 51 III CC. estatal para el sector de Telemarketing. No se alude a la posibilidad del descanso en: el CC estatal para las industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho; CC laboral de ámbito estatal para el sector de agencias de viajes.

172. En un 50% según el art. 23 del II CC. estatal de despachos técnicos y tributarios y Asesores Fiscales y art. 17 CC. estatal de industrias lácteas y de sus derivados. El 75% (art. 20 XX Acuerdo de banca; CC general de trabajo de la industria textil y de la confección). Del 80% –estructurales y de fuerza mayor–, salvo en domingos y días festivos que será del 100%.

173. Se aprecia un esfuerzo en la concreción de las modalidades horizontal y vertical de trabajo a tiempo parcial (cálculo de porcentajes de jornada) y de los derechos de estos trabajadores respecto de las vacaciones, licencias y permisos, así como reducción de jornada por cuidado de menores y familiares, con distinción, en ocasiones, en función del número de horas contratadas: en el CC de contratas ferroviarias.

174. Art. 15.4 CC. de la industria del calzado.

175. Limita la duración al 90% de la jornada a tiempo completo (art. 16 XI CC de centros de asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas con discapacidad). Limita su duración entre el 50% y el 90% de la jornada a tiempo completo, el art. 22 del I CC general del sector del servicio de asistencia en tierra en aeropuertos (*halding*). Este convenio de *halding* igualmente regula la jornada partida, limitándola a los trabajadores a tiempo parcial que tengan una jornada igual o superior a 5 horas, con una duración mínima de dos horas cada período y una interrupción que no podrá ser inferior a una hora ni superior a 5, y distribuidos en función de las necesidades del servicio. Finalmente, y para todos los trabajadores a tiempo parcial prevé la posibilidad de alteración de jornada y horario en función de los cambios en la programación de los vuelos, con preaviso de una semana a los trabajadores, salvo que el cumplimiento de dicho plazo fuese imposible, en cuyo caso se tendrá que informar a la representación de los trabajadores. Como se ve, el contrato, tal y como se configura en el convenio es en extremo flexible, pues además el pacto de horas complementarias se eleva al 60%. El III CC. estatal para el sector de Telemarketing establece que la referencia cuantitativa de la jornada parcial será la jornada semanal. En cuanto a su distribución, si es irregular, no podrá superar las 30 horas semanales salvo que se hayan contratado más horas, en cuyo caso la distribución irregular se traslada al mes (arts. 15 y 24 del III CC. estatal para el sector de Telemarketing).

EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD 415

dan, incluso con alguna moderada innovación, el deber del empresario de informar sobre las vacantes a tiempo completo, y la fijación de preferencias algo genéricas con escasa fuerza impositiva, para facilitar el pase voluntario desde el trabajo a tiempo parcial o fijo discontinuo¹⁷⁶; o que prohíben la realización de horas extraordinarias para todos los trabajadores a tiempo parcial¹⁷⁷; o que aclaran y mejoran el régimen de denuncia del pacto¹⁷⁸. Sí parece que los convenios colectivos sectoriales se han ocupado con mayor profundidad de la jubilación parcial y del contrato de relevo, a partir de su consideración positiva como medida que conjuga la renovación de las plantillas, el fomento del empleo y la atención de las necesidades de los trabajadores cercanos a la edad de jubilación¹⁷⁹. Su atención suele suponer en el mejor de los casos la recepción de la regulación básica de ambos contratos, sin grandes innovaciones que complementen la legal¹⁸⁰. Sin embargo, también hay excepciones, como es la de exigir al trabajador que pretenda jubilarse parcialmente que presente en la empresa junto a su solicitud un certificado de vida laboral¹⁸¹; o la declaración de que el trabajador temporal que vaya a concertar el contrato de relevo tendrá que cesar con anterioridad y obligatoriamente¹⁸²; o la limitación consciente –no producto del desfase– de la jubilación parcial a la anticipada, con imposición de la extinción del contrato del jubilado parcial y su pase forzoso a la jubilación total al alcanzar los 65 años y con cobertura de las vacantes por los

176. Art. 15.3 CC. de la industria del calzado. Destaca el art. 23 del CC. estatal de instalaciones deportivas, en que se reconoce que el incremento de la jornada a tiempo parcial o su conversión en completo, puede proceder de la suma de jornadas en el puesto anterior y en el vacante. También es de señalar el art. 13 del XI CC de centros de asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas con discapacidad, que establece la preferencia de los trabajadores a tiempo parcial para ampliar su jornada, caso de necesitarlo la empresa y reunir las condiciones que el puesto precise, a juicio de la Dirección, con información a los representantes legales de los trabajadores. También les reconoce esta preferencia, el art. 21 del del IX CC. de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil, siempre y cuando reúnan los requisitos de capacidad, titulación e idoneidad para desarrollar el puesto de trabajo a juicio del empresario.

177. Entendemos, con independencia de la fecha de concertación de su contrato y con posibilidad de concertación de pacto de horas complementarias en los contratos indefinidos, en la línea de la Disp. Transitoria 1ª.2 del RD-L. 15/98.

178. Es el caso del art. 23 del CC. estatal de instalaciones deportivas, que admite la «renuncia» con preaviso de 15 días para los supuestos previstos legalmente, y de un mes de antelación para los supuestos no contemplados.

179. Por ejemplo: art. 25.1.6 del CC general de trabajo de la industria textil y de la confección.

180. Por ejemplo: art. 19 del XIV CC nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos. Reconoce que la jornada puede concentrarse en un período temporal concreto en el año, el art. 25.1.6 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección.

181. Art. 46 del CC de contratas ferroviarias.

182. Art. CC de contratas ferroviarias.

trabajadores indefinidos de la empresa¹⁸³, o cuando se impone, a la finalización del contrato de relevo, su conversión en indefinido a tiempo completo, siempre que tal fuese la relación del sustituido¹⁸⁴. En esta línea, quizá no sea lo más acertado imponer, como en alguna ocasión se hace, que el contrato de relevo sea a tiempo completo y –con mejor criterio– duración indefinida¹⁸⁵. Por otra parte, su virtualidad como medida de reorganización de la plantilla está en la actualidad vinculada estrechamente al diseño de los grupos profesionales. Precisamente por ello es de destacar que algún convenio colectivo, con el objetivo declarado de facilitar el contrato de relevo amplía el ámbito subjetivo del grupo profesional¹⁸⁶. Más allá de su generalizado inmovilismo, se detectan, algunos desajustes importantes pero muy excepcionales en la regulación colectiva que parecen estar motivados sencillamente por la inadaptación de las modificaciones legales, ya no tan recientes de la L. 12/2001. Tal es el caso de la previsión de extinción del contrato del jubilado parcial cuando se alcance la edad de jubilación¹⁸⁷. Y se hace tangible por referencias expresas al RD. Ley 15/98¹⁸⁸, y ya materialmente en algo tan trascendente a los efectos que aquí estamos tratando como las horas complementarias y la jubilación parcial que ya hemos visto que con más frecuencia se concentra en la anticipada. Así, distribución de las horas complementarias se sigue atendiendo en alguna ocasión a la regulación precedente de distribución por trimestres en el año natural, aunque sea para flexibilizarla¹⁸⁹, o a su régimen de denuncia y prórroga del pacto¹⁹⁰. O lo que es ya casi inevitable, cláusulas que confunden en su defini-

183. Art. 46 CC de contratas ferroviarias. Con menos claridad, sencillamente obvia la referencia a la jubilación parcial ordinaria el CC. de la industria del calzado.

184. Art. 17 XI CC de centros de asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas con discapacidad. O recepcionar expresamente un derecho a indemnización por 8 días, prevista en el art. 49.3 ET, caso de que se extinga, aún con la limitación de que el contrato sea concertado a partir del 4 de marzo de 2001 (art. 23 del IX CC. de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil).

185. Art. 31 CC. interprovincial de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos.

186. Art. 17 del XIV CC nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos, que a tales efectos de utilización del contrato de relevo extiende el grupo profesional de titulados a los trabajadores que sin contar con la titulación universitaria tengan conocimientos equivalentes equiparados por la empresa y/o experiencia consolidada y acreditada en el ejercicio de la actividad profesional que ejerza en la empresa y reconocida por ésta.

187. Art. 25.1.6 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección. Por su parte, el art. 20 del del IX CC. de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil se refiere en su definición a la jubilación parcial anticipada, obviando toda referencia a la ordinaria. Sin embargo, en el art. 23, al regular el contrato de relevo, sí asume esta posibilidad.

188. Art. 25.2 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección.

189. Por acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores se puede ampliar el trimestre al semestre (art. 25.2 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección).

190. Art. 20 del IX CC. de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil.

ción al contrato a tiempo parcial con el fijo discontinuo¹⁹¹. En cuanto a la posibilidad de ampliar las horas complementarias por encima del 30% previsto en el 98, en alguna ocasión no se hace mediando desconocimiento¹⁹².

- h) Respecto de la regulación del fijo discontinuo, sí es consistente con el carácter flexible de este contrato que podríamos calificar en cierto modo «a llamada». Así, los convenios extienden al fijo discontinuo la jornada máxima anual prevista con carácter general¹⁹³, e incluso las bandas de flexibilidad también generales¹⁹⁴, a veces con una cuestionable proporcionalidad –que suena a regulación precedente– en relación a la jornada practicada respecto del «tiempo completo»¹⁹⁵. Aquí resultan interesantes las previsiones de compensación o regularización de la jornada dentro del período de actividad¹⁹⁶ o, abiertamente, al final de la temporada ampliando de esta forma la duración de la misma a efectos de cotización a la Seguridad Social¹⁹⁷. También son coherentes con la modalidad contractual aquéllas en las que se establece que la jornada diaria dependerá del producto, con la garantía de un mínimo de horas remuneradas diarias y límites, en cambio, a los máximos diarios y distribución irregular cuando la naturaleza de la actividad dificulte el conocimiento de la jornada en la campaña¹⁹⁸. O incluso la obligatoriedad de realización de horas extraordina-

191. «El contrato a tiempo parcial de carácter indefinido o contrato fijo-discontinuo es aquel que se concierta expresamente para realizar trabajos fijos y periódicos ... y se regula por lo dispuesto en el art. 15.8 del Estatuto de los Trabajadores» (art. 12 del CC estatal para las industrias de hormas, tacos, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho).

192. Parece el caso del CC general de trabajo de la industria textil y de la confección, en el que se puede elevar hasta un máximo del 25% por acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores (art. 25.2 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección). En otras ocasiones la opción parece ser plenamente consciente. Lo eleva a un máximo del 30% el art. 23 del CC. estatal de instalaciones deportivas. Cifra el máximo en un 20%, y aún cuando se refiere al RD-L 12/2001, se aprecian ciertas deficiencias en el art. 20 del IX CC. de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil. Si lo hace el art. 15.4 del CC. de la industria del calzado, concretando que la ampliación podrá hacerse adelantando el comienzo de la jornada, previa comunicación escrita con una semana de antelación, y/o aplazando su finalización por simple aviso verbal. E igualmente lo eleva a un 60% el art. 22 del I CC general del sector del servicio de asistencia en tierra en aeropuertos (halding). También aumenta el número de horas complementarias a un 40% el art. 51 CC. estatal de industrias lácteas y de sus derivados.

193. Art. 29 del CC interprovincial de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos. Sencillamente, no distingue –aún cuando asume lógicamente la definición clásica de que no trabaja todos los días del año–, el CC. básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales.

194. Art. 29 del CC interprovincial de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos; art. 23 CC. de la industria del calzado.

195. Art. 25.3 del CC general de trabajo de la industria textil y de la confección.

196. CC general de trabajo de la industria textil y de la confección.

197. Art. 23 CC. de la industria del calzado.

198. Se garantiza un mínimo de 4 horas diarias remuneradas salvo fuerza mayor, en tanto que se limita la distribución irregular de la jornada a 80 días en el año hasta el máximo de 9 horas diarias de jornada ordinaria (art. 26 y Anexo I del CC. básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales).

rias¹⁹⁹. En algún convenio se limita la contratación a tiempo parcial del fijo discontinuo, identificándose el tiempo completo con una distribución de la jornada en semanas y jornadas diarias completas²⁰⁰. En cuanto al orden de llamamiento y cese se suele seguir manteniendo el criterio de la antigüedad en el grupo, la categoría y especialidad, con precisión de reglas sobre forma de llamamiento²⁰¹. No obstante, también se aprecian cláusulas en las que subyace un desconocimiento de la regulación actual, cuales son las que fijan un máximo de jornada muy por debajo de la general²⁰². Tampoco se comparten las limitaciones drásticas en porcentaje de plantilla de este tipo de contrato, habida cuenta del carácter objetivo de las necesidades que vienen a cumplir²⁰³. Por el contrario, merecen una valoración claramente positiva las obligaciones de contratación preferente con contrato eventual de los trabajadores que hayan superado un mínimo de jornadas en el año anterior, y las reglas de conversión de tales contratos en fijos discontinuos cuando se superen también un mínimo de jornadas en dos años sucesivos²⁰⁴.

5. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONCILIACIÓN DE LA VIDA FAMILIAR

Los datos corroboran que la igualdad real de las mujeres en el mercado de trabajo requiere de una intensa actuación en el campo de la conciliación de la vida familiar y laboral, habida cuenta que las responsabilidades familiares son asumidas y sentidas de forma muy distinta por ambos sexos, constituyendo un factor

199. « Dada la naturaleza perecedera de la materia prima y la sujeción de la misma al ritmo normal de los transportes », con el límite máximo de 9 horas diarias de trabajo efectivo (art. 27 CC. básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales).

200. Art. 15.4.3 CC. de la industria del calzado.

201. Por ejemplo: Art. 29 del CC interprovincial de la industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos. Véase también, el art. 20 del CC. CC. básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales. Art. 52 CC. estatal de industrias lácteas y de sus derivados. Destaca la posibilidad de lícita refutación al llamamiento, sin extinción de contrato, por razones de falta de compatibilidad del horario ofrecido con los horarios de estudios par la obtención de un título académico o de capacitación profesional, en el art. 22 del CC estatal de instalaciones deportivas.

202. Art. 25.3 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección, que además fija un preaviso de 7 días para el llamamiento del trabajador, lo que tiene un paralelismo claro con el preaviso de las horas complementarias. No es criticable, en principio, la exigencia de que el período de interrupción de la actividad sea superior a dos meses (art. 13 XI CC de centros de asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas con discapacidad), pues probablemente está justificada en este caso en orden a evitar que queden absorbidas las vacaciones en tales períodos.

203. No puede superar el 30% del personal con contrato indefinido, salvo que se pacte con los representantes de los trabajadores (art. 25.3 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección).

204. Respecto de ambas cuestiones, es modélico el art. 18.b. del CC. básico, de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales.

EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD 419

entorpecedor decisivo en el acceso de la mujer en el mercado de trabajo y de su mantenimiento en el mismo en condiciones de igualdad. En esta labor de alcanzar la igualdad real entre los sexos, en los últimos años se viene haciendo un llamamiento cada vez más insistente a la negociación colectiva como medio excelente de resolución de los problemas de conciliación. Así cabría destacar el art. 8 ter de la Directiva 2002/73/CE, que atribuye al diálogo social y, más concretamente al convenio colectivo un importante papel en la promoción de la igualdad de trato a través de medidas suplementarias a la ley, inclusión de normas antidiscriminatorias, investigación, información y seguimiento de la realidad de la empresa en la materia. Por lo que se refiere a nuestros agentes sociales, la preocupación por la igualdad y la visión del convenio colectivo como un instrumento necesario para su consecución se ha hecho claramente constatable en los AINC desde el 2002²⁰⁵. Sin embargo, y pese a que no quepa la menor duda de la importancia del papel del convenio colectivo en la consecución de la igualdad de los sexos en el ámbito laboral y como medio de ésta la facilitación de la conciliación de la vida familiar y laboral, tampoco cabe magnificar su dimensión en detrimento de las responsabilidades políticas ni minimizar el peligro de que la norma autónoma se constituya en un medio generador de desigualdades, y aún ser éstas más acuciantes para las trabajadoras con menos poder de negociación. Finalmente, la Ley 39/99 ha supuesto un marco legal que condiciona necesariamente las posibilidades de actuación de los negociadores, no sólo porque se articula en términos de mínimos sino porque está impregnada de la visión tradicional de división de roles. En esta línea, la cultura empresarial de la productividad y su valoración negativa de las medidas de conciliación, unido a la estructura de nuestro sistema productivo, caracterizado por una importante mayoría de PYMES a las que resultaría difícil asumir muchas mejoras, junto con la visión, realimentada por la Ley 39/99, de las mismas como dirigidas prevalentemente al colectivo femenino dificulta y resta interés, respectivamente, a los acuerdos que puedan alcanzarse.

Entrando ya a valorar el tratamiento de la conciliación en los convenios colectivos, los estudios analizados de los últimos años son coincidentes en señalar que la regulación convencional de los temas de igualdad y conciliación es técnicamente mejor y más habitual en los convenios colectivos sectoriales de ámbito

205. El ANC 2005 se puede calificar como continuista en el tratamiento de la igualdad entre hombres y mujeres, con la novedad de la inclusión de la referencia a la violencia de género en correspondencia a las reformas normativas introducidas por la Ley Orgánica 1/2004, fr 28 de diciembre, de Medidas de Protección contra la Violencia de Género. En esta línea de continuidad se recomienda como guía de la negociación colectiva el documento « Consideraciones generales y buenas prácticas sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva », aprobado por la Comisión de Seguimiento del ANC 2003 el 17-2-2003. Aparte de esto destaca como aportación respecto del acuerdo de 2003 la mejor sistematización de la igualdad de trato y oportunidades en tanto se agrupa en un mismo capítulo las referidas a sexo, edad, discapacidad, inmigrantes, contratados a tiempo parcial y temporales.

estatal que en los niveles inferiores²⁰⁶. Por tal motivo, y con objeto de conocer el panorama actual de su mejor regulación colectiva, nosotros hemos centrado nuestro estudio a tales convenios publicados en el año en curso hasta mediados de octubre. Las principales conclusiones de nuestro estudio son las siguientes:

- a) En pocos Convenios Colectivos sectoriales de ámbito nacional publicados en este año se introducen cláusulas genéricas respecto de la promoción, facilitación de la conciliación de la vida familiar y uso de las medidas previstas sin deterioro de la carrera profesional del trabajador²⁰⁷. Son bastante más frecuentes los convenios que reproducen declaraciones de principios más generales respecto de la igualdad y no discriminación por razón de sexo y lenguaje neutro.
- b) Los Convenios Colectivos sectoriales de ámbito nacional analizados a menudo obvian el tratamiento de la suspensión del contrato por maternidad, adopción o acogimiento, y cuando lo hacen suelen limitarse a una transcripción literal más o menos actualizada y casi siempre incompleta del art. 48.4 ET²⁰⁸. Con esto, en

206. Véase: AAVV, «Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares. Estudio de los derechos y medidas para la conciliación de la vida laboral y familiar en la negociación colectiva (2001-2002)», CES, Madrid, 2004; CES, «Informe sobre la negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres», Sesión ordinaria del Pleno de 22 de octubre de 2003, págs. 30, 34 a 36, 45 y ss.; A. Merino Segovia, «Mujer y negociación colectiva», en AAVV –coord. E. Ruiz Pérez-, «Mujer y trabajo», Bomarzo, 2003, que incluye un estudio de la negociación colectiva sectorial de ámbito nacional de los años 2000-2002. Por ello y para procurar un avance homogéneo de las medidas generales de igualdad entre hombres y mujeres se ha recomendado desde diversos planteamientos su reserva a la negociación colectiva sectorial nacional, sin perjuicio de la admisión de su desarrollo y adecuación en niveles inferiores (A. Merino Segovia, op. cit., págs. 38 y 39; CES, op.cit., pág. 34).

207. Es el caso, por ejemplo, de: la Disp. Adic. primera del II Convenio Colectivo estatal de Despachos Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales; art. 57 del XVIII CC. para las sociedades cooperativas de crédito. Menos explícita y ambiciosa: art. 44 XX CC. de Banca.

208. C. Martínez Moreno, «Suspensión del contrato por maternidad y riesgo durante el embarazo», en AAVV, «Igualdad de oportunidades...», cit., págs. 215, 225 y 226. Por ejemplo, en el art. 42 del CC. de Centros de Asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas con discapacidad, se remite a lo regulado en la L. 39/99. Por otra parte, respecto del parto múltiple se refiere a las 18 semanas, en tanto en la adopción o acogimiento múltiple correctamente recibe la regla sumatoria de dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. También recoge la ampliación por parto múltiple hasta 18 semanas: art. 22.b).1. del CC. para el sector de Agencias de viaje 2004-2006. Las deficiencias señaladas responden a su desfase respecto de algunas de las reformas introducida por la L. 39/99. Se limita a la suspensión por parto, remitiendo los supuestos de adopción, acogimiento y partos prematuros, el art. 27 del XX CC. de Banca. Destaca por su corrección el art. 62 del CC. para el sector del Telemarketing y el art. 48 del CC general de trabajo de la industria textil y de la confección, en los que sólo se echa en falta la referencia a la interrupción del cómputo en caso de hospitalización del neonato; e igualmente el art. 18.3) del CC. del Sector de recuperación, de residuos y materias primas secundarias, al que sólo le falta la referencia a la adopción internacional –también L. 39/99–. En el art. 32 del I Acuerdo Marco Sectorial Estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios, los olvidos se identifican nuevamente con la hospitalización del nacido, la adopción internacional y la opción de disfrute del padre, aún cuando lógicamente la presume. Como vemos y veremos, el déficit más habitual es el de la interrupción del cómputo de la suspensión prevista en el párrafo tercero del art. 48.4 ET, introducido por la L. 12/2001 lo que confirma, junto a las escasas referencias al RD. 1251/2001, la lentitud de la adaptación del convenio colectivo a las reformas legales.

definitiva, no se hace sino estar en la línea de las buenas prácticas recomendadas por la Comisión de Seguimiento del ANC 2003, quizá bajo la concepción de que la protección legal es suficiente o que está fuertemente condicionada por su vinculación a una prestación de Seguridad Social. A pesar de ello, la omisión o fragmentalidad de su recepción va en detrimento de esa misión de difusión de información que podría desempeñar el convenio sin que se haga constar en su rúbrica referencia alguna a la paternidad. Son pocos convenios los que prevén el supuesto de coincidencia de la suspensión por maternidad o riesgo por embarazo con las vacaciones. Cuando lo tratan suelen suspender el cómputo de éstas y garantizar su disfrute una vez concluida la situación, salvo acuerdo de su disfrute en otras fechas²⁰⁹. Aún en menos ocasiones se mejora la prestación, garantizando el 100% de la retribución del trabajador²¹⁰.

- c) La protección del riesgo durante el embarazo y, sobre todo, durante lactancia apenas recibe tratamiento en los convenios colectivos, limitándose los que mejor lo hacen a reproducir el art. 26 LPRL en su integridad y con escasas modificaciones, que suelen consistir en una suavización de los requisitos de certificación e informe médico exigidos para el cambio de puesto de trabajo por la normativa legal y su articulación como un derecho de la mujer²¹¹. No obstante, en algunos convenios colectivos se establecen algunas medidas preventivas específicas, como es la prohibición de realización de horas extraordinarias por las trabajadoras gestantes²¹² o la limitación de los traslados de la trabajadora gestante cuando impliquen destino a otro municipio²¹³.
- d) La lactancia está recibiendo cada vez más un tratamiento innovador por los convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal. Rara vez se mejora cuantitativamente, siendo relativamente frecuente que la mejora consista en sustituir

209. Art. 42 del CC. de Centros de Asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas con discapacidad; art. 45 del CC. estatal de Empresas de Seguridad 2005-2008; art. 32 del IX CC. de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil. En alguna ocasión también el convenio fija la interrupción del cómputo del período de prueba durante las « situaciones de incapacidad laboral y maternidad» (art. 20 del CC. para el sector de Telemarketing) o de « incapacidad temporal, maternidad, y adopción o acogimiento» (art. 9 del I Acuerdo Marco Sectorial Estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios).

210. Art. 42 del CC. de Centros de Asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas con discapacidad.

211. Ej.: art. 99 del CC general de trabajo de la industria textil y de la confección; art. 63 del CC. para el sector de Telemarketing; art. 18.4) del CC. del Sector de Recuperación de Residuos y Materias Primas Secundarias; art. 60 del CC. de ámbito estatal para el año 2005 de las Empresas de Mediación en Seguros Privados; art. 63 CC. básico de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales. Sólo de forma muy básica el deber de adaptación de las condiciones y tiempo de trabajo, con referencia a la L. 39/99: art. 51.b) CC. estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008.

212. Art. 25 CC. estatal para las Industrias de Hormas, Tacones, Cuñas, Pisos y Cambrillones de madera y corcho.

213. Art. 31 XX CC. de Banca.

las dos facciones de media hora por la reducción de la jornada en una hora incentivando o directamente fijando su disfrute al comienzo o final de la jornada de la trabajadora²¹⁴. No obstante, son dignas de reseña algunas cláusulas convencionales, cada vez más frecuentes y recientemente aceptadas por el Tribunal Supremo²¹⁵, que junto a la posibilidad de disfrute diario en dos fracciones permiten la acumulación de la hora de ausencia en el trabajo en períodos más amplios como es la semana o el mes²¹⁶, o sencillamente en días completos²¹⁷ o el disfrute alternativo de un permiso retribuido de 15 días ininterrumpidos a disfrutar a continuación de la baja²¹⁸, o incluso añadida a esta última posibilidad la de disfrutar 10 días ininterrumpidos a continuación de la baja y los otros cinco naturales antes de que el hijo cumpla los 12 meses de edad²¹⁹. La mayoría de los convenios observan este permiso o reducción de jornada desde la perspectiva prevalente de su disfrute por la trabajadora, aún cuando también la mayoría adviertan la posibilidad de su disfrute indistintamente por el padre o la madre, exigiendo alguno de ellos que se acredite que «el cónyuge del trabajador que haga uso de este disfrute no ha ejercido el mismo derecho en su respectiva empresa»²²⁰.

- e) Los permisos retribuidos motivados por la conciliación sí suelen regularse por la negociación colectiva sectorial, normalmente junto al resto de los permisos. En no pocas ocasiones se mejora añadiendo permisos y/o ampliando los pre-

214. Si la reducción se concentra al principio o al final de su turno de trabajo (art. 33.1 del CC para el sector de Telemarketing). También ese parece el caso del art. 18.h) del CC. del Sector de recuperación, de residuos y materias primas secundarias, indicando que la ausencia se disfrute al comienzo o final de la jornada. Permite el disfrute de las facciones de media hora en el comienzo y final de la jornada: art. 16 XVIII CC. para las sociedades cooperativas de crédito.

215. En tanto no constituye una renuncia de derechos, pues se trata de una opción voluntaria del trabajador alternativa al régimen del art. 37.4 ET, y que no conculca la finalidad del permiso sino que se adapta a la realidad social al responder a las dificultades de su uso y utilidad motivadas por la necesidad de inversión de un tiempo considerable en desplazamientos, como muestra, por otra parte, su uso masivo por los trabajadores [S. TS. 20-6-2005].

216. Art. 43 CC. de Centros de Asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas con discapacidad.

217. Corresponden los permisos legales con la « posibilidad de acumular el tiempo de lactancia en días completos, a opción de la trabajadora, como continuación de la baja maternal» (Art. 19.J CC. para el sector de Agencias de viaje 2004-2006, con previsión de estudio por la Comisión Paritaria según la disp. adic. 9ª).

218. Art. 31 II Convenio Colectivo estatal de Despachos Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales.

219. Art. 16 del XVIII CC. para las sociedades cooperativas de crédito.

220. Art. 35.2.a), integrado por su referencia con el art. 37.4 y 6 ET., del CC.de ámbito estatal para el año 2005 de las empresas de mediación en seguros privados. Son menos los que reconocen el derecho por igual a trabajadores y trabajadoras, con la sola condición de que no pueda disfrutarse simultáneamente « por los dos cónyuges» (art. 43 CC. de Centros de Asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas con discapacidad).

EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD 423

vistos por el ET. Es el caso, por ejemplo de extender el permiso por nacimiento a los supuestos de adopción o acogimiento²²¹. O la mejora de la duración del permiso, aún cuando es menos frecuente el aumento de los días por desplazamiento²²² y en no pocas ocasiones tal extensión se hace en función de su carácter así como del grado y consanguinidad del parentesco, también ampliado respecto del legal –y, en caso de mejora, a veces sin retribución–²²³. Es de destacar que en algún convenio se recoge la posibilidad de elegir, para el caso de desplazamiento motivado por fallecimiento, entre disfrutar de cuatro días remunerados o de cinco, dos de ellos sin remuneración²²⁴. También se crean nuevos permisos para los acontecimientos familiares más importantes conforme a las costumbres como es matrimonio de familiar hasta segundo grado, bautizo o Primera Comunión de hijo o nieto²²⁵. O permisos por el tiempo necesario o cuantificado en un máximo de horas al año, a veces sin retribución previéndose también en ocasiones la posibilidad de su recuperación, para consulta médica de los hijos menores de edad²²⁶, a veces con límite de edad²²⁷, y ascen-

221. Art. 35 CC. de ámbito estatal para el año 2005 de las empresas de mediación en seguros privados; art. 29 II Convenio Colectivo estatal de Despachos Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales. O sólo a la adopción: el Art. 46.CC. estatal de las empresas de seguridad 2005-2008.

222. Muchas veces se mejora en tres días. Así tres y cinco días si media desplazamiento (art. 18 CC. del sector de recuperación, de residuos y materias primas secundarias). También lo mejora a tres días el art. 29 del IX CC. de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil y el art. 29 del CC. para el sector del Telemarketing y el art. 50 –nacimiento y fallecimiento del cónyuge– CC. básico, de ámbito estatal, para las industrias cárnicas; art. 29 II Convenio Colectivo estatal de Despachos Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales.

223. Por ejemplo: Art. 29 del CC. para el sector del Telemarketing [fallecimiento de padres, padres políticos, hijos y hermanos por consanguinidad] o el art. 27 del XX CC. de Banca [extensión de la duración por fallecimiento de cónyuge]. Vid., también las mejoras para fallecimiento de cónyuge e hijos: art. 16 XVIII CC. para las sociedades cooperativas de crédito. Un ejemplo palmario en que la relación de parentesco determina la duración del permiso, en el art. 19 del CC. para el sector de agencias de viajes 2004-2006. Por ejemplo: fallecimiento de tíos y sobrinos y convivientes: CC general de trabajo de la industria textil y de la confección.

224. Art. 54 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección.

225. Art. 46.CC. estatal de las empresas de seguridad 2005-2008. En esta línea, un día por boda de familiar hasta segundo grado: art. 29 del IX CC. de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil, art. 29 del CC. para el sector del Telemarketing; art. 19 CC. para el sector de agencias de viaje; CC. de Centros de asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas con discapacidad; II Convenio Colectivo estatal de Despachos Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales; art. 27 XX CC. de Banca; art. 10 del XX CC. de Banca; art. 10 CC Interprovincial de industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos; art. 16 XVIII CC. para las sociedades cooperativas de crédito.

226. Art. 35 CC. de ámbito estatal para el año 2005 de las empresas de mediación en seguros privados.

227. Por ejemplo, 9 años según CC. para el sector del Telemarketing; 8 años en el XX CC. de Banca. Menores de 8 años y minusválidos sin límite de edad (CC Interprovincial de industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos). Menores de 8 años y mayores de primer grado de consanguinidad que no puedan valerse por sí mismos (art. 56 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección).

dientes mayores²²⁸. O para trámites de adopción²²⁹. Igualmente, en ocasiones se atribuye la facultad de ampliar a un periodo, por ejemplo un mes, sin sueldo a partir del tercer día de disfrute del permiso por nacimiento, adopción o acogimiento, fallecimiento, accidente, enfermedad graves u hospitalización de cónyuge o familiares hasta segundo grado²³⁰. Días de asuntos propios²³¹ o de licencia sin sueldo vinculadas a circunstancias familiares²³². También se introducen precisiones de índole procedimental, como es concretar qué deba entenderse por enfermedad grave u hospitalización²³³, o insistir en que los días de permiso son naturales²³⁴. Destaca por su interés alguna cláusula en la que respecto

228. Por ejemplo: ascendientes mayores de 65 años (art. 30 CC. para el sector del Telemarketing); mayores de primer grado de consanguinidad y afinidad que no puedan valerse por sí mismos (XX CC. de Banca). Ascendientes y descendientes que convivan con ellos y siempre y cuando la asistencia se preste a través de los servicios sanitarios de la seguridad social. En esta línea el art. 16 del CC. Estatal para las industrias de hormas, tacones, cuñas, pisos y cambrillones de madera y corcho, fija un permiso retribuido hasta un máximo de 16 horas al año para llevar a consulta médica con desplazamiento de al menos 10 Km a « familiares que convivan con él» y que no puedan desplazarse por sus propios medios por razones de edad o de incapacidad física. El permiso se extiende a 32 horas si la asistencia sanitaria tuviera lugar en otra provincia.

229. Retribuidos, por el tiempo necesario: art. 10 CC Interprovincial de industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos. No retribuido de 15 días naturales: art. 54 CC general de trabajo de la industria textil y de la confección.

230. Art. 35 CC. de ámbito estatal para el año 2005 de las empresas de mediación en seguros privados, que se refiere, no obstante, a enfermedad grave y a intervención quirúrgica grave. También se refiere a enfermedad grave y a intervención quirúrgica grave el Art. 46.CC. estatal de las empresas de seguridad 2005-2008.

231. I Acuerdo marco sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios; Art. 46.CC. estatal de las empresas de seguridad 2005-2008; CC. de Centros de asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas con discapacidad; I. CC estatal de instalaciones deportivas; art. 21 del CC. estatal de industrias lácteas y sus derivados; II Convenio Colectivo estatal de Despachos Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales. Tres días al año, recuperables o a cuenta de las vacaciones: art. 35.4 CC de ámbito estatal para el año 2005 de las empresas de mediación en seguros privados.

232. Hasta 15 días por año: art. 29 del IX CC. de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil. O de 15 días una vez por año –para los que tienen al menos un año de antigüedad en la empresa- o de un mínimo de un mes y máximo de seis para los que tienen cinco años de antigüedad [art. 19 CC. para el sector de agencias de viaje 2004-2006; similares condiciones, pero con dos años de antigüedad art. 27 XX CC. de Banca].

233. De forma a veces cuestionable. Véase el art. 10 CC Interprovincial de industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos, conforme al que enfermedad grave es la que requiere al menos dos días de hospitalización, intervención quirúrgica la que se practique con anestesia total o epidural y hospitalización el internamiento hospitalario que no persiga la práctica de pruebas médicas. Concreta que la gravedad será determinada por el facultativo que asista al enfermo (art. 35 CC. de ámbito estatal para el año 2005 de las empresas de mediación en seguros privados). Otras precisiones, son la de acompañar de volante justificativo de la necesidad de acompañar al menor a la consulta médica (art. 35 CC. de ámbito estatal para el año 2005 de las empresas de mediación en seguros privados).

234. Por ejemplo: I Acuerdo marco sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios; CC. estatal de las empresas de seguridad 2005-2008; art.

EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD 425

del permiso por nacimiento, enfermedad grave o fallecimiento elimina el requisito de preaviso, garantiza su concesión en el acto y descuenta del cómputo de la licencia las horas trabajadas en el día que se inicie²³⁵. Y la aclaración de que en caso de enfermedad o intervención grave de familiar el permiso podrá tomarse dentro de un lapso concreto de tiempo desde el hecho causante²³⁶ o en tanto persista la situación²³⁷. También es importante concretar qué deba considerarse desplazamiento, bien en función del kilometraje²³⁸ o de, con más dudoso acierto, si es necesario desplazarse fuera de la provincia²³⁹ o criterios similares²⁴⁰. Como defectos más frecuentes, cabría destacar que en ocasiones se olvidan los permisos para exámenes prenatales o técnicas de preparación al parto²⁴¹ y, sobre todo, casi abrumadoramente, los permisos o reducción de jornada por hospitalización del hijo después del parto²⁴². A veces, didácticamente se enuncia con detalle todo el parentesco a menudo mejorado y con duraciones distintas según permiso y grado o –a veces– consanguinidad. Este esfuerzo a veces dificulta la interpretación de la cláusula, pues no suele estar perfectamente perfilada. Además, en los permisos por bodas, bautizos o

19 CC. para el sector de agencias de viaje 2004-2006; CC. estatal de industrias lácteas y sus derivados; CC. básico, de ámbito estatal, para las industrias cárnicas.

235. Art. 50 CC. básico, de ámbito estatal, para las industrias cárnicas.

236. Art. 46. CC. estatal de las empresas de seguridad 2005-2008. O, menos flexible, exigir que dentro de los días de permiso se haya producido el hecho causante (CC. básico, de ámbito estatal, para las industrias cárnicas).

237. Art. 36 I. CC. general del sector de servicios de asistencia en tierra en aeropuertos (handling).

238. Un desplazamiento de 200 kilómetros o más según el art. 29 del CC. para el sector del Telemarketing. O de 100 Kilómetros según el art. 26 del I. CC. estatal de instalaciones deportivas. 90 Kilómetros en el art. 21 del CC. estatal de industrias lácteas y sus derivados. 400 Km ida y vuelta para el CC Interprovincial de industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos.

239. CC. de Centros de asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas con discapacidad.

240. Que tenga que pernoctar fuera de su localidad (art. 27 XX CC. de Banca). Fuera de la localidad, requiriendo en ida y vuelta en medio de transporte normal más de media jornada (art. 35 CC. básico de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales).

241. Art. 35 CC. de ámbito estatal para el año 2005 de las empresas de mediación en seguros privados; CC. para el sector de agencias de viaje 2004-2006; CC. estatal de industrias lácteas y sus derivados; CC. básico, de ámbito estatal, para las industrias cárnicas; II Convenio Colectivo estatal de Despachos Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales; CC. básico de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales; XVIII CC. para las sociedades cooperativas de crédito.

242. Art. 46. CC. estatal de las empresas de seguridad 2005-2008; art. 19 CC. para el sector de agencias de viaje 2004-2006; IX CC. de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil; CC. para el sector de Telemarketing; CC. de Centros de asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas con discapacidad; CC. estatal de industrias lácteas y sus derivados; CC. básico, de ámbito estatal, para las industrias cárnicas; CC. general de trabajo de la industria textil y de la confección; CC. básico de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales; XVIII CC. para las sociedades cooperativas de crédito.

comuniones en ocasiones se delata una visión normalizada socialmente, que genera la duda de su extensión a parientes no enunciados pero con un grado de parentesco similar. Finalmente, el listado en ocasiones presenta alguna imprecisión digna de resaltar, como es la de referirse al «alumbramiento de esposa» en lugar de a nacimiento de hijo²⁴³, lo que, de nuevo, no es sino una reminiscencia histórica.

- f) Las reducciones de jornada del art. 37.4 bis y 5 ET están ausentes en un número relativamente importante de convenios colectivos, y aún más la primera de las referidas. En la mayoría de los supuestos analizados sencillamente se reitera la formulación legal del derecho²⁴⁴, aún cuando no siempre se recoge íntegra. En alguna ocasión es mejorada la reducción de jornada por guarda legal del menor elevando la edad de éste y/o reduciendo el mínimo del 1/3 exigido legalmente²⁴⁵. Como déficit se aprecia, como ya hemos dicho, que en ocasiones la adaptación de la ley es incompleta, no incluyendo expresamente otros supuestos legales distintos del de guarda legal²⁴⁶, lo que evidencia su inadecuación respecto de la Ley 39/1999 y, particularmente, de la Ley 12/2001.
- g) Las excedencias vinculadas a la conciliación no siempre son tratadas en la negociación colectiva sectorial y de hacerlo suelen presentar importantes desajustes respecto de la regulación legal fruto, en la mayoría de los casos, de la deficiente adaptación de las cláusulas a las reformas introducidas por la Ley 39/1999. Así se limitan con frecuencia a las causadas por cuidado de hijos

243. Lo que no se remedia con la posterior extensión de los derechos a las parejas de hecho convivientes, pues es evidente que no se agotan los supuestos: Art. 46.CC. estatal de las empresas de seguridad 2005-2008.

244. Por ejemplo, Art. 36 del I CC. General del sector de servicio de asistencia en tierra en aeropuertos (*halding*); art. 27 del CC estatal de instalaciones deportivas. En la mayoría de los casos se recoge en el articulado dedicado a los permisos y licencias. No obstante, también en algunos convenios se trata junto a la maternidad o en un artículo específico

245. Eleva la edad a diez años, y la reducción de jornada la sitúa entre al menos, 1/4 y un máximo de la mitad de la duración de aquélla, salvo acuerdo distinto entre trabajador y empresario», sin que sea –aparentemente, aplicable esta mejora a los supuestos de cuidado directo de un familiar: art. 35.3 CC de ámbito estatal para el año 2005 de las empresas de mediación en seguros privados. Elimina el mínimo de reducción para todos los supuestos, obvia la referencia a la guarda legal sustituida por el requisito de que tenga a su cuidado al menor o disminuido, y desaparece la exigencia respecto del familiar, de que no desempeñe actividad retribuida, el art. 31 II Convenio Colectivo estatal de Despachos Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales. Baja el mínimo de reducción por guarda legal a una hora diaria, el art. 16 XVIII CC. para las sociedades cooperativas de crédito. Eleva la edad a 7 años, si venía disfrutando la reducción en los dos años anteriores: art. 27 XX CC. de Banca. Eleva la edad a 8 años y la reducción mínima la reduce a 1/5 el art. 55 del CC general de trabajo de la industria textil y de la confección.

246. CC. para el sector de agencias de viaje 2004-2006. Véase comentario sobre los déficits en las cláusulas de permisos.

EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD 427

obviando toda referencia a las provocadas por cuidado de familiar²⁴⁷. Es más, las relativas al cuidado de hijos olvidan en ocasiones al acogimiento y remiten a efectos de cómputo sin distinción respecto de la adopción, al nacimiento de aquél²⁴⁸. También, en las cláusulas más completas, se aprecia un desfase en la adaptación de las cláusulas a las reformas más recientes, concretamente se suele omitir la referencia al supuesto de discapacidad (Ley 51/2003)²⁴⁹ y a la ampliación del plazo de reserva de puesto de trabajo previstas para las familias numerosas (Ley 40/2003) en los supuestos en que se informa sobre los efectos de la excedencia²⁵⁰, aún cuando en ocasiones la imprecisión queda solventada con una mejora general del plazo a dos años de dicha reserva. Otros defectos destacables son la identificación clara o soterrada del derecho a excedencia del cuidado de hijos no ya con el nacimiento como hemos visto, sino con la mujer²⁵¹, así como la introducción de restricciones al ejercicio de los

247. CC estatal de industrias lácteas y sus derivados; I Acuerdo marco sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios; CC. para el sector de agencias de viaje 2004-2006; CC. de centros de asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas con discapacidad.

248. Sin referencia al acogimiento, preadoptivo o permanente: art. 39 IX CC. de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil; art. 30 II Convenio Colectivo estatal de Despachos Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales. También el art. 31 del I Acuerdo marco sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios y el art. 22 del CC para el sector de agencias de viaje 2004-2006, con el agravante de que refieren los tres años al nacimiento del hijo, sin distinción respecto de la adopción. Sin referencia a tales supuestos ni a la adopción: CC estatal de industrias lácteas y sus derivados.

249. CC para el sector de Telemarketing; I CC. estatal de instalaciones deportivas; art. 30 II Convenio Colectivo estatal de Despachos Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales. Sí incluye la discapacidad el art. 18.2 del CC. del sector de recuperación, de residuos y materias primas secundarias y el art. 54.2 del CC. de ámbito estatal para el año 2005 de las empresas de mediación en seguros privados; XX CC. de Banca; CC Interprovincial de industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos.

250. I Acuerdo marco sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios; CC. para el sector de agencias de viaje 2004-2006; CC para el sector de Telemarketing; CC. de ámbito estatal para el año 2005 de las empresas de mediación en seguros privados; II Convenio Colectivo estatal de Despachos Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales; XX CC. de Banca; CC Interprovincial de industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos.

251. Es el caso, por ejemplo, del CC estatal de industrias lácteas y sus derivados, que rubrica su art. 35 con « excedencia por maternidad », para posteriormente indicar que el disfrute del derecho se iniciará « una vez causada el alta por maternidad », identifica el sujeto causante con « un nuevo alumbramiento » y advierte que en tal caso no « procederá lógicamente, el derecho a baja por maternidad », referencia ésta última que debería desaparecer. También se traiciona en su articulado el I Acuerdo marco sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios, que califica a la excedencia como de « maternidad » el art. 31.5 y 6, aún habiendo reconocido previamente que el derecho es individual de hombres y mujeres.

derechos que denotan reminiscencias de etapas anteriores a la Ley 39/1999²⁵². No obstante en ocasiones se mejoran las previsiones legales ampliando, como hemos dicho, el derecho de reserva de puesto de trabajo durante dos o los tres años de duración máxima de la excedencia²⁵³ o fijar el inicio del cómputo del máximo de tres años en la finalización de la baja por maternidad o del disfrute de las vacaciones²⁵⁴. Y también a veces se introducen precisiones procedimentales²⁵⁵, fundamentalmente plazos de preaviso para la reincorporación del trabajador²⁵⁶ o para el ejercicio del derecho²⁵⁷. Y el reconocimiento expreso del derecho a participar exámenes de promoción que se realicen durante la excedencia²⁵⁸ o a participar en los cursos de formación que se organicen por la empresa a lo largo de la misma como si estuviera en activo²⁵⁹. Finalmente, en otros casos se crean excedencias voluntarias especiales, para trabajadores que

252. Como es establecer tan restrictivamente, como herencia de la regulación anterior a la L 39/99, que en caso de que sean dos trabajadores de la misma empresa los que pretendan la excedencia en función del mismo sujeto causante «sólo uno de ellos podrá ejercitar este derecho» [CC. para el sector de agencias de viaje 2004-2006]. Tampoco sabemos muy bien a qué se refiere el siguiente inciso del art. 22 del CC. para el sector de agencias de viaje 2004-2006: «para un solo período de hasta tres años de excedencia por las causas citadas –cuidado de hijo– cuando razones de salud del hijo o de la madre así lo justifiquen, la misma tendrá carácter de forzosa durante dicho período» .

253. Parece que ese es el caso en el art. 39 IX CC. de ámbito estatal de centros de asistencia y educación infantil y del art. 44 del CC. de centros de asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas con discapacidad. A los dos primeros años lo extiende el art. 28 del I CC. estatal de instalaciones deportivas y el art. 32 del XVIII CC. para las sociedades cooperativas de crédito.

254. Art. 44 del CC. de centros de asistencia, atención, diagnóstico, rehabilitación y promoción de personas con discapacidad. Distingue con dudosa intencionalidad la excedencia por máximo de 12 meses a partir de la finalización de la baja por maternidad y la excedencia de máximo de tres años a computar desde nacimiento de hijo y adopción, el art. 30 II Convenio Colectivo estatal de Despachos Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales.

255. Probablemente sería calificable como tal –a caballo entre la información de los efectos– la aclaración de que el fijo discontinuo tendrá derecho a llamamiento preferente una vez finalizada y comunicada la excedencia, se supone, durante la campaña (art. 35 del CC estatal de industrias lácteas y sus derivados)

256. No inferior a 15 días [I Acuerdo marco sectorial estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios]. Al menos un mes antes de su conclusión para reincorporarse dentro del mes siguiente a su finalización [CC. para el sector de agencias de viaje 2004-2006; CC. de ámbito estatal para el año 2005 de las empresas de mediación en seguros privados].

257. Al menos cuatro semanas de antelación (CC estatal de industrias lácteas y sus derivados) o un mes (CC. de ámbito estatal para el año 2005 de las empresas de mediación en seguros privados; II Convenio Colectivo estatal de Despachos Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales).

258. Art. 10 XX CC. de Banca.

259. Art. 30 II Convenio Colectivo estatal de Despachos Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales.

260. Por ejemplo, de tres o seis meses, dependiendo de la antigüedad del trabajador: art. 32 del XVIII CC. para las sociedades cooperativas de crédito.

- tengan un mínimo de antigüedad, con derecho de reingreso automático²⁶⁰.
- h) La violencia de género está prácticamente ausente en la negociación colectiva sectorial. Son muy pocos los convenios colectivos que le confieren alguna mención o tratamiento específico, y en los pocos casos que se observan, nuevamente destacan sólo los que se limitan a reproducir alguna de las previsiones legales²⁶¹.
- i) Otras previsiones menos frecuentes son las que se refieren a la movilidad geográfica: también la negociación colectiva sectorial reproduce a veces el derecho a traslado por reunificación familiar del art. 40.3 ET²⁶² o se introduce una preferencia para no ser trasladados a los trabajadores con obligaciones familiares²⁶³. También en alguna ocasión se ha reconocido el número de hijos a cargo como criterio de preferencia justo a otros –edad y antigüedad– para la subrogación de personal por la nueva contrata²⁶⁴. O las que se refieren a la utilidad del contrato de interinidad para sustituir al ausente por las causas analizadas²⁶⁵. O la declaración expresa, a los efectos de que se trate²⁶⁶, del descuento en el cómputo del absentismo de las licencias por conciliación, suspensión por riesgo durante el embarazo, maternidad y enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia.
- j) Se aprecia una apertura de los negociadores a las nuevas formas de familia, normalmente las parejas de hecho estables que acrediten debidamente tal condi-

261. El art. 55.7 del CC general de trabajo de la industria textil y de la confección, que se limita a reproducir íntegramente el art. 37.7 ET, incluida la remisión al Convenio Colectivo para la concreción de los términos del ejercicio del derecho. También recoge el derecho a reducción de jornada, reordenación del tiempo de trabajo a través de la adaptación del operario, aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación de trabajo que se utilicen en la empresa (art. 20 CC de contratas ferroviarias). Por su parte, el art. 18 del Acuerdo marco estatal del sector de limpieza de edificios y locales, que reproduce el art. 40.3.bis ET, sobre el derecho preferente en los traslados de la víctima. También, como excepción al régimen de cobertura de vacantes previsto con carácter general en el art. 14 del CC de contratas ferroviarias.

262. CC básico de industrias cárnicas; CC. de mediación en seguros privados; Acuerdo marco estatal del sector de limpieza de edificios y locales.

263. Art. 13 del CC. de agencias de viaje. O como criterio a tener en cuenta, las cargas y condicionamientos familiares (CC. de mediación en seguros privados).

264. Art. 11 del I Acuerdo Marco Sectorial Estatal de servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios.

265. Por ejemplo, el art. 21 del CC. de instalaciones deportivas.

266. Por ejemplo, ascensos y demás efectos: arts. 11 y 33 CC de agencias de viaje 2004-2006.

267. Disp. Adic. tercera del CC. de instalaciones deportivas y primera CC. de Telemarketing; (art. 45 II Convenio Colectivo estatal de Despachos Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales). En esta línea, exigiendo una convivencia de al menos dos años, si bien en caso de no contar con registro la localidad, sencillamente acreditada: Disp. Adic. 2ª del CC. de asistencia en tierra en aeropuertos (hal-ding). Registro de parejas de hecho o, en caso de no existir, certificación de convivencia por el Ayuntamiento, y en todo caso estabilidad de un año (CC general de trabajo de la industria textil y de la confección).

ción mediante inscripción en el registro oficial de parejas de hecho o, en aquellas poblaciones donde no exista registro oficial, por ejemplo, mediante acta notarial²⁶⁷. La extensión de derechos, no obstante, no siempre es total, limitándose por lo general al derecho a permisos retribuidos –excluido a veces expresamente el de matrimonio²⁶⁸ y en alguna ocasión a los traslados²⁶⁹. No obstante, en otras ocasiones la extensión es genérica y equiparada al cónyuge²⁷⁰.

- k) El tratamiento flexible del tiempo de trabajo es, probablemente, el aspecto de la conciliación en el que la negociación colectiva puede asumir un papel más creativo en el ámbito de la conciliación, más eficaz a la larga y menos oneroso para la empresa y para el trabajador. En esta dirección se han introducido en los convenios algunas cláusulas puntuales muy interesantes desde la perspectiva de la conciliación, como es la que faculta al trabajador para la elección entre horario partido y jornada continuada²⁷¹ y la posibilidad de cambio de turno por acuerdo entre los dos trabajadores afectados²⁷². O las que en la jornada partida establecen el horario europeo²⁷³. Y las más frecuentes, de jornada continuada o intensiva al menos en época estival; descansos en fines de semana, la reducción progresiva –y quizá insignificante– de la jornada pactada como de la extraordinaria. También es frecuente la fijación de preavisos para las alteraciones de los horarios derivados de cláusulas de flexibilidad. La posibilidad de fraccionamiento del disfrute de las vacaciones a instancia del trabajador y, entre ellas, ya lo hemos visto, la posibilidad de usar días sueltos a lo largo del año en su interés²⁷⁴, etc.

268. Disp. Adic. tercera del CC. de instalaciones deportivas; Disp. Adic. 2ª del CC. de asistencia en tierra en aeropuertos (halding); art. 35 CC. básico de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales. Sí lo incluye el art. 10 CC Interprovincial de industria metalgráfica y de fabricación de envases metálicos, si bien lo limita a una vez cada 5 años, excepto en casos de fallecimiento de uno de los componentes de la unión, en cuyo caso el plazo es de tres años. Por el contrario, no lo incluye: CC general de trabajo de la industria textil y de la confección.

269. Respecto de la preferencia en el traslado derivada de reunificación familiar, tanto respecto del cónyuge como del conviviente: art. 13 CC. de agencias de viaje.

270. Disp. Adic. primera del II Convenio Colectivo estatal de Despachos Técnicos Tributarios y Asesores Fiscales; art. 6 CC. básico de ámbito estatal, para la fabricación de conservas vegetales.

271. Art. 14 del XVIII CC. para las sociedades cooperativas de crédito.

272. Art. 41 CC estatal de empresas de seguridad.

273. Art. 14 del XVIII CC. para las sociedades cooperativas de crédito.

274. Por ejemplo, pueden usarse hasta 4 días seguidos o separados en el año (art. 28 del III CC. estatal para el sector del Telemarketing). Sólo en contadas ocasiones se recupera la preferencia para elegir turno de vacaciones a los trabajadores con responsabilidades familiares, si bien ello no parece tener siempre trascendencia pues es común la fijación de las vacaciones en período estival.

6. FLEXIBILIDAD NEGOCIADA Y CONTROL JUDICIAL

El presente análisis sobre el desarrollo de nuestro modelo legal de flexibilidad negociada estaría incompleto si olvidara el comportamiento de los órganos judiciales pues, efectivamente, este modelo puede encontrar, en algunas de sus manifestaciones, dificultades de aplicación, que se conectan con el posterior control judicial del convenio colectivo.

A partir de la segunda mitad de los años 90, efectivamente, el desarrollo por el convenio de nuevas funciones de adaptación de las relaciones laborales a la realidad económica y productiva de la empresa o sector correspondiente, ha determinado diversos casos judiciales donde se ha suscitado la eventual «ilegalidad» del convenio colectivo, y donde la perspectiva o en el enfoque judicial no ha sido siempre el mismo. Desde una perspectiva cuantitativa y también cualitativa, hemos de recordar los casos sobre la llamada doble escala salarial, y la doble escala del complemento de antigüedad, las cláusulas convencionales sobre modalidades de contratación temporal o sobre jubilación forzosa. Nuestros tribunales laborales han declarado directa o indirectamente la nulidad o inaplicación de ciertas cláusulas convencionales, fundamentalmente por estimarlas ilegales o contrarias al principio de igualdad, o por no respetar condiciones más beneficiosas adquiridas.

La pregunta que se nos plantea es: ¿Cual debe ser el papel del control judicial del convenio colectivo? Y más concretamente: ¿Este papel es independiente o debe ser consecuente con el propio papel desempeñado por el convenio colectivo?

A este respecto, tal vez sea ilustrativo realizar un rápido recorrido a través de algunos pronunciamientos judiciales de los últimos años, para, materia por materia, ir señalando alguna doctrina judicial a los efectos de poder adquirir cierto conocimiento aproximativo sobre la cuestión suscitada, en primer lugar, y para, en segundo lugar, intentar identificar los principales inconvenientes o puntos oscuros que, a nuestro juicio, la actuación judicial puede determinar en el avance del convenio colectivo como instrumento para la flexibilidad laboral.

6.1. Algunas sentencias relevantes de estos últimos años

a) Sobre contratación temporal

El Tribunal Supremo ha afirmado que el contrato de obra o servicio determinado puede tener como objeto lícito, cuando así lo establezca el convenio colectivo aplicable, la realización de trabajos durante la vigencia de una contrata toda vez que aunque no puede hablarse realmente de una obra o servicio determinado se aprecia sin embargo «una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésta es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y

mientras se mantenga éste» (STS 29.11.2000, RJ 2001/1422). Igualmente, para el contrato fijo de obra, propio del sector de la Construcción, la STSJ de Cataluña de 21 de noviembre de 1999 (AS 3351) afirmarí­a que no se trata de un contrato temporal distinto al previsto por el Art. 15 ET, sino tan sólo del ajuste del contrato temporal para obra y servicio determinado a ese concreto sector productivo.

Por otra parte, el Tribunal Supremo afirmó que el contrato de obra y servicio determinado no puede ser concertado con motivo de la apertura de un nuevo establecimiento o una nueva línea aunque venga autorizado por el convenio colectivo: STS 23-9-2002 (RJ 2003/704), toda vez que «Sólo pueden concertarse como temporales los contratos previstos por el legislador...los agentes sociales pueden pactar...únicamente en los campos que el legislador expresamente haya fijado» Doctrina general que aplicada al caso lleva al TS a afirmar que «Los negociadores rebasaron las facultades y posibilidades que el legislador les concedía. Exceso tanto más evidente si se toma en consideración que lo pactado en el convenio fue volver a dar vida al contrato de lanzamiento de nueva actividad que había sido legalmente erradicado del sistema de contratación temporal por la reforma de 1997». En esta misma línea, se ha afirmado que el contrato eventual «a llamada» previsto convencionalmente en el sector de envasado de tomate no es admisible: Sentencia del TS de 17 de diciembre de 2001 (Ar. 2116). La Sentencia consideró la ilegalidad de la cláusula, pues el Art. 15 ET fija exhaustivamente los diversos contratos temporales, regulación sobre la que la negociación colectiva puede incidir únicamente en los campos que el legislador expresamente haya fijado. En esta Sentencia, la Sala General prácticamente se dividió entre la opinión mayoritaria expresada en ésta y el voto particular formulado a la misma, que por el contrario, sostiene que la cláusula convencional controvertida contiene una ordenación del tiempo de trabajo del contrato eventual, que no es contraria a la ley, sino que es globalmente más favorable para el grupo de trabajadores al que se aplica. Además, se afirma que el juicio sobre la mayor favorabilidad de determinada regulación convencional debe de corresponder en principio a los propios negociadores sociales, admitiéndose la anulación de una cláusula convencional cuando ésta se encuentre claramente desprovista de contenido favorable para el grupo de trabajadores al que se aplica.

En definitiva, atendiendo a los anteriores pronunciamientos puede comprobarse como sigue existiendo una interpretación jurisprudencial que define el espacio del convenio colectivo desde la literalidad de la Ley, y más concretamente, en materia de contratación temporal interpreta la regulación legal del art. 15 ET como límite de la autonomía colectiva. Sin embargo es preciso plantearse sino sería más conveniente definir estos límites de una forma más acorde con la nueva función (de adaptación) que el propio legislador ha encomendado a los negociadores sociales, y de acuerdo con los propios objetivos legales (y de los agentes sociales) en este terreno. Desde esta nueva perspectiva interpretativa entendemos que sí constituiría un límite a la autonomía colectiva el desconoci-

EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD 433

miento de los objetivos de la política de empleo, centrada en reforzar la causalidad de la contratación temporal por ejemplo, toda vez que regulación de adaptaciones de las modalidades contractuales no puede llevar a «descausalizar» el uso del trabajo temporal en la empresa. Y en esta misma perspectiva también entendemos que las competencias negociadoras sobre modalidades contractuales temporales, dirigidas a la adaptación a las específicas características del sector productivo de que se trate, tendrían como límite una regulación claramente desprovista de un contenido favorable para el grupo de trabajadores al que se aplica.

De otra parte, en relación con lo trabajadores fijos discontinuos, se ha establecido que el llamamiento establecido en convenio colectivo se admite, pese a constatarse la «ambigüedad» de la cláusula convencional («Para la admisión de los trabajadores fijos discontinuos se tendrá en cuenta la antigüedad del llamado y las exigencias técnicas del puesto a cubrir y a la vista de las necesidades productivas del centro de trabajo, departamento o sección»), aun cuando el TS sostiene que la ley exige que los convenios colectivos fijen el orden y la forma del llamamiento, con la finalidad de garantizar que esa llamada se hiciera con arreglo a un sistema objetivo previamente conocido por los interesados que les permitiera conocer su derecho, y en su caso, protegerse frente a un posible despido encubierto(...). El ET no ha dejado a los negociadores la posibilidad de decir cualquier cosa sobre el orden de llamamiento de los fijos discontinuos, incluida la de situar dentro del libre poder del empresario el orden a seguir (STS 7.3.2003, RJ2003/1197).

b) Sobre las diferencias de trato a los trabajadores temporales

De partida, es preciso recordar que están siendo consideradas injustificadas por la doctrina judicial las cláusulas convencionales que sancionan diferencias de trato en perjuicio de los trabajadores temporales, en relación con determinados beneficios, como licencias retribuidas o complementos de prestaciones de Seguridad social, por ejemplo, en el sector agropecuario, (STSJ de Andalucía (Málaga) de 24 de diciembre de 1999 (AS 7154)). Igualmente, se ha establecido la obligatoriedad de abonar a los trabajadores temporales el complemento de antigüedad en las mismas condiciones que los fijos, y la consiguiente nulidad de las cláusulas convencionales que establecen desigualdades salariales entre trabajadores fijos y temporales, en relación con el complemento de antigüedad, toda vez que esta materia que había sido antes objeto de una interpretación judicial variable, resulta pacífica en el sentido repetimos de la inadmisibilidad en adelante de tales diferencias a la vista de la Directiva 1999/70/CE, y la posterior recepción de sus prescripciones por el Art. 15. 6 ET. (Sentencia de la Sala General del TS de 7 de octubre de 2002, Ar. 10912, seguida entre otras muchas por STS 7.6.2005, RJ 2005/6018). En el mismo sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Constitucional en relación con la exclusión de un plan de pensiones de trabajadores temporales, imponiendo una interpretación del Convenio colectivo (Cajas de Ahorros) y del Reglamento del

plan de pensiones de la empresa que rechace la posibilidad de establecer diferencias de trato entre trabajadores temporales y fijos (STC 104/2004, de 28 de junio, en igual sentido STS 13.10.2004, RJ 2004/7322).

Estos pronunciamientos vienen a confirmar en los términos antes expresados que los límites del convenio en este terreno vienen definidos por los propios objetivos de la política de empleo. Así, el objetivo dirigido a la aproximación de costes entre empleo temporal y fijo, como vía de reducción de la alta tasa de temporalidad en nuestro país, que se consagraría en la igualdad de trato garantizada por el Art. 15.6 ET, debe de constituir un límite a la autonomía colectiva, en el sentido de que debe abandonarse el pacto de cláusulas económicas, que directa o indirectamente pueden perjudicar a los trabajadores temporales.

c) Condiciones de trabajo y su modificación

En relación con la modificación de las condiciones de trabajo se ha admitido posibilidad de que por convenio colectivo se establezcan otros procedimientos distintos de los previstos por el Art. 41 ET, toda vez que la finalidad manifiesta del Art. 41 ET es la de establecer reglas para la modificación de condiciones de trabajo derivadas de convenio colectivo, pero no la de establecer limitaciones a los negociadores de estos convenios (STS 7.3.2003, RJ 2003/1197). En materia de formación profesional obligatoria fuera de jornada laboral, se ha afirmado la ilegalidad de la cláusula del Convenio Colectivo para el personal de tierra de Iberia que la impone pues «...los negociadores pudieron convenir la obligatoriedad, bien pactándola para la realización de horas extraordinarias (Art. 35.5 ET) y dedicarlas, en todo o en parte, a cursos de formación, o bien no computando el tiempo de bocadillo como de trabajo..., con lo que habrían podido dedicar ese tiempo, acumuladamente, a tiempos de formación...». Para la Sala la trasgresión del art. 34.1 ET se produce pues la jornada ordinaria era de 40 horas semanales tanto si estas horas de formación se retribuyen específicamente, que es lo que aquí ocurre, como si no lo son (STS 26.6.2003, RJ 2003/ 6390).

d) Sobre cuestiones salariales

En términos generales los tribunales vienen admitiendo distintas regulaciones convencionales relativas a cuestiones salariales, Así se ha declarado que resulta admisible que la retribución pactada en convenio colectivo de las horas de presencia sea inferior que el valor de la hora ordinaria pues «La apreciación conjunta de las normas de los convenios colectivos... ha llevado a esta Sala a establecer que no quebrantan las normas estatales que fijan mínimos retributivos a determinados conceptos salariales los convenios colectivos que en el conjunto de las retribuciones pactadas exceden estos mínimos, aunque algún concepto determinado no llegue a cubrirlos» (STS 12.2.2002, RJ 2002/3783). En esta misma línea, con posterioridad también se ha pronunciado la STS 10.4.2003 (RJ 2003/4979). Igualmente, en rela-

EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD 435

ción con la retribución del trabajo nocturno se admite la exclusión de su retribución específica para trabajadores que tienen asignado otro complemento, entendiéndose que se ha cumplido la exigencia legal de una retribución convencional específica (SSTS 12.2.2002, RJ 2002/3783) y 19.7.2001, RJ 2001/9586). Y en relación con la retribución de vacaciones anuales, se ha afirmado que el convenio colectivo puede excluir de este concepto determinados complementos como los de nocturnidad, asistencia, turnos, servicios de guardias u otros, con la única condición de que respeten los mínimos legales de Derecho necesario.

Por el contrario, si se ha declarado la nulidad de la cláusula del convenio colectivo del personal sanitario, que excluye como horas extraordinarias las horas de guardia de trabajo efectivo o de presencia que excedan de la jornada máxima legal de 40 horas semanales (STTSJ Galicia, 8.10.2003, RJ 2003/7821), así como la ineficacia del convenio colectivo que establece el valor de la hora extraordinaria en cuantía inferior a la ordinaria, para la Compañía Trasmediterránea, SA. (STS 30.5.2005, RJ 2005/6141)

Concretamente, el tratamiento judicial de la llamada «doble escala salarial» esta siendo algo más complejo. En la práctica negociada de los últimos años hemos asistido efectivamente a la implantación, bajo técnicas jurídicas diversas, de diferencias retributivas fundadas en la fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa. Desde la clásica estructura de la doble escala salarial con expresa referencia a la fecha de ingreso, a la articulación de «categorías profesionales de entrada» antes inexistentes, la fijación de cláusulas *ad personam* o «plus de vinculación», como garantía de percepción de la remuneración existente, en una situación de descenso generalizado de salarios, hasta las dobles escala retributiva de la antigüedad. Las cláusulas convencionales que fijan una doble escala salarial, marcan una diferencia de trato entre los trabajadores por razón de la fecha de entrada en la empresa, cuya valoración debe ajustarse a la doctrina constitucional sobre el juicio de igualdad, que exige la existencia de una justificación objetiva y razonable de la diferencia, que se persiga un fin lícito y que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionales a dicho fin.

Los órganos judiciales aplicando el juicio de igualdad han venido entendiendo, por ejemplo, que sí constituye una justificación suficiente la inserción de la cláusula diferenciadora en el marco de un compromiso empresarial de creación de empleo estable en la empresa. Y, en sentido contrario, y también por ejemplo, se ha considerado discriminatoria la diferencia retributiva en función de la fecha de ingreso en la empresa, si la misma no está justificada en una política de empleo, que tienda al aumento efectivo de la contratación indefinida, debiendo existir en el Convenio el pacto que relacione la doble escala salarial con la obligación empresarial de aumento de la plantilla de trabajadores fijos²⁷⁵.

275. Cfr., al respecto la Sentencia del T.S.J. de Cataluña, de 15 de junio de 1998.

De un lado, la doble escala atendiendo a la fecha de ingreso del trabajador en la empresa se consideró contraria a la igualdad de trato (art. 14 CE) al no concurrir una justificación suficiente para la desigualdad convencionalmente creada pues no es una justificación suficiente la existencia de un plan de saneamiento de la empresa, en el que, como contraprestación al mantenimiento de la totalidad de la plantilla, se convino la congelación salarial y un salario inferior de los nuevos trabajadores. "No es justificación objetiva y razonable el hecho aludido, sin otros datos, referido a la contrapartida de mantenimiento del nivel de empleo, visto que precisamente se habla de otras contrataciones", concluyó el Tribunal Supremo, en la conocida sentencia de 22 de enero de 1996(RJ 1996/479). En igual sentido se declaró inadmisibles la doble escala salarial pactada en convenio por ser contraria a la igualdad de trato (Art. 14 CE) al no concurrir una justificación suficiente para la desigualdad convencional denunciada, toda vez que no concurre justificación suficiente para la desigualdad salarial y de categoría, en concreto, porque se había intentado tal justificación remitiéndose al artículo convencional que se refería a la creación de nuevos puestos de trabajo, pero para el TS este precepto del convenio no puede decirse que cree puestos de trabajo, pues se limita a consagrar una novación contractual (fijos discontinuos a fijos a tiempo parcial) y a transformar un contrato a tiempo parcial en a tiempo completo, cada tres bajas producidas en determinadas secciones (STS 18 de diciembre de 1997, RJ 1997/9517). O finalmente, se ha declarado que el «plus personal» pactado en convenio solo para los trabajadores de nuevo ingreso no es admisible pues «... la diferencia de trato no supera el juicio de proporcionalidad, pues no estima suficiente a estos efectos un aumento de la plantilla del 1%, al no ser un aumento neto toda vez que se sustituyen trabajadores prejubilados por nuevos trabajadores» (STSJ de Cataluña de 31 de enero de 2003).

De otro lado, se ha declarado que la doble escala retributiva no lesiona la igualdad de trato, al estar justificadas las diferencias retributivas establecidas para los trabajadores de nuevo ingreso por el XII Convenio Colectivo General de la Industria Química pues el sistema retributivo tiene una justificación objetiva y razonable desde el punto de vista histórico, en el desarrollo de previsiones establecidas en anteriores convenios colectivos. STS 19 de marzo de 2001 (RJ 2001/3388). Igualmente la diferencia retributiva de los especialistas de ingreso establecida en el convenio colectivo no es contraria al Art. 14 CE, según el TC, atendiendo al sistema de clasificación fijado en el convenio y a la estructura retributiva que rige en la empresa, pues ambos, se afirma, dan relevancia a un criterio graduado y paulatino en función del tiempo de servicios, que se inspira en la promoción profesional y económica de los trabajadores en la empresa. La fecha de entrada como factor relevante a efectos retributivos no tiene así una finalidad de discriminación de los trabajadores. Esta conclusión, para el TC, se desprende del sistema de progresión temporal que preside el régimen salarial y el sistema de clasificación profesional, que se inspira en reglas automáticas de promoción. «La

EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD 437

retribución en función del tiempo de permanencia en la empresa, en definitiva, representa el principio que informa todas las categorías profesionales» (STC 119/2002, de 20 de mayo). E igualmente las diferencias retributivas en el percibo de determinados complementos en perjuicio de los trabajadores de nuevo ingreso en una empresa de transporte de mercancías (afectada por la supresión de la Aduana de Irún) se ha declarado que no lesionan el art. 14 CE pues diferencia impugnada poseía una justificación objetiva y razonable. Se alude en la fundamentación de la sentencia a la situación de crisis económica y de congelación salarial, y más concretamente se argumenta que los trabajadores antiguos han contribuido a los actuales resultados productivos de la empresa, soportando una congelación salarial durante la situación de crisis, y que estos resultados favorables han permitido un Plan de reordenación productiva, que ha permitido nuevos contratos y conversión de empleo temporal en empleo estable. Por lo demás, la sentencia afirma que la diferencia de trato responde a un criterio frecuente en la práctica de las relaciones laborales, a través de la llamada condición más beneficiosa, o el mantenimiento de derechos o expectativas del trabajador en materia de condiciones de trabajo (STS 12 de noviembre de 2002).

En definitiva atendiendo a los pronunciamientos judiciales señalados se aprecia la dificultad que entraña la interpretación judicial de estas cláusulas convencionales. A la vista de los casos analizado y a grandes rasgos, creemos que puede apreciarse que estas cláusulas obedecen a razones ligadas a una reducción de costes, que se vinculan a situaciones de crisis empresariales, planes de saneamiento, necesidades de competir con las empresas del sector, o a la tendencia señalada de reducir el coste de la antigüedad en el conjunto del salario. En muchas ocasiones, estas cláusulas son de convenios colectivos de empresas, que poseen un marco de condiciones laborales superiores a la media. En los supuestos analizados, en principio, suelen concurrir justificaciones económicas, organizativas o productivas que pueden considerarse objetivas y razonables, por lo que el juicio de igualdad deberá centrarse fundamentalmente en el juicio de proporcionalidad. Y aquí lo cierto es que el criterio judicial y el de los representantes de trabajadores y empresarios pueden no coincidir, pero, no es menos cierto, que son los representantes los que mejor conocen la realidad económica y laboral sobre la que actúa el convenio colectivo y mejor pueden defender los diversos intereses enfrentados. Presumir que no se desarrolla esta actividad de representación y defensa de los intereses de los trabajadores tampoco creo que sea muy acorde con un modelo constitucional que sitúa en la negociación colectiva el instrumento principal de regulación de las relaciones laborales. La admisión cláusulas convencionales, bajo la aplicación del juicio de igualdad, debe situarse, entendemos, en un contexto amplio, que valore el sentido y la finalidad de las mismas.

Sobre la doble escala retributiva de la antigüedad el TS viene declarando reiteradamente la nulidad de las cláusulas convencionales que determinan diferencias entre los trabajadores en relación con el complemento por antigüedad, y el

TC se ha pronunciado también afirmando la vulneración del Art. 14 CE. Así la STS de 3 de octubre de 2000 (RJ 2000/8659), declaró la nulidad de una cláusula del convenio colectivo de tracción mecánica de mercancías de Barcelona, que establecía una doble tabla para el premio de antigüedad, atendiendo a la fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa, y en el mismo sentido podrían citarse entre otras las SSTS 14-5-2002, 17-6-2002, 25-7-2002, 20-9-2002, 21-1-2004 y 20.4.2005. En términos generales, la doctrina que viene manteniendo el TS afirma que las diferentes tablas retributivas de la antigüedad lesionan el principio constitucional de igualdad, al carecer de una justificación objetiva y razonable. Tras la reforma de 1994, y el nuevo papel que corresponde a la negociación colectiva en relación con el complemento de antigüedad, según el TS el Convenio colectivo puede adoptar diversas opciones, así puede suprimir la antigüedad para todos los trabajadores, o bien respetar tan sólo los derechos adquiridos o en curso de adquisición para los trabajadores fijos, siempre que la estructura salarial sea igual para todos los trabajadores. Pero el convenio colectivo lo que no puede hacer, según el TS, es mantener el referido complemento en cuantías diversas para dos colectivos de trabajadores diferenciados, atendiendo a que la fecha de ingreso en la empresa sea antes o después del convenio. Sobre este tema, también se ha pronunciado la STC 27/2004, de 4 de marzo²⁷⁶, que igualmente ha desautorizado tales cláusulas convencionales.

De esta forma, puede comprobarse como en los últimos años, la negociación colectiva ha venido asumiendo como objetivo la reducción del complemento de antigüedad. La línea de tendencia ha sido hacia la supresión de este complemento, o, en todo caso, hacia la disminución de su peso en el conjunto de la retribución del trabajador, entre otras razones, porque los mayores costes de los trabajadores antiguos producirían un efecto de sustitución de la mano de obra. Esta orientación se ha venido estableciendo de forma progresiva y respetando los derechos adquiridos. En este contexto, la doctrina del TS creemos que es algo formalista pues admite materialmente el significado de estas diferencias retributivas de la antigüedad, pero no admite la forma de la doble escala por antigüedad.

e) La jubilación forzosa

La fijación de edades de jubilación forzosa en los convenios colectivos autorizada por el legislador estatutario de 1980 sería avalada por la doctrina constitu-

276. En este caso se planteaba la supuesta vulneración del derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 14 CE) como consecuencia de la aplicación al recurrente (en un proceso de reclamación de cantidad) de lo previsto en materia de complemento personal de «Antigüedad o Vinculación» en el convenio colectivo de la empresa Mohn, S.L.; aplicación que la Sentencia de suplicación impugnada en amparo no consideró lesiva porque el establecimiento de un diferente patrón retributivo para gratificar el tiempo de servicios a la empresa en función de la fecha de ingreso o de la de adquisición de fijeza no vulnera ningún derecho fundamental.

cional (STC 58/1985 ya citada), como instrumento de política de empleo, dirigido al reparto de trabajo, sin amortización, por tanto, del puesto de trabajo dejado vacante por el trabajador jubilado, y siempre que se garantizará a éste el acceso a una prestación de jubilación. Como también es sabido, la primera exigencia relativa a la sustitución del trabajador jubilado por un nuevo trabajador se iría progresivamente diluyendo en su aplicación por la doctrina judicial, hasta su práctica desaparición. La doctrina del TS mantenida en su sentencia de 14 de julio de 2000 (Ar. 6630) afirmarí, en efecto, que «la negociación colectiva lleva implícita en sí misma una transacción entre los intereses colectivos de los trabajadores y los intereses de los empresarios y que necesariamente en esa transacción se entiende que van implícitas las consideraciones de política de empleo que en una norma impuesta necesitan ser explicitadas dada la unilateralidad de que derivan» En definitiva, según esta doctrina, lo que no puede hacer el legislador libremente sí que lo puede hacer el convenio colectivo.

Con la derogación de la disposición adicional 10ª (antes 5ª) del ET de 1995, por el R.D-ley 5/2001, de 2 de marzo, convalidado por Ley 12/2001, de 9 de julio, se plantearía la duda interpretativa de si seguía siendo posible establecer edades de jubilación obligatoria en la negociación colectiva, así como si podían seguir aplicándose las cláusulas de jubilación forzosa vigentes a la fecha de derogación de la citada disposición adicional. Tras sucederse diversos pronunciamientos judiciales de distinto signo, finalmente esta cuestión ha sido objeto de unificación doctrina por la Sentencia del TS de 9 de marzo de 2004, que declaró que no era posible ya seguir estableciendo cláusulas de jubilación obligatoria, pero que por el contrario si pueden seguir aplicándose las establecidas en convenios vigentes a la fecha de derogación de la citada disposición adicional 10ª. Para ello el TS afirmó que el ET actuaba como norma legal habilitante de los pactos sobre jubilación obligatoria, por lo que desaparecida tal habilitación quedaba ya fuera del contenido posible de un convenio colectivo la fijación de tales cláusulas de jubilación forzosa, estableciéndose así la necesidad de una habilitación legal para negociar colectivamente sobre materias concretas, atendiendo a la reserva de ley en materia laboral establecida por el Art. 53.1 CE. Los convenios colectivos están obligados a respetar no solo las disposiciones legales de derecho necesario, sino también el mandato de reserva de Ley que impone la Constitución, en la que tiene su fundamento la propia negociación colectiva²⁷⁷.

Sin embargo en relación con esta cuestión y frente a la argumentación de la sentencia debe recordarse que la reserva de ley en materia laboral establecida por el Art. 53.1 CE va referida al reparto de funciones normativas entre ley y reglamento y no entre ley y convenio colectivo (SSTC 4/1991, de 14 de enero, 78/1990, de 26 de abril, 209/1987, de 22 de diciembre), y que los contenidos

277. En igual sentido entre otras STS 1.6.2005 RJ 2005/16126.

posibles del convenio colectivo se configuran ampliamente por el Art. 85.1 ET, y que no existiendo norma legal de la que se deduzca prohibición expresa a la negociación colectiva para pactar edades de jubilación forzosa, éste, en principio, no sería, entiendo, un tema vedado a los negociadores sociales. Por consiguiente, entendimos entonces que la admisibilidad de estas cláusulas debió de plantearse, como acertadamente hizo el voto particular formulado a la citada STS de 9 de marzo de 2004, en el marco más general, de los límites constitucionales al contenido posible de un convenio colectivo y, en concreto, a los derivados del principio de igualdad. Desde esta perspectiva, se analizó inicialmente la admisibilidad constitucional de la edad de jubilación obligatoria, y éste sigue siendo, a mi juicio, el enfoque adecuado. Sería preciso plantearse si la medida puede entenderse dirigida a alcanzar un fin razonable y es proporcionada. Sin embargo, este sería un juicio que habría de ser realizado atendiendo a las razones económicas, organizativas que llevan a los negociadores a adoptar estas cláusulas, por lo que la solución no tiene porque ser igual en todos los supuestos.

f) Sobre la conciliación de la vida familiar y laboral

En algunos casos la posibilidad de desarrollar fórmulas de conciliación de la vida laboral y familiar en el convenio colectivo se ha visto impugnada ante los órganos judiciales. Ha sido el conocido supuesto de acumulación del tiempo de lactancia tras el permiso de maternidad acordado en el Convenio de Aldeasa, impugnado por la autoridad laboral. Como se recordará la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 de marzo de 2004 declaró la admisibilidad de esta cláusula que por lo demás se encuentre en otros convenios (Bingos, Agencia EFE) y que arbitra una fórmula de ejercicio de los derechos de conciliación que aúna los intereses de empresario y trabajadores. Recurrída en casación el TS en la Sentencia de 20 de junio de 2005 ha confirmado la legalidad de tales cláusulas convencionales.

El art. 41.d) del Convenio Colectivo de Aldeasa para los años 2003 a 2006 establece: «Lactancia. Las horas establecidas como permiso para la lactancia podrán acumularse mediante el disfrute de un mes de permiso retribuido, o la proporción que corresponda en función del periodo de alta de la madre con posterioridad al parto, hasta que el hijo cumpla nueve meses». En los Convenios Colectivos suscritos desde 1995 se había venido estableciendo que las horas establecidas como permiso de lactancia podrían acumularse mediante el disfrute de un mes de permiso retribuido, habiendo sido solicitada la acumulación del permiso, en el período de tiempo que va desde 1999 hasta la fecha un total de 149 trabajadoras. La Dirección General del Trabajo, ha pretendido la nulidad de la norma pactada sobre la base de que «la posibilidad que se establece de acumular las horas de permiso por lactancia para su disfrute como un mes ... al no estar contemplado en el artículo 37, números 4 y 6 del Estatuto de los Trabajadores, supone alterar la finalidad que se persigue con el derecho contemplado en este artícu-

lo del Estatuto de los Trabajadores, y que no es otra que dar una asistencia continuada de los padres al hijo recién nacido durante sus primeros meses de vida». La sentencia dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en fecha 29 de marzo de 2004, ha desestimado la pretensión actora, razonando en síntesis, que según la STS de 19 de junio de 1989, «en la actualidad se concreta el permiso, como un mecanismo legal que capacita al hijo a gozar de la atención que precisa por cualquiera de sus progenitores desde su nacimiento, superándose la vinculación necesaria o exclusiva con el deber de lactancia» y que la norma colectiva lo que permite «es que los padres opten, si lo consideran mejor para el cuidado de sus hijos, por acumular los permisos y obtener el disfrute de un mes retribuido, ampliando las posibilidades que el Estatuto concede a los trabajadores». La Abogacía del Estado, interpuso recurso de casación, frente a la mencionada sentencia, alegando infracción de los artículos 37.4 y 3.1 del Estatuto de los Trabajadores y del Código Civil y argumentando que el Convenio Colectivo «lejos de mejorar la prestación de la relación laboral supone una conculcación de un bien jurídico protegido diferente, cual la atención y cuidado continuado de los hijos menores de nueve meses». El TS en la Sentencia de 20 de junio de 2005 desestimó el recurso argumentando que no constituye una renuncia de derechos, pues se trata de una opción voluntaria del trabajador alternativa al régimen del art. 37.4 ET, y que no conculca la finalidad del permiso sino que se adapta a la realidad social al responder a las dificultades de su uso y utilidad motivadas por la necesidad de inversión de un tiempo considerable en desplazamientos, como muestra, por otra parte, su uso masivo por los trabajadores.

6.2. Algunas consideraciones conclusivas

A la vista de las sentencias citadas puede desde una perspectiva práctica o de casos señalarse que la jurisprudencia del TS es muy respetuosa de lo pactado en convenios sobre ordenación de tiempo de trabajo, su modificación y en parcialmente materia retributiva, recuérdese, a este respecto, que en materia económica desde finales de los 80 se alude a la consideración global del conjunto de retribuciones pactada y de su comparación con las establecidas legalmente como mínimos de derecho necesario, a los efectos de admitir diversas regulaciones convencionales del salario. En cuanto a la doble escala salarial la jurisprudencia es algo oscilante aunque tal vez pueda afirmarse que con seguridad sólo son admisibles estas cláusulas en conexión con la creación de empleo estable, con el aumento de los contratos de duración indefinida. Resulta igualmente claro en nuestra jurisprudencia la inadmisibilidad de la doble escala retributiva de la antigüedad, así como las diferencias de trato de trabajadores temporales. En relación con las modalidades de contratación temporal la última jurisprudencia se muestra poco «abierta» a formulas de adaptación de los contratos temporales. En temas de conciliación la jurisprudencia promociona el convenio como mecanismo de introducción de nuevas fórmulas.

Desde una perspectiva teórica, se aprecia en las argumentaciones de la jurisprudencia dos cuestiones, en primer lugar se comprueba que el campo de actuación del convenio colectivo en muchos casos se entiende definido desde la Ley, y en segundo lugar que se aplica el principio de igualdad de trato en el Convenio Colectivo como si de una norma heterónoma se tratase.

En relación con la primera cuestión planteada consideramos que una interpretación del convenio que se articule sobre la base de la relación de jerarquía normativa existente entre ley y convenio colectivo, configurando el convenio como un instrumento de regulación de los temas laborales en el ámbito previamente delimitado por el legislador y que construya el ámbito de actuación de la negociación colectiva desde la ley, puede relevarse disfuncional en el actual contexto y en relación con cláusulas de los convenios colectivos que inserten fórmulas de flexibilidad laboral. A este respecto es preciso avanzar hacia una interpretación que pivote sobre la naturaleza del convenio colectivo como un producto de un poder normativo autónomo reconocido desde el Texto Constitucional. Desde esta interpretación, no sería precisa una ley ordinaria habilitante para negociar sobre materias concretas, bastando con la habilitación general establecida por el Art. 37.1 CE que reconoce el derecho a la negociación colectiva laboral. La libertad negocial no tendría otros límites que el respeto del contenido esencial de otros derechos constitucionales (por ejemplo el derecho a la igualdad de trato del Art. 14 CE). El eventual conflicto entre derechos constitucionales habría de resolverse según la doctrina constitucional general, que admite aquellos límites bajo las exigencias del principio de proporcionalidad. Más concretamente, puede afirmarse desde esta segunda perspectiva, que en nuestro sistema constitucional de negociación colectiva los límites de la libertad de negociación se derivan directamente del respeto de los demás derechos constitucionales, y de eventuales prohibiciones expresas establecidas por el legislador en aras de la tutela de aquellos valores. La negociación colectiva garantizada por el Art. 37.1 CE no precisa para actuar de la delegación de la ley, ni se le vedan los espacios, ni la consecución de los objetivos en que no es llamada por aquella. La negociación colectiva actúa donde no hay prohibiciones expresas establecidas y no sólo en aquellos ámbitos donde la ley le permita actuar expresamente. En definitiva, como ya se ha afirmado las relaciones ley convenio colectivo «no se rigen por un sistema de vinculación positiva...sino negativa: la negociación colectiva actúa donde no hay prohibiciones expresas establecidas y no sólo en los ámbitos materiales en se le permite expresamente» (Casas Baamonde).

En definitiva, entendemos que el aumento del protagonismo del convenio y paralelo abandono de la Ley del ámbito de regulación de las relaciones laborales no sólo implica un aumento cuantitativo de su espacio de acción, sino un cambio cualitativo. El convenio es ahora más que antes el instrumento principal de regulación en un contexto difícil de aumento de la flexibilidad y reducción de derechos. Este nuevo papel se ubica además en el marco de una política legislativa de aumento de la flexibilidad

EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD 443

funcional, temporal, geográfica en las empresas, sin que los órganos judiciales puedan abstraerse de esta realidad, debiendo ser sensibles ante el nuevo papel del convenio.

En relación con la segunda cuestión relativa a la aplicación del juicio de igualdad en el interior del convenio colectivo el mismo, como ha tenido ocasión de comprobarse al transcribir ciertas argumentaciones judiciales lleva al órgano judicial, una vez admitida la finalidad económica u organizativa a controlar si son o no proporcionados los compromisos adquiridos por la empresa. Es decir el control judicial del convenio, desde la perspectiva del juicio de igualdad se convierte en una revisión del contenido de lo negociado, de la proporcionalidad o no de la transacción, situándose en el lugar de los negociadores. El control judicial del Convenio es un control de fondo de la transacción que el mismo expresa. A nuestro juicio la duda que surge sería la de si esta es la función de los órganos judiciales, o no se estaría asistiendo quizás a una desnaturalización del control judicial y de su función en nuestro sistema constitucional.

De partida no debemos olvidar que el propio TC ha declarado que en el convenio colectivo, aunque han de respetarse las exigencias indeclinables del derecho a la igualdad y la no discriminación, éstas no pueden tener el mismo alcance que en otros contextos, pues en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales, y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente, haciéndolos compatibles con otros valores que tienen su origen en el principio de la autonomía de la voluntad (SSTC 177/1988, de 10 de octubre, FJ 4; 171/1989, de 19 de octubre, FJ 1; o 2/1998, de 12 de enero, FJ 2, entre otras)²⁷⁸. No puede olvidarse, por lo demás, que en el curso de la negociación colectiva los representantes de los trabajadores defienden los intereses globales de éstos, observando la realidad en la que intervienen, las implicaciones presentes y futuras de sus pactos y las consecuencias que una estrategia negociadora desviada podría llegar a provocar en perjuicio de sus representados (STC 119/2002, de 20 de mayo, FJ 6).

Creemos necesario algo más de reflexión sobre el juicio de igualdad en el contenido del convenio colectivo, de forma que el mismo no ignore la naturaleza contractual del mismo, sin que resulte solvente aplicar miméticamente el juicio de igualdad en el contenido de la Ley. En definitiva, entendemos que los órganos judiciales deben ser sensibles al papel del convenio colectivo como instrumento para la flexibilidad laboral y para ello deben abandonar doctrinas interpretativas elaboradas ante supuestos de hecho distintos, en un escenario también distinto.

278. Pues el principio de autonomía colectiva implica ya una primera limitación global y genérica del principio de igualdad, en la medida que da paso al establecimiento de regulaciones diferencias en razón de la empresa, del sector o de cualquier ámbito territorial y funcional apropiado y legítimo para la negociación colectiva. Además el derecho a la negociación lleva consigo que las partes puedan establecer, en un ámbito concreto y dentro del marco legal y constitucional, las diferencias de regulación o de trato que consideren convenientes o adecuadas en razón de los respectivos intereses: STC 177/1988 ya citada.

7. ANEXO DE CONVENIOS COLECTIVOS CITADOS

EMPRESA-GRUPO DE EMPRESAS	FECHA PUBLICACIÓN BOE
Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea -AENA-.	08/01/2005
Agencia EFE, S.A.	27/01/2005
Agfa-Gevaert, S.A.U.	21/09/2005
Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U. y los Técnicos de Mantenimiento Aeronáutico.	10/03/2004
Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U., para su personal de tierra (excepto técnicos de Mantenimiento Aeronáutico)	08/07/2005
Air Europa Líneas Aéreas, S.A.U. y los Tripulantes de Cabina de Pasajeros	15/12/2004
Alcatel España, S. A.	23/03/2005
Alcatel Integración de Redes, S.A.	26/02/2004
Aldeasa, S.A.	07/05/2004
Altadis, S.A. y Logista, S.A. (se repite después)	01/01/2005
Amper Soluciones, S.A.	03/12/2004
Auna Telecomunicaciones, S. A. U.	25/05/2004
Automóviles Citroën España, S. A.	25/05/2004
Autopista Vasco-Aragonesa, Concesionaria Española, S.A.	30/08/2005
Autotransporte Turístico Español, S.A. (ATESA).	20/07/2004
Banque PSA Finance	25/06/2004
Bridgestone Hispania, S. A.	26/08/2005
Bridgestone Hispania, S.A." (delegaciones comerciales).	4/10/2004
British American Tobacco España, S. A.	14/09/2005
BSH Electrodomésticos España, S. A.	02/03/2004
Cadbury Schweppes Bebidas de España, S. A.	27/09/2005
Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Guipúzcoa y San Sebastián.	23/08/2004
Canal de Isabel II	16/02/2005
Cargill España, S.A. y Aop Iberia, S.L.,	15/09/2005
Comercial Mercedes-Benz, S.A.	03/08/2004
Compañía Internacional de Coches-Camas y de Turismo, S. A.	20/05/2005
Consultoría Tecnológica para el Comercio, S. L.	14/09/2005
Control y Montajes Industriales CYMI, S. A.	11/02/2005
Corporación Empresarial Roca, S.A." "Roca Sanitario, S.A." y "Roca Calefacción, S.L."	25/05/2004
Corporación Empresarial Roca, S.A., Roca Sanitario, S.A., Roca Calefacción, S.L.	04/06/2004
Damaterra Empresa de Servicios, S. L.	26/08/2004
Decathlon España, S.A.	19/02/2004
Diario El País, S.L.	1/06/2005

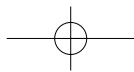
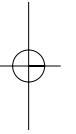
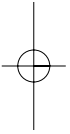
EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD 445

EMPRESA-GRUPO DE EMPRESAS	FECHA PUBLICACIÓN BOE
Digitex Informática, S. L.	10/11/2004
Disa Andalucía, S. L.	07/10/2004
Domar, S. A.	23/03/2004
Domar, S. A.	30/11/2004
Eads Casa, Airbus España, S.L. y Eads Casa Espacio.	08/08/2005
Electrolux Home Products España, S.A., centros comerciales.	14/03/2005
European Air Transport N. V./S. A.	23/08/2004
Federació Farmacéutica, S. Coop. C.L.	18/06/2005
Fénix Directo, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.	11/06/2004
Ferrocarriles de Vía Estrecha.	19/11/2004
Fiat Auto España, S.A.	15/02/2005
Flex Equipos de Descanso, S.A.U.	23/06/2004
Flowserve Spain, S.A.	24/11/2004
Fujitsu Customer Support, S.A.	20/05/2004
Fujitsu España Services, S.A. (antes Fujitsu Customer Support, S.A.) –modificación parcial-	19/08/2005
Fundación Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona.	10/03/2004
Gas Natural Servicios S.D.G, S.A.	08/07/2005
GAS NATURAL, S.D.G., S.A.	23/08/2005
General Óptica, S. A.	2/10/2004
Gesgrup Outsourcing, S.L.	01/07/2004
Getronics España Solution, S.L.	26/07/2005
Grandes Almacenes	05/03/2004
Grenco Ibérica, S.A.	06/05/2005
Grupo Aceralia.	19/02/2004
Grupo Axa Seguros	12/10/2005
Grupo Cetelem.	25/09/2004
Grupo de Empresas Ortiz (Ortiz Grupo Empresarial, S.L., Ortiz Construcciones y Proyectos, S.A., Ortiz Área Inmobiliaria, S.L., Compañía Internacional de Construcción y Diseño, S.A.U., Indag, S.A.U., Prorax, S.A.U., Iberproin, S.A.U., Inditec, S.A.U., Proakis, S.A.U. y Asteisa, S.A.U.).	22/03/2005
Grupo Dhul, S. L.	28/09/2005
Grupo ENDESA	03/08/2004
Grupo Generali España (La Estrella, S.A. de Seguros y Reaseguros; Banco Vitalicio de España Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros; Grupo Generali España, A.I.E.; Gensegur, Agencia de Seguros del Grupo Generali, S.A.; Generali España Holding de Entidades de Seguros, S.A., y Hermes, S.L. de Servicios Inmobiliarios Generales).	04/08/2004

EMPRESA-GRUPO DE EMPRESAS	FECHA PUBLICACIÓN BOE
Grupo Motorpress-Ibérica (Motorpress-Ibérica, S. A. U., Motorpress Rodale, S. L. y Publicaciones Hípicas, S. L.).	15/09/2004
Grupo Santander Consumer Finance (España).	10/06/2004
Grupo Sogecable	19/02/2004
Hero España, S. A.	15/09/2005
Hertz de España, S.A.	10/11/2004
Iberdrola Grupo	26/10/2004
Iberhandling, SAU.	05/10/2005
Inergy Automotive Systems	31/10/2005
Instituto Técnico de Materiales y Construcciones, S.A.	29/06/2005
Izar Construcciones Navales, S.A., en liquidación, para los centros de trabajo de Gijón, Sestao, Sevilla y Manises	11/08/2005
JC Decaux España, S.L.U. y Planigrama Exclusivas Publicitarias, S.A.U.	17/06/2005
Kraft Foods España, S. A.	02/03/2004
Mapfre, Grupo Asegurador.	30/03/2004
Centros de: Burgos, Tres Cantos/Coslada (Madrid), Santa Perpetua de la Mogoda (Barcelona) y Seseña (Toledo).	06/10/2004
NCR España, S. A.	31/03/2005
O.N.C.E.	25/10/2005
Pansfood, S.A.	08/08/2005
Red Eléctrica de España, S.A.	02/02/2004
Refrescos Envasados del Sur, S.A.	15/09/2005
Renault España Comercial, S. A.	15/09/2005
RENFE	22/03/2005
Repsol Butano, S.A.	12/03/2004
Saint-Gobain Vicasa, S.A.	14/09/2005
Santa Bárbara Sistemas, S.A.	11/01/2005
Servicios Securitas, S.A.	29/06/2005
Siemens, S. A.	21/06/2004
Sociedad Salvamento y Seguridad Marítima.	15/09/2005
TECOPY, S.A.	09/02/2004
Telefónica Data España, S. A.	22/10/2004
Telefónica Móviles España, S. A.	30/09/2004
Thyssenkrupp Elevadores, S. A. (Madrid y Valencia)	18/02/2004
Transportes Bacoma, S.A.	15/12/2004

EL CONVENIO COLECTIVO COMO INSTRUMENTO DE FLEXIBILIDAD 447

EMPRESA-GRUPO DE EMPRESAS	FECHA PUBLICACIÓN BOE
<u>Umano Servicios Integrales, S. A.</u>	24/08/2004
<u>Unilever Foods España, S. A./División Frigo.</u>	15/12/2004
<u>Unidad Editorial, S.A.</u>	31/10/2005
<u>Valeo Service España, S. A.</u>	30/09/2004
<u>Volkswagen Finance, S.A</u>	17/03/2005



III. DIÁLOGO SOCIAL, NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y GÉNERO

Teresa Pérez del Río

Universidad de Cádiz

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La transversalidad como principio esencial de las políticas de género. 3. Diálogo social. 4. Negociación colectiva. 5. Conclusiones y perspectivas de futuro: el proyecto de ley orgánica de igualdad entre mujeres y hombres.

1. INTRODUCCIÓN

En un reciente artículo sobre el tema «Diálogo social, concertación social y construcción democrática de las relaciones laborales»¹ Rodolfo Benito Valenciano señalaba que «Para los sindicatos, el diálogo social ha de ser concebido como el instrumento básico para una construcción democrática de las relaciones laborales....constituye un baluarte sobre el que se ha forjado lo mejor y más solidario del modelo social europeo... –añade que–... sin temor a exagerar, podemos afirmar que el diálogo social en Europa ha sido el creador material de la ciudadanía social y un instrumento fundamental para el reconocimiento y respeto de los derechos que la configuran...».

Creo que resulta necesario repetir una vez más que ningún tipo de democracia es comprensible sin la participación paritaria de las mujeres y sin el reconocimiento de la igualdad de derechos de las mujeres no es entendible la ciudadanía². Al parecer sobre esta constatación, tanto en el ámbito de la Unión Europea como en el de sus Estados miembros, los interlocutores sociales han manifestado en

1. *Revista de Derecho Social*, nº29 p. 249 ss.

2. Sevilla Merino, J., *Mujeres y ciudadanía: la democracia paritaria*, Institut Universitari d'Estudis de la Dona, Valencia 2004 y la variada y cuantiosa bibliografía sobre el tema citada en p.131 y ss.

múltiples ocasiones que el diálogo social y la negociación colectiva constituyen instrumentos esenciales para la tutela antidiscriminatoria y para la consecución de la igualdad entre hombres y mujeres. El objetivo de este estudio es analizar hasta qué punto estas manifestaciones se han plasmado en la realidad. Partiendo de la constatación de que en los últimos años, la aplicación de la transversalidad de género ha venido a constituir el instrumento básico para la consecución de la igualdad entre los géneros, el análisis tendrá por objetivo detectar la medida en que los interlocutores sociales están aplicando en sus relaciones negociales dicho principio y para ello, consideramos necesaria una aproximación previa al significado del propio concepto ya que, como se podrá comprobar, no parece que dicho significado sea algo universalmente conocido.

2. LA TRANSVERSALIDAD COMO PRINCIPIO ESENCIAL DE LAS POLÍTICAS DE GÉNERO

La transversalidad constituye el concepto esencial de las políticas de igualdad de oportunidades. Fue acuñado en la IV Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer, celebrada en Pekín en el mes de septiembre de 1995, y constituye el enfoque esencial adoptado por la Comisión CE en su Comunicación de 21 de febrero de 1996 «*Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias*» y se reitera en la «*Estrategia marco comunitaria sobre igualdad entre hombres y mujeres 2001-2005*» prorrogada para 2006 presentada por la Comisión CE al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, cuyo Programa de acción se aprueba por medio de la Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2000.

La Comisión pone de relieve en ambas comunicaciones que la finalidad que se persigue es establecer un marco de acción en el que todas las actividades comunitarias puedan contribuir a alcanzar el objetivo de eliminar las desigualdades y fomentar la igualdad entre hombres y mujeres. Basándose en el principio de que la democracia constituye uno de los valores fundamentales de la Unión Europea, afirma que su plena realización requiere que toda la ciudadanía, mujeres y hombres, participe y esté representada de forma igualitaria en la economía, en la toma de decisiones y en la vida social, cultural y civil. Reconoce que se han hecho progresos considerables en cuanto a la situación de la mujer en los países miembros de la UE, si bien, en la vida cotidiana, dicha igualdad sigue viéndose mermada porque hombres y mujeres no gozan, en la práctica, de los mismos derechos. La subrepresentación persistente de las mujeres y la violencia contra ellas, entre otros aspectos, pone de manifiesto que continúa existiendo una discriminación estructural por razones de género. Entiende que la única forma eficaz de hacer frente a esta situación es la integración del objetivo de la igualdad de género en todas las políticas que tengan repercusiones directas o indirectas sobre la

ciudadanía. Señala que en el diseño y en la aplicación de todas las políticas, hay que tener en cuenta las preocupaciones, necesidades y aspiraciones de las mujeres, en la misma medida que las de los hombres.

El Programa de Acción 2001-2005 propone como objetivo «Fomentar la integración de la igualdad en todas las políticas» y pone como ejemplo, la política fiscal, financiera, económica, educativa, de transporte, de investigación y social. Señala que es necesario supervisar la integración de la perspectiva de género al concebir, aplicar y evaluar las políticas y actividades comunitarias que tienen repercusión sobre la vida diaria de la ciudadanía como la salud pública y las relaciones exteriores incluidas las políticas de derechos humanos. Sin embargo, la persistencia de desigualdades sigue exigiendo la aplicación de medidas específicas a favor de las mujeres. La citada «Estrategia marco comunitaria 2001-2005 sobre igualdad entre hombres y mujeres», se basa en este enfoque dual: de un lado la integración de la óptica de género en todas las políticas, de otro la adopción de medidas específicas de acción positiva.

El principio de transversalidad de género, ha sido recogido en el Tratado de Niza, donde al definir los fines de la Comunidad, el Art.2 incluye, entre otros, la «igualdad de trato entre el hombre y la mujer». Para alcanzar esos fines, en el Art. 3.2 se dice que «en todas las acciones contempladas en el presente artículo, la Comunidad se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad» y de ahí ha pasado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (TCUE 2004). Finalmente la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de modificación de la Directiva 76/207/CEE, de 9 de febrero de 1976 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, establece en su nuevo Art. 1.3 que «los Estados miembros tendrán en cuenta de manera activa el objetivo de la igualdad entre hombres y mujeres al elaborar y aplicar disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, así como políticas y actividades, en los ámbitos contemplados en el apartado 1».

Esta nueva óptica obliga a realizar modificaciones de varios tipos en el proceso normativo, es decir el proceso de adopción de las medidas y normas que tengan por objetivo el desarrollo de las políticas públicas³. En primer lugar, obliga a realizar modificaciones funcionales al variar la forma de actuar en todas las fases de adopción de decisiones: la transversalidad exige en la fase previa a la adopción

3. Lousada Arochena, F., *Informe sobre el impacto de género en la elaboración normativa*, La Ley Nº6-092 23-9-2004 pp.1 y ss. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M. «Informe sobre el impacto por razón de género en la elaboración de disposiciones normativas», *Relaciones Laborales*, nº20, 2004, pp.119 ss.

de cualquier decisión, la realización de un estudio previo sobre su impacto previsto respecto de hombres y mujeres, en su fase ejecutiva deberá evitarse la exclusión de las mujeres y finalmente, en la fase de evaluación se exigirá un re-examen periódico de los efectos de cada decisión sobre el colectivo femenino.

Cuando se hace referencia a la adopción de decisiones, se incluye todo y cualquier acto tanto del poder legislativo, como del ejecutivo o del judicial. Pero también a cualquier acto o decisión de todo y cualquier poder social con potestad normativa creadora como, en nuestro sistema de relaciones laborales, los interlocutores sociales.

Hasta hace poco tiempo, el derecho español, como otros ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE, han demostrado un profundo desconocimiento del principio de transversalidad tanto en su formulación teórica como en sus aplicaciones. Nuestro ordenamiento jurídico ha carecido de toda referencia al concepto de transversalidad hasta la adopción de la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno. Algunas otras CCAA han seguido este ejemplo y han adoptado normas sobre transversalidad de género en su actividad normativa⁴ por ejemplo, la ley vasca 4/2005 de igualdad de mujeres y hombres Art.3.4.

Es de señalar sin embargo que la efectividad de todas estas normas está dejando bastante que desear ya que tanto los informes sobre impacto de género como la evaluación final, generalmente no se realizan de forma seria y responsable, sino que están convirtiéndose en meros trámites, quizá en parte debido a la ignorancia sobre la forma en que deben realizarse. La Comisión Europea ha tratado de paliar esta deficiencia en absoluto exclusiva de nuestro país, mediante la elaboración de una «Guía para la evaluación del impacto en función del género»⁵ cuyo ámbito formal de aplicación es la propia Comisión pero que puede actuar como punto de referencia, o si se quiere como modelo, para la realización de este tipo de informes. También existen otras guías a nivel de Comunidad Autónoma como la elaborada por la Generalitat Catalana⁶.

En primer lugar, resulta necesario comprobar si la realización del informe sobre impacto de género es necesaria en un caso concreto (lo que en la Guía se denomina pertinencia de la evaluación) respecto a lo cual la Guía señala que en un proceso de integración de la perspectiva de género en una determinada medida, norma o decisión, es necesario disponer previamente de datos desagregados por sexo, estudiarlos y plantearse si existen en el ámbito de aplicación de la medi-

4. En el caso de Andalucía la Ley 18/2003 y el Decreto 93/2004 de 9 de marzo.

5. <http://www.aeci.int.bo/documentos/Materiales%20de%20g%E9nero/Evaluaci%F3n.%20Indicadores/evaluaci%F3n%20impacto%20g%E9nero.pdf>

6. http://www.unidadgenero.com/documentos/ponencia_Angels_Gensana.pdf

da a analizar diferencias entre las mujeres y los hombres por lo que se refiere a los derechos, el acceso a los recursos y la participación en las decisiones. Si la respuesta es positiva, se hace necesario evaluar el impacto potencial de la propuesta en los hombres y en las mujeres en función de las diferencias constatadas. En otras palabras, se hace necesario el *informe de impacto de género*. Por el contrario, si de los datos estadísticos desagregados por sexos no se deduce la existencia de diferencias en la situación de hombres y mujeres en el ámbito de aplicación de la norma, medida o decisión, el informe no será necesario.

En segundo lugar han de ser elaborados los adecuados criterios de actuación, que responderían al interrogante de cómo pueden las políticas, las normas o las medidas que desarrollan los objetivos establecidos políticamente, contribuir a eliminar las desigualdades constatadas entre hombres y mujeres y promover su igualdad.

En la Guía se recogen varios ejemplos sobre ámbitos en los que el informe de impacto de género puede ser necesario. En nuestra opinión, uno de los más significativos sería el referente a la política de transportes, un sector aparentemente neutro respecto del que un examen más atento pone de manifiesto diferencias sustanciales entre mujeres y hombres en cuanto a las modalidades de utilización y acceso a los medios de transporte públicos y privados ya que está demostrado que las mujeres tienen acceso a un coche particular con menos frecuencia que los hombres, y utilizan más los transportes públicos; esta consideración en materia presupuestaria debería influir en la decisión sobre invertir más en carreteras o autopistas o en mejorar los transportes públicos.

La integración de la dimensión de género como elemento a tener en cuenta en la elaboración normativa, llevaría a la conclusión de que todo el ordenamiento jurídico está asumiendo la transversalidad como una finalidad buscada por todas y cada una de las normas que lo componen, que también deberán aplicar la perspectiva de género. En otros términos, mediante el reconocimiento normativo al máximo nivel del principio de transversalidad de género, la totalidad del ordenamiento jurídico aparece impregnado del objetivo de conseguir la igualdad entre hombres y mujeres, de modo que, cada norma, ostentará la finalidad adicional de conseguir ese objetivo de tal forma que todas y cada una de las normas que lo integran han de convertirse en mecanismo de consecución de la igualdad entre hombres y mujeres.

3. DIÁLOGO SOCIAL

Tanto a nivel europeo como interno, resulta evidente que las reformas experimentadas en las economías europeas en los últimos años y la adaptación de las relaciones laborales a la globalización económica evitando al tiempo que ello produzca un retroceso en los derechos reconocidos a los trabajadores, constituye uno de los objetivos esenciales del diálogo social. En definitiva, el debate se colo-

ca en términos de conseguir mas flexibilidad en la gestión empresarial pero con seguridad y estabilidad para los trabajadores, lo que se ha venido a denominar debate sobre la *flexiseguridad*.

El objetivo de asignar con mayor eficiencia los recursos humanos, reducir costes y aumentar la productividad, está teniendo un diferente impacto para los hombres y para las mujeres porque su situación de partida en el momento en que comenzaron estos cambios era diferente. Estos problemas, como ponen de manifiesto relativamente recientes estudios de la OIT⁷ son susceptibles de acentuarse en el marco de la Europa ampliada.

Según dichos estudios, a nivel europeo, los tres problemas más apremiantes en la actualidad para las mujeres y las relaciones entre los géneros en el mundo laboral resultan ser, en primer lugar la aparición de dificultades para asegurar el empleo y las rentas en unos mercados del trabajo fluctuantes, en segundo lugar la insuficiente cobertura y eficacia de la protección social y de los servicios sociales y, en tercer lugar, la inadecuada participación de las mujeres en el diálogo social y en la toma de decisiones concernientes al medio socio económico y político, y como consecuencia de ello la existencia de serias dificultades para hacer valer sus reivindicaciones y prioridades.

Para la OIT las variables que habrá que estudiar más a fondo para valorar la reestructuración del mercado del trabajo en su vertiente relativa al género abarcan por tanto las respectivas tasas de participación en la fuerza de trabajo, en el desempleo, el subempleo y el empleo en el sector no estructurado, la segregación vertical y horizontal del mercado de trabajo, los niveles salariales y sus diferencias en función del género, el trabajo de cuidado no retribuido que mayoritariamente realizan las mujeres y su relación con el mantenimiento del estado de bienestar, por citar sólo las más importantes.

En toda la región el desempleo es un problema que afecta más a las mujeres que a los hombres, con índices notablemente más altos de desempleo entre éstas. Más aún: las mujeres desempleadas se ven generalmente expuestas a un riesgo mayor de desempleo de larga duración. También las afectan mucho más intensamente el paro encubierto y la economía sumergida.

Por razones diversas, entre las mujeres las posibilidades de recurrir al autoempleo o convertirse en empresarias son inferiores a las de los hombres. Además, el empleo por cuenta propia constituye a menudo una forma de paro encubierto y no proporciona oportunidades de unos ingresos decentes.

La segregación en el empleo por motivos de género, no solo permanece vigente sino que incluso se ha reforzado en algunas regiones europeas sobre todo en los países de la ampliación, de manera que las mujeres trabajadoras constituyen

7. *Género: un pacto entre iguales*. Publicaciones Oficiales OIT, Ginebra 2000.

una mayoría abrumadora en determinados campos, tales como el sector textil, oficinas, sanidad y educación, el sector público y el de servicios en general, en puestos de baja remuneración y escasa autoridad.

A menudo se les paga menos que a los hombres por un trabajo igual o del mismo valor, pero habría que contar con sistemas de valoración adecuados para medir el alcance de este problema y rectificar semejante desviación; como no es así, la consecuencia es que, en la mayor parte de la región, los ingresos de las mujeres son inferiores a los de los hombres, y que incluso mujeres bien calificadas tienen dificultades para conseguir unos ingresos decentes a través de un empleo adecuado a su capacidad.

Los sistemas de protección y seguridad social europeos (por ejemplo el alemán) están sufriendo importantes reformas. Estas reformas se están produciendo sin prestar suficiente atención a las necesidades de las mujeres y a la especificidad de sus carreras profesionales, que discurren entre el trabajo en el seno de la familia y el asalariado. Por el contrario, en las discusiones acerca de la reforma de las pensiones, incluso se ha llegado a censurar a las mujeres por poner en apuros al sistema de pensiones debido a su mayor esperanza de vida e inferior umbral de edad para acceder a una pensión. Por lo que se refiere a la protección social, las mujeres presentan un mayor nivel de dependencia de los servicios sociales de cuidado cuya insuficiencia a nivel europeo ha sido repetidamente puesta de manifiesto.

Finalmente, también está demostrado que las mujeres en paro, las titulares de familias monoparentales y las mujeres mayores, están sobrerrepresentadas entre los grupos con rentas más bajas y las personas que viven en la pobreza de tal forma que se está hablando cada vez mas insistentemente de una progresiva feminización de la pobreza en Europa.

Por lo que se refiere al ámbito de las relaciones laborales, las mujeres han luchado y siguen luchando por salir de una posición subordinada y marginal en el seno de las organizaciones de empleadores y trabajadores. Como sigue poniendo de manifiesto la OIT, los intereses de las mujeres no están aún igualitariamente representados en el diálogo social y en los niveles directivos relevantes para el mundo del trabajo. Para las cuestiones sobre los derechos y las necesidades de las trabajadoras a menudo no hay lugar en la agenda. Y todavía menos si se trata de debatir los cambios necesarios para repartir las responsabilidades y el poder entre mujeres y hombres de manera que se respete la igualdad de géneros.

Evidentemente, todos estos problemas, son enmarcables en todos y cada uno de los ámbitos en los que se pretende desarrollar el diálogo social tanto a nivel comunitario como a nivel nacional y todos los objetivos que debe asumir el diálogo social en cumplimiento de los objetivos fijados en la Cumbre de Lisboa, afectan de forma mas intensa a las mujeres que a los hombres, evidentemente por tanto, para conseguir el punto de equilibrio entre flexibilidad y seguridad deberían ser

tomadas en cuenta tanto la situación como las prioridades y reivindicaciones de las mujeres a un puesto de trabajo legal digno y de calidad, diversificado y estable, suficientemente remunerado, socialmente protegido etc. En definitiva, sería necesario introducir una perspectiva transversal de género en todos los ámbitos de negociación, tanto tripartita como bipartita, realizando los correspondientes informes de impacto de género, toda vez que claramente estos resultan pertinentes.

Resulta constatable que las instituciones y las normas comunitarias siempre han otorgado un papel esencial a los interlocutores sociales en la tarea de implementar y hacer realidad el principio de igualdad y la eliminación de la discriminación por razón de género. Las posibilidades de intervención de los interlocutores sociales comunitarios en la creación de normativa comunitaria son varias y todas ellas han producido resultados negociales en óptica de género.

En primer lugar, el Tratado de Niza les atribuye especiales responsabilidades en materia de creación normativa: los interlocutores sociales pueden si lo desean, llegar a *acuerdos* que posteriormente serán *reforzados* y adoptarán forma y eficacia jurídica de Directivas. De esta forma se adoptaron dos importantes Directivas en óptica de género, la D/96/34/CEE sobre permisos parentales y la D/97/81 sobre trabajo a tiempo parcial. También pueden, si lo desean, llegar a acuerdos denominados *voluntarios*, es decir, no reforzados, cuya aplicación se deja en las propias manos de los interlocutores sociales que realizarán la trasposición de este tipo de acuerdos mediante la negociación colectiva interna. De esta forma se adoptó por ejemplo el Acuerdo sobre el Teletrabajo de 16 de julio de 2002. Finalmente los interlocutores sociales comunitarios pueden llegar a acuerdos de carácter sectorial o intersectorial, de diversa eficacia (orientaciones de política sindical, códigos de buenas prácticas, programas de acción) por ejemplo, con valor de *línea guía sectorial* se ha adoptado el 16 de diciembre de 2004, un acuerdo entre la Central Europea de Armadores y la Federación Europea de sindicatos del Transporte, sobre igualdad de oportunidades y lucha contra el acoso moral en el trabajo; con carácter de *Plan de acción*, o *acuerdo para negociar*, se ha adoptado en el mes de marzo de 2005, un denominado «Plan de Acciones sobre Igualdad de Género» firmado por la CES, la UNICE, la UEPME y la CEEP. Sin embargo, a la vista del desarrollo del diálogo social en los últimos años en el ámbito comunitario, comparto la postura que la Comisión de la UE manifiesta en su Comunicación sobre «*Colaboración para el cambio en una Europa ampliada: potenciar la contribución del diálogo social europeo*»⁸, en la que se pretenden recoger los logros, las posibilidades y las carencias e insuficiencias que se han planteado. La Comisión en esta Comunicación expresa entre líneas a veces y otras veces con una claridad meridiana, una confianza con cautelas importantes en el desarrollo y la función del diálogo social a nivel europeo. Pone de mani-

8. COM (2004) 557 final

fiesto los problemas que se han presentado y que se acentuarán a medio plazo a resultas de la ampliación; entre otros, problemas relacionados con el nivel de concreción y la eficacia vinculante de los acuerdos adoptados y las deficiencias en las relaciones entre los interlocutores europeos y sus correlativos nacionales lo que dificulta su aplicación y el control de seguimiento de esta aplicación.

Estas carencias e insuficiencias se han manifestado en los tres casos significativos en óptica de género a que se ha hecho referencia: los acuerdos reforzados sobre permisos parentales y trabajo a tiempo parcial y el acuerdo autónomo sobre teletrabajo. En los tres casos, las obligaciones creadas son difusas y aportan escasas novedades respecto de la situación anterior pero además, su implementación mediante la negociación colectiva interna deja bastante que desear y no existen instrumentos eficaces para obligar a los interlocutores internos a cumplir las escasas obligaciones contraídas a nivel comunitario. De ello se puede concluir que o bien los interlocutores sociales no han aplicado el principio de transversalidad de género, ni realizado los correspondientes informes de impacto en sus negociaciones, o estos no han influido de forma importante en los resultados obtenidos.

Es necesario señalar que la Agenda Social Europea 2006-2010, pone de manifiesto que la Comisión se propone elaborar una Comunicación sobre futuras actuaciones para abordar las deficiencias apreciadas en materia de igualdad entre hombres y mujeres, a desarrollar mediante el diálogo social, presentará un Informe anual a la Cumbre de primavera y señala que será creado en breve un *Instituto europeo del Género*, cuya función será recabar información e intercambiar buenas prácticas, asistirá a la Comisión y a los Estados miembros en la realización los objetivos comunitarios relacionados con el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres y su integración en todas las políticas comunitarias.

La situación en España no es muy diferente a la constatada por la OIT en general para Europa y sobre todo para los países de la ampliación. La Declaración para el Diálogo Social «Competitividad, empleo estable y cohesión social» firmado el 8 de julio de 2004, que tiene por objetivo delimitar el espacio de desarrollo del diálogo y la concertación en la presente legislatura, definiendo los objetivos, las orientaciones generales y las materias a tratar, que estructura en torno a trece temas de negociación, establece entre sus objetivos que «El Gobierno y los interlocutores sociales, mediante los instrumentos a su alcance, buscarán de manera concertada soluciones que promuevan la integración laboral de las mujeres y mejoren sus condiciones de trabajo. Igualmente, procurarán la conciliación de la vida familiar y laboral. Y todo ello, en un sentido en todo conforme con el principio de igualdad de oportunidades y no discriminación».

Esta declaración resulta absolutamente insuficiente por su generalidad y no aplica el principio de transversalidad de género, que debería atravesar los restantes doce objetivos. Sería necesario tener en cuenta tanto la situación como las reivindicaciones de las mujeres en todo el proceso de negociación de temas como

mercado de trabajo, inmigración, formación permanente, políticas activas y función de los servicios de empleo, política industrial, salario mínimo interprofesional, prevención de riesgos laborales, Seguridad Social y protección social, todos ellos con indudables efectos sobre la situación socio-laboral de las mujeres. En desarrollo de esta declaración, y con objetivo de complementarla, los sindicatos mas representativos a nivel nacional presentaron en marzo a la Mesa de Empleo un documento con las propuestas unitarias para el diálogo social sobre mercado de trabajo en óptica de género.

En este documento se comienza afirmando que «...el incremento de la tasa de actividad entre las mujeres solo podrá conseguirse mediante la erradicación de las discriminaciones tanto directas como indirectas que sufren las mujeres en el acceso al empleo, la formación, la promoción, en las condiciones de trabajo incluidas las retribuciones... La utilización y puesta en práctica en el ámbito de las empresas de acciones positivas y planes de igualdad suponen una garantía para alcanzar una mayor participación de las mujeres en el empleo...convertir estas medidas en prácticas habituales promoverá la inserción laboral de las mujeres , su promoción y permanencia en el empleo y la formación, herramienta imprescindible para eliminar la segregación ocupacional.»

Para conseguir el objetivo presentan una serie de propuestas, entre ellas la obligación de establecer por vía legal la previsión de Planes de igualdad y los contenidos mínimos de los mismos como contenido obligatorio de la negociación colectiva. Estos PI deberán contemplar:

- La igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, la promoción, la formación y la igualdad retributiva.
- Medidas para favorecer la conciliación de responsabilidades familiares y profesionales de hombres y mujeres
- El acoso sexual y el acoso moral por razón de género
- Sistemas de evaluación y seguimiento de la ejecución de estos planes.

Propone la adopción mediante ley de medidas de acción positiva en el acceso al empleo, dando prioridad en igualdad de méritos y condiciones a la contratación de mujeres tanto en las actividades como en las categorías profesionales en las que están subrepresentadas. En la promoción profesional propone la adopción medidas de las mismas características con el objetivo de eliminar la segregación ocupacional así como el establecimiento de planes específicos de formación profesional para mujeres desempleadas u ocupadas en aquellas actividades en las que las mujeres tienen menos presencia. A través de regulación legal y convencional solicita la adopción de criterios y las correspondientes definiciones de los mismos, que se han de tener en cuenta para la conformación de los grupos profesionales y la valoración de los puestos de trabajo con el objetivo de eliminar la discriminación retributiva indirecta.

También exige la ampliación y el reforzamiento de las competencias de los representantes del personal en materia de igualdad. A tales efectos, se señala que debería reconocerse a estos derechos a recibir información segregada en función del sexo en todo lo referente a:

- a) composición de plantilla y solicitudes de empleo
- b) nuevas contrataciones
- c) retribuciones medidas desglosadas por cada uno de los componentes retributivos
- d) planes de empleo.

Por lo que respecta a la conciliación de la vida profesional y familiar y tras poner de manifiesto las insuficiencias y las carencias percibidas en la regulación actualmente vigente propone:

- la creación de infraestructuras adecuadas, suficientes, asequibles y de calidad, para facilitar el cuidado, especialmente incrementando el número de plazas en escuelas infantiles de 0 a 3 años y guarderías así como plazas o servicios de cuidado a domicilio de mayores enfermos y discapacitados;
- la equiparación de derechos de hombres y mujeres en materia de licencias, permisos, excedencias y reducciones de jornada y revisión del régimen jurídico de los mismos con el objetivo de adecuarlos a las necesidades que pretenden solucionar. Se plantea la necesidad de suprimir el parentesco por afinidad del sujeto causante a la hora de reconocer los derechos de ausencia retribuida, excedencias y reducciones de jornada;
- el tratamiento de los tiempos de trabajo de tal manera que no solo se permita sino que se incentive la participación de los hombres en la atención de las responsabilidades familiares;
- el reconocimiento de un permiso de paternidad individual intrasferible e independiente del permiso de maternidad y flexible encunanto a las posibilidades de disfrute, evitando que dicho disfrute repercuta de forma negativa en la carrera de seguro y en los derechos profesionales de sus beneficiarios;
- la extensión del derecho a excedencia para cuidado de familiares a tres años con las mismas garantías reconocidas para el primer año: reserva del puesto de trabajo y contabilización como periodo de carencia cubierto;
- la mejora de la protección social durante el tiempo de utilización de estos permisos y licencias mediante la ampliación de la protección durante los permisos de maternidad y paternidad, adopción y acogimiento, eliminando el requisito de periodo mínimo de carencia de cotización a la SS en los casos de maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia;
- contemplar el riesgo durante embarazo y lactancia como supuestos derivados de contingencias profesionales y no como contingencias comunes.

Se plantea la necesidad de una protección adecuada de los beneficiarios/as frente a las represalias por el ejercicio de los derechos de conciliación y garantizar que no menoscabe los derechos de carácter profesional o de seguridad social y también se exige una diferenciación clara a efectos de protección social entre ejercicio de derechos de conciliación, sobre todo las reducciones de jornada y el trabajo a tiempo parcial impidiendo que la utilización de este derecho tenga efectos negativos en el momento del acceso a la protección social.

Por lo que respecta a la acción de las instituciones de control y promoción, se entiende necesario reforzar el control y vigilancia por parte de la Inspección de trabajo sobre la aplicación de las normas sobre discriminación por razón de género y dotar de recursos y medios suficientes y de los instrumentos necesarios para llevar a cabo sus actuaciones para lo cual se entiende necesario lo siguiente:

- La igualdad de oportunidades y trato, debe figurar entre los objetivos prioritarios de los planes estratégicos a cumplir por parte de la Inspección y la Subinspección de trabajo y Seguridad Social.
- Debe dotarse a la ITSS de medios e instrumentos para la realización más adecuada y efectiva del control de legalidad de los convenios colectivos en materia de género, atribuyendo competencias específicas de asesoramiento a los interlocutores sociales en materia de igualdad a la Comisión Nacional de Convenios Colectivos.
- Deben establecerse medidas específicas en los programas de acción de los Servicios Públicos de Empleo dirigidas a las mujeres en situación de desempleo.
- Deben impartirse planes de formación específica en materia de igualdad y no discriminación por sexo a todos los operadores jurídicos (judicatura, abogacía, inspección de trabajo, inspección de servicios etc.).

En definitiva, las reivindicaciones planteadas en óptica de género por este documento no son en absoluto novedosas; las carencias e insuficiencias que en todas estas materias plantea el ordenamiento español han sido reiteradamente puestas de manifiesto y asimismo reiteradamente se ha venido exigiendo su eliminación.

4. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Por lo que se refiere al diálogo social bipartito, o en otros términos, a la negociación colectiva, es preciso comenzar señalando que en todos los Estados miembros de la UE constituye el instrumento por excelencia de regulación de las condiciones de trabajo y de las relaciones laborales y, desde hace tiempo, se afirma, cada vez más, como instrumento de garantía de los Derechos Fundamentales en el seno de la empresa. Como ya se ha señalado, la Directiva 2002/73/CEE intenta conseguir la implicación de los interlocutores sociales en la aplicación del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en las empresas median-

te los convenios colectivos. Su Art.8 exige de los Estados miembros la adopción de medidas adecuadas para fomentar el diálogo social entre el empresariado y la representación de los/las trabajadores/as sobre la igualdad de trato a fin de promover su aplicación «...mediante, entre otros, el seguimiento de las prácticas desarrolladas en el lugar de trabajo, los convenios colectivos, los códigos de conducta, la investigación o el intercambio de experiencias y buenas prácticas».

La Directiva hace especial hincapié en la negociación colectiva como instrumento de aplicación del principio de igualdad y se pide de los Estados miembros que alienten al empresariado a que aplique y fomente la igualdad en las empresas de forma planificada, sistemática y transversal y de hecho los sindicatos europeos han puesto de manifiesto en diferentes documentos la importancia de garantizar un proceso de negociación colectiva sensible a la problemática de género, sin embargo, a la vista de los resultados obtenidos estas insistentes manifestaciones parecen responder más al discurso políticamente correcto que a una voluntad real.

En concreto en el sistema de relaciones laborales español, el convenio colectivo constituye una norma integrada en el sistema de fuentes. La Constitución española de 1978 y en concreto sus Arts. 7, 28 y 37, otorgan a la negociación colectiva una esencial función en la regulación de las condiciones de trabajo y de las relaciones laborales. Desde ella, los convenios colectivos se conciben como instrumento adecuado para la introducción en la empresa de garantías de los derechos sociales que la propia Constitución reconoce, entre ellos el de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo (Art.14 CE) y por ello debería cumplir las obligaciones derivadas de transversalidad género, asumiendo su función de convertirse en un mecanismo de consecución de la igualdad entre hombres y mujeres. Así además lo vienen reconociendo los propios interlocutores sociales que han venido afirmando en todos los ANCS de los últimos años. Durante la vigencia del ANC 2002, los interlocutores sociales encargaron la realización de un estudio con el objetivo de analizar los posibles factores que dificultan la aplicación de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, incluso en momentos previos al acceso al empleo, identificar los obstáculos y destacar cuales pueden ser las prácticas adecuadas para fomentarlas, evaluando también la operatividad de la negociación colectiva a estos efectos. Dicho estudio ha llevado a que en el Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2003 se establecieran una serie de objetivos a conseguir por los interlocutores sociales en su función negociadora.

Las partes sociales reconocen expresamente los que se han identificado como principales problemas que tienen las mujeres hoy en el mercado de trabajo español, y reconocen que aunque algunos de estos factores trascienden el ámbito de las relaciones laborales, a través de la negociación colectiva y el diálogo social se puede realizar una importante contribución para modificar el actual escenario y avanzar en el objetivo de corregir las desigualdades que existen entre las condi-

ciones laborales de hombres y mujeres. La negociación colectiva, entienden, debe contribuir al establecimiento de un marco equitativo para el desarrollo de las condiciones de trabajo de hombres y mujeres, propiciando aquellas actuaciones que eliminen los obstáculos que se oponen a la consecución de la equidad y, en su caso acudiendo a la inclusión de acciones positivas cuando se constate la existencia de situaciones desiguales de partida vinculadas a las condiciones laborales. Las consideraciones generales junto con las buenas prácticas que se compromete a difundir la Comisión de Seguimiento, tienen por objeto orientar sobre aquellos aspectos que pueden incidir positivamente en materia de acceso y permanencia de las mujeres en el empleo en condiciones de igualdad con los hombres y corregir aquellas prácticas que puedan constituir un obstáculo para la aplicación del derecho a la igualdad de oportunidades que establecen las normas legales nacionales y comunitarias.

Las organizaciones firmantes consideran adecuados para su tratamiento por la negociación colectiva entre otros y como referidos a la materia que nos ocupa (empleo, contratación promoción y condiciones de trabajo), los siguientes criterios generales:

- La adopción de cláusulas declarativas antidiscriminatorias, que pueden incluirse como principio general o reproducirse en apartados concretos del convenio;
- La adecuación del contenido de los convenios colectivos a la normativa vigente o, en su caso, la mejora de la misma, eliminando aquellas cláusulas que estén superadas por modificaciones normativas.
- La inclusión de cláusulas de acción positiva para fomentar el acceso de las mujeres, en igualdad de condiciones a sectores y ocupaciones en los que se encuentren subrepresentadas;
- El estudio y, en su caso, el establecimiento de sistemas de selección, clasificación, promoción y formación, sobre la base de criterios técnicos, objetivos y neutros por razón de género;
- La eliminación de las denominaciones sexistas en la clasificación profesional (categorías, funciones y tareas);
- La incorporación de medidas sobre jornada laboral, vacaciones, programación de la formación que permitan conciliar las necesidades productivas y las de índole personal o familiar;
- La evaluación de la aplicación del convenio desde la perspectiva de la igualdad de oportunidades, a través del seguimiento realizado por la Comisión Paritaria, que se dotará en su caso, del correspondiente asesoramiento. Si se considera oportuno tal tarea se delegará en comisiones de trabajo específicas.

En el ANC 2005, el tema se diluye algo mas, integrándose en un Capítulo VI general sobre igualdad de trato y oportunidades del que se convierte en un punto específico que no aporta grandes novedades respecto al firmado en 2003.

Los análisis realizados sobre el nivel de cumplimiento real de estos objetivos por parte de la negociación colectiva en España en los últimos años, ponen de manifiesto que aún queda mucho por hacer para conseguir los objetivos formalmente propuestos⁹.

Respecto de la eliminación de la discriminación por razón de género y la consecución de la igualdad de oportunidades en materia de acceso al empleo y en las condiciones de trabajo, la manifestación expresa de la voluntad de conseguirlo se puede realizar mediante la adopción de cláusulas convencionales antidiscriminatorias, como señala el propio ANC 2004 y la adopción de procedimientos e instrumentos de garantía. Es de señalar que este tipo de cláusulas antidiscriminatorias ha ido aumentando su presencia en la negociación colectiva en los últimos años, concentrándose sobre todo en la de ámbito estatal aunque se pueda encontrar algún ejemplo aislado en la de ámbito inferior.

La intensidad de este tipo de declaraciones es variable abarcando desde cláusulas genéricas de no discriminación por ningún factor incluido el sexo, a cláusulas específicas de no discriminación entre hombres y mujeres, bien referidas en general al conjunto del convenio, bien con referencia a determinadas materias (acceso al empleo, promoción, formación, retribución). Existen de forma excepcional, convenios que van más allá de la mera declaración genérica y prevén medidas de acción positiva en materias tales como la promoción o la formación profesional, o incluso en el acceso, de tal manera que en condiciones de paralela idoneidad, tendrán preferencia para la contratación o la promoción las personas pertenecientes al género menos representado en el grupo profesional al que pertenezca la vacante que se pretende cubrir. En todo caso, la presencia de este tipo de cláusulas declarativas no garantiza en absoluto que el convenio que las contiene incorpore la óptica de igualdad entre hombres y mujeres de forma transversal. En ocasiones esta cláusula constituye la única referencia en todo el convenio al principio de igualdad entre sexos, sin que se contemplen otro tipo de mecanismos para hacerla efectiva en el tratamiento de las distintas materias objeto de negociación.

En lo referente a mecanismos o instrumentos de garantía de aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres, es de señalar que algunos convenios colectivos encomiendan a las Comisiones Paritarias funciones en este ámbi-

9. Alonso Bravo, *et. alt. Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva de Castilla y León*, Junta de Castilla y León 2001. Bonino Covas y Aragón Medina, *La negociación colectiva como instrumento para la igualdad laboral entre hombres y mujeres*, MTAS, Madrid 2003. CCOO, «Consideraciones generales y buenas prácticas sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva», *Cuadernos de Información Sindical*, Madrid 2003. Secretaría Confederal de la Mujer de CCOO. «Negociación colectiva y género: Una apuesta de futuro», Madrid, 2003. http://www.ccoo.es/pdfs/NC_genero.pdf. CES, «La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres», Informe 2/2003 Madrid 2004.

to pero resulta sin duda mucho mas eficaz la creación de Comisiones específicas con el objetivo de promover la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y controlar y evitar las situaciones de discriminación por razón de sexo. Son excepcionales los convenios que contienen este tipo de instituciones y procedimientos de garantía. Ciertamente en algunos existen, fundamentalmente en los de carácter sectorial, en los que se reconoce a este tipo de Comisiones la posibilidad de solicitar información, emitir informes y elevar propuestas de corrección de las situaciones discriminatorias constatadas.

Por lo que respecta al acceso al empleo, sería necesario eliminar la segregación ocupacional en los procesos de contratación, es decir, terminar con los estereotipos que determinan la asignación de trabajos diferentes a hombres y a mujeres, creando las condiciones para una integración racional y no sexista de todas las personas, sea cual sea su sexo, en todos los puestos de trabajo de cualquier empresa o sector ya que se ha comprobado experimentalmente que la mejor forma de eliminar la discriminación en las condiciones de empleo y trabajo, es garantizar la igualdad de oportunidades de acceso a hombres y mujeres a todo tipo de empleo o profesión.

La negociación colectiva debería proponerse la regulación de sistemas objetivos de contratación, acceso y promoción que garanticen la eliminación de la discriminación, mediante la selección de los trabajadores por medio de pruebas objetivas; debería además, en cumplimiento de la D/2002/73, exigirse en los convenios colectivos de ámbito sectorial, la realización de análisis estadísticos sobre la situación de empleo en las empresas de mas de 50 trabajadores/as y si se constatará que esta fuera discriminatoria, (porque las mujeres sean excesivamente escasas o están exclusiva o mayoritariamente integradas en determinadas secciones o puestos de trabajo) al estudio de las razones que llevan a la situación, lo que podría ir además unido a un compromiso de modificación de la situación mediante la adopción de medidas de acción positiva (por ejemplo, cursos de formación y reciclaje dirigidos a las mujeres trabajadoras de la empresa para facilitar su movilización o su promoción).

Por lo que se refiere a la calidad del empleo, sería necesario tener en consideración la atipicidad del empleo femenino, garantizando, por ejemplo, la aplicación del principio de proporcionalidad y de igualdad de derechos de los trabajadores a tiempo parcial –en su mayoría mujeres en toda Europa– y de los trabajadores temporales –los niveles de precariedad son mas elevados entre las mujeres (34'2% femenino frente al 29'2% masculino)–. Garantizar en la medida de lo posible la estabilidad en el empleo mediante la conversión de contratos temporales en fijos, favorecería igualmente más a las mujeres por la misma razón.

Para garantizar una mayor empleabilidad y una mayor estabilidad en el empleo a las mujeres, es necesario tener en cuenta su formación profesional ya que en un momento en que los procesos de producción sufren continuas trasfor-

maciones tecnológicas y en los que la flexibilidad y la movilidad funcional van a ser la regla general, la formación continua se convierte en una necesidad esencial si se desea tener oportunidades de conservar el puesto de trabajo y en ello hacen hincapié constantemente los Programas Comunitarios y Nacionales europeos para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. A partir de la reforma de la normativa laboral realizada en 1994, la formación y la promoción profesional se convierten en materias a regular por la negociación colectiva de manera casi exclusiva, por ello es básico que los convenios colectivos garanticen la igualdad de oportunidades entre trabajadores y trabajadoras en la participación en los procesos de formación en las empresas. La mejor y mayor integración de la mujer en el mercado de trabajo y en condiciones de igualdad de oportunidades, pasa indudablemente por la mejora de niveles y diversificación de la formación profesional femenina, por ello es necesario favorecer la participación de las mujeres en los diversos cursos de formación que se realicen para así superar la situación de desigualdad de partida en la que se encuentran muchos de los colectivos de trabajadoras en el interior de las empresas. Mediante la negociación colectiva debe garantizarse que la formación de las mujeres sea continua, específica e integral, tenga valor profesional, se realice dentro de la jornada de trabajo y se dirija a la formación de mujeres en aquellas especialidades, sectores o profesiones en los que la mujer se encuentra subrepresentada. También es importante cuidar la formación de aquellas mujeres que la precisen para reanudar su actividad laboral después de un periodo largo de suspensión. Sin embargo, los estudios realizados ponen de manifiesto que la situación convencional constada es lamentable en esta materia. Con carácter excepcional, algún que otro convenio, incluye cláusulas sobre formación profesional desde una perspectiva de género.

Parece existir una mayor preocupación de la negociación colectiva en la regulación de la promoción profesional y los ascensos. En este ámbito los convenios suelen reproducir los criterios establecidos en el Art.24 del ET conforme al cual los ascensos se producirán teniendo en cuenta la formación, méritos, antigüedad del trabajador y las facultades organizativas del empleador, debiéndose ajustar a reglas comunes para ambos sexos. Una tendencia generalizada al respecto es la pérdida de importancia de la antigüedad como criterio para la promoción, que sin duda perjudicaba más a las mujeres. A pesar de que resulta relativamente frecuente la regulación convencional de sistemas objetivos basados en principio en el mérito y la capacidad, la promoción a los puestos de responsabilidad y mando suelen estar reservados a la libre designación del empleador lo que en nada suele colaborar a la eliminación de la segmentación vertical del mercado de trabajo. Muy excepcionalmente se hace referencia a la no discriminación por razón de sexo en la promoción en el trabajo.

Por lo que se refiere a las condiciones de empleo relacionadas con el tiempo de trabajo como jornada, vacaciones, turnos etc., como ponen de manifiesto de forma reiterada los diferentes Programas de Igualdad de Oportunidades de la UE,

deben regularse de tal forma que permitan la compatibilización de las responsabilidades familiares con las profesionales. Las posibilidades de conciliación siguen constituyendo una cuestión prioritaria para las mujeres ya que se demuestra estadísticamente que las responsabilidades familiares de cuidado siguen siendo asumidas casi exclusivamente por estas, por tanto, como asimismo se demuestra estadísticamente, la regulación del tiempo de trabajo preocupa más a las mujeres que la del sistema retributivo, a pesar de la demostrada situación de discriminación salarial por razón de sexo. Es cierto que como ponen de manifiesto los diferentes observatorios, la ordenación del tiempo de trabajo se está mostrando en los últimos años uno de los aspectos más dinámicos de la negociación colectiva, incorporándose a los convenios una diversidad de fórmulas de cómputo y distribución de la jornada cada vez mayor. Confluyen en este momento tendencias de distinto signo de forma que, paralelamente a la disminución progresiva de la jornada de trabajo pactada convencionalmente, aumentan los pactos sobre jornadas irregulares, las cláusulas de disponibilidad, el trabajo a turnos, pero al tiempo la negociación colectiva comienza de forma tímida a recoger fórmulas de distribución de la jornada más favorables al equilibrio entre la vida laboral y familiar. Con alguna frecuencia los convenios que recogen pactos de jornada irregular, prevén al tiempo condiciones para la aplicación de este tipo de jornada como la necesidad de preaviso que pueden facilitar la organización familiar. Incluso aparecen, sobre todo en convenios de ámbito estatal cláusulas que eximen de la prolongación de jornada a los trabajadores/as en determinadas circunstancias relacionadas con las responsabilidades familiares de cuidado (cuidado de menores o mayores, discapacitados, situaciones de embarazo o lactancia).

Respecto del horario, es frecuente la estipulación de jornadas continuadas o intensivas sobre todo en los convenios de empresa, que suele suponer una reducción de jornada en determinados periodos de tiempo sobre todo en temporada estival, lo que puede facilitar en cierta forma la conciliación de la vida familiar y profesional en el periodo de vacaciones escolares. Sin embargo ello ocurre básicamente en el sector industrial no en el de servicios que constituye el sector económico con mayor presencia femenina. Aunque el sistema de horario rígido sigue siendo el más frecuente, en algunos convenios colectivos sobre todo de ámbito empresarial, se posibilita la incorporación de horarios flexibles, que suelen contemplar un bloque central o troncal de la jornada de presencia obligatoria y dos fracciones móviles a la entrada o a la salida del trabajo, a distribuir a opción del/la trabajador/a previo aviso a la empresa. De la amplitud de estos espacios móviles dependerán las posibilidades de conciliación entre responsabilidades familiares y profesionales. También resulta generalizada, sobre todo en el ámbito nacional, la supresión de horas extraordinarias habituales o al menos su reducción lo que también favorece la conciliación. Respecto del pacto de realización de horas extraordinarias, de forma excepcional, algunos convenios colectivos justifican la negativa a su realización cuando existen necesidades de cuidado familiar urgentes.

Por lo que se refiere a las vacaciones, son escasos los convenios que, teniendo en consideración la necesidad de conciliación de responsabilidades familiares y profesionales, establecen algún tipo de preferencia en favor de los/las trabajadores/as con responsabilidades familiares para elegir turno, con el objetivo de que las vacaciones de los progenitores coincidan con las de los hijos/as en edad escolar, siendo por el contrario mayoritarios los convenios que utilizan como criterio el de la antigüedad. Asimismo son escasos los convenios que hacen referencia al derecho a disfrutarlas en otro momento en el caso de que concurriesen con un periodo de suspensión por maternidad.

Respecto de la seguridad y salud laboral, la doctrina ha puesto reiteradamente de manifiesto la importancia que en la materia adquiere la negociación colectiva a partir de la Ley 31/1995 sobre Prevención de Riesgos Laborales ya que, por su medio, no solo la norma es susceptible de mejora, sino de concreción y adaptación a los diferentes sectores y empresas, por ello, su regulación en los convenios colectivos, constituye desde hace tiempo una reivindicación sindical prioritaria. Las sucesivas encuestas europeas sobre condiciones de trabajo ponen de manifiesto que el tipo de contrato, la edad y el género, constituyen diversidades que marcan la realidad de la salud en el trabajo. Por lo que se refiere al sexo, aunque teóricamente los hombres y las mujeres pueden sufrir los mismos accidentes y enfermedades profesionales, la práctica demuestra que los riesgos para la salud en el trabajo no se distribuyen por igual debido a una serie de razones, algunas de las cuales están relacionadas con la situación de discriminación de la mujer en el mercado de trabajo, pero otras, sin embargo tienen que ver con la insuficiencia de los conocimientos en materia de prevención. Es evidente que, durante muchos años, la cultura predominante sobre salud laboral y prevención únicamente ha intentado proteger frente a los accidentes laborales súbitos y a riesgos visibles como exposición a sustancias o elementos tóxicos o peligrosos, ruido, temperaturas extremas, condiciones de trabajo, a las que teóricamente están más expuestas las ocupaciones y puestos de trabajo tradicionalmente masculinos. Sin embargo, al lado de estos riesgos para la salud, existen otros, menos visibles pero igualmente peligrosos. Se trata de riesgos laborales que no presentan peligro directo para la vida (que no matan) sino que desgastan, hacen perder la salud poco a poco, no de forma súbita, y las ocupaciones tradicionalmente feminizadas se caracterizan justamente por la presencia de este tipo de riesgos. Todas las encuestas referentes a la percepción de riesgo laboral señalan que los riesgos a los que se encuentran expuestos los hombres están relacionados con la seguridad y la higiene, por el contrario, las mujeres relatan mayoritariamente con los denominados riesgos psicosociales, los relacionados con la organización del trabajo y la ergonomía.

Existen además factores de riesgo que afectan de manera mayoritaria a las mujeres y que tienen que ver con la forma en que estas se han incorporado al mercado de trabajo, con los roles sociales asignados y con las diferencias biológicas

entre los sexos y, entre ellos, cuatro son fundamentales: en primer lugar, el embarazo y la maternidad que colocan a la mujer en situación de especial y exclusiva vulnerabilidad ante determinadas condiciones de trabajo; en segundo lugar, la segmentación horizontal y vertical del mercado de trabajo: existen trabajos tradicionalmente feminizados y otros, la mayoría, masculinizados, y como ya se ha apuntado, unos y otros presentan riesgos diferentes para la salud y la seguridad; en tercer lugar, la mujer se ha incorporado al mercado de trabajo sin por ello abandonar el rol social asignado, es decir, asumiendo al tiempo y casi en exclusiva las responsabilidades familiares y está comprobado que la doble jornada femenina, también denominada doble presencia en el trabajo asalariado y en el doméstico, que mayoritariamente deben desempeñar las mujeres, produce graves y contrastados efectos sobre la salud tanto general como laboral; en cuarto lugar e íntimamente relacionado con los anteriores, la situación de debilidad y de discriminación de la mujer en el mercado de trabajo la convierte en víctima por excelencia de actuaciones de acoso sexual y moral por razón de género, con efectos contrastadamente devastadores sobre la salud.

Los problemas referidos a salud laboral planteados con mayor frecuencia por las mujeres se refieren al estrés, la monotonía y la repetitividad de los trabajos feminizados, los agentes químicos y biológicos.

Resulta absolutamente necesario que los interlocutores sociales y en particular los sindicatos, tomen conciencia de esta realidad en la imprescindible regulación de esta materia, es decir, apliquen el principio de transversalidad de género en la regulación convencional de la seguridad y salud laboral. Sin embargo, de los análisis convencionales realizados resulta clara la atribución de una cierta marginalidad a las reivindicaciones planteadas en esta materia por las mujeres, aunque hay que señalar que, al tiempo, es palpable una creciente conciencia de la dimensión de género en las investigaciones sobre salud laboral.

Por lo que se refiere a la violencia de género, como señala reiteradamente la normativa y la doctrina comunitarias y la doctrina española, el acoso tanto sexual como moral constituyen uno de los mas importantes problemas con que se enfrentan las mujeres trabajadoras, sobre todo las que se encuentran en una situación mas débil en el mercado de trabajo, por ello la negociación colectiva debería constituir un instrumento para que los agentes sociales tomen bajo su responsabilidad garantizar la consecución de un entorno laboral exento de acoso. Sin embargo y lamentablemente el ANC 2005, al igual que el 2004, realiza una escasa y parcial referencia a la necesidad de que los convenios colectivos mejoren el tratamiento de esta materia.

Es de señalar que los estudios convencionales realizados hasta el momento muestran que la atención que la negociación colectiva dedica al tema sigue siendo insuficiente. Hay que reconocer que los convenios que tradicionalmente han prestado alguna atención al tema del acoso sexual han mejorado en los últimos

años la calidad técnica de su regulación, pero siguen siendo escasos los que contienen alguna referencia al acoso sexual en el trabajo y escasísimos, si alguno, hace referencia al acoso moral.

Es imprescindible definir con claridad y amplitud suficiente tanto el concepto de acoso sexual como el de acoso moral e incluso, en la medida de lo posible, poner ejemplos que faciliten su comprensión por parte de los/las destinatarios/as de la norma, tanto los o las posibles acosadores/as como las posibles víctimas, por ello resulta totalmente insuficiente la regulación que contienen una parte importante de los convenios colectivos que se refieren a estas situaciones limitándose a introducir entre el listado de incumplimientos contractuales sancionables el acoso sin definirlo.

Con referencia a la calificación y sanción del acoso no resulta correcto, y sin embargo es frecuente, que los convenios colectivos califiquen en todo caso al acoso como falta muy grave, ya que ello significa un incumplimiento del principio de proporcionalidad en la graduación de faltas y en la previsión de sanciones que, en último caso, conduce a que muchas actuaciones acosadoras sin ese carácter de muy graves queden impunes. Esta forma errónea de calificación aparece en todos los niveles convencionales. De otro lado, los convenios que diferencian entre chantaje sexual y acoso ambiental suelen calificar de muy grave el primero y de grave el segundo lo cual no es rechazable.

La sanción establecida suele coincidir en la mayor parte de los convenios y frecuentemente consiste en la suspensión de empleo y sueldo durante un periodo que puede ir entre 10 y 60 días o el despido. No es frecuente que se sancione al acosador con el traslado, que sería lo más lógico y coherente, ya que implicaría la separación definitiva entre este y su víctima y además es lo que sugiere al Código de Conducta comunitario.

Es sorprendentemente en el nivel provincial donde se han encontrado las mejores y más completas definiciones del acoso sexual, que en algunos casos, más bien se podrían calificar de Declaraciones de Principios propuestas por el Código de Conducta Comunitario, al que a veces se realiza referencia específica. Este tipo de cláusulas, al menos muestran la voluntad de los interlocutores sociales firmantes del convenio en la erradicación de la violencia de género, pero resultan insuficientes si no se acompañan de procedimientos específicos de denuncia, constatación de la veracidad de la misma y sanción del acosador/a. En la medida en que las víctimas del acoso prioritariamente desean que este cese, se trataría de que la negociación colectiva intentara una resolución de la situación mediante un procedimiento no judicial simplificado y sin formalidades excesivas, como sugiere el Código de Conducta Comunitario. Lamentablemente es de señalar que son sumamente escasos los convenios que establecen procedimientos específicos para la prevención, control y sanción del acoso en el trabajo. De forma excepcional, en algunos convenios, se crea un procedimiento especial para combatir el acoso sexual, que responde además a algunas de las características

establecidas en el Código de Conducta, tales como la sumariedad, en tanto que habrá de ser lo más breve posible, la confidencialidad en cuanto se aboga por la máxima discreción, y la inmunidad al señalar que no podrán ser adoptadas ningún tipo de represalias contra la persona denunciante.

5. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS DE FUTURO: EL PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES

El pasado mes de junio el Gobierno ha aprobado el Proyecto de Ley de Igualdad entre mujeres y hombres. La Ley se refiere a la generalidad de las políticas públicas en España, tanto estatales como territoriales y lo hace al amparo de la atribución constitucional al Estado de la competencia para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales, aunque contiene una regulación más detallada en aquellos ámbitos de competencia, básica o legislativa plena, del Estado.

La complejidad que deriva del alcance horizontal del principio de igualdad se expresa también en la estructura de la Ley. Ésta se ocupa en su articulado de la proyección general del principio en los diferentes ámbitos normativos, y concreta en sus disposiciones adicionales la correspondiente modificación de las muy diversas leyes que resultan afectadas. De este modo, la Ley nace con la vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres por ello se trata de una Ley muy amplia y cuyo objetivo es la modificación de diversas normas de nuestro ordenamiento jurídico, entre ellas por lo que hace a la rama social del Derecho el ET, LPL, LISOS, LPRL.

Uno de sus objetivos explicitados en la Exposición de Motivos es el reforzamiento de los mecanismos de control de los incumplimientos en materia de no discriminación, reforzándose el papel de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social persiguiéndose así un mejor cumplimiento de las exigencias comunitarias en materia sancionatoria, es decir, procurando que las sanciones de la discriminación sean proporcionales y suficientemente disuasorias.

Por lo que se refiere a la igualdad de trato entre mujeres y hombres en el empleo, resultan relevantes algunos de los preceptos incluidos en Título I cuyo objetivo es fijar los principios de actuación de los poderes autoridades públicos, entre ellos evidentemente la Inspección y la Subinspección de Trabajo y entre estos principios de especial relevancia el principio de transversalidad de género que constituye uno de los principios básicos de actuación de la política comunitaria según establece el Art.3.2 del Tratado de Ámsterdam y el Art.1.1bis de la D/76/207/CEE. La Ley señala:

«Artículo 15. Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres informará, con carácter transversal, la actuación de todos los Poderes Públicos. Las Administraciones públicas lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas, en la definición de las políticas públicas y en el desarrollo del conjunto de sus actividades.»

En este mismo título se define el concepto de igualdad de trato entre mujeres y hombres y el ámbito de aplicación de este principio; una completa y correcta comprensión de estos principios tal y como se encuentran recogidos en la norma, exige un conocimiento previo tanto de la normativa comunitaria como de su jurisprudencia interpretativa

En primer lugar, la ley reconoce que la causa última de la discriminación de las mujeres no es el sexo sino el género en los siguientes términos:

«Artículo 3. El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

El principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil.»

«Artículo 4 Integración del principio de igualdad en la aplicación e interpretación de las normas.

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.»

«Artículo 5. Igualdad de trato y de oportunidades en el acceso al empleo, en la formación y en la promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo.

El principio de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, aplicable en el ámbito del empleo privado y en el del empleo público, se garantizará, en los términos previstos en la normativa aplicable, en el acceso al empleo, incluso al trabajo por cuenta propia, en la formación profesional, en la promoción profesional, en las condiciones de trabajo, incluidas las retributivas, y en la afiliación y participación en las organizaciones sindicales y empresariales, o en cualquier organización cuyos miembros ejerzan una profesión concreta, incluidas las prestaciones concedidas por las mismas.

No constituirá discriminación en el acceso al empleo, incluida la formación necesaria, una diferencia de trato basada en una característica relacionada con el sexo cuando, debido a la naturaleza de las actividades profesionales concretas o al contexto en el que se lleven a cabo, dicha característica constituya un requisito profesional esencial y determinante, siempre y cuando el objetivo sea legítimo y el requisito proporcionado».

La definición del ámbito de aplicación, es decir, el alcance del concepto condiciones de trabajo al que se aplica la prohibición de discriminación, constituye una copia literal de la D/2002/73 así como también lo es el de la excepción con-

templada en el último párrafo, denominada buena fe ocupacional que proviene directamente de la jurisprudencia comunitaria de tal manera que si esta desconoce los conceptos contenidos en la Ley se hacen poco comprensibles.

El Título IV Capítulo I se dedica en su totalidad a regular la igualdad de trato y oportunidades en el ámbito del empleo. En el Art.38 se señala que las políticas de empleo tendrán como uno de sus objetivos prioritarios aumentar la participación de las mujeres en el mercado de trabajo y avanzar en la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Con ese objetivo, se mejorará la empleabilidad y la permanencia en el empleo de las mujeres, potenciando su nivel formativo y su adaptabilidad a los requerimientos del mercado de trabajo.

Tanto el Art.6.3 de la Ley como la Disposición Adicional 11ª modifica el Art.17 ET incluyendo entre las actuaciones discriminatorias las «órdenes de discriminar». Con esta referencia se viene a salir al paso de una justificación relativamente frecuente presentada por las ETTs y las Agencias de Selección que, ante la constatación de la realización de una puesta a disposición y una selección discriminatoria por razón de género, alegan que la empresa principal les dio la orden, por ejemplo de no contratar mujeres o de no contratar mujeres embarazadas. A partir de la adopción de esta Ley, la orden de discriminar emitida por la principal sería nula y, por tanto, no puede ser obedecida por la ETT o la Agencia y menos justificar una actuación violadora del principio de igualdad en el acceso al empleo. Ambas pasarían a ser infracciones sancionables vía Art.8.12 de la LISOS.

La Ley además introduce, a través de la Disposición Adicional 17ª una serie de modificaciones en la Ley de Empleo.

En primer lugar, se añade un nuevo Art. 22 bis referido a la discriminación en el acceso al empleo, en los siguientes términos: «1. Los servicios públicos de empleo, sus entidades colaboradoras y las agencias de colocación sin fines lucrativos, en la gestión de la intermediación laboral deberán velar específicamente para evitar la discriminación en el acceso al empleo.

Los gestores de la intermediación laboral cuando, en las ofertas de colocación, apreciasen carácter discriminatorio, lo comunicarán a quienes hubiesen formulado la oferta.

2. En particular, se considerarán discriminatorias las ofertas referidas a uno de los sexos, salvo que se trate de un requisito profesional esencial y determinante de la actividad a desarrollar.

En todo caso se considerará discriminatoria la oferta referida a uno solo de los sexos basada en exigencias del puesto de trabajo relacionadas con el esfuerzo físico.».

Una buena parte de este Título tiene por objetivo incentivar, o incluso obligar a los interlocutores sociales a implicarse activamente en la eliminación de la discriminación en el empleo.

En primer lugar, la Disposición Adicional 11ª establece que «la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer exclusiones, reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo o categoría profesional de que se trate.

Asimismo, la negociación colectiva podrá establecer este tipo de medidas en las condiciones de clasificación profesional, promoción y formación, de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia las personas del sexo menos representado para favorecer su acceso en el grupo, categoría profesional o puesto de trabajo de que se trate.»

La intervención de los interlocutores sociales se podrá o en su caso deberá producir a través del diseño y aplicación de los denominados Planes de Igualdad en las empresas, que deberán pactarse mediante la negociación colectiva con el contenido que se propone en el Art.42 que señala que los planes de igualdad de las empresas «son un conjunto ordenado de medidas, adoptadas después de realizar un diagnóstico de situación, tendentes a alcanzar en la empresa la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y a eliminar la discriminación por razón de sexo.

Los planes de igualdad fijarán los concretos objetivos de igualdad a alcanzar, las estrategias y prácticas a adoptar para su consecución, así como el establecimiento de sistemas eficaces de seguimiento y evaluación de los objetivos fijados».

Señala que para la consecución de los objetivos fijados, los planes de igualdad podrán contemplar, entre otras, las materias de acceso al empleo, clasificación profesional, promoción y formación, retribuciones, ordenación del tiempo de trabajo para favorecer, en términos de igualdad entre mujeres y hombres, la conciliación laboral, personal y familiar, y prevención del acoso sexual y del acoso por razón de sexo.

Se deberá garantizar el acceso y la información a los representantes de los trabajadores en el seguimiento, evaluación y control de aplicación de estos Planes. El Gobierno establecerá medidas, incluido el apoyo técnico necesario, para incentivar la adopción voluntaria de planes de igualdad en las pequeñas y a las medianas empresas.

En la Disposición final quinta señala finalmente que transcurridos cuatro años desde la entrada en vigor de la Ley, el Gobierno procederá a evaluar, junto a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, el estado de la negociación colectiva en materia de igualdad, y estudiar, en función de la evolución habida, las medidas que, en su caso, resulten pertinentes.

La Ley establece la responsabilidad de la Inspección de Trabajo en el control de la correcta aplicación de los Planes y Programas de Igualdad pactados en los

convenios colectivos mediante la introducción de una serie de modificaciones en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social por la Disposición adicional 14ª de la Ley.

En primer lugar, se añade un nuevo apartado, el 12, al Art. 7 LISOS que pasa a considerar como infracción grave en materia de relaciones laborales, «12. No cumplir las obligaciones que en materia de planes de igualdad establecen el Estatuto de los Trabajadores o el convenio colectivo que sea de aplicación.»

También se modifica el Art.8 al que se añade un nuevo apartado 16, que pasa a calificar como infracción muy grave en materia de relaciones laborales «16. No elaborar o no aplicar el plan de igualdad, o hacerlo incumpliendo manifiestamente los términos previstos, cuando la obligación de realizar dicho plan responda a lo establecido en el apartado 2 del artículo 46 bis de esta Ley.»

Este precepto viene a regular las que denomina «responsabilidades empresariales específicas» y que constituyen una serie de sanciones accesorias que serán aplicadas a los empresarios que hayan cometido las infracciones muy graves tipificadas en el Art. 8 apartados 12, 13 y 13 bis) y en el Art.16 apartado 2 y que consistirán en:

- a) Pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y, en general, de los beneficios derivados de la aplicación de los programas de empleo, con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción, y
- b) Exclusión automática del acceso a tales beneficios durante seis meses.

No obstante lo anterior, en el caso de las infracciones muy graves tipificadas en el apartado 12 del artículo 8 y en el apartado 2 del artículo 16 de esta Ley referidas a los supuestos de discriminación directa o indirecta por razón de sexo, las sanciones accesorias a las que se refiere el apartado anterior podrán ser sustituidas por la elaboración y aplicación de un plan de igualdad en la empresa, si así se determina por la autoridad laboral competente previa solicitud de la empresa e informe preceptivo de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en los términos que se establezcan reglamentariamente, suspendiéndose el plazo de prescripción de dichas sanciones accesorias.

En el supuesto de que no se elabore o no se aplique el plan de igualdad o se haga incumpliendo manifiestamente los términos establecidos en la resolución de la autoridad laboral, ésta, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de la imposición de la sanción que corresponda por la comisión de la infracción tipificada en el apartado 16 del artículo 8, dejará sin efecto la sustitución de las sanciones accesorias, que se aplicarán de la siguiente forma:

- a) la pérdida automática de las ayudas, bonificaciones y beneficios a la que se refiere la letra a) del apartado anterior se aplicará con efectos desde la fecha en que se cometió la infracción;

- b) la exclusión del acceso a tales beneficios será durante seis meses a contar desde la fecha de la resolución de la autoridad laboral por la que se acuerda dejar sin efecto la suspensión y aplicar las sanciones accesorias.»

En definitiva, el Proyecto de Ley responde a muchas de las reivindicaciones presentadas por los sindicatos aunque no a todas y asume como objetivo incentivar incluso obligar a los interlocutores sociales a implicarse en la tutela antidiscriminatoria y en la garantía de igualdad de oportunidades y trato entre mujeres y hombres. Sin embargo, las patronales no han recibido esta iniciativa precisamente con aplausos lo que parece poner en peligro, al menos en parte la efectividad de la Ley.